

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

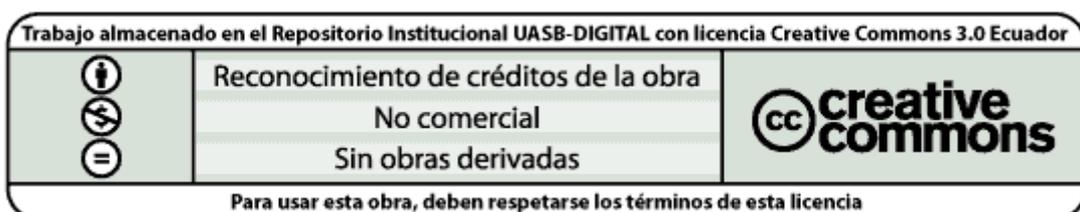
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**La independencia judicial: entre la utópica posición de la teoría
constitucional y la normativa del Ecuador**

Manuel Agustín Chamba

2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Manuel Agustín Chamba Chamba, autor de la tesis intitulada “La Independencia Judicial: entre la utópica posición de la teoría constitucional y la normativa del Ecuador”, mediante el presente dejo constancia que la presente es de mi exclusiva autoría, elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Febrero, de 2015

Manuel Agustín Chamba

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR,
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: ENTRE LA
UTÓPICA POSICIÓN DE LA TEORÍA
CONSTITUCIONAL Y LA NORMATIVA DEL
ECUADOR**

Autor: Manuel Agustín Chamba

Tutora: Dra. Vanesa Aguirre Guzmán

Quito-Ecuador

2015

Resumen

El presente trabajo estudia la independencia judicial como pilar del Estado constitucional democrático. No se trata de poner en el debate la necesidad o utilidad de esa independencia (sin duda necesaria e imprescindible) sino los mecanismos que permitan hacerla efectiva. En la actualidad, cuando se reflexiona más bien poco sobre el poder y su funcionamiento, el tema no solo resulta necesario sino ineludible, sobre todo en un escenario donde rige una Constitución que se ha denominado garantista: que tales derechos sean realidad o una «hoja de papel» es cuestión de cómo aseguramos a nuestros jueces el ejercicio de sus funciones; pues no debe olvidarse que juezas y jueces son, ante todo, personas y que, no por hacerse titulares de una potestad pública pierden sus condiciones humanas.

El trabajo se limita a un estudio jurídico-dogmático del poder judicial y las garantías necesarias para su independencia. Existen algunas anotaciones históricas que permitirán comprender el origen de las instituciones, así como la utilización de normas (tanto constitucionales y legales) de otros países, cuando ha sido oportuno ilustrar alguna cuestión.

En principio, pareciera que no nos ocupamos de los derechos. No obstante, habrá de tenerse en cuenta que jueces independientes frente a todo poder (aunque utópico) resultan imprescindibles, por lo que al reflexionar sobre tales garantías se ha podido establecer que el funcionamiento de un poder judicial independiente, no viene dado sólo por unas concretas normas sobre su reconocimiento sino que exige incluso una filosofía particular desde la cual comprender al poder judicial; normas claras permiten tanto a los jueces como a la ciudadanía confiar en que sus jueces, serán ante todo, aplicadores del derecho más no instrumentos de legitimación del régimen vigente.

AGRADECIMIENTOS

Cuando se llega al final de un trabajo académico, se posicionan en nuestro pensamiento incontables recuerdos. El culminar esta memoria me hace titular de incontables deudas no sólo académicas sino, ante todo, personales; sobre ellas me queda únicamente dejar constancia de reconocimiento.

A mis padres, por comprender que las continuadas ausencias no tienen como causa la ingratitud sino el compromiso de culminar esta etapa académica. Por la confianza continua en mi capacidad para enfrentar este nuevo reto.

A la doctora Vanesa Aguirre Guzmán, tutora de la tesis y docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, que con notable profesionalismo, paciencia y responsabilidad ha sabido orientar por el mejor camino este trabajo. Las variadas correcciones y conversaciones no hecho otra cosa, sino enriquecer las ideas que se desarrollan y defienden.

A Claudia Storini, por estar siempre presta a intercambiar opiniones, solventar inquietudes y ofrecer sugerencias; como también a incentivar la culminación de este trabajo.

DEDICATORIA

A Dios por la vida, la alegría, la sabiduría y la inteligencia; también por la felicidad y la tristeza, que nos hace sentir humanos.

A mis padres, José y Macrina por una vida llena de ejemplo, por enseñarme el valor del trabajo honesto; del bien y la justicia.

A juezas y jueces del país. A los amigos y amigas que desempeñan esta función, que no es como cualquier otra. Y, a todos aquellos que no han dejado ver comprometida su función por la indiferencia burócrata y conformista que, sin duda, les implicaría una vida más fácil y tranquila. A los que han entendido que en sus manos se deposita –muchas veces– la dignidad humana; y, unos valores –libertad, igualdad y justicia– que nos permiten vivir en sociedad. Las conversaciones mantenidas me han hecho comprender la dificultad que representa desenvolverse en ese escenario, bastante incomprendido.

Todas las cosas que tienen sentimiento, y desde que lo tienen, aprecian el mal de la sujeción y corren tras la libertad.

Étienne de La Boétie

...en teoría, pueden darse situaciones sin salida: cuando los políticos actúan no democrática sino demagógicamente, agitando la opinión pública y levantándola contra los jueces, exigiéndoles actuar como transmisores de sus caprichos, violando el derecho; o cuando los objetivos a los que se aspira no pueden conseguirse legítimamente ni siquiera modificando la Constitución, como sería el caso si se pretendiese la lesión de los derechos humanos fundamentales y la violación de los principios esenciales del Estado de derecho.

A los jueces que se mantienen fieles a su función sólo les queda la salida de aceptar el desafío, aun presumiendo la derrota. No pueden utilizar ninguna fuerza material sino sólo la cultura constitucional y, más en concreto, lo que se ha denominado la «voluntad de la Constitución» que nace de la necesidad de vivir no en el reino de la fuerza sino en el reino del derecho que regula la fuerza.

Gustavo Zagrebelsky. *Principios y votos.*

"[Jueces] respeten su Estado, respétense ustedes mismos, el honor que ustedes rindan a su carácter, será la medida del que reciban del público, tal es la felicidad de condición, que ustedes siempre serán grandes, si quieren serlo siempre"

Henri François d'Aguesseau, *El Magistrado debe respetarse a sí mismo*, 1709.

Debemos recordar que tenemos que hacer jueces con hombres y que por el hecho de ser nombrados jueces no disminuyen sus prejuicios ni aumenta su inteligencia.

Benjamín Whichcote, *filósofo de la Escuela de Cambridge*.

Tabla de contenido

Introducción	11
CAPÍTULO PRIMERO	18
LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO PRESUPUESTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	18
1.1. La independencia judicial en el Estado constitucional.	19
1.1.1. La doctrina de separación de poderes.	21
1.1.2. La cuestión esencial de una Constitución.	25
1.2. Las perspectivas de la independencia judicial.	37
1.2.1. La independencia judicial vista desde la teoría institucional.	38
1.2.2. Independencia judicial como derecho del justiciable.	46
1.2.3. La independencia interna o derecho del juez a <i>su</i> independencia.	49
1.2.4. La independencia judicial como virtud ética	51
1.3. La necesidad de tratar las garantías como eje estructural para hacer efectiva la autonomía del juez frente al poder.	53
CAPÍTULO SEGUNDO	59
GARANTÍAS PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: UNA VISIÓN PLURAL.....	59
2.1. El proceso de selección y nombramiento de los jueces.	60
2.2. La asignación del presupuesto para el sector justicia, y las remuneraciones de los jueces.	80
2.3. La inamovilidad judicial.	84
2.4. La responsabilidad de los jueces por el ejercicio de la actividad jurisdiccional.	88
2.5. La naturaleza del régimen disciplinario.	91
2.5.1. Presupuesto de independencia e imparcialidad del órgano disciplinario.	94
2.5.2. El principio de legalidad y reserva de las infracciones disciplinarias.	98

2.5.3. Las garantías del juez en el procedimiento disciplinario.....	108
2.6. Los mecanismos de transparencia: el escrutinio público de la función y del juez.	112
CAPÍTULO TERCERO.....	120
CONSEJO DE LA JUDICATURA ¿PARA... QUÉ?	120
3.1. Administrar y gobernar al Poder Judicial.....	120
3.2. La posición constitucional del Consejo de la Judicatura.	123
3.2.1. Consejo de la Judicatura: su funciones y límites.	130
3.2.2. Consejo de la Judicatura: su integración.	143
3.2.3. Consejo de la Judicatura: la responsabilidad de sus miembros.	148
3.2.4. El Consejo de la Judicatura: el control de sus actuaciones.....	151
CONCLUSIONES	158
Bibliografía.....	163

Introducción

Nuestra sociedad se encuentra construida sobre un conjunto de valores, cuyo significado ha ido consolidándose mediante un proceso de reflexión que data de varios siglos; primero, la «libertad y la igualdad» serían –según las ya clásicas expresiones acuñadas por la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789– la «meta de toda asociación política»; posteriormente la «dignidad humana» sería posicionada como la razón para la existencia del Estado conforme las constituciones europeas de posguerra. Tal ha sido el nivel de reflexión, que se ha manifestado la vigencia de un «canon neoconstitucional», o la materialización de un «constitucionalismo de los derechos»; y, en esa línea, nuestra norma fundamental declara al Ecuador como «Estado constitucional de derechos y justicia» (Art. 1 CRE).

A nadie se le ocurrirá negar que lo anterior sea profundamente importante. Sin embargo, resulta también importante reflexionar sobre las «estructuras y procedimientos institucionales» que son necesarios para compatibilizar esos valores, ya que éstos no aseguran por sí solos su aplicación. En la práctica, esos valores no tienen establecido en forma tan clara sus implicaciones ni están libres de ambigüedades, resultando imposible adoptar liminarmente una postura ante determinadas circunstancias; por el contrario: se trata de valores potencialmente contradictorios y, el conflicto de intereses puede llegar a ser de gran intensidad o antagonismo debido a las posiciones e intereses de sus titulares.

Desde la Revolución francesa hasta nuestros días, la finalidad de lograr el bien común, la «felicidad de todos», se instrumentaliza a través del Estado. Y, como su accionar no puede fundarse exclusivamente sobre «el libre albedrío de quien gobierna», la sociedad se da una Constitución como norma para regir su convivencia; por su intermedio se determina no sólo la forma de gobierno, los mecanismos para la adopción de las decisiones, o la institucionalidad del nuevo *leviatán*, sino también los derechos que se garantizan a los asociados: la Constitución se presenta así como el pacto social, como el contrato entre contemporáneos y la libertad como el *desiderátum* de la Constitución y el constitucionalismo. De manera que, debe entenderse que lo nuclear en nuestra forma de convivencia, radica en que el poder estatal –que es fundamental para la puesta en práctica

de los valores que comparte nuestra sociedad— sea controlado para evitar que llegue a destruir los valores que está obligado a promover.

Pero, ni la vigencia de las normas garantiza por sí solas su efectividad, ni las personas se limitan en mérito propio, surgiendo la necesidad de instituir mecanismos que permitan solventar las controversias, diferencias o antagonismos; pues el pacto de convivencia no siempre es respetado. El ejercicio de la jurisdicción es pieza clave para garantizar esa convivencia, pues al administrar justicia corresponde a los jueces garantizar el imperio de las normas sobre la voluntad de cualquiera. El escenario no es pacífico, o en modo alguno sencillo; todo lo contrario, el funcionamiento del Estado está lleno de complejidades. Como a los jueces corresponde administrar justicia (Art. 167 y 172 CRE), la independencia judicial y, más concretamente, la independencia de cada uno de los jueces no solo que es un atributo deseable sino, más propiamente, un requisito indispensable para compatibilizar la vigencia de los valores que son comunes en nuestra sociedad.

Habrà de decirse con notable certeza que la independencia judicial es la piedra angular del Estado constitucional contemporàneo. La garantía de los derechos o la real limitación del poder dependen, en última instancia, de que los jueces puedan y quieran decidir en forma independiente los asuntos sometidos a su conocimiento; de ello depende además, que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se cumpla con sujeción a las normas.

El concepto de justicia dista de ser unívoco; ello se debe tanto, a que su concepto se «halla cargado de una fuerte emotividad» como a que no puede determinarse con exactitud que algo sea justo o injusto; así, la justicia admite matices y variadas concepciones: para unos es un valor, para otros un objetivo deseable, aunque no precisamente necesario, del orden social. No obstante, la justicia tiene una importancia incalculable para la sociedad, ya que se trata del fundamento de la convivencia armónica y civilizada; con mucha razón se ha dicho, que se trata de la «primera virtud de las instituciones sociales»: a cada quien le está autorizado ampararse en la justicia para mostrar su inconformidad, para expresar su desacuerdo, para resistir desde el propio ámbito jurídico.

En pleno siglo XXI podría pensarse que la independencia judicial está claramente establecida y sus contornos nítidamente perfilados. Pero lo cierto es que, por extraño que resulte, la independencia judicial es más una alegoría que la expresión fiel de la realidad;

es usado comúnmente como un *boutade*. Ello sucede fundamentalmente, porque en muchas ocasiones la expresión no pasa de ser una mera afirmación, como por la existencia de múltiples interpretaciones sobre su significado y alcance. Desde esa perspectiva, es preciso anotar que están menos claros los medios que sirven para *garantizarla*. A todo esto hay que agregar, la imposibilidad de una medición, peor aún, de una de carácter exacto.

Las reflexiones siguientes se orientan a explorar por qué y cómo la independencia judicial es el pilar del Estado constitucional democrático; se estudia aquellas cuestiones que la teoría constitucional posiciona como presupuestos necesarios; se analiza la realidad de las normas vigentes en el Ecuador y, en algunas ocasiones, se contrasta con las normas de otros países. El objetivo central era estudiar varios temas para identificar las garantías que deben prevalecer *jurídicamente* para lograr que los jueces puedan ejercer sus funciones – y decidir las controversias– de forma independiente se ha cumplido, incluso se han anotado algunos aspectos filosóficos que se relacionan con el Poder Judicial y, los jueces: que son instrumento esencial para la consolidación del Estado constitucional.

Algunas concreciones previas resultan necesarias. En primer lugar, hemos asumido el uso de las expresiones *poder* y *función* judicial como sinónimo, aunque en estricto rigor no lo sean. Si bien, en el primer capítulo se defiende que la concepción de «poder» está en compatibilidad con el sistema de frenos y contrapesos que integra la separación de poderes; hay que anotar que una expresión indistinta facilita la aplicación del método comparado, ya que las Constituciones de distintos países usan tales expresiones para referirse a la administración de justicia, que es la perspectiva que aquí interesa.

En segundo lugar, la teoría de separación de poderes, es propiamente un componente de la teoría política, en cuanto se ocupa de la ordenación y distribución de la institucionalidad del Estado. Su inclusión se orienta a poner en evidencia la necesidad de que exista una forma de Estado donde el ejercicio del poder sea limitado y se establezcan mecanismos para evitar que un solo detentador ejerza monopolícamente el poder, lo que tiene íntima relación con la independencia de los jueces.

En tercer lugar, hay cuestiones que son transversales a varias cuestiones tratadas en la tesis. Es el caso de la transparencia, que aunque nos ocupamos en el apartado final del segundo capítulo, es exigible y aplicable a varias cuestiones que se abordan en el segundo

capítulo: tanto al ejercicio propio de las funciones jurisdiccionales de los jueces, entendida como la relación juez-sociedad; en relación al ejercicio de las funciones del Consejo de la Judicatura que afectan el estatus de los jueces, como es el caso de la selección y nombramiento, el régimen disciplinario, las actividades del órgano administrativo; también respecto de la actuación del gobierno en la asignación de los recursos económicos para el sector justicia. En la misma dimensión debe entenderse algunas reflexiones referentes a la legalidad, que aunque aquí se desarrollan en exclusividad con respecto al régimen disciplinario y al sistema de selección y nombramiento; debe anotarse que la legalidad es exigible a todas las cuestiones referentes a los jueces y al ejercicio de sus funciones. También el término garantía debe comprenderse desde una visión amplia, en lo esencial porque los temas abordados en el capítulo segundo constituyen medios para garantizar la independencia judicial. Pero también ha de comprenderse que la Constitución o la separación de poderes son mecanismos para garantizar la vigencia de los derechos y la exclusión de la arbitrariedad, o incluso la tiranía.

El trabajo se encuentra dividido en tres capítulos. En el primero, se exponen criterios dogmático-filosóficos sobre la independencia judicial en el marco del Estado constitucional: su significado y lugar; también se analiza la funciones de limitación y control del poder, así como el deber de otorgar tutela efectiva a los derechos como cuestiones esenciales que la Constitución radica en quienes ejercen la jurisdicción; se expone además cuatro facetas de la independencia judicial; y, finalmente la determinación del concepto de garantía en el marco de la teoría del derecho y su utilidad para garantizar la independencia judicial.

En el segundo capítulo, se abordan las garantías de la independencia judicial, partiendo desde el proceso de selección y nombramiento, pasando por los recursos económicos en relación con el presupuesto del sistema judicial y la remuneración de los jueces, así como la inamovilidad en la carrera judicial y, el régimen de responsabilidades. Un tema de especial atención es el régimen disciplinario, en las facetas de los prepuestos que debe reunir el órgano que ejerce tal facultad, las garantías en cuanto a la previsión de las infracciones, así como la realización del procedimiento; el capítulo concluye con el tratamiento de la transparencia como mecanismo de escrutinio (y control) no solo de la función sino también del juez por parte de la sociedad.

El tercer capítulo se ocupa de estudiar la administración y/o gobierno del Poder Judicial, particularmente de nuestro Consejo de la Judicatura, considerando el rol protagónico que le otorga nuestra Constitución para el funcionamiento eficiente de la administración de justicia. El análisis incluye su posición constitucional; las funciones y límites determinados tanto constitucionales, como legales; su integración; las responsabilidades de sus miembros; y, el control de sus actuaciones. Al final de este trabajo se anotan las respectivas conclusiones.

Claro que estos temas tiene una línea de análisis preferente: las regulaciones constitucionales y legales; lo que desde luego, no significa que resulten por sí mismos suficientes, ni que los temas se agoten allí. Todo lo contrario, estas cuestiones pueden ser analizadas desde la teoría política, la sociología o la cultura; lo que no se puede hacer aquí dada la limitación de espacio y la particular óptica, que pretende enfocar el ámbito jurídico. Así también, seguramente, a algunos podrá parecerles inútil el análisis de las normas constitucionales y legales, posición que no resulta para nada objetable sino más bien aceptable, e incluso plausible. Pero ha de decirse con toda claridad que, aunque algunos abominen el *valor de la ley* porque entiendan que su "ceguera" ha sido la causa de la consolidación de múltiples injusticias, ésta sigue teniendo un importante valor en la sociedad actual, valor no sólo material sino también simbólico: no otra cosa se evidencia cuando la legislación autoriza o niega algo y así lo reivindicamos con considerable vehemencia algunos actores.

Volvamos ahora, y ya para concluir, al papel de los jueces en la sociedad democrática actual. Ello está determinado por una variada cantidad de enfoques, expresiones e incluso aspiraciones. Se ha dicho en esa perspectiva que un juez es: guardián de las promesas, protector del ciudadano, instancia reparadora de injusticias, garante último de los derechos o guardián natural de la libertad; expresiones que pueden acertadamente tomarse como elogios e incluso descripción de sus funciones. Pero, lo que aquí interesa resaltar, es que a esos jueces el régimen jurídico ha de otorgarles garantías para decidir lo que corresponde conforme a derecho, en cumplimiento de su deber. Por lo demás, ya Calamandrei dejaría expuesto que «tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se

notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado».

En ese escenario, el presente trabajo dará cuenta de algunas cuestiones *sensibles* para la independencia de los jueces. Se puede evidenciar que existen riesgos y, que el Consejo de la Judicatura ha ido incrementando su incidencia en la actividad de los jueces; también es cierto que, de la constatación de algunas actuaciones concretas del Consejo de la Judicatura, que existen actos que pueden calificarse como invasivos al ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde a los jueces (piénsese por ejemplo en sancionar la vulneración de la tutela judicial efectiva o el debido proceso). Puede anotarse que existen episodios en los que se adoptaron sanciones, incluso con la destitución, a jueces no sólo de instancia sino del más alto órgano de justicia ordinaria (la Corte Nacional de Justicia); cuestiones que pueden resultar preocupantes e incluso perniciosos para nuestros derechos.

Tales actuaciones lejos de ser una degeneración puramente material (o práctica) como han pretendido evidenciar algunos actores, están respaldadas en textos legislativos, o incluso constitucionales. Detrás de ese tratamiento que se da a los jueces puede evidenciarse un sistema que ha posicionado al Consejo de la Judicatura como un órgano, no exclusivamente administrativo, sino como órgano normativo y disciplinador: sería más preciso decir, de política judicial. En ellos (tanto en las normas como en la práctica), se tiene la concepción –tal vez errónea, quizá deliberada– de que los jueces son servidores públicos cuyas funciones deben satisfacer "usuarios" en el cumplimiento de un servicio público; es decir, hay detrás concepción que pretende relativizar la posición constitucional que un juez debe ocupar en una sociedad democrática.

Claro que tales concepciones o ideas no pueden considerarse ilegítimas, en lo absoluto, son totalmente válidas. Lo que resulta cuestionable es que, para llevar adelante esas ideas, se posicione un discurso enteramente contrario al efecto material: que se pretenda mostrar que se busca fortalecer la independencia judicial, cuando resulta evidente que las *garantías* con que deben contar los jueces se han *relativizado* (como se notará en este trabajo), en algunos casos, al extremo; no sólo en forma material sino desde las actuaciones del propio constituyente, secundadas por el legislador (a través del COFJ), y también de la Corte Constitucional (éstos dos últimos producto del mismo sistema). Habrá de anotarse entonces, que no se trata de simples degeneraciones prácticas sino, más

propiamente, de una condición sistemática. Así, parece que lo verdaderamente importante, no es criticar a los actores sino denunciar el sistema implementado.

Es preciso decir además que, el objeto de estudio se encuentra delimitado por aquellas cuestiones que se han considerado trascendentes para garantizar la independencia judicial; las reflexiones y críticas se orienten en esa línea. Por ello, que no nos ocupemos en este trabajo, de dar cuenta de los logros –que bien pueden calificarse de exitosos– en materia judicial (por ejemplo: el mejoramiento de infraestructura, la creación de nuevas dependencias, el aumento de número de jueces, la disminución de las audiencias fallidas) no quiere decir que no existan, ni mucho menos que no se esté de acuerdo con su implementación. Es más, resulta grato saber que las instituciones cumplen con su objetivo y, se procura que la justicia se administre como dice nuestra Constitución, de forma efectiva y expedita; aunque tampoco se nos puede pedir alabanzas, por cumplir con las funciones que constitucionalmente se encomiendan.

De ahí que, si a veces y en algún lugar, se habla con dureza, el motivo que ha orientado tales expresiones, no ha sido precisamente, el deseo de rebajar los méritos, peor aún denigrar la personalidad o funciones de quienes se desempeñan en las instituciones. Sólo nos asiste la convicción de creer que la independencia judicial y consiguientemente de cada uno de los jueces, es presupuesto inescindible del Estado constitucional; y, que los actos y decisiones del constituyente, del legislador y/o de la Corte Constitucional (como órgano que cuida la supremacía constitucional, si el término cabe usarse) no precisamente se orientan en esa línea. El peligro que todo ello conlleva, es que quienes son los garantes de la vigencia de nuestros derechos no tienen garantías para desempeñar sus funciones; y, considerando que son precisamente los jueces, mediante el ejercicio de su función, a quienes corresponde asegurar que nadie nos «maltratará arbitraria e impunemente», creo que lo único que puede decirse con seguridad, es que nada está *asegurado*.

CAPÍTULO PRIMERO

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO PRESUPUESTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La independencia judicial puede entenderse desde una multiplicidad de enfoques, lo que ha hecho que la doctrina que se ocupa de ella sea diversa; cuestión que puede predicarse también del «Estado constitucional». La búsqueda de justicia se sitúa como justificación legítima y objetivo fundamental de un orden civilizado y, los jueces aparecen como parte necesaria de todo sistema jurídico; pero, de esa necesidad, se erige otra importante cuestión: la independencia de los jueces para resolver las controversias y, claro está, allí no existe una posición unánime, un concepto uniforme, un solo enfoque o interpretación, tampoco una propuesta única de cómo lograrlo. De ahí que el tema se convierte en objeto de profundo, pero también, complejo debate, considerando además que están presentes concepciones referentes como la democracia, la Constitución, el gobierno y el poder.

En ese contexto, no puede perderse de perspectiva la dimensión cultural donde se establece una Constitución, o se realizan los postulados doctrinarios, en tanto que «los propios textos de la Constitución deben ser literalmente 'cultivados' [cultivados proviene del verbo latino *cultivare*] para que devengan en auténtica Constitución»¹; puesto que las distintas realidades producirán normas y reflexiones distintas. Tampoco se puede dejar de lado la filosofía desde donde se postula una posición o una acción, ya que «no cabe imaginar un auténtico jurista carente de una visión filosófica del Derecho»², cosa diferente es que las cuestiones filosóficas muchas veces no sean desentrañadas y sean tratadas tan solo de forma tangencial, desde una perspectiva por demás indirecta, incluso a veces artificial al abordarse lo más variados temas³. Por ello es que, la independencia judicial y

¹ Peter Häberle, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura* (Madrid: Tecnos, trad. de Emilio Mikunda, 2000), 35.

² Agustín Basave Fernández del Valle, *Filosofía del derecho. Fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica* (México: Porrúa, 2001), IX.

³ Gilés Deleuze y Félix Guattari, *¿Qué es la filosofía?* (Barcelona: Anagrama, 4ta edición, trad. de Thomas Kauf, 1997), 7. Se ha dicho que a la hora de entender una Constitución es indispensable desentrañar los «presupuestos filosóficos de la Constitución», porque de ello dependerá la adopción de uno u otro tipo de institución, o más específicamente, ello incidirá en la adopción de sus contenidos. Véase Roberto Gargarella y Christian Courtis, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes” en *Serie Políticas sociales* (Santiago de Chile: CEPAL, 2009), 19-22.

Estado constitucional suelen entenderse desde diferentes perspectivas y admitir matices, pues las expresiones y decisiones lejos de constituir una mera expresión de pragmatismo suele ser resultado de una concreta forma de entender el derecho, el Estado y la sociedad.

En el presente capítulo, se desarrollarán tres cuestiones: la primera se refiere a la función que cumple la independencia judicial en el marco del Estado constitucional, y en tal perspectiva implica un estudio del deber ser de la potestad jurisdiccional; posteriormente me ocuparé de las distintas perspectivas que presenta la independencia judicial en la actualidad; y, finalmente, el tema de las *garantías* como concepto macro de la teoría del derecho.

1.1. La independencia judicial en el Estado constitucional.

La concurrencia de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales lleva inmersa la necesidad de tratar la independencia judicial. En lo fundamental, porque «la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho»⁴, cuestión que difícilmente puede negarse; cosa diferente son los mecanismos que permiten hacerla efectiva, como se verá en este trabajo.

Lo referido es fácilmente constatable en la práctica. Por ejemplo, una publicación de hace algunos años auspiciada por el Ministerio de Justicia da cuenta que los procesos que ingresaron a la función judicial entre el periodo comprendido entre los años 2002 y 2008 eran 1.620.468⁵. El Programa Andino de Derechos Humanos en su informe correspondiente al año 2012 establece que se han planteado 1.678 garantías jurisdiccionales en 12 provincias medianas y pequeñas del país; solo en la provincia de Pichincha durante el periodo enero–octubre del 2012, se presentaron 1.726 acciones referidas a garantías jurisdiccionales⁶.

⁴ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, reimpresión de la 2da edición, trad. de Alfredo Gallego, 1982), 294.

⁵ El estudio establecía que la concurrencia iba en aumento, y tan solo en el año 2007 había decrecido en forma mínima. Véase Luis Pásara, “La producción judicial: cifras y calidad” en *El funcionamiento de la justicia del Estado* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011), 3-6.

⁶ Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2012 (Quito: Programa Andino de Derechos Humanos/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013), 46; 108.

Una investigación auspiciada por la Corte Constitucional ecuatoriana contiene información que en el periodo comprendido entre noviembre del 2008 a octubre de 2011, se presentaron en Azuay 1.949 acciones de protección, y en la provincia del Guayas 3.459 acciones de protección⁷.

Esa concurrencia de la sociedad ante los órganos de administración de justicia, no es exclusiva del Ecuador. Existen datos respecto del nivel de concurrencia ante la administración de justicia en otros países: por ejemplo el Consejo de la Judicatura de Colombia indican que en el año 2007 ingresaron 1573.945 procesos⁸. La situación es similar en países europeos; por ejemplo, se dice que «el ciudadano alemán confía en sus jueces y acude a ellos para que solucione sus conflictos con el Estado o con otros ciudadanos»⁹.

Si bien es cierto los datos expuestos respecto de Ecuador constituyen una información parcial tanto en el ámbito espacial (judicaturas) como temporal (periodos que comprenden los estudios); o puede constatar que el Estado ha previsto mecanismos alternativos para la solución de conflictos como el arbitraje, o incluso reconoce el funcionamiento de otros sistemas de justicia (como el indígena, el electoral o el constitucional), la administración de justicia ordinaria es el mecanismo más utilizado por las personas para resolver sus controversias –sin que ello signifique que sea el único– denotando la importancia de contar con una administración de justicia confiable, lo que se logra en parte a través de la garantía de la independencia de los jueces. En lo fundamental, porque la sociedad actual soluciona sus controversias ante los jueces, tanto que ésta función “[a]hora aparece configurada como una válvula reguladora que modula el propio

⁷ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador/Centro de Estudios y Difusión del Derecho constitucional, 2013), 64.

⁸ Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, *Compendio de indicadores de gestión del sector jurisdiccional 2006-2007* (Consejo Superior de la Judicatura: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Tomo 3, 2008), 15.

⁹ Norbert Lösing, “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo: Programa del Estado de Derecho para Latinoamérica/Konrad Adenauer, 2011), 415.

pulso social”¹⁰, lo que significa que existen pocos escenarios que escapen al escrutinio jurisdiccional.

1.1.1. La doctrina de separación de poderes.

Si la concurrencia de la sociedad ante los jueces lleva inmersa la confianza ciudadana y la necesidad de posicionar la independencia judicial como un presupuesto del Estado constitucional ¿bajo qué postulado teórico y filosófico puede sustentarse la independencia judicial? Para responder a esta cuestión, es necesario volver al pensamiento moderno. Ya en Locke podemos encontrar un cuestionamiento al fundamento teológico del poder, como a su absolutismo; pues, al definir el poder político, establece que su finalidad es el «bien común»¹¹, así como propone al gobierno civil como remedio contra el estado de naturaleza, en el cual «a los hombres se les deja ser jueces de su propia causa»¹². Si bien es cierto Locke no postula precisamente la existencia de un poder judicial, interesa aquí su perspectiva que se orienta al establecimiento de una «Constitución mixta y equilibrada»¹³ conforme las tradiciones inglesas, poniendo especial énfasis en los límites y controles entre las Cámaras y el rey.

Será Montesquieu quien trascienda la ya clásica teoría de separación de poderes. Más que una recepción teórica, su obra resulta ser una descripción de la realidad sobre el

¹⁰ Informe del Consejo General del Poder Judicial, *La imagen de la Justicia en la sociedad española* (España: Demoscopia S.A., Consejo General del Poder Judicial, Dir. José Juan Toharia, 7mo barómetro de opinión, 2000), 6.

¹¹ John Locke, *Segundo tratado del gobierno civil* (Madrid: Tecnos, trad. de Carlos Mellizo, 2006), 8-9.

¹² *Ibidem*, 18.

¹³ Según la historia jurídica a partir de 1688, y sobre todo de 1714 el debate constitucional tuvo una importante variación, pasó de discutir el origen y titularidad del poder a la forma en que éste debía ejercerse. Los «*wighs* y *tories* coincidían también en defender la doctrina de la monarquía mixta y equilibrada». Véase Joaquín Varela Suanzes, “El debate constitucional británico en la primera mitad del siglo XVIII (*bolíngbroke versus walpole*)” en *Revista de estudios políticos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 10 [Nueva época], enero-marzo 2000), 10-13. La división de poderes de Locke los jueces están ausentes, “[l]a razón de este silencio estriba en que en Inglaterra no había una nítida distinción orgánica entre el poder judicial y el legislativo ni una clara distinción entre la función legislativa y la jurisdiccional”. Una sección de la Cámara de los Lores cumplía por aquel entonces, la función de supremo tribunal del reino, tratándose de un sistema de common law «los jueces creaban derecho a la vez que lo aplicaban, pues sus sentencias se convertían en precedentes que les vinculaban en el futuro a la hora de resolver casos análogos». Véase Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. “División de poderes y sistema de gobierno en la Gran Bretaña del siglo XVIII (Teoría y práctica de la monarquía mixta y equilibrada)”, en *Fundamentos No. 5. La división de poderes* (Asturias: Junta General del Principado de Asturias, 2009), 55-63.

ejercicio del poder en Inglaterra, tanto es así que, cuando describe la separación de los poderes, lo hace bajo el título «De la Constitución Inglesa»¹⁴.

Y, si bien Montesquieu afirmara que los jueces no son «sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor»¹⁵, tales expresiones han resultado con frecuencia exageradas o cuando menos erróneamente interpretadas o descontextualizadas, pues había dejado claro la distinción de funciones en el ejercicio del poder, al señalar que la potestad de juzgar no debe radicar en el príncipe: «En los Estados despóticos, el príncipe puede juzgar en persona. No ocurre lo mismo en la monarquía, pues si así fuese, destruiríase la constitución; se anonadarían las autoridades intermedias dependientes; cesarían todas las formalidades de los juicios; el temor se apoderaría de todos los ánimos; la palidez cubriría los rostros; no habría ya confianza, honor, amor, seguridad ni monarquía»¹⁶.

De otro lado, debe tenerse en cuenta el contexto histórico, social y geográfico desde el que Montesquieu divulga la teoría de división de poderes¹⁷. Ello es fundamental porque su obra no está enmarcada dentro de la dogmática o teoría jurídica sino que se presenta como una aproximación política, en un momento histórico donde postular la ley general y abstracta se presenta como un verdadero éxito para derrotar un régimen absolutista vigente: en términos sencillos, se trata del entendimiento político y no jurídico

¹⁴ Montesquieu, *El Espíritu de las leyes* (Madrid: Preciados, Tomo I, trad. de Siro García, 1906), 227. Se dice que «en su teoría subyacía el modelo inglés», entendiéndose que los problemas afrontados por Gran Bretaña estaría por afrontarlos Francia. De ahí que Montesquieu pretende «un equilibrio entre los poderes políticos, dividiéndolos y limitándolos entre sí». Esa división de poderes tiene un enfoque eminentemente político y se lograría en gran medida con el equilibrio de los intereses sociales, es decir desde la perspectiva de un pacto político, que al igual que en Gran Bretaña (rey, nobleza y pueblo) habría que adscribir al poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Véase, Ricardo García Macho, “Problemática de la división de poderes en la actualidad” en *Revista de estudios políticos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 53 [Nueva época], septiembre-octubre 1986), 176-179.

¹⁵ Montesquieu, *El Espíritu...*, 237.

¹⁶ *Ibidem...*, 126.

¹⁷ Este aspecto tiene un valor clave no solo en sentido histórico, en relación con el tiempo transcurrido entre el autor y la actualidad; sino también desde el ámbito cultural (entendiendo la palabra cultura en un sentido amplio, es decir como la forma de vida que experimenta una determinada sociedad). Peter Häberle ha anotado la importancia del «contexto» y su influencia en la Constitución, pues “es el concepto-puente central del pensamiento sobre la «Constitución» hacia las otras ciencias de la cultura, en especial hacia la Filosofía y la Ética, la Religión y la Pedagogía, pero también a las ciencias de la Política, la Economía y la Ecología [...] El contexto significa «comprensión por medio del sobreentendimiento». Lo que interesa de este planteamiento, es que la Constitución no es una construcción jurídico-normativo pura, sino que está en constante interrelación con otras ciencias y disciplinas científicas. Véase Peter Häberle, “La Constitución «en el contexto», en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 7, 2003), 223-224.

de la separación de los poderes del Estado; menos aún se trata de una fundamentación dogmática sobre el papel del poder judicial en el naciente Estado. En sentido contrario, debe considerarse que en Montesquieu existe una posición de cuestionamiento al poder absoluto, ya que éste eleva la posibilidad del abuso pudiendo llevarlo a la arbitrariedad y la tiranía, dando paso de esa forma a la opresión.

El elemento que pueden considerarse central de esta doctrina predica: «la teoría de separación de poderes consiste en crear en un Estado varios órganos distintos, sin relación alguna entre ellos, y en confiar a cada uno categoría de funciones determinadas que cumple sin el concurso de los otros»¹⁸. Esta doctrina, en extremo, entiende que tales órganos del Estado han de ser exclusivamente tres: ejecutivo, legislativo y judicial; y, que a cada uno de ellos corresponde una función del mismo nombre que deben ejercer sin interferir en las otras; también implica una distinción de personas, de manera que el poder nunca sea ejercido por un solo (persona o grupo) detentador.

No es nuestro propósito ocuparnos de la forma más aceptable para lograrlo, solo diremos que tal formulación de la doctrina de separación de poderes está presente desde el origen mismo –y parece que incluso antes– del constitucionalismo moderno. La cuestión central es la existencia de un sistema de gobierno, o más exactamente de una forma de Estado donde el ejercicio del poder sea limitado y se establezcan mecanismos para evitar que se ejerza monopólicamente por un solo detentador, aunque para ello resulte necesario «fragmentarlo»¹⁹. Ahora bien, dado el tiempo transcurrido desde la aparición de la doctrina de separación de poderes nos ubica en la necesidad de una adaptación a la forma de ejercicio del poder en la actualidad, a los problemas contemporáneos.

La necesidad de una reinterpretación surge debido a los tan claros como evidentes cambios que ha experimentado la sociedad actual respecto de la sociedad de Locke o

¹⁸ León Duguít, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Pablo Pérez Tremps, 1996), 3.

¹⁹ Mariela Rubano Lapasta, “El principio de separación de poderes: interpretación actual” en *Estudios de derecho público: El principio de separación de poderes. Actas de las XL jornadas de Derecho Público 2010* (Santiago: Abeledo-Perrot/Thomson Reuters, Universidad de Valparaíso, 2011), 27-38. La sociología nos da extraordinarios argumentos para entender la necesidad de dividir el poder, sosteniendo la “idea de que el poder, para que sea efectivo, debe ser dividido; y, que la omnipotencia, lejos de ser una ventaja puede ser una calamidad”, ello debido a que “un ser omnipotente es una contradicción en sus propios términos. «Si un ente tiene el poder de hacer cualquier ley o de llevar a cabo cualquier acto ¿puede entonces limitar su propio poder para actuar o elaborar leyes?»” sería una suerte de poder irreversible. Véase Jon Elster, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromisos y restricciones* (Barcelona: Gedisa, trad. de Jordi Mundó, 2002), 166-167.

Montesquieu. Por ello la reflexión sobre esta doctrina y su utilidad en tiempos contemporáneos, parafraseando a Ortega y Gasset, deba hacerse «para el Derecho y su circunstancia», tomando en cuenta que el tiempo es un elemento indisociable de la realidad y su filosofía²⁰.

Así, es posible afirmar, que la doctrina de separación de poderes mantiene vigencia y, difícilmente su importancia o peor aún su utilidad puede ser negada, puesto que «quienquiera rechazarla de plano ha de estar dispuesto también a descartar los valores [o derechos] que la hicieron aparecer»²¹; cosa distinta es, como se ha dicho, la necesidad de una interpretación acorde a las circunstancias actuales²².

La forma de Estado adoptada por el Ecuador, difícilmente puede prescindir de la teoría de separación de poderes, que como se verá, es una cuestión esencial del concepto de Constitución y nuestros sistemas políticos; sobre todo, si en esos sistemas políticos se pretende la realización de los derechos de los asociados, de los ciudadanos.

²⁰ Un sector de la doctrina ha insistido en que la división de poderes «no parece tener hoy en apariencia enemigos frontales y declarados entre la familia de Estados constitucionales». Pese a las variaciones de las necesidades que experimenta la sociedad contemporánea, «la moderna *«organización constitucional»* conserva el espíritu que alentaba la vieja división, impedir la concentración despótica del poder para salvaguardar la libertad política, pero no ha ideado en la línea de separación absoluta de separación de poderes –salvo para la función jurisdiccional– ni de exclusividad de funciones sino por el camino contrario de la integración y la colaboración”. Véase Javier García Roca, “Del principio de la división de poderes” en *Revista de estudios políticos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 108 (Nueva época), abril-junio 2000), 41-46. Los cambios de la sociedad son tan evidentes que nadie duda el cambio que ha experimentado la clásica teoría, tanto que «Montesquieu no podría reconocer su propia doctrina», aunque sigamos creyendo que la división del poder aunque sea de forma metafórica constituye un elemento clave para evitar la arbitrariedad. Véase Benigno Pendás, “División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea” en *Fundamentos No. 5. La división...*, 205 y ss. Sobre la complejidad que experimenta contemporáneamente el principio de separación de poderes, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-1140/2010 ha dicho: “[...] una labor de coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito competencial de otros, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente -por ejemplo la iniciativa gubernamental en materia legislativa- o como una excepción a la regla general de distribución funcional -como el ejercicio de determinadas funciones judiciales por el Congreso o la atribución de funciones jurisdiccionales por medio de la ley en materias precisas a determinadas autoridades administrativas-”.

²¹ Maurice Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción de la 2da edición en inglés de Xohana Bastidas, 2007), 8.

²² El mismo Maurice Vile ha dado cuenta de esta cuestión, en unos términos muy expresivos: “La larga historia de la doctrina de separación de poderes es un reflejo de la aspiración humana de encontrar un sistema de gobierno en el que el ejercicio del poder estatal esté sujeto a medidas de control. Ilustra cómo esta aspiración básica de limitar el poder del Estado ha tenido que irse *modificando y adaptando a los cambios de las circunstancias y necesidades*, y ofrece una riquísima fuente de material, de pensamientos y experiencias humanas, sobre un tema que sigue teniendo hoy en día una importancia vital” (cursiva fuera del texto original): *Constitucionalismo y separación de poderes...*, 21.

1.1.2. La cuestión esencial de una Constitución.

La «Constitución» en su concepto como en sus implicaciones puede ser diversa. Sin embargo, ya el origen del constitucionalismo moderno –tanto del otro lado del Atlántico como de éste– parece distinguir una *cuestión esencial*: la *primera* predica que la Constitución debe cumplir una función de limitación del poder, y a tal efecto se debe ejercer control a través de algunos agentes. La *segunda*, no menos importante y bastante relacionada con la anterior, pertenece al ámbito de protección de la persona como individuo titular de derechos, y como tal sujeto de un *status* dentro del ordenamiento jurídico: consecuencia de ello es que a los jueces corresponde el deber de otorgar tutela efectiva de los derechos de las personas. Cosa diferente son los mecanismos que los diferentes sistemas establecieron para hacer efectivos los contenidos constitucionales.

Aunque cabe admitir con carácter general, que la Constitución de los modernos Estados europeos –al menos en los países continentales postrevolucionarios– se concibió como un documento político, matizando así su carácter de norma jurídica y relegando a los jueces de su aplicación (sus disposiciones no son exigibles, ni justiciables); es preciso anotar que esa misma Constitución distingue una parte dogmática y otra orgánica. Tal distinción resulta útil en la actualidad, para ilustrar que a los jueces corresponde no sólo resolver unas cuantas controversias individuales sino, sobre todo, para dar cuenta que a los jueces se atribuye el deber de otorgar tutela efectiva a los derechos (por efecto de la parte dogmática de la Constitución); así como, permite identificar la función de limitación del poder que (corresponde también a los jueces y,) se deriva de la parte orgánica de la Constitución –como sucedió desde un inicio en el sistema norteamericano–; todo ello conforme los mecanismos de control y las competencias establecidas por la respectiva norma constitucional. De ello precisamente se deriva el *valor* de la Constitución:

[L]a Constitución ha sido concebida como un documento *político* que se limita a organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado –básicamente el de los poderes legislativo y ejecutivo–, sus relaciones y limitaciones, de tal forma que todo aquello en que ambos poderes estén de acuerdo resulta constitucionalmente legítimo, y como un documento *jurídico* que, más allá de cumplir las funciones que acaban de apuntarse, se conforma como norma básica del ordenamiento jurídico del Estado que es no sólo aplicable a los operadores políticos, sino también determinante de las relaciones entre aquéllos y los particulares, configurándose como *auténtico* derecho, y *supremo* derecho, del Estado [junto al valor de la Constitución se ubica la separación de poderes]²³.

²³ Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución* (Madrid: Alianza editorial, 1994), 31.

Lo medular en la actualidad es, entonces, ofrecer mecanismos que permitan (a las personas) defenderse de los *diversos tipos de poder*, sean éstos de *iure* o de *facto*²⁴; no otra cosa hacen los jueces al resolver diversos tipos de controversias, tanto entre el Estado y los particulares como entre personas privadas. De tal forma que, desde la modernidad hasta hoy, la limitación del poder (a través de la separación de poderes) y la tutela judicial de los derechos (a través de sus garantías) constituyen un aspecto inescindible no sólo de la Constitución misma sino de toda sociedad civilizada.

1.1.2.1. El monopolio de la jurisdicción.

La civilización se caracteriza por el uso de la razón para descubrir la verdad o resolver los conflictos. De ello se deriva que la tarea de defenderse de cualquier tipo de poder que se ejerce abusivamente deba hacerse a través de los mecanismos institucionales, pues de otra forma la convivencia en sociedad resultaría, cuanto menos, difícil. Dado el progreso que significa el «Estado constitucional», la persona no puede ejercer su defensa en cualquier forma, sino que ha de hacerlo a través de los cánones y medios que ofrece el sistema, de los medios que ofrece la razón a través del derecho. Así, Fitzpatrick nos ilustra sobre la posibilidad de utilizar el derecho como resistencia, cuando ilustra su «dimensión relacional»²⁵.

Se sabe que contra los excesos del poder y la arbitrariedad ha debido librarse una tenaz batalla durante décadas e incluso siglos, desde los inicios de nuestra era²⁶. Con ello

²⁴ Ermanno Vitale, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional* (Madrid: Trotta, trad. de Pedro Salazar y Paula Vásquez, 2000), 13.

²⁵ Peter Fitzpatrick, *El derecho como resistencia, modernismo, imperialismo y legalismo*, (Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010), 30. Según el autor, el derecho tendría dos dimensiones: una relacional “Para quienes afirman que el derecho debe ser tomado en serio, y para los abogados de las minorías, la idea de derecho tiende a ser funcional. Fuera de la infinidad de lo que el derecho podría ser, o podría hacer, está siendo y haciendo algo específico (en un contexto específico). En ese contexto, el derecho se forma a partir de las múltiples conexiones con otras relaciones sociales. Este tipo de derecho crea una diversidad de campos, cada uno de los cuales posee significados característicos, y límites que aunque se tornen usuales no resultan ser invariables; están entonces decididos pero no establecidos. Son estos campos los que dan lugar generalmente a resistencias”. Son ejemplos prácticos de aquellas cuestiones decididas pero no establecidas en una Constitución: el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; el derecho de libertad en sus variadas connotaciones, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al honor y la intimidad tan solo por citar algunos ejemplos; por lo tanto ciertamente las propias normas concebidas dentro del ordenamiento jurídico determinado dan lugar a resistir, como cuando se interpone una acción de protección por vulneración del derecho a la igualdad.

²⁶ Algunas manifestaciones del juicio justo y de la igualdad podríamos señalar tienen origen en el año 200 D.C; Tertuliano había escrito al Senado Romano: “Porque condenando sin oír, a más del escándalo que esta iniquidad grangea, quedáis en la opinión de los cuerdos, manifiestamente sospechosos, de que por eso condenáis sin oír, porque oyendo no pudierais condenar [...] La justicia no condena acaso por lo que puede

no se quiere afirmar que la violencia como tal se encuentren erradicada en la actualidad, como tampoco que los planteamientos sobre la existencia de normas o el concepto de Constitución que conocemos desde la época moderna nos sea propia y exclusiva. La historia nos ilustra que desde la Edad Antigua pasando por la Media y la Moderna hasta llegar a la contemporaneidad, existe una forma de organización acorde a las necesidades y problemas concretos, existe una filosofía dominante y una forma concreta de resolver los conflictos: en la Edad Antigua será la fuerza o la divinidad el método de resolución de conflictos por excelencia²⁷; en la Edad Media será el príncipe el que administra justicia, de ahí que las reflexiones se ocupen fundamentalmente de la legitimidad o tiranía del ejercicio de su poder²⁸; sin embargo, el rey se ocupará en persona de administrar justicia solo de unos pocos asuntos, considerados de trascendencia política, por ello se afirma que:

[N]o existe ciertamente una forma típica de ejercicio del poder. Existen poderes orientados en sentido universalista, como el imperial, pero con frecuencia escasamente dotados de efectividad en la vida concreta de la sociedad medieval. Y existen por el contrario poderes agentes con otro grado de concreción sobre espacios territoriales bastante limitado, con frecuencia legitimados por la posesión de la tierra, de donde deriva el mismo ejercicio de los poderes de *imperium*: la administración de justicia, la recaudación de impuestos y la llamada a las armas. Existen rey, príncipes y señores, laicos y eclesiásticos²⁹.

ser, sino por lo que conoce. [...] ¿Por qué si á todo delincuente es lícito valerse de su boca y de la mercenaria abogacía para recomendar su inocencia; por qué si á todos los reos da facultad la ley (2) para responder, para altercar, para que sin ser oído ninguno sea condenado, solo el Christiano no ha de ser lícito abrir la boca para purgar su causa, buscar agena industria, para defender la verdad, hablar por sí para que no sea injusto el Juez, condenando al que no se defendió? Pero solamente en nuestra causa no se admite el examen del delito que es beneficio de los reos, solo se atiende á la confesión del nombre Christiano, que es el odioso título que irrita el odio popular”. Véase Florente Tertuliano, *Apología contra los gentiles. En defensa de los Christianos* (Madrid: Oficina Benito Cano, trad., de Pedro Manero, año MDCCLXXXIX), 2-7.

²⁷ Foucault nos ilustra sobre la base de dos casos la forma de resolver los conflictos en la antigüedad. En el primero, Menelao lanza un desafío a Antíloco: «Pon tu mano derecha sobre la cabeza de tu caballo; sujeta con la mano izquierda tu fusta y jura ante Zeus que no cometiste irregularidad»; la prueba de la verdad jurídica queda en mano de los dioses. El segundo ejemplo, está relacionado con la muerte del rey Layo, donde los dioses hacen predicciones pero se necesita la presencia de un testigo del pasado para que ratifique lo que realmente sucedió en la actualidad. Véase Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona: Gedisa, trad. de Enrique Lynch, 4ta edición, 1995), 35-60.

²⁸ La muestra por excelencia de ese pensamiento se encuentra en Stephanus Junius Brutus, *Vindiciae contra Tyrannos. Del poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y del pueblo sobre el príncipe* (Madrid: Tecnos, trad. de Piedad García-Escudero, 2008), 5-6; especialmente, 9-16.

²⁹ Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, trad. de Manuel Martínez, 2007), 34. La posición del príncipe en la edad media responde a una concreta estructura y necesidad social: “[...] el príncipe es *legibus solutus* y que lo que le place tiene fuerza de ley, según la conocida máxima de *quod principi placuit legis habet vigorem*, pero esto no sucede por casualidad, sino porque el deber del príncipe de promover la justicia y la equidad es absoluto, y no puede por ello depender de la eficacia de una sanción, contenida en una ley positiva oponible formalmente a él”. *Ibidem*, 39-41. También sobre la civilización y la barbarie, aunque con especial enfoque sobre el derecho a la defensa pero

Serán las ideas de la Ilustración –que promueven el carácter primigenio del Estado moderno y la concepción de la ley como expresión soberana de la nación– las que racionalicen la regulación de las actividades sociales, y que tienen su carácter más significativo en el contenido de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789³⁰. Desde la modernidad, la idea de racionalidad está presente hasta la actualidad; la razón viene a sustituir la opresión, la fuerza o la divinidad.

Así, la jurisdicción se posiciona como una potestad que forma parte del *imperium* del Estado³¹; puesto que la existencia misma del Estado y la imposición de la razón como mecanismo de convivencia social en tiempos contemporáneos lleva implícita la prohibición de ejercer justicia por mano propia o autodefensa³².

Prohibida la autotutela, toman relevancia en la forma de resolver los conflictos otros conceptos como la autocomposición o la heterocomposición. El primero –autocomposición– significa técnicamente que la controversia se resuelve por la «renuncia a la propia pretensión o en la sumisión de la contraparte»³³, son ejemplos de esta forma de resolución de conflictos el desistimiento, el allanamiento o la transacción; de su lado la

que ilustra sobre los aspectos anotados. Véase a Jorge Eduardo Vásquez Rossi, *La defensa penal* (Argentina: Rubinzal-Culzoni, 3ra edición, 1996), 19-30.

³⁰ La importancia de este documento es capital para entender la moderna idea de Estado, así como del Derecho. Se ha dicho que: “Se ha atendido más al alcance político e histórico de este documento que a su importancia histórico-jurídica, la cual ha conservado hasta nuestros días. Sea cual fuere el valor de sus proposiciones generales, bajo su influjo se ha formado la noción de los Derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo de los Estados del Continente europeo. La literatura jurídico-política sólo conocía hasta entonces derechos de los Jefes de Estado, privilegios de clase, de los particulares o de ciertas corporaciones, no manifestándose los derechos generales de los súbditos sino bajo la forma de deberes del Estado, sin constituir para los individuos títulos jurídicos caracterizados. Merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces sólo conocida en el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo.” Véase al respecto George Jellinek, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, trad. de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, 2000), 81-82.

³¹ La jurisdicción proviene de la *iurisdictio* romana, es una potestad del que comprende, toda la actividad de tutela o protección jurídica que en el orden civil un magistrado pueda llevar a cabo. Véase al respecto Germán Cisneros Farías, *Diccionario de frases y aforismo latinos* (México D. F: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003), 56.

³² Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso* (México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 3ra edición, 1ra reimpresión, 2000), 36.

³³ José Ovalle Favela, *Teoría General del Proceso*, (México D.F: Oxford, 6ta edición, 2005), 15. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo los define como «modos anormales de conclusión del proceso», *Proceso, autocomposición...*, 72.

heterocomposición requiere que «la solución al conflicto (sea) calificada de *imparcial*»³⁴, es decir, quien resuelve ha de ser un tercero ajeno a las partes y desvinculado del interés que se persigue en la controversia; los ejemplos característicos de esta categoría son: el arbitraje y, el método heterocompositivo por excelencia, el proceso judicial.

De esta forma se posiciona el «monopolio de la jurisdicción»³⁵ por parte del Estado. Ese monopolio se manifiesta en la potestad jurisdiccional –juzgar y hacer ejecutar lo juzgado– cuyo aspecto se vincula con la personalidad de actuación del Estado, pues: «El contenido de la mencionada potestad se concreta en una fuerza de mando jurídicamente vinculante para con las partes y terceros, la cual se encuentra respaldada no solo por la policía judicial, sino por todo el aparato coactivo del Estado»³⁶.

Además, se debe tener en cuenta que la función primordial de los órganos jurisdiccionales «es la resolución de conflictos jurídicos –es decir, de las controversias surgidas en relaciones reguladas por el Derecho– que inevitablemente aparecen en el seno de la sociedad; de este modo se consigue dispensar la oportuna salvaguarda de los derechos subjetivos [...] el Poder Judicial también está llamado a controlar la actuación de otros poderes públicos y, muy especialmente la adecuación de sus actuaciones a la legalidad»³⁷.

Lo anterior se evidencia claramente en nuestra Constitución con el principio de unidad jurisdiccional (Art. 168.3 de la Constitución), que previene «ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria», aunque el constituyente admite la existencia de otros sistemas de justicia de igual jerarquía: la justicia electoral, constitucional e indígena³⁸. Resta decir, si el Estado se reserva el monopolio de la jurisdicción, lo menos que se puede esperar y se debe hacer, es que quienes la administren no se encuentren condicionados, ni mucho menos existan

³⁴ José Ovalle Favela, *Teoría...*, 23.

³⁵ Cuando se usa el término monopolio de la jurisdicción se quiere decir que solo la justicia que administra el Estado a través de sus órganos es válida y produce los efectos correspondientes. Con ello de ninguna forma se quiere decir, que todas las controversias requieren obligatoriamente la concurrencia de los órganos estatales para resolverse, pues de hecho existirán controversias que se resuelven en la esfera privada bajo las formas de acuerdos o convenciones, tan solo por citar un ejemplo. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ibidem*, 37-45.

³⁶ Vicente Gimeno Sendra, *Introducción al derecho procesal* (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009), 31.

³⁷ Victor Moreno Catena (Dir.), *Manual de organización judicial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 3ra edición, 2008), 41

³⁸ Aunque la Corte Constitucional ha establecido fuertes limitaciones el ámbito de acción de la justicia indígena. Véase Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No. 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014.

mecanismos de presión en la adopción de sus decisiones; y, para ello resulta medular la independencia judicial.

1.1.2.2. La función de limitación y control del poder a través de los jueces.

La palabra *poder* ha sido utilizada de tan variada forma resultando cuando menos ambigua; tanto que se ha dicho que contiene sociológicamente una definición «amorfa»³⁹. No obstante, una definición en sentido básico, nos dice que el poder implica la posibilidad de «colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada»⁴⁰. El poder político es la expresión del poder por antonomasia, tanto es así que éste, traducido en sentido jurídico y desde la óptica constitucional, se expresa en facultades y competencias que permiten a ciertas autoridades que ostentan un cargo decidir, así como ejercer legítimamente el monopolio de la fuerza a través de los distintos órganos del Estado.

La cuestión de limitación del poder no constituye un tema nuevo sino que ha sido una preocupación a lo largo de la historia. Conviene recordar que las primeras manifestaciones de los derechos fueron concebidas como mecanismos de limitación al poder; no otra cosa pretendía la *Carta Magna* de 1215 al proscribir ciertas acciones del rey; o la Declaración de Derechos americana (Virginia), el *Bill of Rights* y la propia *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, que en su artículo 16 estableció que la garantía de los derechos y la separación de poderes condicionan la existencia de la Constitución⁴¹.

La Constitución, y en general las normas, tienen por finalidad limitar el poder y el arbitrio⁴²; cosa distinta son los mecanismos más idóneos para lograr tal objetivo. Pero la necesidad del control es imprescindible debido a que la naturaleza del poder lo demanda, y

³⁹ Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (México: Fondo de cultura económica, 2da reimpresión de la 2da edición en español, 2002), 43.

⁴⁰ *Ibíd.*, 43.

⁴¹ Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003), 1-4.

⁴² El Tribunal Supremo de Estados Unidos, en la sentencia que se ha denominado fundadora del control de constitucionalidad, *Marbury vs Madison* dijo: “Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación? Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida”.

ello es innegable en la actualidad. Para tener una idea de la real dimensión del asunto, debe considerarse que:

[E]l Estado constitucional fue, hablando con propiedad, el primer *poder absoluto* de la historia: porque fue el primero que reunió en su seno poderes —antes en manos de diferentes corporaciones, grupos o estamentos— que los monarcas absolutos debieron respetar [...] Ésta es, sin duda, la gran paradoja de una forma de organización política que eliminaba de raíz la dispersión del poder típica de las antiguas monarquías a base de concentrar todo ese poder en el Estado, lo que, como no podía suceder de otra manera, determinara por situar en primer plano la cuestión de limitación de las facultades de ese nuevo *leviatán*, dado que tal limitación constituía el único medio de garantizar el gran *desiderátum* liberal: la libertad⁴³.

El empeño del hombre por limitar el poder, tiene su razón de ser en que, quien detente el poder difícilmente se limitará en mérito propio; pues como bien se ha dicho «power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely»⁴⁴. De manera correlativa se tiene que la vigencia de los derechos no solo depende del reconocimiento positivo en un documento escrito, sino de otras condiciones materiales e incluso coyunturales, siendo que la limitación del poder debe ser real para permitir la vigencia de esos derechos. De esta forma, la Constitución no es ya un gobierno de los hombres en base a su sola voluntad, sino un gobierno racionalizado a través de las normas para mantener la convivencia: una democracia constitucional⁴⁵.

Para entender que la Constitución no era simplemente un plan político sino que su la función de limitación del poder es más fuerte, se postulará más tarde que no existen poderes completa o auténticamente soberanos⁴⁶. La Constitución se convierte así en la

⁴³ Roberto Blanco Valdés, *La construcción de la libertad* (Madrid: Alianza editorial, 2010) 47. El mismo autor ha puesto de manifiesto que «El Estado liberal es el primer poder absoluto de la historia, es decir, el primer poder que no admite competidores», véase *El valor de la Constitución...* 23.

⁴⁴ John Acton E, *Essays on Freedom and Power* (Boston: The Beacon Press, 1949), 364.

⁴⁵ El concepto de democracia constitucional está dado en función de limitación del poder, y ello puede predicarse de una Constitución debido a “[...] la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder y por medio de los cuales los detentadores del poder estén sometidos a control”. Véase Karl Loewenstein, *Teoría...*, 89-91.

⁴⁶ Escribe Ferrajoli: “El constitucionalismo rígido, tal como he escrito en varias ocasiones, no es una superación, sino que es, antes bien, un reforzamiento del positivismo jurídico, que se amplía a las opciones —los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales— a las que debe someterse la producción del derecho positivo. Es el fruto de un cambio de paradigma del viejo iuspositivismo, producido por el sometimiento de la producción normativa a normas de derecho positivo no sólo formales, sino también sustanciales. Por ello, el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad. De esta manera, el constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres: la que en la tradicional democracia

juridificación de la democracia, lo que implica «la necesidad de concebir jurídicamente (y eso significa limitadamente) a la propia soberanía»⁴⁷. El establecimiento de derechos y la configuración expresa de competencias a los órganos del Estado, están concebidos bajo esa perspectiva y constituyen «técnicas dirigidas a la limitación del poder público, que de lo contrario, sería absoluto»⁴⁸. De ello se deriva la importancia de la *limitación* del poder, pues nada resulta más peligroso para los derechos que el poder ilimitado: así, se gobierna no conforme las reglas del derecho sino bajo el arbitrio y el exceso; se gobernaría con la Constitución y no según ella.

Lo ideal –aunque utópico– sería que no existiesen controversias y las personas, como también las autoridades se impusiesen límites mutuos o se lo hiciese en mérito propio; pero, hay que considerar que los derechos no manifiestan su eficacia en condiciones normales «sino precisamente en los supuestos en los que la paz social esté seriamente amenazada»⁴⁹. La lucha por la limitación del poder y la posibilidad de someter a control a quienes lo ejercen no es en absoluto pacífica; como se dijo, los derechos forman parte de esa lógica, tanto que pueden concebirse como expresión de poder a favor de los ciudadanos. Pero, fundamentalmente se debe tener en cuenta que de esa limitación y control del poder, depende la opresión o libertad de los ciudadanos: en última instancia, la vigencia de los derechos de las personas, de ahí que se ha dicho que:

A través de la historia se han buscado formas de limitar el ejercicio del poder y evitar la posibilidad de su incremento arbitrario, hasta llegar a la época contemporánea en que se ha establecido en las Constituciones un conjunto de disposiciones encaminadas a limitar las esferas de competencia de los detentadores del poder, y a asegurar ciertos derechos a los

representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría. Gracias a esto, la legalidad ya no es sólo, como en el viejo modelo paleo iuspositivista, «condicionante» de la validez de las normas infra-legales, sino que ella misma está condicionada, en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales. Así, el Derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no sólo se regulan las *formas*, como en el viejo paradigma formalista del paleopositivismo, sino también los *contenidos*, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional.” Véase, Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Un debate sobre el constitucionalismo* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 11-50. En el mismo sentido, Ferrajoli ha defendido que los derechos fundamentales implican la concepción de una democracia sustancial. Véase *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 7ma edición, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Grepí, 2010), 50-55.

⁴⁷ Manuel Aragón Reyes, *Constitución, Democracia, y Control* (México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002), 15.

⁴⁸ Luigi Ferrajoli, “Jueces y política”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (Año No. 4, No. 7, 1999), 63-80.

⁴⁹ Massimo la Torre, “Nueve Críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy”, en *La argumentación y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Carlos Bernal, 2010), 88.

ciudadanos. Esto no significa que la Constitución sea el único medio de controlar el poder, sino que por ser ley suprema es el instrumento idóneo para articular sistemas de control.⁵⁰

Ahora bien, esa función de limitación del poder debe ser ejercida por los jueces a través de las diferentes competencias que la Constitución asigna. Ello requiere un diseño constitucional que equilibre el poder y no lo jerarquice; tal limitación debe partir desde la configuración constitucional que da forma a los órganos estatales, así ningún órgano y/o función del Estado debe ejercer el poder de forma absoluta, ni le debe estar permitido a un solo detentador del poder controlar a los demás poderes del Estado⁵¹. La limitación del poder, se posiciona así como un postulado básico del Estado moderno y es intrínseco para *tener* Constitución.

1.1.2.3. Los jueces y el deber de otorgar tutela efectiva a los derechos.

El deber de otorgar tutela efectiva a los derechos viene reconocido tanto en las constituciones, como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo el Estado el depositario de dicha obligación, como puede advertirse de los artículos 3.1 y 11.9 de la Constitución ecuatoriana, y los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con ello no quiere decirse que tal cuestión sea nueva, pues la Declaración francesa de 1789 prescribía que «el deber de las sociedades políticas es la conservación de los derechos naturales»; sin embargo, la abstracta referencia al Estado sobre el deber de respetar y garantizar la vigencia de los derechos, más que determinar obligaciones claras, genera con frecuencia algunos problemas.

En términos generales, todas las funciones del Estado deben cumplir con el deber de otorgar tutela efectiva a los derechos; no obstante, se ha sostenido que en última instancia tal responsabilidad debe estar encomendada «a los jueces y tribunales que integran la

⁵⁰ Carla Huerta Ochoa, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 3ra edición, 2010), 10. En consonancia con ese pensamiento un importante sector de la doctrina entiende que “[e]l problema del control del poder es en nuestro tiempo el eje de la vida institucional. [...] el ejercicio de los controles está condicionado por múltiples factores; factores que tienen que ver con la lucha por el poder y en el poder”. Véase Diego Valadés, *El control del poder* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998), 11.

⁵¹ Se dice que en la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados Federados, los constituyente norteamericanos “[...] deseaban conceder al gobierno central el mayor poder posible, y dejar lo menos posible en manos de los gobiernos locales [...] pronto se elevó una protesta para acusarles de crear una tiranía”. Véase Walter Bagehot, *La Constitución Inglesa* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Adolfo Posada, 2010), 203.

jurisdicción»⁵². Ello tiene su razón de ser en dos fundamentos: la primera, es que cada vez son menores los actos que escapan al control judicial situando a los órganos jurisdiccionales como los órganos de cierre en el sistema constitucional; y, la segunda, porque los jueces deben resolver las controversias con fundamento en las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico, mas no con criterios políticos; de ahí que los derechos y la justicia constitucional «representan dos bases [esenciales] del constitucionalismo democrático»⁵³.

Un sector de la doctrina ilustra que el deber de protección de los derechos tiene su origen en Francia, en la jurisprudencia del Consejo de Estado de la *arrét Benjamín* de mayo de 1933, que estableció que la libertad de reunión no implicaba solamente un deber de abstención del Estado, sino también que ese mismo Estado estaba en la obligación de procurar que los demás respeten también el ejercicio del derecho, utilizando incluso sus fuerzas de seguridad ante eventuales contramarchas⁵⁴. De su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la sentencia del caso *Liith* del año 1958, pondría en evidencia que los derechos fundamentales no solo constituyen derechos de defensa del ciudadano frente al Estado sino también «un orden objetivo de valores»⁵⁵, válida para todas las esferas del derecho, estableciendo la obligación de los jueces de examinar los casos a merced del mandato constitucional, y aclarando la posibilidad de recurrir en amparo, en el caso de que no se procediera así⁵⁶.

El Tribunal Constitucional español ha realizado pronunciamientos similares, al entender que «los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones»⁵⁷, pudiendo incluso

⁵² Carlos Natarén Nandayapa, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal* (México D.F: Instituto de investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006) XVII.

⁵³ Gian Carlo Rola, *Derechos fundamentales, Estado democráticos y justicia constitucional* (México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000), 126.

⁵⁴ Tomás Quadra-Salcedo y Fernandez del Castillo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares* (Madrid: Civitas, 1981), 67 y ss.

⁵⁵ Jürgen Schwabe comp., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (México: Konrad Adenauer, trad. Marcela Anzola y Emilio Maus, 2009), 202 y ss.

⁵⁶ Posteriormente el Tribunal Federal en la sentencia *Schleyer* se pronunció sobre el deber de proteger el derecho a la vida ante acciones terroristas; y, en la sentencia *KalKar* reiteró tal obligación, al establecer que los derechos fundamentales ordenan conformar las regulaciones jurídicas para evitar el peligro de violaciones. Lo que debe destacarse de esta jurisprudencia, es que se ha entendido que el deber de protección de los derechos recae en todas las instituciones del Estado; sin embargo, el último responsable de esa protección es el poder judicial en los distintos procedimientos que le competen conocer.

⁵⁷ Tribunal Constitucional español, sentencia No. 15/1982 de 13 de abril.

«cualquier ciudadano recabar tutela ante los tribunales ordinarios»⁵⁸. Tal doctrina no es ajena en nuestro medio, pues la Corte Constitucional desde el periodo de transición ha venido dejando claro que «cualquier autoridad judicial que vulnere un derecho constitucional, por ese solo hecho faltará a su obligación de tutelar los derechos»⁵⁹.

Ahora bien, la función de limitación y control del poder, así como el deber de protección de los derechos tienen un punto de confluencia en la independencia del juez; pero, para referirse a la independencia judicial, resulta imprescindible la doctrina de separación de poderes. Si bien es cierto, la separación de poderes es, como se dijo, una teoría difundida por Montesquieu hace siglos, difícilmente puede pensarse superada. El pensamiento occidental ha postulado un pensamiento trascendental en la vigencia de derechos «inalienables y sagrados» que se han consagrados en documentos escritos: la libertad, la igualdad, la legalidad, la presunción de inocencia son postulados del origen mismo del constitucionalismo liberal como «meta de toda asociación política» para lograr la convivencia en sociedad; el cómo garantizar efectivamente la vigencia de esos postulados sigue siendo materia de reflexión y preocupación de las sociedades contemporáneas.

La independencia judicial y la separación de poderes no se sitúan en la dogmática de los derechos; la cuestión es más bien compleja debido a que involucra no solo un aspecto de arquitectura del poder que corresponde al Derecho constitucional sino también otras cuestiones como la política, la sociología e incluso la cultura. El debate suscitado desde los orígenes del constitucionalismo moderno ha postulado otros mecanismos para perfeccionar la separación de poderes, como es el sistema «frenos y contrapesos» (*checks and balances*) o la Constitución equilibrada, de manera que el funcionamiento del Estado constitucional nos lleve a consolidar «un gobierno limitado»⁶⁰.

⁵⁸ Tribunal Constitucional español, sentencia No. 56/1982, de 26 de julio.

⁵⁹ Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No. 227-12-SEP-CC, caso No. 1212-11-EP.

⁶⁰ La comprensión de la importancia de la Constitución en la limitación del gobierno depende del lugar que ocupa el principio de supremacía constitucional; se dice que “La regulación constitucional sería inútil si los poderes del Estado no estuvieran sometidos a ella. Y lo están porque la ley fundamental institucionaliza y ordena los poderes estableciendo sus competencias y su funcionamiento. La existencia de los poderes y sus atribuciones derivan de la ley fundamental”. Véase Alberto Ricardo Dalla Vía, *Teoría política y constitucional* (México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006), 83. En este aspecto, también la teoría política nos ofrece importantes elementos de análisis: “[el] sistema de repartir el poder y de establecer controles jurisdiccionales *sí es muy efectivo*, y ofrece mayores oportunidades de detener, de controlar la actividad arbitraria de la soberanía.” Véase Francisco Porrúa Pérez, *Teoría del Estado* (México

En la práctica, efectivizar los postulados teóricos de la separación de poderes no constituye una tarea sencilla; tampoco resulta pacífico que los jueces ejerzan control con fundamento en la limitación del poder que se deriva de la Constitución y cumplan con la función de otorgar tutela efectiva de los derechos; para ello es indispensable jueces independientes, pues la variedad de procesos existentes en la actualidad denotan por sí mismo tal importancia⁶¹. Solo esa independencia permite el sometimiento al derecho, tanto del poder político, del económico o ideológico, así como cualquier otro tipo de poder.

Solo jueces con independencia pueden limitar y controlar el poder: declarando ilegales reglamentos que incurren en exceso de poder al extralimitar las facultades reglamentarias; protegiendo al trabajador frente al poder económico que representan las

D.F: Porrúa, 39na edición, 2005), 373. Se ha dicho así que la Constitución debe contener “un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos y contrapesos – los *checks and balances*, familiares a la teoría americana y francesa–, significan simultáneamente una distribución, y por lo tanto una limitación del poder político”. Véase Karl Loewenstein, *Teoría...*, 153. Maurice Vile nos ilustra sobre la importancia de la teoría del gobierno limitado: “[l]as categorías fundacionales de la separación de poderes –con su estrecha relación con el Estado de derecho–, el concepto de equilibrio que fue esencial en las teorías del gobierno limitado [...] Seguimos apreciando el ideal del gobierno moderado que evite los extremos de toda forma de Estado «simple», y éste es un ideal cuya primera expresión apareció en el mundo antiguo”. Véase *Constitutionalismo...*, 351. Böckenforde nos da una interesante perspectiva del concepto y la construcción de la democracia como forma de Estado, al señalar: “El principio de división de poderes no aparece como algo opuesto al principio democrático, como un criterio de legitimación propio e independiente para el ejercicio del poder del Estado, de tal modo que fuera necesario llegar a un equilibrio entre ambos. [...] La división de poderes se ha concebido y planteado aquí, pues, como una articulación de funciones y, en consecuencia, no existe ningún título jurídico que permita que algunos ámbitos del ejercicio del poder del Estado [...] Estas afirmaciones no suponen que se olvide el efecto de limitación y moderación [...] no consiste en organizar una determinada manera o en establecer contrapesos para un tipo cualquiera de poder del Estado, sino en hacerlo para un Estado legitimado y constituido democráticamente, y de esta forma conseguir establecer un sistema de *checks and balances* sobre la base del principio democrático.”: Ernst Wolfgang Böckenforde, *Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia* (Madrid: Trotta, trad. de Rafael Agapito, 2000), 122-123.

⁶¹ La doctrina ha señalado que existe una «responsabilidad social de los jueces» ante la realidad contemporánea. Son ejemplificativas de ello las siguientes líneas: “Pedimos a los tribunales que defiendan nuestra libertad, que reduzcan las tensiones raciales, que condenen la guerra y la contaminación, que nos protejan de los abusos de los poderes públicos y de nuestras tentaciones privadas, que impongan penas... que compensen las diferencias entre los individuos, que resuciten la economía, que nos tutelen antes de nacer, que nos casen, que nos concedan el divorcio y, si no que nos sepulsen, al menos que aseguren que se paguen los gastos de nuestro funeral” (Hufstedler, 1971). Citado por John Garrido, “El gobierno de los jueces” [<http://www.ilustrados.com/tema/8468/gobierno-jueces.html>]. Acceso: 05/08/2014. Se ha dicho también que: “el juez tiende a convertirse en una especie de *factotum* institucional, cuya función parece consistir con frecuencia, no solo en dirimir disputas, sino también en resolver problemas que otras instituciones no han afrontado aún”. Véase Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia* (España: Taurus, trad. de Miguel Ángel Ruiz, 1999), 15. El poder de los jueces ha pasado, de ser mecanismo de solución de conflictos individuales a control de la actividad política a través del control de constitucionalidad; así los jueces se han convertido en un poder medular en la sociedad contemporánea, ya que “[...] el Poder Judicial monopoliza la administración de justicia. No hay otros juzgadores habilitados [...]”: Daniel Herrendorf, *El poder de los jueces. Como piensan los jueces que piensan* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ra edición, 1998), 23-38.

empresas transnacionales; o bien pueden garantizar la condena o absolución con fundamento en pruebas y con sometimiento estricto a la legalidad vigente; así como pueden determinar los límites del poder tributario y ejercer control de las actuaciones de sus entes administrativas, tan solo por poner algunos ejemplos.

La independencia judicial resulta indispensable para la defensa de las minorías, y particularmente del individuo como su expresión más notable según la expresión acuñada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, al mismo tiempo que puede evitar la cosificación de la persona por cualquier expresión de poder. Sólo jueces con independencia pueden garantizar la supremacía de la Constitución, la vigencia de los derechos, la preservación del pluralismo territorial, cultural y social, entre otras importantes cuestiones que son necesarias en la sociedad contemporánea.

1.2. Las perspectivas de la independencia judicial.

Habiendo anotado por qué no puede dejar de hablarse de independencia judicial y separación de poderes como elementos consustanciales del Estado constitucional, conviene ahora abordar las concepciones que admite la independencia judicial. Valga decir que el tema resulta bastante complejo, en esencia porque detrás de una u otra concepción se ubican posiciones dispares, que responden ya a una filosofía, o en particular a una concreta forma de entender la función de los jueces⁶². No obstante, a continuación desarrollaré las principales o más representativas perspectivas de la independencia judicial.

⁶² Algún sector de la doctrina ecuatoriana ha sostenido que la Constitución ecuatoriana ha posicionado a los jueces en un papel protagónico, debiendo convertirse en «instrumento de la transformación social». Se estaría experimentando «desplazamiento del núcleo de legitimidad de la democracia del poder legislativo hacia el poder judicial»; existiendo una “[...] politicidad de la actividad judicial, es decir, la posibilidad de legitimar la democracia por medio de la actividad judicial y, a partir de sus sentencias, propiciar la solución de los problemas estructurales socio-jurídicos que impiden la concurrencia de las personas a la justicia. Democratizar este espacio conlleva que la independencia judicial tenga que subordinarse a estas condiciones que aseguren el acceso de las personas a la justicia”: Luis Fernando Ávila Linzán, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas” en *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008), 172-173; véase también del mismo autor: “La contrareforma invisible de la justicia, entre la alienación social y la necesaria transformación ideológica” en *Política, justicia y Constitución* (Quito: Corte Constitucional ecuatoriana para el periodo de transición/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 33-76. En la misma línea se ha sostenido que en la Constitución vigente: “La jueza o juez debe enfrentarse a los casos que tienen que ver con el bienestar de la gente y con una de las mayores innovaciones del derecho constitucional ecuatoriano”: Ramiro Ávila Santamaría, “Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano” en *La protección de los derechos sociales* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría edit., 2009), 545-550. Esta posición resulta cuando menos objetable, en lo fundamental porque bajo el argumento transformador no se hace explícito cuáles serían los

1.2.1. La independencia judicial vista desde la teoría institucional.

El postulado occidental sobre los derechos es sumamente vasto, complejamente estudiado y rigurosamente defendido desde diferentes perspectivas: por ejemplo, algunos hablan de «lo que *es* y lo que *debería ser* canónico en el estudio del derecho»⁶³, llegando a defender la existencia de un canon neoconstitucional; otros, con diáfana claridad, asombrosa y extraordinaria profundidad nos hablan de la «constitucionalización del ordenamiento jurídico»⁶⁴; incluso se ha sostenido la existencia de un «constitucionalismo de los derechos»⁶⁵. Ello demuestra que la dogmática de los derechos que se ha venido desarrollando en forma extraordinaria, por decir lo menos. Sin pretender decir que el debate sobre los derechos no es importante, se debe tener presente la misma importancia para «los debates sobre las estructuras y procedimientos institucionales que son necesarios para poner en práctica y compatibilizar esos [derechos]»⁶⁶ en la sociedad actual.

La doctrina de separación de poderes ha tenido tanto objetores como adeptos; sin embargo, es una de las más representativas en el ámbito de las estructuras institucionales y organización funcional que adoptan las Constituciones para la distribución del poder, incluso por quienes en un determinado momento la rechazaban. Cuando se habla de la independencia judicial desde una posición institucional, la doctrina –de separación de poderes– no puede dejar de tenerse en cuenta para ilustrar la autonomía de la que debe gozar el Poder y/o Función Judicial como organización, en cuanto su status debe ser equiparable a los demás poderes constituidos: principalmente el Ejecutivo y Legislativo.

De igual forma, deben tenerse en cuenta la relación con otros poderes, o más claramente con los «factores reales de poder», según la ya clásica expresión acuñada por Lassalle⁶⁷. Desde esa perspectiva, la independencia externa implica que se debe garantizar la no injerencia de todo tipo de poder, es decir: «frente a los intereses privados (ya sean los

límites que los jueces deben observar en el ejercicio de la jurisdicción; el posicionamiento de un juez «que lo puede todo», cuando menos genera dudas.

⁶³ Jack Balkin y Stanford Levinson, “Los cánones en el derecho constitucional”, en *El canon neoconstitucional* (Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Trotta, Miguel Carbonell y Leonardo García edit. 2010), 31-105.

⁶⁴ Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001), 153.

⁶⁵ Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (Madrid: Trotta/Instituto de Investigaciones jurídicas-UNAM, 2007), 213-235.

⁶⁶ Maurice Vile, *Constitucionalismo...*, 1.

⁶⁷ Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una constitución?* (Bogotá: Temis, 2003), 43.

de las propias partes o los de cualquier interesado en el conflicto jurídico [...] como frente a los intereses del resto de poderes públicos del Estado»⁶⁸.

La independencia judicial externa implica que los intereses particulares no condicionen las decisiones de los jueces, claro está de forma extramuros de los cánones jurídicos permitidos: valgan los ejemplos de grupos delictivos que podrían amenazar a los jueces, o grupos económicos, especialmente las empresas transnacionales y cámaras de industrias que podrían ejercer presiones de algún tipo; así como grupos de manifestación ideológica como los medios de comunicación, pero también sindicatos y activistas. De tal prohibición de interferencia no pueden excluirse también los poderes públicos mencionado al inicio: el Ejecutivo y Legislativo.

La historia da cuenta el lugar que han ocupado los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial⁶⁹. Durante el protagonismo del parlamento, desde la Francia de la Revolución, se vivía una «soberanía de la ley»⁷⁰, con un parlamento ilimitado y no sujeto a controles (parte de esa concepción es que la Constitución no es norma jurídica en sí misma). En esa línea se prohibía al juez interpretar la ley, que era atribución propia y exclusiva del parlamento, incluso se establecieron los tribunales de casación para precautelar cuidadosamente la vigencia de la legalidad, lo que implicaba que el poder judicial estaba relegado a ser aplicador de las normas promulgadas por el legislador; también la existencia del juicio político y el prevaricato implicaban mecanismos que incidían en la consolidación de la independencia externa del Poder Judicial.

Sin embargo, la posición de la ley en este periodo no puede mirarse sin el contexto histórico, pues el postulado de la ley general y abstracta de la Revolución Francesa se

⁶⁸ María Luz Martínez Alarcón, *La independencia judicial* (Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2004), 124. Véase también, Santiago Andrade Ubidia, *Independencia judicial y Estado de Derecho* [<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2005/11/24/independencia-judicial-y-estado-de-derecho>] Acceso (27/08/2014).

⁶⁹ En forma bastante simplificada se ha dicho que el sistema europeo continental durante “el siglo XIX ha sido de los parlamentos, y en la primera mitad del siglo XX [...] ha correspondido a los ejecutivos”. En lo fundamental, cada uno de estos periodos denota un papel protagónico sea del Legislativo en la configuración del Estado de derecho; o el Ejecutivo en cuanto se consolida el Estado social de derecho. Véase David Ordoñez Solís, “La independencia judicial en clave ética: la confianza de una sociedad democrática en sus jueces”, en *Principios de la ética judicial Iberoamericana. Independencia* (México: Comisión Iberoamericana de Ética Judicial/Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, 2009), 13.

⁷⁰ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 10ma edición, trad. Marina Gascón, 2011), 24.

presentaba como una superación de las tradiciones jurídicas del absolutismo y del *Ancien Régime*⁷¹. Incluso en el escenario del Estado constitucional actual, el principio de legalidad se presenta como un presupuesto fuerte⁷², pues además de reunir un contenido democrático lleva implícita la posibilidad de ofrecer seguridad jurídica, en cuanto existencia de normas jurídicas previas y públicas, que permitan tener certeza sobre una determinada situación a las personas⁷³.

Claro que hay que tener presente que la validez absoluta de la ley, en la actualidad, ha variado significativamente –en unos países más que en otros–; ya que los jueces ordinarios ciertamente interpretan y aplican la ley, e incluso se predica también la obligación de aplicar directamente la Constitución. Si bien no pueden declarar inaplicable directamente una ley por inconstitucionalidad, están en posibilidad de elevar la consulta de constitucionalidad, de manera que «no hay duda de que todo juez es propiamente y por definición un juez constitucional»⁷⁴. Conforme el artículo 172 constitucional, el juez ecuatoriano está sometido a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos

⁷¹ En la Edad Moderna se conoce el concepto de «poderío real absoluto». En este periodo, el rey es la expresión del poder y los súbditos deben veneración, obediencia y fidelidad: “El fondo de la decisión del poder no está afectado, pues, por límites jurídicos. Está remitida, simplemente, a la prudencia del Príncipe, a su discreción, a su recto juicio moral. De ahí la importancia de la educación del Príncipe [...] Su fórmula política se concretará por ello, con toda consecuencia, en un despotismo ilustrado decidiendo su sola discreción libre”: Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Civitas, 2da edición, 2001), 97-101.

⁷² Un ejemplo de ello es lo previsto en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevé: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Sobre este particular la Corte IDH ha tenido oportunidad de resaltar la importancia del principio de legalidad, al señalar: “La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos”: Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párr. 24.

⁷³ La palabra seguridad, en sentido etimológico, proviene del latín «*securitas, -atis*» que se traduce como «cualidad de seguro» o «certeza». Así, se dice que la seguridad jurídica implica la “la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, sus papeles, su familia, sus posesiones sus derechos serán respetados por la autoridad; si ésta debe afectarlos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos”. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Las garantías de seguridad jurídica* (México D.F: Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2da edición, 2005), 10-11.

⁷⁴ David Ordóñez Solís, “La independencia judicial en clave ética: la confianza de una sociedad democrática en sus jueces”, en *Principios de la ética judicial Iberoamericana. Independencia* (México: Comisión Iberoamericana de Ética Judicial/Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, 2009), 17.

humanos y la ley; esto indudablemente tiene múltiples implicaciones: en lo fundamental, un juez que debe resolver los casos concretos con una triple sujeción normativa, en las que sus decisiones, además de ser motivadas, deben implicar una alta carga de ingenio⁷⁵, sin que con ello pueda predicarse una absoluta libertad en sus decisiones.

Volvamos a la historia para comprender como se llegó al escenario antes descrito. El protagonismo del Ejecutivo fue casi paralelo al del Legislativo, pero tuvo su auge en la segunda mitad del siglo XX, siendo su principal manifestación «una imposibilidad casi total de responsabilizar a la Administración por los daños que ocasiona toda su actividad jurídica»⁷⁶. Realmente, ello no constituía una novedad, ya que era herencia del antiguo régimen, pues el Estado no se concebía como entidad jurídica, sino como un concepto abstracto, titular del poder soberano⁷⁷.

Tal concepción hizo al Ejecutivo prácticamente inmune a una teoría del control y la responsabilidad por la afectación de los derechos de los administrados, predicándose su irresponsabilidad por el ejercicio del poder; pues se sostenía que se trataba de actos que respondían a cuestiones de oportunidad política que no debían ser susceptibles de control jurídico. Por lo tanto, el Ejecutivo durante un largo periodo estuvo exento del control jurisdiccional, teniendo facultades prácticamente ilimitadas.

Ello tenía incidencia directa en la independencia judicial externa, pues con fundamento en «*los famosos «actos de dirección política», que nadie sabe cuáles y cuantos pueden ser»*⁷⁸ como diría el insigne profesor García de Enterría, se reclamaba la

⁷⁵ Muestra de ello es lo previsto en la parte final del artículo 86 numeral 3 de la Constitución, que dentro de las normas generales de las garantías jurisdiccionales previene: “La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, *ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse*”. Esta disposición parece relevar el tradicional principio de congruencia propio en materia procesal al establecer la reparación integral, al menos en materia de garantías constitucionales. En doctrina, véase Manuel Aragón Reyes, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (Madrid: Año 1, 1997), 179-204.

⁷⁶ Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad patrimonial por el acto administrativo* (Madrid: Thomson Civitas) 2005), 77. En sentido similar Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema* (Madrid: Civitas, 2002), 37.

⁷⁷ Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad...*, 47.

⁷⁸ Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración* (Madrid: Civitas, 5ta edición ampliada, 2000), 11. En el Ecuador, puede verse como ejemplo de esta concepción que el artículo 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa “las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos de gobierno”: Registro Oficial No. 338, del lunes 18 de marzo de 1968.

abstención del poder judicial sobre las actuaciones y decisiones originadas en el Ejecutivo. Además, la administración de justicia, se concebía como una sección del Ejecutivo, que incluso ejercía facultades de distinto orden sobre los jueces, fundamentalmente en Europa.

Cabe aquí un señalamiento adicional, pero relacionado con el mismo tema. Detrás de la independencia externa, está la cuestión de si la administración de justicia se concibe como «función» o «poder»; aunque esa discusión sea más propiamente europea que nuestra⁷⁹; según entiende autorizada doctrina, una u otra denominación llevaría implícita una verdadera filosofía sobre cómo se concibe a la administración de justicia y el ejercicio de la potestad jurisdiccional. En sí misma, la función conlleva una concepción burocrática de la actividad de los jueces, tanto es así, que son tratados como servidores públicos, de ahí que exista «la tendencia a la burocratización de jueces y magistrados, a considerar al poder judicial como administración de justicia, parte de la Administración Pública y, como tal, sometida al Poder Ejecutivo»⁸⁰.

Claro está, esta cuestión no debe ser malentendida o exagerada, sobre todo en el contexto ecuatoriano donde (como veremos más adelante) se prevé normativamente que los jueces son servidores públicos. Una cosa es la concepción de servidor público que postula la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial y, que está relacionada con el perfil y el status de horizontalidad de los jueces; y otra distinta, el tratamiento práctico (material si se quiere...) que le ha otorgado el Consejo de la Judicatura a quienes desempeñan sus funciones como jueces. Respecto de la primera posición (el deber ser...), resulta sustancial el artículo 37 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece como perfil de los servidores judiciales «[ser] un profesional del Derecho con una con

⁷⁹ Zaffaroni hace algunos años había puesto de manifiesto que las estructuras judiciales latinoamericanas representaban una copia del modelo francés o norteamericano; señala además que la función judicial en América Latina no tiene historia o que la reflexión ideológico-política sobre la función jurisdiccional fue omitida: “la ciencia jurídica latinoamericana profundiza temas de derecho de fondo y procesal a niveles que en ocasiones igualan y superan los de los países centrales, pero se desentiende casi en absoluto de la estructura institucional de poder que tiene por función, precisamente, la aplicación de esos conocimientos. No menos importantes que los estudios jurídicos son las discusiones políticas acerca de las declaraciones de derechos y garantías constitucionales e internacionales y la consagración de los recursos que las protegen (como el habeas corpus o el amparo). Pero de nada vale todo eso si un poder judicial que lo realice”; y concluye “la teoría política de la jurisdicción no se desarrolló, porque nadie tuvo interés en ella: las derechas porque la querían manipular, las izquierdas porque la consideraron inútil y los doctrinarios porque tenían temas que eran más “rentables”. Si lo dijésemos en términos económicos, el tema no tuvo mercado en América Latina.”: Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dimensión política de un Poder Judicial democrático”, en *La transformación de la justicia* (Quito: Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán edit. 2009), 109-112.

⁸⁰ Juan Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del juez* (Madrid: Civitas, 1990), 25-26.

sólida formación académica; con capacidad para interpretar y razonar jurídicamente, con trayectoria personal éticamente irreprochable, dedicado al servicio de la justicia, con vocación de servicio público, iniciativa, capacidad innovadora, creatividad y compromiso con el cambio institucional de la justicia»; aunque claro está que en la práctica (en el segundo sentido, el material) el Consejo de la Judicatura se ha convertido en la imagen externa de la Función Judicial, incluso ha determinado que el status de los jueces está supeditado enteramente a los lineamientos propuestos por el órgano administrativo⁸¹.

No obstante lo anterior, la doctrina ha identificado que la principal consecuencia de la concepción burocrática del juez sería su dependencia respecto del Ejecutivo, concibiéndose únicamente como un juez-funcionario como predominó en la Europa continental, particularmente en los países del sistema romano germánico, donde los jueces no tienen otro «status jurídico»⁸² que el de servidores públicos jerarquizados en igual sentido que la administración.

De otro lado está la concepción de poder judicial –no exenta de problemas y detractores– manifestada en dos aristas: como poder en el sentido organizativo y como poder en el sentido potestativo. En el primero, el poder judicial está en alineación con la doctrina de separación de poderes y se concibe como el equiparable en jerarquía Ejecutivo y Legislativo, se trata del tercer poder del Estado: «con perfil político-institucional propio dentro del esquema del gobierno»⁸³, teniendo el monopolio del ejercicio jurisdiccional con fundamento en la unidad y exclusividad de la jurisdicción, incluso del control de constitucionalidad conforme la tradición norteamericana⁸⁴. La principal objeción es que no

⁸¹ Por ejemplo respecto de la imagen de la Función Judicial, todas las dependencias donde funcionan los órganos jurisdiccionales está proyectados como Consejo de la Judicatura. En el segundo aspecto, resulta ilustrativo que la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura en Loja ha establecido lineamientos sobre el manejo de procesos y despacho diario de las causas; los jueces en la práctica no disponen de auxiliares sino es la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura quien los organiza y distribuye.

⁸² Ricardo Haro, *Constitución, poder y control* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002), 6. La concepción de los jueces como funcionarios tiene incidencia directa en la aplicación directa de la Constitución, llegando a decirse que se trataría de jueces anacrónicos: “Existe toda una mentalidad sobre la directa vinculación del juez con la ley, en la que aún no aparece la supremacía de la Constitución”. Véase Jorge Zabala Egas, *Derecho Constitucional* (Guayaquil: Edino, Tomo II, 2002), 86.

⁸³ Ricardo Haro, *Constitución...*, 6.

⁸⁴ La posición más clara sobre esta concepción se encuentra en el argumento esgrimido por la Corte Suprema de Estados Unidos en el fallo del caso *Marbury vs Madison*: “Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entrañan conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley

existe un cuerpo único para el ejercicio de ese poder, debido a la diversidad de jueces, los que no podrían concebirse por tanto como integrantes de un poder.

En el sentido –el potestativo– la doctrina entiende que los jueces son depositarios de la potestad de administrar justicia, lo que implicaría que no existe un cuerpo exclusivo sino que cada juez es depositario en la misma “intensidad” de la potestad; tanto es así que a todos los jueces corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La Constitución ecuatoriana en el artículo 168.1 establece: «Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley»; tal principio es reiterado por el artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece que la faceta de independencia externa implica que «Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial» ampliando de forma evidente lo expresado en la Constitución.

Respecto de la independencia externa en la Constitución vigente, la Corte Constitucional ha entendido que se refiere «al papel de los jueces frente a circunstancias ajenas a sus funciones jurisdiccionales, como por ejemplo, la intromisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo en la función judicial»⁸⁵, aunque tal referencia se trata de una simple reiteración. Una expresión más taxativa y explícita se encontraba en el artículo 199 de la Constitución Política de 1998 que expresaba: «Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley»⁸⁶.

desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren. Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita”.

⁸⁵ Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No. 001-13-SEP-CC, caso No. 1647-11-EP.

⁸⁶ Un estudio pormenorizado del significado y la posición de la Función Judicial en la Constitución Política de 1998, lo encontramos en Santiago Andrade Ubidia, “La Función Judicial y la nueva Constitución Política de la República”, en *Revista de derecho Foro* (Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, No. 7, 2007), 51-74.

El artículo 167 de la Constitución establece que la administración de justicia emana del pueblo y se ejerce a través de los órganos de la *Función Judicial*. De ello se deriva inicialmente que el constituyente se decanta por concebir a la administración de justicia como *función* y no como *poder*; incluso el artículo 172 constitucional en su inciso segundo, califica a los jueces y juezas como servidores y servidoras judiciales, lo que reitera el artículo 174 de la Constitución. El Código Orgánico de la Función Judicial no varía en ese sentido, ya que reitera en su artículo 1 el contenido del artículo 167 de la Constitución, así como reitera la calidad de servidores a quienes laboren en la Función Judicial. Aunque debe aclararse que, desde el punto de vista normativo tal concepción (la de servidor) implica una subordinación del juez únicamente al ordenamiento jurídico.

La diferencia es notable, por ejemplo con el artículo III sección I de la Constitución de los Estados Unidos de América que previene «El Poder Judicial de los Estados Unidos residirá en una Corte Suprema y en los Tribunales menores», en idéntico sentido se redactan los artículos 94 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y 108 de la Constitución de la Nación argentina; el artículo 92 de la Ley Fundamental alemana que expresa «El Poder Judicial es confiado a los jueces»; el artículo 117 de la Constitución española dice que la administración de justicia se hace por «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial»; el artículo 2 de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil que prescribe «Son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial» y el artículo 92 que determina los «Órganos del Poder Judicial»; el artículo 10 de la Constitución de la Federación de Rusia que prescribe «En la Federación de Rusia el poder del estado se ejerce sobre la base de su división en legislativo, ejecutivo y judicial». Por su parte la Constitución francesa en su artículo 64 previene «El Presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial»; la Constitución italiana identifica al «Régimen Jurisdiccional»; y, la Constitución colombiana bajo el título de Rama Judicial en su artículo 228 prescribe «La Administración de Justicia es función pública».

Esta breve revisión del contenido de otras constituciones permite establecer con meridiana claridad la distinción que existe en los diferentes países con relación a la posición de la justicia. Mientras la mayoría de constituciones se decantan por la concepción de «Poder Judicial», son pocas las que continúan utilizando la adjetivación de

«función». La denominación de poder judicial, como han adoptado algunas Constituciones parece identificarse de mejor manera con el principio de independencia externa; aunque ello por sí solo no implique la existencia de tal presupuesto, pero ostenta un importante rol simbólico que se proyecta sobre la sociedad.

La concepción de «poder» está en compatibilidad con el sistema de frenos y contrapesos que integra la teoría de separación de poderes. Así, cuando se habla del poder judicial, se concibe una doble posición: la de la estructura orgánica–funcional, así como la facultad del juez para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En definitiva, el concebir la existencia de un poder judicial independiente incide en la posición que los jueces tienen en la institucionalidad del Estado. Así, es preciso decir que Función y Poder (Judicial) bajo ninguna perspectiva pueden ser sinónimos, no sólo desde un enfoque estrictamente técnico sino también desde las implicaciones políticas desde las que se comprende al Estado. Hay que ser consciente que el tema no se reduce a uno u otro término, tampoco únicamente a un juego de palabras sino que lleva inmerso una forma básica de comprender la institucionalidad: cuando revisamos la Constitución y no advertimos en ella la expresión "Poder Judicial"; esa ausencia de palabras, si se quiere, permiten decir que los jueces, no son sino un conjunto de servidores públicos, junto a otros cuyo diferencia es el cumplimiento de funciones.

1.2.2. Independencia judicial como derecho del justiciable.

La independencia judicial como derecho del justiciable es una cuestión fácilmente constatable, y se inserta en una lógica totalmente diferente. En efecto, no se trata de una concepción desde la perspectiva de la teoría del poder o el ámbito institucional sino desde la dogmática de los derechos, tanto constitucionales, como del derecho internacional de derechos humanos y su jurisprudencia. Lo primero que debe aclararse, es que en esta faceta no puede hablarse de independencia judicial en sentido propio –ya que esta sería una denominación más compatible con la dimensión institucional– sino en la vertiente individual predicable de quien(es) concurren al órgano jurisdiccional; es decir, se atiende a la situación e individualidad del juez, pero en relación con el justiciable que recurre a los órganos jurisdiccionales, y que precisa de ellos tutela efectiva, lo cual requiere entre otras condiciones, que el juez sea independiente para garantizar una respuesta adecuada.

La Constitución ecuatoriana en su artículo 76, numeral 7, letra k) establece como garantía instrumental del derecho a la defensa y parte del derecho al debido proceso el derecho a «Ser juzgado por una jueza o juez *independiente...*». Por otra parte, tampoco esta cuestión es nueva, al menos normativamente; el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé el derecho a «de toda persona [a] ser oída públicamente y con justicia por un tribunal *independiente...*»; la cuestión principal de esta norma radica en que se ha interpretado de forma prevalente para los asuntos relacionados con acusaciones penales, aunque no cabe duda que ello constituye una interpretación parcial, pues el propio texto se redacta bajo la genérica fórmula de los procesos en que se «determinen derechos y obligaciones». También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político adoptado el 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 prevé en su artículo 14 que «Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, *independiente...*»; esta disposición convencional consta redactada en términos similares al artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁷.

Respecto de los instrumentos internacionales, si bien la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948 no reconoce expresamente un derecho al juez independiente, los artículos XV, XVIII y XXVI establecen los derechos a la protección contra la detención arbitraria, a la justicia y a un proceso regular, respectivamente; ello demanda una interpretación del carácter de la jurisdicción, ya que tales derechos no pueden hacerse efectivos sino a través de jueces independientes. Más explícita resulta la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, que bajo el epígrafe de las «Garantías Judiciales» en el artículo 8.1 reconoce «Toda persona

⁸⁷ Se ha dicho en ese sentido que “La independencia judicial es un derecho y no sólo un mecanismo para generar eficiencia judicial y legitimidad”: Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”, en *La transformación...*, 46. Tampoco se ha dudado en defender la existencia en forma genérica de un derecho humano a la independencia judicial; tal fundamentación se hace casi exclusivamente en las sentencias de la Corte IDH: véase Tania María Camila Luna Blanco, *El derecho humano a la independencia judicial en el sistema interamericano de derechos humanos. Un análisis colombiano en el periodo 2006-2009*. (Bogotá: Tesis de Magíster en Derecho/Universidad Nacional de Colombia, 2011), 63 y ss. En [<http://www.bdigital.unal.edu.co/6236/1/699356.2012.pdf>] Acceso: (10/06/2014). En sentido parecido, Alirio Abreu Burelli, “Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo: Programa Estado de Derecho para Sudamérica/Konrad Adenauer, Tomo II, 2007), 639-651; véase también Daniel Delgado Ávila, “El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, No. XI, 2011), 305-329.

tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, *independiente...*». También en el sistema europeo, la Convención de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales del año 1950 reconoce el derecho al juez independiente en el artículo 6; lo propio hace la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos adoptada en el año 1981 en su artículo 26.

En el escenario regional, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han tenido oportunidad de interpretar y desarrollar el contenido del artículo 8.1 de la Convención Americana, aunque no siempre en la faceta del derecho del justiciable al juez independiente. Por ejemplo algunas veces la Corte IDH se ha referido a la independencia judicial solo de manera tangencial como presupuesto para valorar la existencia de un recurso efectivo⁸⁸; en otras ocasiones la Corte IDH ha entendido que la independencia de los jueces está comprendida en otros derechos como el juez competente bajo la garantía del debido proceso, encontrando incompatibilidades en la formación de tribunales militares⁸⁹; posteriormente la Corte IDH ha referido expresamente un derecho a la independencia asiste a los justiciables frente a los tribunales y jueces⁹⁰, cuestión que la Corte ha reiterado en otras ocasiones⁹¹. La Corte IDH también ha tenido oportunidad de abordar la destitución de jueces tanto de instancia como de altas cortes: en esos fallos la Corte ha adoptado diferentes concepciones, naturalmente más complejas, que incluye a las garantías –cuestión que será abordada en el siguiente capítulo– que se requiere para asegurar la independencia judicial⁹².

Pese a la constatación normativa tanto constitucional como convencionalmente de un derecho al «juez independiente», subsisten los problemas de fundamentación dogmática, pues la doctrina que se ha ocupado de esta faceta está sustentada en las

⁸⁸ Corte IDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión consultiva 8/87, de 30 de enero de 1987, párr. 30; *Garantías judiciales en estados de emergencia*, OC- 9/87, de 6 de octubre de 1987; párr., 24.

⁸⁹ Corte IDH, *caso Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 126.

⁹⁰ Corte IDH, *caso Reverón Trujillo vs Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009, párr., 148.

⁹¹ Corte IDH, *caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs Ecuador*, sentencia de 23 de agosto de 2013, párr., 153.

⁹² Véase los fallos: Corte IDH, *caso Tribunal Constitucional vs Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001; *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008.

decisiones del sistema interamericano de derechos humanos; y no se ha explicitado si, cuando se habla de un derecho al juez independiente, se hace referencia a un derecho en sentido subjetivo, y por lo tanto reivindicable a través de garantías jurisdiccionales previstas por la Constitución.

1.2.3. La independencia interna o derecho del juez a su independencia.

A continuación se da cuenta de algunos posicionamientos que manifiestan que existe un derecho del juez a ser independiente, en cuanto titular de la función, lo cual ha tenido receptividad en la jurisprudencia. Parte de esa doctrina manifiesta que «nos hemos acostumbrado a visualizar esa independencia como una condición establecida en favor del juez»⁹³, aunque ello no pasa de ser una afirmación y no una fundamentación. Más explícitamente se ha dicho que la independencia «es también una facultad personal derivada de la libertad del hombre-juez»⁹⁴.

También la Corte IDH –aunque no de forma tan explícita y clara– ha entendido que existe un derecho del juez a ser independiente, así como la existencia de unos derechos convencionales que se derivan del status de jueces⁹⁵.

Tal posicionamiento resulta sumamente complejo, debido a que uno de los principales problemas que enfrenta, tanto el derecho del juez como el reconocimiento de otros derechos por su condición de jueces, es de fundamentación dogmática. En lo fundamental porque uno de los caracteres más importantes de un derecho humano radica en predicar su universalidad en cuanto status de persona, lo que, claro está, en el caso de los jueces, resulta cuanto menos difícil, sino imposible de hacerlo, debido a que la titularidad de esos derechos se reconoce en cuanto condición de juez y no de persona. De

⁹³ Luis Paulino Mora, “La Independencia del Juez, como Derecho Humano”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio* (San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, volumen II, 1998), 1079.

⁹⁴ J. Gabaldón López, *Independencia judicial y seguridad jurídica* (Madrid: La ley, volumen V, 1999), 1843.

⁹⁵ Ha señalado la Corte IDH que: “ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana”: Corte IDH, *caso Corte Suprema...*, párr. 155.

ahí que, parece más compatible hablar de condiciones generales de seguridad jurídica que el ordenamiento establece para garantizar el ejercicio de funciones por parte de los jueces.

De otro lado, está una faceta más clásica –también más aceptable– que se concibe como independencia interna; las implicaciones de esta faceta radica en que los jueces en el ejercicio de su función y de forma individual tienen plena autonomía para interpretar y aplicar el derecho, sin que otros jueces⁹⁶ –ni siquiera quienes actúan en su calidad de jueces de instancia en el ámbito jurisdiccional– pueda incidir en sus decisiones. Como se dijo con anterioridad, el límite del poder jurisdiccional está dado por las normas contenidas en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, conforme el artículo 172 constitucional.

La Constitución de la República reconoce el principio de independencia interna en su artículo 168.1; y, el Código Orgánico de la Función Judicial reitera en su artículo 8 lo referido en el artículo 172 de la Constitución; pero reconoce además que los jueces «Al ejercer [la jurisdicción], son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial»⁹⁷. La Corte Constitucional, respecto de la independencia interna ha transcrito a Laurie Cole: «la independencia interna es igualmente importante para el funcionamiento justo y eficiente del sistema de justicia. Se refiere a la autoreglamentación de los jueces y sistema de tribunales»⁹⁸, aunque no aclaró cuáles son las implicaciones de la referida autoreglamentación de los jueces; lo que sí explicitó en el caso concreto es que la distinción de las funciones de jueces de garantías penales y casación obedece al principio de independencia interna, dejando establecido que al valorar prueba en casación,

⁹⁶ La doctrina entiende que la independencia institucional o externa no es suficiente garantía, por ello señala: “Si los jueces no están libres de interferencias injustificadas al decidir un caso específico se viola el derecho individual a tener un juicio justo”. Véase José Zeitune, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces y abogados* (Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2005), 23. Véase también María Luz Martínez Alarcón, *La independencia...*, 181.

⁹⁷ De ello se deriva que el tema de la independencia judicial sea entendida de forma correcta: “El tema de la independencia judicial debe ubicarse en su justo punto: no es autarquía de los órganos, al punto de que pretendan funcionar como un mundo aparte [...] La independencia interna es posible en tanto se considera que todos los jueces, fiscales y defensores públicos son iguales en el desempeño de sus funciones propias, tienen el mismo rango, existiendo únicamente diferencia en la labor que desarrollan cada uno. A fin de afianzar este concepto es que en la Constitución vigente se eliminan las clásicas diferencias de tratamiento que distinguían entre magistrado, ministros jueces y jueces, y a todos se los denomina genéricamente *juezas o jueces*”. Véase Santiago Andrade Ubidia, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, en *La nueva Constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2009), 249.

⁹⁸ Laurie Cole, *Acceso a la justicia e independencia judicial en las Américas*, 2002, citado por la Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No. 227-12-SEP-CC.

los jueces actúan sin competencia y atentan contra la independencia judicial⁹⁹. Más ilustrativo en esta cuestión resulta, lo dicho por el Tribunal Constitucional español, en lo que aquí interesa:

La independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público [...]. E incluso que los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la excepción, [...] de la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley [...]¹⁰⁰.

Lo anterior resulta oportuno para entender los alcances que pueden atribuirse a la independencia interna, en cuanto permite la autonomía del juez en la interpretación del Derecho que ha de aplicarse sobre un caso concreto; tanto es así, que el voto particular formulado en la resolución antes mencionada, pronunciado por el magistrado Eugeni Gay Montalvo ha entendido: si la Constitución le impone al juez la obligación de aplicarla, ello implica necesariamente la competencia también de interpretarla (fundamento jurídico 1); es más, esa propia independencia interna permite la adopción de votos particulares en los tribunales colegiados que cada vez se vuelven más comunes no solo por la naturaleza de las decisiones sino también por el carácter de los argumentos. Lo que ha de terminar diciéndose es que la faceta de independencia interna resulta de gran utilidad para comprender la función de los jueces y la posibilidad que tienen de analizar, interpretar y aplicar el derecho para su consecuente argumentación en el caso concreto; en esencial si de ellos se predica la función de limitación del poder y el deber de proteger los derechos.

1.2.4. La independencia judicial como virtud ética

Una cuarta perspectiva de la independencia judicial se sitúa no tanto en la dimensión jurídica sino extramuros; no obstante, es importante dar cuenta de ella. Desde

⁹⁹ La Corte dijo al respecto: “[l]as evidencias y demás vestigios recogidos dentro de la instrucción fiscal en el caso *sub judice*, fueron expuestos en la audiencia de juzgamiento, alcanzando el valor de prueba y sirviendo como fundamento para que los jueces tanto de instancia como de apelación tomaran su decisión final, la cual tenía plena legitimidad ya que fue adoptada en base a la independencia judicial que constitucional y legalmente se les reconoce. En ese sentido, los jueces de la Segunda Sala de los Penal de la Corte Nacional de Justicia actuaron sin competencia, al haber valorado la prueba presentada dentro del Juicio Penal No. 137-KV_2008, atentando contra la naturaleza y esencia del recurso de casación y contra la independencia judicial consagrada en el artículo 168 de la Constitución de la República”. Esta afirmación resulta ambigua y exageradamente problemática; en absoluto permite aclarar el tema.

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional Español, sentencia No. 37/2012, de 12 de abril.

esa perspectiva, la independencia debe ser vista desde la ética que «aunque menos formalista, exige reflexión, compromiso y actitud por parte del juzgador».¹⁰¹ Esta posición pone especial énfasis en la deontología que genera una obligación moral en el juez, y apela a criterios como la trayectoria, la influencia de sus valores culturales o el prestigio; aunque tal posicionamiento ha tenido eco a nivel normativo, como puede constatarse en el Código Iberoamericano de Ética Judicial¹⁰² en el que se establecen variadas normas sobre las funciones de los jueces.

Desde esta dimensión se insiste –ello me parece cuando menos problemático– que la estricta juridicidad con que se afronta el tema de la independencia judicial no permite ver problemas que no se solucionan desde las normas, o más genéricamente desde el Derecho. La cuestión radicaría en que «poco sirven los mecanismos, los procedimientos y garantías si el juez no quiere ser independiente»¹⁰³.

El principal problema es que la dimensión ética apela a varias cuestiones, y no tiene un contenido uniforme entre quienes la postulan, lo que implica que existe una diversidad de aspectos a ser considerados en este campo, que pueden agruparse bajo la genérica denominación de los «problemas morales de la administración de justicia y de la vida profesional de los jueces»¹⁰⁴.

Sin pretender resolver si este enfoque es más o menos autorizado que otros, esta perspectiva importa aquí para exponer su planteamiento; sin embargo, aunque puede compartirse algunas cuestiones anotadas en este posicionamiento, no es menos cierto que los jueces deben contar con algunas garantías para el ejercicio de su función. Pues la ausencia de efectivas garantías para que los jueces desempeñen su función puede provocar que, cuando se incomode al poder, cualquiera que sea su naturaleza éste tome represalias.

¹⁰¹ David Ordoñez Solís, *Principios...*, 13.

¹⁰² El Código Iberoamericano de Ética Judicial fue adoptado por la Asamblea Plenaria de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, llevada a efecto los días 21 y 22 de junio de 2006. Claro está que no se trata del único documento adoptado en esa línea, ya que existen también instrumentos de panorama universal: Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (1985); Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial (2002); Estatuto Universal del Juez (1999). Al respecto véase, Stefanie Ricarda Roos y Jan Woischnik, *Códigos de Ética Judicial. Un estudio comparado con recomendación para los países latinoamericanos* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, trad. Gabriel Pérez Barberá, 2005), 17 y ss.

¹⁰³ Augusto Hortal Alonso, “La independencia del juez y la esfera de la justicia”, en *Independencia judicial: problemática ética* (Madrid: Dickinson, Miguel Grande coord., 2009), 39-54.

¹⁰⁴ Julio de Zan, *La ética, los derechos y la justicia* (Uruguay: Programa Estado de Derecho para Sudamérica/Konrad Adenauer, 2004), 13.

Cuando las garantías son insuficientes o, en casos más graves, no existen, podrá intentarse la hazaña de incomodar al poder, pero al final se debe sufrir las consecuencias de esas insuficiencias jurídicas, sería como sostuvo Locke, apelar una «llamada al cielo»¹⁰⁵.

Finalmente, constan los *Principios básicos relativos a la independencia judicial*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de Milán en el año 1985, que es uno de los instrumentos más importantes en materia de independencia judicial proviniendo de un órgano mundial como es Naciones Unidas. Contiene un conjunto de normas sobre independencia judicial desde la faceta institucional, individual e incluso ética. Dada la trascendencia sobre la independencia judicial, Naciones Unidas ha constituido la Relatoría especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, que realiza actividades de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte de la ONU, emitiendo informes tanto en sentido general¹⁰⁶, como sobre la situación concreta de un país¹⁰⁷.

1.3. La necesidad de tratar las garantías como eje estructural para hacer efectiva la autonomía del juez frente al poder.

El significado que puede atribuirse al término *garantía* no deja de ser problemático, incompleto e inacabado. Parte de la abstracción y generalidad del término, es que tal locución resulta aplicable a diferentes ámbitos: por ejemplo, ya en algunos actos procesales como la *garantía de audiencia* que prevén algunas constituciones; ya en procedimientos específicos que protegen algunos derechos específicamente en el sentido de *garantías constitucionales*¹⁰⁸. No obstante, un sector de la doctrina ha atribuido a la garantía de forma preponderante el sentido de procedimiento en el ámbito del derecho procesal constitucional, es decir, como procedimientos a través de los cuales se permite el acceso a

¹⁰⁵ La idea de esta expresión radica en Locke, quien postula ejercer el derecho a la resistencia cuando el poder se ha deslegitimado completamente, pero entiende que quien realiza tal hazaña se adentra en una aventura. Citado por Ermanno Vitale, *Defenderse...*, 116.

¹⁰⁶ El relator especial de la ONU sobre independencia judicial se ha caracterizado por emitir informes de dos tipos: en uno de tipo general se analiza fundamentalmente la cuestión de las garantías para la independencia judicial. Véase Leandro Despouy, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, de 24 de marzo de 2009.

¹⁰⁷ Véase como ejemplo Gabriela Knaul, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Misión a la Federación de Rusia*, de 30 de abril de 2014.

¹⁰⁸ Diccionario Jurídico Mexicano, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, tomo IV, 1985), 265.

la jurisdicción para la tutelar los derechos –según el ordenamiento jurídico– constitucionales o fundamentales. Pero asociar las garantías de forma exclusiva a los mecanismos jurisdiccionales constituye algo incompleto, por decir lo menos.

El concepto de garantía es, en sí mismo abstracto, está presente en diferentes disciplinas del derecho conforme se desarrollará a continuación, pero es oportuno adelantar; en efecto, lingüísticamente proviene garantía de *garante* y significa «cosa que se asegura o protege contra algún riesgo o necesidad»¹⁰⁹; expresiones como asegurar, afianzar, salvaguardar, defender o apoyar constituyen en realidad sinónimos de su amplio significado, y que pueden ser utilizados bajo diferentes circunstancias. La multiplicidad de significados que se atribuye al término garantía no es exclusivamente lingüístico, sino también en el ámbito jurídico. Así, jurídicamente se ha definido a la garantía como «el acto de afianzar»¹¹⁰ cuyo origen es casi exclusivo del derecho privado, fundamentalmente en el ámbito civil y mercantil. No obstante, tal expresión –garantía– pronto extendió su utilidad en otras disciplinas del derecho: por citar algunos ejemplos, el derecho administrativo lo utiliza en materia de contratación pública; en el derecho electoral se postula la existencia de garantías para los partidos políticos de oposición o el derecho parlamentario se habla de garantías de las minorías¹¹¹.

De lo dicho se tiene que la garantía resulta un concepto mucho más complejo y abstracto. En efecto, lo más conveniente sería hablar de *garantías* debido a que sus implicaciones son tan variadas, de ahí que «toda manifestación de garantía, cualquiera sea

¹⁰⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: Escasa Calpe, tomo II, 22da edición, 2001), 1117.

¹¹⁰ Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París: Librería de Rosa, Bouret, 1851), 731. El concepto de garantía en el derecho pública “ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un Estado de derecho, es decir, dentro de la entidad política estructurada y organizada jurídicamente”. Véase también Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales* (México D.F: Porrúa, 20ma edición, 1986), 162.

¹¹¹ Con fundamento en el término garantía, se ha postulado una doctrina del garantismo en el ámbito de la teoría del derecho. Se ha sostenido que: “establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas”: Marina Gascón Abellán, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (Madrid: Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005), 21.

el contexto jurídico en el que se la cita, radica una noción de aseguramiento o tutela que rige extensivamente en el campo jurídico»¹¹²

Piénsese, por ejemplo, en el principio de irretroactividad de las leyes, y particularmente de las normas penales que constituyen garantía para que una persona no pueda ser objeto del *ius puniendi* del Estado por un acto u omisión que se tipifique de forma posterior a su cometimiento; o en el principio de legalidad que constituye una de las principales garantías del Estado constitucional de derecho para la vigencia de la seguridad jurídica, en el sentido de que garantiza que la situación jurídica de los administrados no variará de forma intempestiva; o en las limitaciones que se impone a la mayorías respecto de las minorías; o aquellas cuestiones que están vedadas en el ámbito del proceso penal y que se constituyen en garantías del procesado, tanto es así, que nuestra Constitución concibe dos genéricas categorías de garantías: normativas y jurisdiccionales, aunque también previene garantías dentro del derecho a la defensa (artículo 76 numeral 7) o garantías específicas del proceso penal (artículo 76)¹¹³. Incluso en el orden del derecho internacional de derechos humanos, el artículo 8 de la Convención Americana registra la expresión «garantías judiciales».

Tal abstracción del concepto de garantía tampoco es nuevo; es más, la doctrina no ha podido ponerse de acuerdo en un concepto uniforme o una definición estricta; así, por ejemplo, por garantía debe entenderse todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho, dimensión desde la cual la separación de poderes, la independencia de los jueces o el sistema de gobierno son tomados genéricamente como garantías para la vigencia de los derechos del gobernado. Lo anterior lleva a asegurar que las garantías deben concebirse en un ámbito de macroconcepto de la teoría del derecho y

¹¹² Carolina Silva Portero, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, en *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008), 54. La autora propone un concepto de garantía y lo relaciona con las diferentes circunstancias en que se emplea en el ámbito del derecho. Así, relaciona derecho y garantía en sentido normativo, tomando como fundamento la prescripción del derecho en la Constitución se entiende como una forma de asegurar su ejercicio. En un segundo sentido relacionado con la teoría del derecho haciendo alusión al *garantismo*.

¹¹³ Claudia Storini sostiene que el concepto de garantías en la Constitución de 2008 es de diversa índole y las clasifica así: Un primer grupo, aquellas que se consideran garantías genéricas, abstractas o normativas; en segundo lugar, aquellas de carácter *reactivo*, y se conciben exclusivamente como garantías jurisdiccionales; y, en tercer lugar, las garantías institucionales, que a su vez pueden ser genéricas o específicas: como por ejemplo, el control parlamentario, la actuación del Defensor del Pueblo. Véase Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2009), 287-312.

los sistemas jurídicos, lo que hace que pueda tener las más variadas implicaciones, significados y manifestaciones¹¹⁴.

Aunque el concepto tampoco puede exagerarse, so pena de caer en el absurdo. Resulta ilustrativo de esa exageración, los argumentos de la Corte Constitucional para el periodo de transición esgrimidos en la sentencia No. 001-12-SIN-CC adoptada en el Caso No. 0067-11-IN, al entender que la facultad de veto del Presidente del República sobre la Ley Orgánica de la Función Legislativa (ley que regula el funcionamiento de una de las funciones del Estado) «constituye una garantía al principio de división de poderes»; argumento por demás falaz que luego fue reiterado en la sentencia No. 009-13-SIN-CC dictada en el caso No. 0008-12-IN, para otorgarle la posibilidad de veto al Presidente de la República sobre las leyes interpretativas, donde la Corte manifestó que el veto «supone un medio para garantizar el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*)». Lo expuesto en líneas anteriores sirve para dejar claro que el concepto de garantía, por más abstracto y genérico que resulte no puede utilizarse de manera indiscriminada, ya que ello implica carencia de todo rigor científico.

Dicho lo anterior, lo que quiere dejarse claro es que las garantías son importantes como concepto jurídico para analizar y estudiar un conjunto de presupuestos o elementos que permitan proteger o afianzar la independencia de los jueces. La noción de garantía sitúa desde esa perspectiva al Estado, no solo en el deber de abstención de interferir con la función de los jueces a fin de respetar su independencia, sino también en el deber de crear las condiciones adecuadas para permitir que los jueces puedan cumplir sus funciones de forma independiente. Bajo esta perspectiva, el concepto de garantías para la independencia judicial es complejo, pues no implica simple abstención o pura prestación sino que debe atenderse a las particularidades del sistema constitucional, así como a las funciones y competencias que le son propias a cada función, en cuanto la Constitución realiza la distribución del poder.

¹¹⁴ Según es conocido la teoría general del derecho es la “disciplina encargada de la elaboración y desarrollo de los conceptos jurídicos más generales, es decir de los fundamentales y abstractos que se localizan en los distintos sistemas jurídicos y llamados por ello, macroconceptos jurídicos, categorías jurídicas básicas [...]”. Véase Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho* (Madrid: Trotta, 1997), 19.

Hablar del Estado constitucional contemporáneo, implica mucho más de lo que se dice, y claro está, cosas diferentes de las que se hace en la práctica. La realidad actual pone en evidencia que la independencia judicial es un presupuesto del Estado constitucional para hacer efectiva la limitación y control del poder, así como el deber de otorgar tutela efectiva a los derechos que son un postulado del origen mismo del constitucionalismo moderno; sobre todo, cuando ese Estado se reserva el monopolio de la jurisdicción. Esa independencia judicial tiene varias aristas y matices; pero es preciso señalar que igualmente importante resulta el tema de las *garantías* que permitan a los jueces tomar sus decisiones con independencia; la independencia da a los jueces *poder para detener al poder*. Cuando se habla de supremacía constitucional, de aplicación directa de las normas constitucionales, de sometimiento de los poderes públicos y privados a la Constitución, de los principios *pro actione* y *pro libertatis*, de seguridad jurídica y de otros derechos contenidos en la norma fundamental; los que pueden garantizar que sean realidades (parte de una expresión material) no pueden ser, sino jueces independientes.

En el Estado constitucional contemporáneo no pueden existir personas que ejerzan poder o potestad de forma impune, desde su particular postura, o como definidores arbitrarios de la bondad o maldad de cualquiera. Cuando los jueces no son ya "instrumentos" de limitación, control del poder y/o defensa de los derechos de las personas, la Constitución existirá como texto escrito, pero su efectividad se verá constantemente minada por los deseos y los excesos de quien lo detenta y ejerce a conveniencia. Y, volveremos entonces, como en los tiempos medievales, a confiar en la rectitud y la justicia de las decisiones de un soberano, que concentre en sí todos los poderes y, pueda decidir lo que humanamente desee.

En los siguientes capítulos se analizarán las garantías de la independencia judicial, vista desde una visión multifactorial; así como la relación de la Función Judicial con las demás funciones del Estado, pero también con el Consejo de la Judicatura, que si bien es cierto no se presenta como una función del Estado, tanto jurídicamente como en la práctica tiene una fuerte incidencia en la administración de justicia, en cuanto el constituyente lo ha instituido como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina no sólo de los jueces sino de la Función Judicial. De ahí que sea menester desarrollar aspectos que van desde aquellos presupuestos que se consideran medulares para el acceso al cargo de juez,

pasando por las cuestiones referentes a la permanencia en el cargo como son: la inamovilidad y el régimen disciplinario; o realizar un análisis, también de los mecanismos jurídicos para posicionar la transparencia tanto de las decisiones como de los propios jueces, de manera que éstos se encuentren sometidos a un amplio escrutinio social.

CAPÍTULO SEGUNDO

GARANTÍAS PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: UNA VISIÓN PLURAL

Resulta sumamente complejo delimitar el rol que desempeñan los jueces en la actualidad; su accionar ya no puede concebirse únicamente como mecanismo de solución de conflictos individuales sino que se ha transformado en una de las cuestiones esenciales del Estado contemporáneo y la sociedad democrática¹¹⁵.

Para ilustrar el papel de la justicia hoy, es oportuno recordar que, ya en 1962 Eduardo García de Enterría –con motivo del control judicial de los actos de gobierno– expresaría que el *Estado de Derecho* se instrumentaliza más propiamente como *Estado de Justicia*; claro está, justicia no en el sentido abstracto y metafísico sino como expresión de la fiscalización y control judicial¹¹⁶; cuestión que en la actualidad se ha generalizado a todos los ámbitos del derecho. No en vano se ha calificado a los jueces como «*le gardien des promesses*»¹¹⁷ (guardianes de las promesas) que la sociedad se hace a sí misma en la Constitución, que es expresión del pacto contemporáneo, del contrato entre diversos.

Un Estado democrático requiere un ordenamiento jurídico e institucional para hacer prevalecer las normas sobre la voluntad de los integrantes de ese pacto (gobernantes y particulares); también de unos agentes a quienes compete decidir esas cuestiones: los jueces, que como titulares de una potestad tan importante, han de gozar de garantías que les otorgue independencia e imparcialidad en el ejercicio de su *potestad*; pues de lo contrario, el ejercicio de la jurisdicción se utilizaría como mecanismo para «neutralizar las amenazas y críticas dirigidas a deslegitimar su poder»¹¹⁸ político, aduciendo la existencia de un control judicial sobre sus actuaciones.

¹¹⁵ Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossíos, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano* (México: Fondo de Cultura Económica, 1996), 15.

¹¹⁶ Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)”, en *Revista de Administración pública* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 38, Mayo/Agosto de 1962), 204.

¹¹⁷ Antoine Garapon, *Jueces y democracia. Una reflexión muy actual* (España: Flor de viento, 1997), 10 y ss.

¹¹⁸ Juan Antonio Mayoral Díaz-Asensio, “¿Por qué los autócratas limitan judicialmente su poder? Un análisis comparado del establecimiento de altos tribunales en regímenes autoritarios”, en *Revista de Estudios*

Ello nos lleva a estudiar a continuación diferentes cuestiones que se inscriben en una sola línea: garantizar a los jueces un ejercicio de sus funciones de forma independiente.

2.1. El proceso de selección y nombramiento de los jueces.

Como se dijo el proceso judicial es el método heterocompositivo por excelencia. Ello trae como consecuencia la necesidad de contemplar el mecanismo más idóneo posible de selección y nombramiento de aquel «tercero» al que se confía la solución de los conflictos sociales. No obstante, un sector de la doctrina ha sostenido que aquello no resulta concluyente para el ejercicio independiente de la potestad, la forma en que los jueces sean designados, sino «la ausencia de sumisión del juez, [por lo que] lo decisivo no es quien lo designa, sino quienquiera que sea quede privado ulteriormente de todo poder»¹¹⁹.

Otro sector entiende que las condiciones en que se accede al ejercicio de la función resultan importantes no sólo por la «composición social y profesional del cuerpo judicial sino también en las relaciones que se establecen entre la magistratura y los otros actores [del Estado]»¹²⁰; es más, se ha sostenido que debido a la independencia que debe ostentar quien ejerce la función jurisdiccional «tiene una importancia decisiva la forma de designación»¹²¹. La forma de selección del juez no resulta uniforme, tanto desde la perspectiva histórica como tampoco en la actualidad.

Políticos (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 158, octubre/diciembre 2012), 43 y ss.

¹¹⁹ Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial* (Madrid: Centro de Publicaciones/Ministerio de Justicia, 1989), 17. También desde la jurisprudencia constitucional se ha dicho algo similar: “el principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer las funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el *status* que les otorga la ley en el desempeño de las mismas”: Tribunal Constitucional español, sentencia 204/1994, de 11 de julio.

¹²⁰ Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política...*, 32. Los autores explican que la forma de reclutamiento define la posición del juez en un determinado sistema; y en especial su *status* y *garantías* para el ejercicio de la función. Por ejemplo, en sistemas de justicia organizados en forma piramidal con previsión de ascensos “[se] supone al juez no sólo [sujeto] a evaluaciones más o menos frecuentes sino también a traslados de sede o de juzgado, que pueden debilitar las garantías de independencia, particularmente ante aquellos a quienes corresponde tomar esas decisiones [de ascenso y/o evaluación]”, 33.

¹²¹ Karl Loewenstein, *Teoría...*, 297. Es categórico el autor al expresar: “La experiencia general socio-psicológica, según la cual el detentador de un cargo permanece obligado a la persona responsable de su nombramiento, contiene peligros específicos en el caso de la función judicial. Especialmente, cuando el nombramiento está determinado por consideraciones políticas, el favorecido está expuesto a la tentación humana de pagar su deuda desempeñando su cargo de forma condescendiente”. Ya desde otro ámbito

Históricamente, en Roma por ejemplo, durante el Imperio se atribuía al emperador la magistratura en forma exclusiva; con el advenimiento de la República los jueces son quienes dictan sentencia, ejerciendo su función de «forma permanente o bien éstas se agotaban con la decisión del caso para el cual habían sido designados. Su nombramiento se efectuaba a propuesta del actor o por sorteo de listas confeccionadas por el magistrado para cada litigio y que debían exponerse en el foro»¹²². Durante la época medieval, el rey será fuente de toda jurisdicción para lo cual designa representantes o delgados¹²³; así por ejemplo, en Francia el acceso a la función de juez tenía fundamento socioeconómico, porque «se compraba el cargo de juez»¹²⁴.

La *primera* es la elección a través del *voto popular*, cuyo mecanismo permitiría al juez alcanzar un nivel de independencia e imparcialidad que ningún otro mecanismo de designación podría otorgarle¹²⁵; tanto que negar el voto del pueblo sería prescindir de los principios democráticos. De esta forma se designan los jueces en algunos Estados federados norteamericanos¹²⁶; en Suiza, como parte de la «tradición de sus arraigados

científico resulta útil para entender lo anotado en los siguientes términos: “Una manera simple de explicar una acción es verla como el producto final de dos operaciones sucesivas de filtración. Empezamos con un conjunto grande de todas las acciones abstractamente posibles que puede realizar un individuo. El primer filtro está compuesto por todas las *restricciones* físicas, económicas, legales y psicológicas que enfrenta el individuo. Las acciones coherentes con esas restricciones forman su *conjunto de oportunidad*. El segundo filtro es un mecanismo que determina qué acción que está dentro del conjunto de oportunidad será realizada realmente [...] En esta perspectiva las acciones son explicadas por las oportunidades y los deseos, por lo que la gente puede hacer y por lo que desea hacer”: Jon Elster, *Tuercas y tonillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales* (Barcelona: Gedisa, trad. Antonio Bonanno, 1996), 23-24.

¹²² Luis Rodolfo Argüello, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones* (Buenos Aires: Astrea, 3ra edición, 6ta reimpresión, 1998), 540. En realidad la administración de justicia en Roma resulta compleja; por ejemplo, durante la República fueron los cónsules los depositarios del poder real y el pretor fue el magistrado por excelencia; posteriormente, durante la República y el principado eran concebidos como magistrados los ediles, el prefecto del pretorio y el prefecto de la ciudad con jurisdicción en Roma; los *praefecti uiri dicundo* tenían competencia en Italia; y, los gobernadores, los cuestores, el legado del emperador y el precónsul tenían jurisdicción en las provincias. Sería a partir de Diocleciano, que los magistrados adquirieron facultades para juzgar los asuntos llevados a su conocimiento, al haber desaparecido la bipartición del proceso.

¹²³ Por ejemplo, en España la jurisdicción se ejercía por medio de representantes: los consejos, chancillerías, audiencias, corregidores, alcaldes mayores y alcaldes ordinarios que configuraban una categoría de jurisdicción ordinaria. No obstante, la jurisdicción real se ejercía también mediante delegados: señores, obispos, priores, inquisidores y magistrados de los tribunales especiales y de personas aforadas. La representación o delegación se concedía por el rey: Felipe Lorenzana de la Puente, “Jueces y pleitos”, en *Revista Hispania* (España: No. 213, 2003), 29 y ss.

¹²⁴ Karl Loewenstein, *Teoría...*, 297. De hecho, la historia ha sostenido que los *parlements* (que era la máxima instancia judicial) era una representación auténtica de la nobleza.

¹²⁵ Ignacio Posse Molina, “Elección de los jueces de la Corte Suprema por el voto directo del pueblo”, en *Revista Jurídica Argentina* (Buenos Aires: La Ley, No. 7, año 26, agosto de 2003), 1376 y ss.

¹²⁶ Por ejemplo, la Constitución de California, en la sección 16 del artículo 6 establece que, tanto los jueces de la Suprema Corte del Estado, como los jueces de los tribunales de apelación en los distritos, se designarán por medio de elecciones generales para un periodo de 12 años. De su lado, la sección 2da del

elementos de democracia directa»¹²⁷, para los jueces en cantones; en Japón, para los jueces de la Corte Suprema de Justicia; y, últimamente en Bolivia, para la designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia¹²⁸.

Sin embargo, para tener una visión completa de la elección por voto popular es necesaria una contextualización. Si bien Suiza designa los jueces por voto popular, debe tenerse presente que los puestos judiciales en su mayoría son provistos mediante una «elección silenciosa bien calculada»¹²⁹, llevando en la práctica a una designación con participación proporcional de los partidos políticos, al menos donde se prevé el respeto de las minorías, donde los electores no conocen de forma suficiente a los postulantes ya que los candidatos no se presentan ante el pueblo, ni hay información de su aptitud técnica; lo que transforman a «la elección de jueces [en el] automatismo de la confirmación eleccionaria»¹³⁰.

En el caso de Japón, los jueces de la Corte Suprema son designados por el gabinete que ejerce el Poder Ejecutivo, el voto del pueblo consiste —en realidad— en una especie de consideración y/o ratificación de la designación, puesto que de los resultados de la elección depende su continuidad en el cargo¹³¹. Y, en el caso de Bolivia, para el sufragio de

artículo 5 de la Constitución de Texas determina que la integración de la Corte Suprema será con un *Chief Justice* y ocho jueces designados mediante elección general por los votantes del Estado; lo que se prevé también para la designación del Tribunal de Apelaciones (secc. 4ta del artículo 5).

¹²⁷ Alex Tschentscher, “Nombramiento de jueces: Entre la elección popular y el autonombamiento” en *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006), 198.

¹²⁸ El artículo 182.1 de la Constitución boliviana establece: «Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal».

¹²⁹ Alex Tschentscher, “Nombramiento”..., 199.

¹³⁰ *Ibidem*, 200.

¹³¹ La Constitución de Japón en su artículo 79 refiere: “La Corte Suprema se compondrá de un Presidente y del número de jueces que determine la ley; todos ellos, con excepción del Presidente, serán designados por el Gabinete. La designación de los jueces de la Corte Suprema será sometida a la consideración de los electores en la primera elección general de miembros de la Cámara de Representantes que se realice después de sus nombramientos, y este procedimiento se repetirá nuevamente, una vez transcurridos diez (10) años, en la primera elección general de miembros de dicha Cámara, y así sucesivamente. En los casos mencionados en el párrafo anterior, cuando la mayoría de los electores se pronuncien por la remoción de un juez, éste será separado de su cargo”.

elección de los magistrados del Tribunal Supremo¹³², con carácter previo la Asamblea Legislativa realiza la preselección de los postulantes¹³³.

El *segundo* grupo –simplificando al extremo– se ubica la designación por otros poderes del Estado: Legislativo y/o Ejecutivo. El caso más representativo resulta los Estados Unidos de Norteamérica donde la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los jueces federales se hace por nominación del Presidente con la ratificación del Senado¹³⁴; designación que prevén también algunos Estados federados¹³⁵.

En el *tercer* grupo ubicamos el sistema de selección y nombramiento meritocrático. Este sistema se encuentra establecido en nuestro país, conforme el artículo 170 de la Constitución que previene «los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana» como único mecanismo para acceder a los órganos de la Función Judicial¹³⁶. La oposición la previene también la Constitución italiana (Art. 106 inc. 1)¹³⁷; así como para acceder a la función jurisdiccional en España, pues pese al silencio del constituyente de 1978, así lo prevé la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Art. 301.1)¹³⁸; aunque no es único, ni exclusivo,

¹³² En realidad, la Constitución dispone sufragio universal para designar a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 182.1), los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional (Art. 198); y, miembros del Consejo de la Magistratura (Art. 194.4) interviene el pueblo a través del sufragio universal.

¹³³ El artículo 182.2 de la Constitución boliviana prevé: “La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral”.

¹³⁴ Conforme lo previsto en el artículo II, sección 2 de la Constitución norteamericana: “He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments”.

¹³⁵ La Constitución del Estado de Massachusetts en el artículo IX, sección I establece que la designación de los jueces debe hacerla el Gobernador del Estado, con la aprobación del Consejo Ejecutivo.

¹³⁶ Según el artículo 177 de la Constitución, la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. Dentro de los órganos jurisdiccionales se encuentran los que se encargan de administrar de justicia: 1) Corte Nacional de Justicia, 2) Las cortes provinciales de justicia, 3) Los tribunales y juzgados que establezca la ley; y, 4) Los juzgados de paz (Art. 178 inc. 1); el Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial (Art. 178 inc. 2); la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos auxiliares de la Función Judicial (Art. 178 inc. 3).

¹³⁷ Constitución italiana, artículo 106 inc. 1: “Los nombramientos de los magistrados se harán por oposición”.

¹³⁸ El artículo 301.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español previene: “El ingreso en la carrera judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional”

ya que contempla una proporción discrecional, con el ingreso de juristas de reconocida competencia (Art. 301.5 LOPJ).

En ese mismo sentido, se ha expresado el sistema interamericano de derechos humanos, pues tanto las decisiones de la Corte como de la Comisión IDH, han señalado que los operadores de justicia (del cual el juez es el representante por excelencia) deben ser «elegidos exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional»¹³⁹.

De su parte la doctrina relaciona el acceso por méritos con la carrera judicial, y con una especie de condicionamiento de *profesionalización* del ejercicio de la función que comprende (al menos) dos elementos: «a) métodos reglados y sustancialmente técnicos de selección, y b) Órganos preponderantemente técnicos de selección»¹⁴⁰. El sistema de méritos y oposición –se sostiene– otorgan al juez un carácter legitimador de su función, convirtiéndose –el concurso– en garantía de independencia y capacidad. Además, –se dice– que una vez concluido el concurso, el nuevo juez estará investido de una capacitación profesional suficiente, que lo legitima ante la sociedad, así como lo habilita para el ejercicio de la jurisdicción¹⁴¹.

Cada una de estas formas de selección y nombramiento pretende sustentarse en una forma de legitimación concreta: el primero, ante el electorado; la segunda, una "legitimación democrática" indirecta a través de los órganos que elige el pueblo; y, la tercera, pretende que los jueces tengan una posición constitucional más extraña al sistema político partidario. A cada quien podrá parecer que uno u otro sistema presenta más beneficios y/o ventajas frente a otros, aunque ello dependerá también de la particular perspectiva desde donde se mira la función de los jueces, así como la forma en que (esa persona) entiende la Constitución, el Estado, los derechos y la democracia¹⁴².

¹³⁹ Comisión IDH, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas* (Washington: OEA/documentos oficiales, 2011, párr. 363), 167. Véase también, Corte IDH, *caso Reverón Trujillo vs Venezuela...*, párr. 72.

¹⁴⁰ Néstor Pedro Sagiés, *Las escuelas judiciales* (México: UNAM, 1998), 41.

¹⁴¹ Así se entendió el tema durante la Asamblea Constituyente, respecto del principio de oposición se sostuvo que “asegura conocimientos y capacidad”; y que el principio de méritos “tiende a privilegiar en la selección a las personas con mayores conocimientos, formación, aptitudes y experiencia”: Asamblea Constituyente del Ecuador, *Informe de mayoría para primer debate de los textos constitucionales de la Administración de Justicia*, Mesa constituyente No. 8 (Montecristi: acta 036, sesión de 17 de abril de 2008), 112.

¹⁴² Para comprender la influencia que tiene una determinada concepción de las cosas sobre cuestiones de la sociedad puede revisarse la magistral obra de Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos* (España: Paidós, 2006), 9, 15-20 especialmente.

En lo que a nosotros respecta, resulta oportuno dejar constancia de la necesidad de distinguir la designación (selección, nombramiento) de los jueces de instancia respecto de quienes van a integrar las altas cortes¹⁴³. Tal distinción, resulta no sólo necesaria sino imprescindible, por dos razones elementales: en primer lugar, los requisitos que se requieren para ser juez de instancia y juez de alta corte son notablemente diferentes; en segundo lugar, existe una distinción de funciones entre los jueces instancia respecto del máximo órgano de administración de justicia.

Hay que tener en cuenta que la alta corte, en su calidad de máximo órgano de administración de justicia ordinaria, tiene como misión fundamental velar por una interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento jurídico. Tal posición hace necesario que, quien desempeñe funciones en dicho órgano, no sólo posea conocimientos jurídicos sino que habilitado y capacitado para dar su posicionamiento –conforme el régimen jurídico– frente a temas de relevancia nacional; debe estar consciente que sus decisiones marcan la orientación de la jurisprudencia (aunque muchas veces un país concreto no establezca la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Suprema)¹⁴⁴.

¹⁴³ Desde luego, la distinción entre jueces de instancia y de alta corte no es sólo nuestra. La práctica comparada demuestra que, en un abultado número de países, la designación tiene mecanismos diferentes: por ejemplo, en Colombia los jueces de instancia se nombran por oposición, en cambio los jueces de la Corte Suprema de Justicia se designan por cooptación. De su parte en España, los magistrados del Tribunal Supremo forman una categoría especial dentro de la carrera judicial, donde se prevé el acceso por cuotas. Para un análisis sobre los mecanismos de designación de las altas cortes puede revisarse Katya Salazar edit., *Revista Aportes* (Fundación para el debido proceso legal, No. 17, diciembre de 2012), especialmente 3-24.

¹⁴⁴ Por ejemplo, la Corte Nacional de Justicia según la Constitución ecuatoriana tiene competencia no sólo para conocer los recursos de casación en todas las materias de justicia ordinaria (y por su intermedio unificar la interpretación del ordenamiento jurídico) sino que incluso se faculta al Pleno del máximo órgano de justicia ordinaria (Corte Nacional de Justicia) el dictar precedentes jurisprudenciales obligatorios (Arts. 184 y 185 CRE). De su parte el legislador, aunque no se refiere expresamente a una facultad del Pleno de la Corte Nacional, sí refiere la posibilidad de que por intermedio del Presidente de la Corte, se ponga “en consideración del Pleno, para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas” (Art. 199.4 COFJ). Desde luego, el papel relevante que se asigna al máximo órgano de administración de justicia ordinaria se encuentra también en otros países; por ejemplo, en Colombia existe la doctrina probable que tiene como fundamento exclusivo sentencias de las Altas Cortes. Sobre el tema la Corte Constitucional colombiana ha dicho: “La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”: sentencia C-836/01, de 9 de agosto. Para una revisión detallada e ilustrativa del *valor* de la jurisprudencia en el siglo XIX puede revisarse a Diego López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del*

En ese contexto, resulta necesario que los magistrados de la alta corte se encuentren preparados y conscientes de que deben decidir más allá de las aspiraciones de un grupo y sean designados por su especial competencia profesional, más no atendiendo a criterios político partidarios¹⁴⁵. Desde luego, no se trata de prescindir del criterio meritocrático, sino de exigir requisitos adicionales que garanticen, en quienes accedan, una especial posición para hacer frente, a las eventuales presiones, de cualquier expresión de poder¹⁴⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, el concurso de *merecimientos y oposición* –no sólo en nuestro país sino también en otros: España, Italia, Alemania, Colombia, entre otros– resulta el mecanismo más idóneo para la designación de jueces que cumplen funciones tanto de instancia como de apelación, pues tal mecanismo supedita su designación a criterios de competencia profesional. Ello resulta importante, en lo fundamental, si se considera que, en nuestros sistemas el juez de instancia «no es un profesional experimentado y prestigioso del Derecho que, como culminación de su carrera, es llamado al ejercicio de la jurisdicción»¹⁴⁷.

En tal perspectiva, la selección y nombramiento fundado en el concurso de méritos y oposición, luego de superada una fase de pruebas y formación, no sólo otorga al postulante una *cualificación técnica*, sino que por un lado sustrae al juez de su vinculación

precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial (Bogotá: Legis, 2da edición, 2006), 3-27.

¹⁴⁵ Se ha anotado en ese sentido: “En un principio, puede parecer contradictoria la selección “política” de jueces con los requisitos de independencia e imparcialidad que son imprescindibles en la función judicial. Sin embargo, si se piensa en que las altas instancias judiciales son precisamente las que deciden los asuntos de mayor repercusión política y que, en algunos casos, como en el de los Tribunales Supremos, son capaces de crear jurisprudencia, entenderemos que no es desorbitada una selección de sus miembros por órganos “políticos” o que se trate de garantizar una composición ideológicamente equilibrada en dichos tribunales. Éste constituye un modo de asegurar que, sin dudar *a priori* de la imparcialidad de la actuación de tales tribunales”: Rocío Sierra Cristóbal, “El nombramiento de los magistrados de altas instancias judiciales”, en *El poder judicial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 237 y ss.

¹⁴⁶ Lo cierto es que, si bien la independencia judicial suele usarse para referir la necesidad de excluir, el ejercicio de influencias por parte del Poder Ejecutivo; en la actualidad las “presiones” pueden hacerse extensivas a entidades de cualquier naturaleza: sindicatos, asociaciones, partidos políticos, fundaciones, medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales. Organizaciones que bien pueden hacer uso de su derecho a la libertad de expresión y opinión; pero que no pueden, ni deben, condicionar la decisión de los jueces.

¹⁴⁷ Luis María Díez-Picazo, “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 34, Enero-Abril, 1994), 29.

político-partidaria¹⁴⁸; y, por otro, excluye al juez, del eventual peligro, de actuar con sujeción a las tendencias del electorado¹⁴⁹. A ello hay que agregar una cuestión de carácter práctico: la mayoría de quienes postulan para acceder a las funciones de juez instancia son relativamente jóvenes, lo que excluye una consolidada formación, peor aún una acrecentada profesionalización.

A la objeción –un tanto generalizada– de que los jueces carecen de legitimidad por no haber sido designados a través del voto popular, es preciso anotar que el mismo resulta «un argumento impropio»¹⁵⁰, ya que los jueces tienen la legitimidad del Derecho que están llamados a aplicar: su independencia se fundamenta en la vinculación a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley. Es más, la legitimidad de su ejercicio –de los jueces– radica en hacer efectiva la limitación del poder y otorgar tutela efectiva a los derechos; a los jueces no se les confía la realización de proyectos políticos que los electores escogen por mayoría cada cierto tiempo para toda la sociedad: la legitimación de los jueces no se sitúa con exclusividad en el origen de su designación, sino –fundamentalmente– en el ejercicio de su función¹⁵¹.

De hecho, vivir en un Estado constitucional democrático no puede condicionarse únicamente a la realización de un proceso electivo; ciertamente la concurrencia a las urnas es parte importante e imprescindible de la democracia, pero considerar que sólo el voto popular legitima la designación de las autoridades, especialmente de los jueces, puede resultar peligroso. Bien se ha dicho en ese sentido, que si se perdiese la libertad «se tendrá que achacar el hecho a la omnipotencia de la mayoría, que habrá empujado a las minorías a

¹⁴⁸ Luigi Ferrajoli expone sus objeciones a la elección de los jueces por voto popular expresando: “El juez, a diferencia de los órganos del poder legislativo y del ejecutivo, no debe representar mayorías, ni minorías. Y, el consenso del electorado no sólo no es necesario sino que puede incluso ser peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones de averiguación de la verdad y de tutela de los derechos fundamentales de las personas juzgadas por él”: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 597.

¹⁴⁹ Ferrajoli identifica al juez nombrado por concurso (como sucede en Italia) como el juez ciudadano de Francesco Carrara, describiéndolo en términos muy ilustrativos: “Lo que hace de un juez-ciudadano un juez imparcial es su natural independencia: del exterior, en la medida en que no es parte del sistema político, y del interior, al no ser un funcionario condicionado por la carrera o por vínculos de subordinación jerárquica”: *Derecho y razón...*, 595.

¹⁵⁰ Eduardo García de Enterría, *Jueces...*, 34.

¹⁵¹ Sobre la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción como potestad pública por parte de los jueces, puede revisarse: Santiago Andrade Ubidia, “Independencia judicial y Estado de Derecho”, en *Temas de Derecho Constitucional* (Quito: Academia ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito/Ediciones Legales, 2003), 298 y 299. En el mismo sentido véase Luigi Ferrajoli, “Fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, en *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia* (México: No. 15-16, 2010), 3 -18; del mismo autor, “Constitución y Jurisdicción”, en *Revista oficial del Poder Judicial* (España: No. 6 y 7, 2010-2011), especialmente, 342 a 346.

la desesperación hasta obligarlas a recurrir a la fuerza material»¹⁵²; si se tratase de someter a todos a la voluntad surgida de la mayoría producto del sufragio popular viviríamos en un régimen plebiscitario, pero no bajo la sujeción de un orden constitucional democrático.

En la república será importante, no sólo defender a la sociedad contra la opresión de quienes la gobiernan, sino también garantizar a una parte de la sociedad contra la injusticia de la otra: «La justicia es la finalidad del gobierno, así como de la sociedad civil»¹⁵³. A los jueces les corresponde aplicar la Constitución y dar efectividad al derecho, pues si para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento «cedieran a la tentación de recurrir al consenso popular, no solo traicionarían completamente su función sino que se dejarían seducir por cantos de sirena que los conducirían al desastre»¹⁵⁴.

¹⁵² Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (Madrid: Alianza editorial, trad. al español Dolores Sánchez, vol. 1, 1ra edición, 3ra reimpresión, 1993), 245.

¹⁵³ James Madison y otros, *El Federalista* (No. 51). Versión digital disponible en [<http://libertad.org/wp-content/uploads/2013/04/El-Federalista.pdf>] (Acceso: 10/10/2014). En los debates de la Asamblea Constituyente se dijo expresamente: “El control de los poderes del Estado, la defensa de los derechos y la seguridad jurídica son elementos centrales que configuran el Estado de Derecho. El concepto de Estado de derecho –en su dimensión formal y material– busca la realización de la justicia y de los derechos humanos como protección ante la arbitrariedad y los excesos democráticos. Por un lado la justicia en su amplia concepción es un presupuesto para la realización del principio democrático. La democracia para estabilizarse y sobrevivir necesita de una justicia en pleno funcionamiento que resuelva pacíficamente los conflictos y realice los derechos de todos los miembros de la sociedad. Pero existe también una relación tensa entre el principio de justicia y el de mayoría, pues las decisiones mayoritarias (democráticas) no avalan ni justicia ni respeto de las garantías fundamentales del proceso y de los derechos. Por ello, el Estado de derecho es un freno a los excesos del principio mayoritario”: Asamblea Constituyente del Ecuador, *Informe de mayoría para primer debate de los textos constitucionales de la Administración de Justicia...*, 104.

¹⁵⁴ Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid: Trotta, trad. Manuel Martínez, 2008), 99. Así se ha concebido, incluso por algunos órganos jurisdiccionales extranjeros. Es ejemplificativa una línea jurisprudencial adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, que ha declarado inconstitucionales tanto la designación de integrantes de órganos de control (Tribunal Supremo Electoral y Corte de Cuentas), así como los integrantes de órganos jurisdiccionales (magistrados de la Corte Suprema de Justicia) que tengan vinculación con partidos políticos o afiliación partidaria. Se ha dicho así, que los jueces tienen: “la función primordial de proteger el ordenamiento jurídico, que establece derechos fundamentales y delimita competencias de los órganos constitucionales. Mientras para otros operadores del sistema pueden establecerse vinculaciones específicas que se superpongan a la subordinación estructuralmente necesaria a la totalidad del ordenamiento, por tener asignada la consecución de fines que trascienden al propio sistema, *los jueces y tribunales no pueden ser objeto de tales vinculaciones particulares*. [...] La independencia judicial se fundamenta en la necesidad de legitimación del juez, legitimación que no puede ser de tipo electoral, sino que depende de su exclusiva sumisión a la Constitución y a la ley, así como a la verdad de los hechos sobre los que conoce. [...] *El ejercicio de la función jurisdiccional, por lo tanto, debe hacerse de manera independiente, por lo que es imperativo que los Magistrados de la CSJ carezcan de afiliación partidaria*”: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional, procesos de inconstitucionalidad No. 11/2013; 97/2013 acumulados, de 14 de octubre de 2013. Pronunciamientos similares pueden encontrarse en los procesos de inconstitucionalidad No. 15/96, sentencia de 14 de febrero de 1997; 5/99, sentencia de 20 de julio de 1999; 46/2003, sentencia de 19 de abril de 2005; 2/2005, sentencia de 28 de marzo de 2006; 19/2012, sentencia de 5 de junio de 2012 entre otras.

La necesidad de una especial *cualificación profesional* para designar a los jueces de instancia resulta relevante para una administración de justicia confiable, pues la adquisición de un determinado grado de conocimiento constituye una condición necesaria para una actuación racional de los jueces. Tanto la historia, como la experiencia de otros países, particularmente en Estados Unidos de Norteamérica, da cuenta que se había ideado el Plan Missouri, con la finalidad de erradicar los inconvenientes de la falta de *tecnificación de los jueces*, así como los problemas de independencia derivados de la elección directa¹⁵⁵: de esta forma, se vinculó la designación de jueces a criterios de calidad profesional.

Todas estas cuestiones han llevado a un importante grupo de la doctrina, a posicionar al *sistema de oposición* como el menos malo de los sistemas para la elección y nombramiento de jueces¹⁵⁶. Por lo demás, ni los jueces se eligen en calidad de representantes, ni la justicia debe administrarse atendiendo a criterios políticos¹⁵⁷.

Para el caso de los jueces de altas cortes, la designación tiende a complejizarse, excluyendo la utilización de un método puro; generalmente, los países distinguen la designación de jueces de altas cortes respecto de sus pares de instancia. Si bien no es

¹⁵⁵ Es ejemplificativa de esta posición la página web que explica, en forma básica, en qué consistió el referido Plan: “The Missouri judiciary consists of a supreme court, a court of appeals, and a circuit court. In 1940, Missouri became the first state to adopt merit selection of judges. The Nonpartisan Selection of Judges Court Plan, which has come to be known as the Missouri Plan, has served as a model for the thirty-four other states that use merit selection to fill some or all judicial vacancies.

Prior to the adoption of the Nonpartisan Court Plan, judicial selection in Missouri was controlled by political machines and party bosses who sought to unseat judges who issued unfavorable rulings. Judges' positions were so tenuous under machine politics that from 1918 to 1941 only two supreme court justices were successful in their bids for reelection”. (El poder judicial de Missouri consta de un tribunal supremo, un tribunal de apelaciones y un tribunal de circuito. En 1940, Missouri se convirtió en el primer Estado en adoptar la selección de los por mérito. La selección no partidaria de jueces “Plan de Corte”, que ha llegado a ser conocido como el Plan Missouri, ha servido de modelo para los otros treinta y cuatro estados que usan selección por méritos para llenar algunas o todas las vacantes judiciales.

Antes de la aprobación del “Plan Corte no partidista”, la selección judicial en Missouri fue controlado por maquinarias políticas; los jefes de partidos buscaban derrocar a los jueces que emitían sentencias desfavorables. La posición de los jueces eran tan tenue bajo la maquinaria política que, desde 1918 hasta 1941 sólo dos jueces del Tribunal Supremo tuvieron éxito en sus ofertas para la reelección): véase en http://www.judicialselection.us/judicial_selection/index.cfm?state=MO: Acceso (16/04/2015). También Malia Reddick, *Judicial selection: The process of choosing Judges* (American Bar Association, June 2008, en https://monsieurdevillefort.files.wordpress.com/2014/12/judicial_selection_roadmap-authcheckdam.pdf Acceso: (16/04/2015). En el mismo sentido, Luz María Martínez Alarcón, *La independencia judicial...*, 229.

¹⁵⁶ Joaquín Ruiz Pérez, “La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales”, 30-31; Juan Montero Aroca, “Selección de licenciados y formación de jueces”, 91; ambos en *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial* (Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1983).

¹⁵⁷ Joaquín Ruiz Pérez, “Investidura institucional de jueces y magistrados”, en *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia* (Sevilla: Vol. II, 1996-1998), 250-251.

posible asumir, peor aún resolver, el sistema de designación de los jueces de alta corte, puede anotarse algunas reflexiones.

En primer lugar, debe existir un régimen de incompatibilidades y prohibiciones fuerte: por ejemplo, quienes han participado en un gobierno (a cualquier título) no pueden ser jueces en el mismo periodo, la pertenencia a partido político debe imposibilitar el ejercicio de la magistratura; en segundo lugar, debe exigirse una acrecentada experiencia profesional (15 años como mínimo) que debe probarse por *ejercicio efectivo* y debe ser constata por una comisión de conformación plural (deben estar representados los cuerpos docentes, los profesionales en libre ejercicio, los jueces, los estudiantes, entre otros); en tercer lugar, los candidatos deben estar sometidos a un riguroso régimen de transparencia; y, por último ha de requerirse una designación por el órgano parlamentario, previo el cumplimiento de los requisitos anteriores, con mayoría calificada de sus miembros.

Sin perjuicio de lo anotado, debe anotarse que la referencia al «concurso de merecimientos y oposición» que hace Constitución y/o la ley no resulta en sí mismo una respuesta, tanto para la independencia con la que deben ejercer sus funciones los jueces o la calidad profesional que les es exigible. Por ello resulta necesario analizar las regulaciones concretas que se prevén para valorar los méritos, la forma de evaluar los conocimientos, ya que la sola referencia al concurso no implica que se trate de un sistema bueno y, por ende que garantice la calidad e independencia de los jueces.

Es ese régimen jurídico concreto el que debe calificar como bueno o malo para la administración de justicia, dependiendo de las *garantías concretas que ofrezca*. Conviene destacar aquí, que ninguno de los sistemas para la designación y nombramiento ofrece respuestas absolutas al tema de la independencia del juez, como tampoco ningún sistema resulta malo o bueno en exclusiva presentación teórica, pues todo sistema puede presentar desnaturalizaciones prácticas (materiales si se quiere...). Un sistema concreto para la designación y nombramiento de juezas y jueces debe estar lejos de ser una recepción teórica o fruto de un traspaso legislativo de otra realidad; jamás han de perderse de perspectiva realidades y necesidades concretas del medio donde se pretende establecer un determinado régimen jurídico, como tampoco han de olvidarse el factor cultural de esa sociedad.

En nuestro caso, la Constitución establece un sistema de *acceso meritocrático sea para los jueces de instancia como de la Corte Nacional de Justicia*, lo que hace necesario identificar y analizar la forma concreta en que se regula el concurso de méritos y oposición. Con carácter previo, debe dejarse constancia de dos cuestiones: la *primera* es que nuestra Constitución no contiene expresamente una *reserva* de ley para regular los preceptos relativos al estatus de los jueces, pues la norma constitucional se refiere únicamente a *criterios* que deben observarse para el ingreso a la Función Judicial (Art. 170 CRE). Ilustremos este particular con un ejemplo: si el legislador (hipotéticamente hablando) no regulase ninguna cuestión respecto del sistema de selección, sino que únicamente se limitase a remitir todas esas cuestiones al reglamento, no incumpliría con ello ningún precepto de la Constitución, ya que resultaría aceptable (aunque esa posición no pueda compartirse y de hecho logre rebatirse) que tales cuestiones no gocen de reserva de ley. De ahí que la reserva de ley no es un mandato expreso y claro del constituyente sino que puede aceptarse o rechazarse dependiendo de la interpretación y las argumentaciones que se usen en una u otra posición.

Así, sobre esta cuestión, la Constitución de 1998 resultaba más explícita, al prescribir: «Se reconoce y se garantiza la carrera judicial, cuyas regulaciones determinará la ley» (Art. 204 CPE); y, en el ámbito comparado también esta cuestión resulta más clara, como sucede con la Constitución española que exige la adopción de una ley –una de carácter orgánico para ser más exacto– para determinar «el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera» (Art. 122.1 CE)¹⁵⁸; lo propio hacen la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania¹⁵⁹; la Constitución italiana¹⁶⁰; o la Constitución chilena¹⁶¹.

¹⁵⁸ El artículo 122.1 de la Constitución española prevé: “La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”.

¹⁵⁹ El artículo 97.1 de la Ley Fundamental alemana expresa: “La posición jurídica de los jueces federales se regulará por ley federal especial”.

¹⁶⁰ El artículo 106 inc. 1 de la Constitución italiana previene: “Los nombramientos de los magistrados se harán por oposición”.

¹⁶¹ La Constitución Chilena en su artículo 77 previene: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados. La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo

Y, si bien es cierto, tal ausencia (de requerir una ley para regular la situación específica de los jueces) no implica una directa afectación de la independencia judicial, la consiguiente habilitación de adoptar normas reglamentarias en su lugar, implica una relativización de esa independencia¹⁶², ya que la administración (la Judicatura) dispondrá de facultad normativa, y de amplios márgenes de libertad administrativa; por ello con mucha razón se ha señalado:

[P]ara que el poder judicial pueda quedar preservado de influencias, se tiende en todos los países y se pide por la doctrina con unanimidad, su regulación orgánica, selección y ascensos, así como sus sistemas de designaciones y traslados, mediante disposiciones con rango de ley que [...] no pueda darse ningún caso de favor personal o postergación injusta. El régimen [...] debe quedar establecido por el Poder Legislativo, sin que quepa la posibilidad de desarrollos reglamentarios y, menos aún, de actos discrecionales de ninguna autoridad [...]¹⁶³.

La necesidad de que tal regulación se haga con reserva de ley; más aún, a través de una de carácter orgánico –lógicamente que exige mayoría calificada para su adopción y no como en nuestro sistema cuya diferencia es sólo de denominación –, no se trata, en absoluto, de una cuestión de fetichismo de la ley o culto a la legalidad, sino del efecto garantizador que ofrece la legalidad en el marco del Estado constitucional. Tampoco es una exigencia que se formula únicamente para nosotros; de hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha determinado que existe un mínimo esencial cuando se establece una reserva de ley. Se ha expresado en los siguientes términos:

Sin embargo, si, tal y como se ha expuesto, el principio general de la reserva de ley se ve suficientemente satisfecho en la medida en que los preceptos cuestionados fueron adoptados en el seno de una ley formal, aún queda por examinar si el legislador ha cumplido también la exigencia adicional del instituto constitucional de la reserva de ley de que con la norma cuyo examen se ha traído ante este Tribunal, el legislador haya fijado por sí mismo los puntos esenciales, sin encomendar su regulación a la Administración¹⁶⁴.

previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva...”.

¹⁶² Luis Delgado del Rincón, “La configuración de la Administración de justicia como parte de la administración pública durante el siglo XIX Español” en *Revista de Estudios Políticos [Nueva época]*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 98, octubre–diciembre, 1997), 225. Véase también, María Luz Martínez Alarcón, *La Independencia...*, 213-214.

¹⁶³ Joaquín Ruiz Pérez, *Juez y sociedad* (Málaga: Ágora, 1981), 141.

¹⁶⁴ Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia del caso Kalkar, en Edhar Denninger, “El procedimiento legislativo en la República Federal de Alemania”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid: No. 16, Enero – Abril, 1986), 16,

Resta decir que la legalidad es, en realidad, un eje transversal a todos los aspectos relacionados con el ejercicio de la jurisdicción, así como con el status de los jueces. Su ausencia habilita la vigencia de un régimen discrecional en perjuicio de la independencia, con la que los jueces deben ejercer sus funciones; y, es que no se trata únicamente de que exista una norma, sino que la legalidad conlleva toda una serie de consecuencias jurídicas; en lo fundamental, su irretroactividad, el procedimiento de reforma, el límite que fija a la actuación discrecional de la administración al fijar los contenidos mínimos. Se trata no sólo de una cuestión simbólica sino del efecto material de la ley en el Estado.

La *segunda* cuestión está relacionada con el referéndum del año 2011. La naturaleza del tema hace necesario anotar (aunque no tratar a profundidad, peor aún resolver) tal cuestión. Y, es que, con la convocatoria a la consulta popular¹⁶⁵; y, conforme los resultados aprobatorios –en lo que aquí interesa– de las preguntas 4 y 5 del referéndum¹⁶⁶, no sólo que se modificaron las disposiciones constitucionales en relación con la Función Judicial, sino que también operaron un conjunto de reformas al Código Orgánico de la Función Judicial; ello tanto por el contenido de las mismas preguntas y sus anexos, como también por algunas reformas posteriores al referéndum promulgadas por la Asamblea Nacional para compatibilizar el ordenamiento infraconstitucional, aspectos que se harán constar oportunamente.

Como se dijo, la Constitución no es explícita en la reserva de ley; sin embargo, el legislador ha promulgado el Código Orgánico de la Función Judicial. Ya en el ámbito específico del concurso para acceder al nombramiento de juez, se dispone que la valoración de los *méritos* se haga conforme al reglamento que dicte el Consejo de la Judicatura (Art. 36 inc. 3 COFJ)¹⁶⁷. Lo opuesto sucede en la Ley Orgánica del Poder

¹⁶⁵ La Corte Constitucional para el periodo de transición, con algunas modificaciones formales, declaró la constitucionalidad de las preguntas, autorizando la celebración del referendo: Dictamen No. 001-11-DRC-CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 391, de 23 de febrero de 2011. Con fundamento en el dictamen constitucional, el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 699, publicado en el Registro Oficial No. 399, del 9 de marzo del 2011 dispuso la convocatoria a consulta popular; y, Consejo Nacional Electoral mediante resolución No. PLE-1-4-3-2011, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 399, de 9 de marzo de 2011 convocó oficialmente al pueblo a pronunciarse sobre el contenido de las preguntas.

¹⁶⁶ Los resultados del referéndum y consulta popular 2011 fueron publicados en el Suplemento del Registro Oficial 490, de 13 de julio de 2011.

¹⁶⁷ El inciso tercero del artículo 36 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: “Los méritos se valorarán conforme al reglamento que dictará el Consejo de la Judicatura; dicho reglamento adoptará, a más de las políticas de recursos humanos a que se refiere este Código, criterios objetivos que permitan valorar la calidad profesional y establecer el mérito sustancial de cada aspirante”.

Judicial español, que si bien faculta al Consejo General del Poder Judicial (Art. 313 LOPJ) para aprobar las bases a las que debe sujetarse el concurso, fija la valoración obligatoria de ciertos méritos¹⁶⁸. Que el legislador ecuatoriano remita al reglamento la regulación de los méritos y cómo han de ser éstos valorados, hace que los «conocimientos, formación, aptitudes y experiencia» que, conforme los debates constituyentes, deben "privilegiarse" para la designación de los jueces, hayan quedado sujetos a discrecionalidad reglamentaria (Art. 36 inc. 3 COFJ).

En la práctica, los concursos que ha convocado el Consejo de la Judicatura para la provisión del nombramiento de jueces se han desarrollado sobre la base de varios instructivos y reglamentos. En el año 2011, se expidió el primer *Instructivo*, en esta ocasión para el concurso de méritos y oposición para la selección y designación de juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia¹⁶⁹. En el año 2012 se convocaron dos concursos, para cada uno de ellos se dictó un instructivo diferente: el primero para los concursos de méritos y oposición para la selección y designación de juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y juezas y jueces de contravenciones a nivel nacional¹⁷⁰; y el segundo, para el concurso de méritos y oposición para la selección y designación de juezas y jueces de la Corte Provincial, tribunales penales y de juzgados de primer nivel a nivel nacional¹⁷¹. No fue sino hasta el año 2014, que se expidió el *Reglamento* para concurso público de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social para la renovación

¹⁶⁸ El numeral 2 del artículo 313 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: “2. El baremo establecerá la valoración de los siguientes méritos: a) Título de Licenciado en Derecho con calificación superior a aprobado, incluido el expediente académico. b) Título de Doctor en Derecho y calificación alcanzada en su obtención, incluido el expediente académico. c) Años de ejercicio efectivo de la abogacía ante los juzgados y tribunales, dictámenes emitidos y asesoramientos prestados. d) Años de servicio efectivo como catedráticos o como profesores titulares de disciplinas jurídicas en universidades públicas o en categorías similares en universidades privadas, con dedicación a tiempo completo. e) Años de servicio como funcionario de carrera en cualesquiera otros cuerpos de las Administraciones públicas para cuyo ingreso se exija expresamente estar en posesión del título de Doctor o Licenciado en Derecho e impliquen intervención ante los Tribunales de Justicia, en la Carrera Fiscal o en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, destinos servidos y funciones desempeñadas en los mismos. f) Años de ejercicio efectivo de funciones judiciales sin pertenecer a la Carrera Judicial y número de resoluciones dictadas, valorándose además la calidad de las mismas. g) Publicaciones científico-jurídicas. h) Ponencias y comunicaciones en congresos y cursos de relevante interés jurídico. i) Realización de cursos de especialización jurídica de duración no inferior a trescientas horas, así como la obtención de la suficiencia investigadora acreditada por la Agencia Nacional de la Calidad y Acreditación. j) Haber aprobado alguno de los ejercicios que integren las pruebas de acceso por el turno libre a la Carrera Judicial”.

¹⁶⁹ Publicado en el Registro Oficial No. 520, de 25 de agosto de 2011.

¹⁷⁰ Publicado en el Registro Oficial No. 616, de 11 de enero de 2012.

¹⁷¹ Publicado en el Registro Oficial No. 643, de 17 de febrero de 2012.

parcial de la Corte Nacional de Justicia¹⁷²; debiendo aclararse que tal normativa se dictó únicamente para el proceso de renovación parcial del máximo órgano de justicia ordinaria (Art. 2 del Reglamento), es decir, no se trata de una norma de carácter general.

Más allá de si el contenido de las normas que sirvieron de base para los diferentes concursos es idéntico; resulta objetable, pernicioso y preocupante que para cada uno de los concursos se expida una normativa ad hoc, lo que tiene una incidencia notable e implica una relativización del derecho a la seguridad jurídica en la faceta de la confianza legítima que debe inspirar el ordenamiento jurídico en los ciudadanos en general.

Es más, los tres primeros concursos se desarrollaron con expreso incumplimiento de una clara disposición del legislador que requería la adopción de un *Reglamento* para llevarlos a efecto (Art. 36 inc. 3 COFJ), pues las normas que han servido para su desarrollo han sido distintos instructivos. Del particular, es decir, de la existencia de una normativa exclusiva para cada concurso existió una observación por la Veeduría Internacional que actuó durante el primer concurso de merecimientos y oposición, que también recomendó «que el Consejo de la Judicatura Transitorio cree un Reglamento General y Único para el ingreso al servicio judicial»¹⁷³.

De vuelta a la regulación legislativa, respecto de la fase de oposición puede presentarse algunos cuestionamientos. Cierto es, que el inciso segundo del artículo 36 del Código dispone la realización de *pruebas* de «teóricas, prácticas y psicológicas»; no obstante, el Código (reformado por la consulta popular y referéndum, Art. 60 COFJ) genera dudas cuando, para la calificación de los postulantes, se autoriza a la Comisión de Administración de Recursos Humanos (de la Judicatura) no solo la verificación del cumplimiento de requisitos generales, específicos, así como la identificación de posibles inhabilidades e incompatibilidades de los postulantes sino también la evaluación «[de] la motivación expresada [por el postulante] para el ingreso al servicio de la Función Judicial»¹⁷⁴. A ello debe agregarse que el artículo 61 del Código dispone la recepción de

¹⁷² Publicado en el Registro Oficial No. 289, del 15 de julio de 2014.

¹⁷³ Baltazar Garzón Real y otros, *Informe final de la Veeduría Internacional a la reforma de la justicia en Ecuador* (Quito: diciembre de 2012), 15. Sobre las remisiones reglamentarias formuladas volveremos en el tercer capítulo, particularmente en el ítem 3.2.1 cuando desarrollemos las funciones y límites del Consejo de la Judicatura.

¹⁷⁴ El Código Orgánico de la Función Judicial expresa en su artículo 60: “Cerrada la etapa de recepción de postulaciones, la Comisión de Administración de Recursos Humanos calificará el cumplimiento de los

pruebas teóricas, prácticas y psicológicas, en forma oral y escrita, «que sean adecuadas para los puestos o cargos objeto del concursos»; lo que implica que, las pruebas que se estimen *adecuadas* pueden ser establecidas al arbitrio del Consejo de la Judicatura.

El contenido de las pruebas tampoco está claro. El legislador determina que las pruebas teóricas buscan evaluar el «conocimiento y la habilidad» para resolver conflictos o presentar propuestas (Art. 62 COFJ); de su lado, el artículo 63 determina como objeto de las pruebas prácticas la evaluación del «desarrollo de las habilidades y destrezas propias del cargo». Más aún, las pruebas psicológicas según el artículo 64 están orientadas a establecer la presencia o ausencia de «cuadros psicopatológicos, fobias, traumas, complejos, o cualquier alteración psicológica que le impediría cumplir a cabalidad con las funciones inherentes al cargo a que aspira». De lo anotado se desprende que nada concluyente determina el Código respecto de quién(es) han de llevar a efecto las evaluaciones, así como tampoco fija parámetros objetivos respecto de la oposición; cosa distinta ocurre en España, donde la Ley Orgánica del Poder Judicial previene la formación de un tribunal para la evaluación¹⁷⁵.

El concurso de mérito y oposición determina la obligación de observar los criterios de igualdad y publicidad (Art. 170 CRE); obligación que la establece también, el legislador (COFJ), agregando la prohibición de discriminación. Pero, si ello no se hubiere previsto expresamente para el proceso de selección y nombramiento de los servidores de la Función Judicial –entre ellos los jueces– debe tenerse en cuenta que la CRE reconoce que «Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades» (Art. 11.2 CRE), estableciendo un amplio catálogo de cuestiones por las que resultan constitucionalmente inadmisibles las distinciones; tanto más, si la Constitución reconoce el derecho a la igualdad formal, material y prohibición de discriminación (Art. 66.4 CRE).

requisitos generales y específicos y las posibles inhabilidades o incompatibilidades que presentaren los postulantes y evaluará la motivación expresada para el ingreso al servicio de la Función Judicial”.

¹⁷⁵ Al respecto el artículo 304.1 dispone: “ El tribunal que evaluará las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, por las categorías de juez y de abogado fiscal respectivamente, estará presidido por un magistrado del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia o un fiscal de Sala o fiscal del Tribunal Supremo o de una Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia, y serán vocales dos magistrados, dos fiscales, un catedrático de universidad de disciplina jurídica en que consistan las pruebas de acceso, un abogado del Estado, un abogado con más de 10 años de ejercicio profesional y un secretario judicial de la categoría primera, que actuará como secretario”.

De ahí que la selección y designación (o nombramiento) han de fundarse exclusivamente en los méritos del postulante, estando prohibidas aquellas exclusiones que se funden en causas que el constituyente ha definido como sospechas de vulnerar la igualdad, so pena de incurrir en discriminación. En esta materia resulta clarificador el artículo 23.1 c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho de acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país¹⁷⁶.

El respeto de las condiciones de igualdad para el acceso a las funciones y la prohibición de discriminación, no puede tener plena realización si los procedimientos no prevén mecanismos de *publicidad y transparencia*; de manera que sea posible un amplio canon de escrutinio público durante todas las fases del proceso¹⁷⁷; mecanismos que desarrollaremos con mayor detalle más adelante.

El concurso de méritos finaliza con la formación inicial, a la que se accede una vez superada la calificación, la selección y la impugnación. La formación inicial se hace por medio de la Escuela Judicial (Art. 85.1 COFJ). Es de resaltar el goce de una beca para quienes acceden a la formación inicial, la misma que comprende: remuneración correspondiente a la primera categoría, costo de colegiatura, adquisición de libros; y, en los casos que corresponda, viaje y alojamiento (Art. 68). En España se denomina enseñanza inicial, y aunque no se prevé taxativamente el goce de una beca, a quienes han accedido a

¹⁷⁶ La Comisión como la Corte IDH han tenido oportunidad de resaltar la importancia de las "condiciones generales de igualdad" no sólo para el acceso a la función, sino también para el ascenso, así como las situaciones que pueden terminar en la alteración del régimen de sus funciones. De esta manera, se ha puesto de relieve que lo ideal sería que los procedimientos, y por ende sus criterios sean «razonables y objetivos». Véase al respecto, Corte IDH, *caso Apitz Barbera vs Venezuela...*, párr. 206; *caso Reverón Trujillo vs Venezuela...*, párr. 72; *caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 195, entre otras.

¹⁷⁷ Ilustrativas resultan las palabras de un constituyente pronunciadas en el seno de la Asamblea Constituyente, no con referencia a la selección de los jueces de la justicia ordinaria sino de la Corte Constitucional. No obstante lo anterior, me parece que el mecanismo de *transparencia* en la selección de los jueces, es un tema tan serio que deberían considerarse: “[...] hablamos nosotros de escrutinio público y, aquí sí es importante un hecho. La ciudadanía tiene que informarse, entonces, deberá colocarse un numeral en el cual la televisión pública pase todo el escrutinio público, y tiene que ser sin reserva, sin reserva. Yo tengo la suerte de haber estado, por entrenamiento, en Estados Unidos cuando se seleccionaba a un nuevo miembro de la Corte Suprema de Justicia. Todas las televisiones de todos los bares, los restaurantes, las universidades pasaban las audiencias públicas en las cuáles se cuestionaba algún hecho del futuro juez de la Corte Suprema de Justicia. Así tenemos que actuar en Ecuador de manera que el que quiera ser, el que quiera ser miembro de esta Corte [y según creo todos los jueces, sobre todo los de la Corte Nacional de Justicia] sepa a qué se atiene”. Luis Hernández, *Intervención a propósito del informe de mayoría para segundo debate de los textos constitucionales de la Corte Constitucional* (Montecristi: Acta 83, 12 de julio de 2008), 36. Véase también, Corte IDH, *caso Reverón Trujillo vs Venezuela...*, párr. 73.

la enseñanza inicial se los denomina como funcionarios en prácticas (Art. 306.3 de la LOPJ).

En el caso de Ecuador, el curso de formación inicial (Art. 69 del COFJ) comprende tres fases: 1) Formación general, 2) formación de perfil específico, y 3) prácticas. En el caso español, la enseñanza inicial es marcadamente diferente: 1) Periodo de formación multidisciplinar; 2) periodo de prácticas tuteladas, y 3) periodo de jueces en prácticas mediante las funciones de sustitución y refuerzo (Art. 307.2 LOPJ). Veamos a continuación lo que comprende cada una de estas fases y/o periodos.

El legislador ha determinado que la fase de formación general comprende el estudio de temas específicos sobre derecho, administración de justicia; se incluye expresamente los temas de género, diversidad e interculturalidad (Art. 69 inc. 2 COFJ).

La fase de formación de perfil específico presenta algunos inconvenientes, en lo fundamental porque la asignación (de perfil específico) obedece a «un diagnóstico del perfil y el candidato deberá manifestar por escrito su aceptación del perfil específico al que sea asignado. Si no lo acepta, deberá correr con los gastos de formación del perfil específico de su preferencia» (Art. 69 inc. 3 COFJ). De hecho, resulta objetable que hasta esta etapa no se haya definido un perfil; pues no parece convincente, tampoco idóneo que se haya superado una fase de méritos, y especialmente las pruebas teóricas y prácticas sin un perfil definido. Sobre la duración de ambas fases: general y especial, nada dice el legislador.

En el caso de España, el legislador nada dice de los contenidos de la fase teórica; y, ello resulta obvio porque el periodo comprende una formación *multidisciplinar*. La duración de la fase teórica en España ha previsto una duración mínima de nueve meses (Art. 307.5 inc. 2); contrariamente a lo que sucede en Ecuador, donde no se ha previsto duración mínima.

La fase práctica en Ecuador resulta cuando menos confusa sino incierta, inclusive. El legislador establece una condición conjuntiva: la disponibilidad de vacantes y conveniencias del servicio o la formación del aspirante (Art. 69 inc. 3 COFJ), habiendo el legislador guardado silencio –una vez más– respecto de su duración. En el caso español, el periodo de prácticas es riguroso: en su primera fase, bajo la denominación de jueces

adjuntos los postulantes deben desarrollar prácticas tuteladas (Art. 307.3 LOPJ) con funciones de auxilio y colaboración con los titulares, periodo que no puede ser inferior a cuatro meses (Art. 307.5 inc. 2 LOPJ). Superada esta fase, debe cumplirse un periodo mínimo de cuatro meses en funciones de sustitución y refuerzo (Art. 307.4 LOPJ); sólo al finalizar todas las fases, con sus periodos mínimos, puede extenderse el nombramiento (Art. 307.7 LOPJ).

Un tema tan importante como las evaluaciones de quienes ingresen al curso de formación inicial se ha remitido a la discreción reglamentaria, pues el artículo 70 del COFJ establece que tal evaluación debe hacerse conforme el Reglamento de Funcionamiento de la Escuela de la Función Judicial, cuya facultad se radica –una vez más– en el Consejo de la Judicatura¹⁷⁸.

Como puede evidenciarse, el establecimiento del Código Orgánico de la Función Judicial, en lugar de excluir la vigencia de un orden reglamentario, lo habilita sobre temas trascendentales. En cuestiones como la valoración de méritos, las pruebas o el régimen de evaluaciones durante la fase de formación inicial, el legislador se limita a habilitar al orden reglamentario su regulación.

Una vez que los jueces han accedido al ejercicio de la función, resultan imprescindibles las garantías que les permitan ejercer sus funciones sin interferencias; entre las que, hemos ubicado en primer lugar el presupuesto del Poder Judicial y las remuneraciones que corresponden a los jueces, cuyas implicaciones es lo que pasamos a detallar a continuación.

¹⁷⁸ En todo caso, el Consejo de la Judicatura no ha dictado un Reglamento para el funcionamiento de la Escuela de la Función Judicial, sino ha dictado diferentes normas relacionadas con la Escuela de la Función Judicial: El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por proceso de la Escuela de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 932, de 12 de abril de 2013; Reglamento de sesiones del Consejo Directivo de la Escuela de la Función Judicial del Consejo de la Judicatura, publicado en el Registro Oficial No. 189, de 21 de febrero de 2014; Reglamento para el otorgamiento de becas para candidatas y candidatos al curso de formación inicial de la Escuela de la Función Judicial del Ecuador, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 343, de 29 de septiembre de 2014 (Reglamento que en todo caso ha sido reformado mediante resolución No. 267, publicada en el suplemento del Registro Oficial 367, de 4 de noviembre de 2014).

2.2. La asignación del presupuesto para el sector justicia, y las remuneraciones de los jueces.

Los recursos económicos tienen una importancia muy significativa para garantizar la independencia de los jueces; y, el tema presenta dos aristas: una institucional, en cuanto debe establecerse un presupuesto suficiente para atender los requerimientos del Poder y/o Función Judicial; y, otra en la vertiente individual, en el sentido de remuneración que se asigna a los jueces, cuya vertiente –como se verá más adelante– presenta varias facetas.

En la arista institucional, el presupuesto implica que «El poder judicial debe estar debidamente financiado para desempeñar sus funciones. Los Estados tienen la obligación de garantizar este requisito, preferentemente mediante la legislación. La participación judicial en la delineación del presupuesto constituye una garantía importante contra el financiamiento insuficiente»¹⁷⁹.

La asignación de recursos suficientes al poder judicial tiene relación con la doctrina de separación de poderes, pues mediante la asignación de recursos económicos se respeta el status del Poder Judicial, equiparándolo a los otros poderes del Estado, excluyendo así la subordinación.

Esta faceta tiene varias implicaciones. La primera cuestión radica en la elaboración del presupuesto, que debe llevarse a cabo mediante una participación activa y efectiva del Poder Judicial¹⁸⁰; la segunda radica en que establezcan normas legales que permitan de forma objetiva asegurar la asignación presupuestaria¹⁸¹, sustrayéndola de la voluntad del

¹⁷⁹ José Zeitune, *Principios internacionales...*, 38. Algunas disposiciones de instrumentos internacionales se han pronunciado en ese sentido: Los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura* expresan que “[c]ada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones”: principio 7. La *Declaración de Beijing sobre los Principios Relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de la Asociación Jurídica de Asia y el Pacífico “Declaración de Beijing”* contempla “[e]l monto asignado debe ser suficiente para permitir que cada tribunal funcione sin una excesiva carga de trabajo”. El principio 37 de la Declaración de Beijing sobre los Principios Relativos a la Independencia de la Judicatura en la Región de la Asociación Jurídica de Asia y el Pacífico (LAWASIA). Adoptada por los Presidentes de las Cortes Supremas 2 de la región de LAWASIA y por otros jueces de Asia y el Pacífico en Beijing en 1995 y adoptada por el Consejo de LAWASIA en 2001.

¹⁸⁰ La Constitución de Costa Rica en su artículo 167 dispone: “Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea”.

¹⁸¹ Comisión IDH, *Segundo informe sobre la situación de defensoras...*, párr. 382. Véase también, Leandro Despouy, *Informe del Relator sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Asamblea General de la ONU, Periodo 11 de sesiones, 24 de marzo de 2009, párr. 39-41. En esa línea, el artículo 249 de la

gobernante de turno. En todo caso, una vez alcanzado cierto nivel presupuestario debe prohibirse la regresión en la asignación presupuestaria debiendo hacerse en forma progresiva, puesto que una decisión en sentido contrario (regresiva), obstaculizará la labor de la administración de justicia¹⁸².

Otra cuestión radica en la gestión y administración de los recursos que se asignan al Poder Judicial, labor que debe desarrollarla el propio Poder Judicial u otro órgano que tenga como cuestión característica de independencia del Ejecutivo¹⁸³. En todo caso, debe tenerse claro que la asignación de recursos debe ser estable y proporcional, de manera que permita atender las necesidades que requiere para el cumplimiento de sus funciones con calidad¹⁸⁴.

Los recursos económicos tienen también una incidencia individual en la remuneración de los jueces, lo que es consecuencia directa de la asignación del presupuesto del Poder Judicial; cuestión que pasamos a contextualizar a enseguida.

En primer lugar, resulta indiscutible que por el principio de progresividad de los derechos sociales, y la prohibición de regresividad en materia laboral, la remuneración del juez no puede ser disminuida, peor aún como represalia ante sus decisiones¹⁸⁵; la

Constitución de la República de Paraguay reconoce la autarquía presupuestaria: “El Poder Judicial goza de autonomía presupuestaria. En el Presupuesto General de la Nación se le asignará una cantidad no inferior al tres por ciento del presupuesto de la Administración Central”; por su parte la Constitución de Costa Rica, refiriéndose al presupuesto del Estado establece: “En el proyecto se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios para el año económico” (Art. 177 inc. 2).

¹⁸² En ese contexto la Comisión IDH ha determinado que una reducción del presupuesto puede producir demoras injustificadas en los nombramientos con carácter definitivo e incrementar el número de funcionarios en carácter provisional, lo que claro está termina incidiendo en la independencia judicial en su conjunto: *Segundo informe sobre la situación de defensoras...*, párr. 381.

¹⁸³ Leandro Despouy, *Informe del Relator sobre la independencia...*, párr. 42-44.

¹⁸⁴ La Resolución del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Milán, del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, en su artículo 71 estableció: “art. 71 se estableció: “Cada Estado miembro proporcionará recursos adecuados para que la Judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones”. Para dar cumplimiento a este artículo, el Consejo Económico y Social mediante resolución 1989/60 aprobado por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 44/162, de 15 de diciembre de 1989, apartado 51 dispone: “Al aplicar los Principios Básicos 8 y 12 los Estados presentaran particular atención a la necesidad de asignar recursos adecuados para el funcionamiento del sistema judicial, nombrando un número de jueces que resulte suficiente para atender a los casos pendientes, proporcionando a los tribunales el equipo y el personal auxiliar necesario y ofreciendo a los jueces un nivel apropiado de seguridad personal y remuneración y emolumentos”.

¹⁸⁵ Por ejemplo, la Constitución de India otorga facultad al Parlamento sobre las remuneraciones de los jueces del Tribunal Supremo pero únicamente para aumentarlas, nunca para disminuirlas. El principio de progresividad resulta clara en la Constitución ecuatoriana, que entre los principios de aplicación de derechos, el artículo 11.8 previene: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las

manifestación más representativa de una norma de este tipo, es lo dispuesto por la Constitución de la Nación Argentina (Art. 110): «Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores [...] recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciese en sus funciones», no habiéndose dudado en afirmar que tal disposición constituye una garantía de la independencia del Poder Judicial¹⁸⁶. Además, se ha dicho que ésta norma no debe entenderse como un privilegio personal, sino como una limitación impuesta en interés de la sociedad¹⁸⁷.

Tampoco esta garantía puede, ni debe exagerarse. La intangibilidad de las remuneraciones no puede significar un privilegio frente a las obligaciones de los jueces que resultan establecidas en sentido universal para toda la sociedad, por ello resultan

condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”. Claro está que la redacción de este artículo establece el principio de progresividad en forma general, lo que no obsta para su aplicación al régimen remunerativo de los jueces; tanto más, si se tiene en cuenta que en el inciso segundo del mismo artículo dispone: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. La jurisprudencia constitucional ha entendido a este respecto que: “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [...]. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción. El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”: Corte Constitucional colombiana, sentencia C-228/11, de 30 de marzo.

¹⁸⁶ Se ha afirmado: “esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es garantía de la independencia del Poder Judicial, de manera que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado”: Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, fallo No. 102:1389, de 27 de septiembre de 2001.

¹⁸⁷ Citando argumentos de la Corte Suprema de Estados Unidos se ha dicho: “Que el propósito primordial de la prohibición de disminuir los sueldos, no es de beneficiar los jueces, sino que, a semejanza de la cláusula que impone su inamovilidad es de atraer hombres cultos y competentes al Tribunal y de disponer la independencia de acción y juicio que es esencial para el mantenimiento de las garantías, limitaciones y principios de la Constitución y a la administración de justicia, sin que se tengan en cuenta las personas y con igual dedicación al pobre que al rico. Siendo tal su propósito, debe interpretarse no como un privilegio personal, sino como una limitación impuesta en interés público”: Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, fallo No. 176:73, de 23 de septiembre de 1936. También se ha dicho: “la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magistrados, sino en mira de la institución del Poder Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia”: Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, fallo No. 102:1389, de 27 de septiembre de 2001.

inaceptable el argumento de exoneración de las obligaciones tributarias de los jueces¹⁸⁸, ya que el pago de impuestos se basa en la condición general de ciudadanos¹⁸⁹, pues mediante la intangibilidad se prohíbe un manejo político –partidario– de la remuneración que deben percibir los jueces, limitando la voluntad del Ejecutivo.

También el incremento de la remuneración de los jueces resulta un tema sensible, puesto que no puede influirse en los jueces únicamente disminuyendo sus remuneraciones sino que cabe también la posibilidad de que un gobierno pretenda "premiar" a los jueces acordando la elevación de sus ingresos. La finalidad última de estas salvaguardias, es que la sociedad tenga certeza de que los jueces que conocen y resuelven una controversia no van a ser influenciados por el gobierno de turno en cualquier forma.

Además, si ya en el Derecho laboral percibir una «remuneración justa»¹⁹⁰ es una cuestión sustancial, no resulta desacertado decir que los jueces no pueden ser independientes si el Estado no les garantiza autonomía económica mediante una retribución adecuada a la dignidad del ejercicio de la función jurisdiccional¹⁹¹.

¹⁸⁸ Así, resulta inobjetable que los impuestos establecidos respetando el principio de generalidad contenido en el artículo 300 de la Constitución del Ecuador no afectan la independencia del juez; pues ninguna presión puede generar un impuesto que se establece para toda la ciudadanía. Además debe tenerse presente que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” conforme lo previsto en el artículo 11.2, y el derecho a la igualdad formal y material del artículo 66.4 de la Constitución.

¹⁸⁹ Sobre esta cuestión la jurisprudencia comparada ha dicho: “La ordenación de los impuestos debe basarse en los principios de generalidad y equitativa distribución de las cargas públicas [...] el principio de igualdad en materia tributaria implica que todos deben contribuir a los gastos del Estado en proporción a su capacidad económica, de manera tal que en condiciones idénticas deben imponerse los mismos gravámenes, lo cual no priva al legislador de crear categorías especiales, a condición de que no sean arbitrarias y se apoyen en una base razonable. De manera que resulta contrario a la igualdad, a la uniformidad y a la imparcialidad, el establecimiento de un impuesto que no afecta a todas las personas que se encuentran en la misma situación, sino que incide en una sola clase de personas, ya que se está infringiendo la obligación constitucional, de extenderlo a todos los que están en igualdad de supuestos. El principio de igualdad constitucional genera el principio administrativo de igualdad ante las cargas públicas, sea dar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones análogas, excluyendo todo distingo arbitrario o injusto contra determinadas personas o categorías de personas, en consecuencia no deben resultar afectadas personas o bienes que fueren determinados singularmente, pues si eso fuera posible, los tributos tendrían carácter persecutorio o discriminatorio. La generalidad es una condición esencial del tributo; no es admisible que se grave a una parte de los sujetos y se exima a otra”: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, acción de inconstitucionalidad No. 0415-V-91, voto No. 5749-93, de 9 de noviembre.

¹⁹⁰ Julián Arturo de Diego, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 5ta edición, 2002), 302.

¹⁹¹ El séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, llevado a efecto en Milán el 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas en las resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985 y 40/146, de 13 de diciembre de 1985: *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, No. 11 previene: “La ley

El establecer parámetros objetivos para la determinación de la remuneración del juez opera como una garantía de seguridad frente al arbitrio político¹⁹². Finalmente, debe tenerse presente que una compensación económica acorde a la dignidad de la función «es necesaria para atraer a los mejores o, al menos a los más competentes»¹⁹³ profesionales.

Entendido en estos términos el régimen del presupuesto y las remuneraciones de los jueces, conviene ahora ocuparnos de una garantía que afecta directamente el ejercicio de su función, como es la inamovilidad judicial, cuestión que pasamos a detallar enseguida.

2.3. La inamovilidad judicial.

Etimológicamente, inamovible proviene del latín *in* y *amovilidad*: calidad de inamovible, que no se puede mover. Tratándose de la inamovilidad judicial, implica a «aquél que pertenece a la judicatura y no se le puede mover»¹⁹⁴. Tal expresión no aclara su significado, pero cabe decir que la inamovilidad es considerada una de las garantías más importantes de la independencia judicial. Es importante entonces comprenderla en su justo término, de manera que su concepto no resulte exagerado, o desnaturalizado.

Así, la inamovilidad judicial implica «que una vez adquirida la posición como titular de la función jurisdiccional, el juez permanezca en un estado de ánimo tranquilo –es decir, "sin temor"–, que le permita desarrollar todas las acciones relativas a su delicado

garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas”. En idéntico sentido, el Estatuto Universal del Juez adoptado por la Asociación Internacional de Magistrados en la reunión del Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados en Taipei (Taiwán) el 17 de noviembre de 1999, cuyo artículo 13 previene: “El juez debe recibir una remuneración que sea suficiente para asegurar su independencia económica. La remuneración no debe depender del resultado de la actividad del juez y no debe ser reducida mientras preste servicio profesional”.

¹⁹² Unos de los ejemplos más destacados de una norma de esa naturaleza es lo previsto en el artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú, que en lo esencial dispone: “Son derechos de los Magistrados: (...) 5. Percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía. Para estos fines se toma en cuenta lo siguiente: (...) b) El haber de los Vocales Superiores es del 90% del total que perciban los Vocales de la Corte Suprema; el de los Jueces Especializados o Mixtos es del 80%; el de los Jueces de Paz Letrados es del 70%, y 55% el de los Secretarios y Relatores de Sala, referidos también los tres últimos porcentajes al haber total de los Vocales de la Corte Suprema”.

¹⁹³ Ignacio Díez-Picazo Giménez, “Sobre la independencia económica de los Jueces. Mínima reflexión al hilo de las reivindicaciones salariales de jueces y magistrados”, en *Tribunales de Justicia* (España, No. 10, 1999), 847.

¹⁹⁴ Samuel González, “Inamovilidad judicial” en *Diccionario Jurídico Mexicano* (México: UNAM, tomo V, 1984), 58.

quehacer, de manera específica en lo que corresponde a la adopción de las decisiones que pondrán fin a las controversias que por motivo de su competencia le sean sometidas»¹⁹⁵.

De lo anterior se derivan algunas implicaciones: a) permanecer en su función sin limitación, siendo correlativo el que sólo pueda ser separado de su cargo, por las causas previstas en la ley, y por medio de decisión que determine su responsabilidad; b) no ser trasladado a un puesto diferente del designado; y, c) el derecho a recibir una jubilación conforme lo previsto en la legislación.

En sentido histórico, la inamovilidad judicial tiene un origen relativamente lejano a nuestra generación; se da por primera vez en el año 1701 en Inglaterra, con el reconocimiento de algunas garantías para el ejercicio de la función de los jueces a través del *Act of Settlement*¹⁹⁶. Tal cuestión será acogida más tarde en la Constitución norteamericana, al establecer (Art. III, sección 1ra): «Los Jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los tribunales inferiores, continuarán en sus cargos mientras observen buena conducta». Posteriormente, en España –aunque con una notable ambigüedad– a través del Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo de 16 de enero de 1811¹⁹⁷; garantía que será notablemente mejorada –al menos en su redacción– por el Nuevo Reglamento del Consejo de Regencia de 26 de enero de 1812, que requería para proceder a la destitución, de «una causa legalmente probada y sentenciada», determinando la competencia del Supremo Tribunal de Justicia para el juzgamiento, es decir, un órgano jurisdiccional¹⁹⁸. Esta concepción pasó a formar parte de la Constitución española de 1812, que en su Discurso Preliminar, respecto de los jueces decía:

Como la integridad de los jueces es el requisito más esencial para el buen desempeño de su cargo, es preciso asegurar en ellos esta virtud por cuantos medios sean imaginables. Su ánimo debe estar a cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de la separación violenta. Y ni el desagrado del monarca ni el resentimiento de un ministerio

¹⁹⁵ Fernando Arreola Vega, *Lineamientos teóricos fundamentales de la Inamovilidad Judicial en México* (Michoacán/México: Universidad La Salle Morelia, 2011), 141-142.

¹⁹⁶ El Act of Settlement dictado en el año 1701 en un apartado del artículo III: “That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made *quamdiu se bene gesserint*, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them;”. En [<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/134/118>] (Acceso: 7/10/2014).

¹⁹⁷ El artículo 2 del mencionado reglamento no proscribió la posibilidad de destitución de los jueces, sino que lo impuso requisitos como la concreción de una causa justificada y la comunicación a las Cortes sustituyendo las destituciones gubernamentales; no sólo exigía la comunicación a las Cortes y la causa justificada para proceder a la destitución sino también para la suspensión y los traslados.

¹⁹⁸ María Luz Martínez A, *La independencia...*, 260-261.

han de poder alterar en lo más mínimo la inexorable rectitud [de la función] del juez o magistrado. Para ello, nada es más a propósito que el que la duración de su cargo dependa absolutamente de su conducta, calificada en su caso por la publicidad de un juicio.¹⁹⁹

Ello se verá reflejado en el texto constitucional, particularmente el artículo 252, que expresaba con una claridad y contundencia inigualables: «Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, ni suspendidos, sino por acusación legalmente intentada»²⁰⁰.

En la actualidad, algunas Constituciones reconocen la inamovilidad de forma explícita. Dos con una redacción de profunda claridad son: la Constitución española, cuyo artículo 117 previene que los jueces y magistrados «no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por algunas de las causas y con las garantías previstas en la ley»; y, la Ley Fundamental de Bonn que, aunque no contiene la expresión *inamovilidad*, es categórica al señalar en su artículo 97.2: «Los jueces titulares y nombrados definitivamente con carácter permanente no podrán, contra su voluntad, ser relevados antes de la expiración de su mandato, ni suspendidos definitiva o temporalmente en su cargo, ni trasladados a otro puesto, ni jubilados, salvo en virtud de una resolución judicial y únicamente por los motivos y bajo las formalidades que determinen las leyes»²⁰¹.

Por su parte, la Corte IDH ha referido que «los Estados están obligados a asegurar [incluso] que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a

¹⁹⁹ Agustín Argüelles, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ra edición, reimpresión de 1989), 100-101.

²⁰⁰ Luis Delgado del Rincón, «La configuración de la Administración...», 228-232. Véase también facsímil de la Constitución Española de 1812 en Manuel González Oropeza, *Constitución Política de la Monarquía Española* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012), 148.

²⁰¹ La inamovilidad está recogida además en otros textos constitucionales. La Constitución francesa prescribe «los magistrados de carrera serán inamovibles» (Art. 64); la Constitución italiana establece que «los magistrados serán inamovibles. No podrán ser destituidos ni suspendidos de servicio ni destinados a otros cargos o funciones sino en virtud de resolución del Consejo Superior de la Magistratura, adoptada por los motivos y con las garantías establecidas en el ordenamiento de la judicatura y con el consentimiento de los propios interesados» (Art. 107). Lo propio dispone la Constitución de la Política República Federativa del Brasil (Art. 95.2); la Constitución chilena (Art. 80); y la Constitución de la Nación Argentina (Art. 96), que prácticamente reitera el artículo III, sección 1ra de la Constitución norteamericana.

libre remoción»²⁰²; por lo que no resulta difícil concluir que los jueces titulares deben tener garantizada su inamovilidad²⁰³.

En nuestro país la inamovilidad judicial prácticamente no ha sido reconocida en el texto constitucional para todos los jueces. Si bien con los resultados de la consulta popular del 25 de mayo de 1997²⁰⁴, se promulgó una reforma constitucional, en la que se establecía que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia «no están sujetos a periodo fijo en la duración de sus cargos» (Art. 9, que sustituía el Art. 129 de la Constitución); y, que las vacantes sean designadas por el propio órgano²⁰⁵ (cuestiones que se reiteraron en el Art. 202 de la Constitución de 1998); lo cierto es que, se trató de una disposición aplicable únicamente al máximo tribunal de justicia.

Bien puede afirmarse, que el régimen establecido por la reforma de 1998, se trata de una regulación constitucional parcial que constituye una excepción a esa "tradicición" de guardar silencio sobre el régimen de inamovilidad de los jueces. Así, la inamovilidad judicial se ha dejado sujeto a la regulación legal, y por ende a voluntad del legislativo. Y, el peor escenario se presenta ante el silencio del legislador, puesto que cuando la ley no existe, la permanencia de los jueces ha dependido de las coyunturas políticas de momento; el ejemplo por excelencia de este panorama son los hechos ocurridos a finales del año 2004, cuando una coalición formada en el Congreso Nacional, cuyo liderazgo estaba encabezado por el entonces Presidente de la República Lucio Gutiérrez cesó –si el término cabe usarse– en sus funciones, entre otras autoridades, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La existencia de ese régimen de inamovilidad establecido en el año 1998, para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, ha sido recientemente confirmada por un órgano de justicia supranacional, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

²⁰² Corte IDH, *caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela...*, párr. 43.

²⁰³ De hecho la Corte IDH ha expresado en forma genérica –sin relación a si el juez es titular o provisorio– que la inamovilidad en el cargo es una garantía de la independencia judicial: *Chocrón Chocrón vs Venezuela...*, párr. 98; *caso Corte Suprema vs Ecuador...*, párr. 39-54.

²⁰⁴ En la pregunta No. 11 de la consulta popular convocada por el entonces Presidente Interino de la República, Fabián Alarcón, se preguntaba: ¿Considera usted necesario modernizar la Función Judicial; reformar el sistema de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para que su origen sea la propia Función Judicial; nombramientos sin sujeción a periodos fijos que observen criterios de profesionalización y de carrera judicial que establezca la Ley? El 60.73% de los de los sufragios se expresaron en sentido favorable: resultados publicados en el Registro Oficial No. 80, de 5 de junio de 1997.

²⁰⁵ La reforma constitucional fue publicada en el Registro Oficial No. 120, de 31 de julio de 1997.

que ha declarado la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano, por vulneración de los derechos convencionales provocados por la "cesación" de las funciones de los entonces magistrados de la Corte Suprema de Justicia; entre otras cuestiones, del régimen de inamovilidad que se encontraba vigente²⁰⁶.

En la actualidad, el legislador garantiza en sentido genérico la estabilidad de los servidores de la Función Judicial (Art. 90 COFJ); y particularmente la de los jueces, bajo la condición de haber sido nombrado mediante concurso de merecimientos y oposición, además de pertenecer a los regímenes de carrera de la Función Judicial (Art. 136 COFJ). Así como también previene que «La garantía de estabilidad se pierde sólo por las causas previstas en la Ley» (Art. 90 inc. 2 COFJ).

En todo caso, si bien el legislador ha reconocido la *estabilidad* (aunque estabilidad no es preciso equiparar a inamovilidad) a juezas y jueces; lo deseable hubiese sido, que el constituyente lo reconociera en una norma de rango constitucional. Claro que la dimensión material o práctica que tiene esa estabilidad es una cuestión completamente distinta; para ello resulta necesario analizar la forma como el Consejo de la Judicatura ha venido ejerciendo sus competencias, fundamentalmente, a través del régimen disciplinario, cuya cuestión desarrollaremos más adelante.

2.4. La responsabilidad de los jueces por el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

"Responsable" es una de las palabras más comunes en el lenguaje cotidiano. Su conceptualización y/o definición dista de ser unívoca, pues su significado no tiene sólo incidencia jurídica sino también moral; no en vano se dice que tal acepción soporta un alto grado de ambigüedad, ya que las definiciones que puedan ofrecerse, se adscriben con frecuencia a un determinado régimen jurídico: se habla así, por ejemplo, de responsabilidad política, civil, penal, denotando las definiciones un carácter incompleto y parcial²⁰⁷. No obstante, el tema se presente como «uno de los conceptos jurídicos angulares

²⁰⁶ Corte IDH, caso de la *Corte Suprema vs Ecuador...*, párr. 39-103, especialmente párr. 74 y ss. Véase también Santiago Andrade Ubidia, "La Función Judicial...", 54-58; también Julio Cesar Trujillo, "La reorganización de la Corte Suprema o la degradación del Estado de Derecho, *Revista de derecho Foro* (Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, No. 4, 2005), 5 y ss.

²⁰⁷ Véase Fernando Molina Fernández, "Presupuestos de la responsabilidad jurídica" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM* (Madrid: No 4. 2000), 57-137.

de todo ordenamiento»²⁰⁸; lingüísticamente significa «Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro»²⁰⁹. De ahí que la responsabilidad sea una de las manifestaciones primarias del ejercicio de un poder *limitado*.

Desde la teoría del Derecho, la responsabilidad ocupa un lugar central, entendida como «*un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado*. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad»²¹⁰. Vale decir, que potestad y responsabilidad judicial son partes complementarias de una misma cuestión: el Estado constitucional democrático.

Si en tiempos contemporáneos –como se anotó en el capítulo anterior– la Constitución no es ya un gobierno de los hombres en base a su sola voluntad, sino un gobierno racionalizado a través de las normas, el elemento esencial de ese diseño institucional es la responsabilidad de los agentes que desempeñan la *potestad* del Estado, pues la ausencia de responsabilidad de quienes ejercen el poder, sencillamente, desembocaría en una ausencia del régimen jurídico vigente²¹¹. La república democrática –de la que nos habla el Art. 1 CRE– implica el sometimiento de todos los poderes al régimen jurídico, no en vano el constituyente dispone el sometimiento de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución (Art. 426 CRE), y la doctrina, con mucha razón, ha sostenido que «no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos»²¹². Así pues, la responsabilidad de los agentes públicos no es facultativa sino requisito inescindible del Estado constitucional democrático, del que indudablemente los jueces no pueden, ni deben, excluirse. Como las responsabilidades las

²⁰⁸ Abraham Sanz Encimar, “El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM* (Madrid: No 4. 2000), 28.

²⁰⁹ Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, (Madrid: Espasa, 21ra edición, 1992), 1784.

²¹⁰ Abraham Sanz Encimar, “El concepto jurídico...”, 54.

²¹¹ Lo relevante radica en que “la responsabilidad de los jueces trasciende la esfera personal de actuación particularizada de cada uno de ellos y pasa a adquirir netos relieves sociales”: Roberto Berizonce y Felipe Fucito (Dir.), *Los Recursos Humanos en el Poder Judicial* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000), 151.

²¹² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 8va edición, tomo 2, 2006), XIX-2. En sentido similar se ha dicho que “un Estado democrático es algo más que un Estado en el que se celebran elecciones periódicamente, es un Estado en el que todos los titulares de cualquier poder aceptan ser controlados porque saben que ese poder no es ilimitado. En ese Estado existe un reparto de papeles que todos asumen con responsabilidad”: Juan Montero Aroca, *Ensayos de Derecho Procesal* (Barcelona: Bosch, 1988), 112.

determinan las normas, resulta necesario remitirse al ordenamiento jurídico ecuatoriano para identificar las que se establecen respecto de los jueces.

En primer lugar, en los casos de detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, principios y reglas del debido proceso (Art. 11.9 inc. 4 CRE); y por haber sufrido pena como resultado de una sentencia condenatoria que haya sido revocada o reformada (Art. 11.9 inc. 5 CRE), siempre que el «Estado repare las violaciones» (Art. 11.9 incisos 2 y 5 CRE), debe ejercerse el «derecho de repetición» (Art. 11.9 incisos 3 y 5 CRE); esto significa que, solo cuando el Estado ha sido condenado a indemnizar a los administrados y el patrimonio público se haya visto afectado por tales erogaciones puede repetirse contra de los servidores de la Función Judicial (jueces o administrativos) que ocasionaron el daño. Es lo que se conoce como *responsabilidad patrimonial*. La repetición en contra de los jueces, esto es, la determinación de la responsabilidad patrimonial, tiene como fin recuperar el patrimonio público erogado como consecuencia de la reparación. Es decir, mediante esta especie de responsabilidad, no se pretende indemnizar daños y/o perjuicios, tampoco resarcir una afectación sino *recuperar los recursos públicos* conforme se advierte claramente de lo previsto en el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial²¹³.

En segundo lugar: la responsabilidad de los jueces está dispuesta por el inciso 3ro del artículo 172 de la Constitución: «por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley». Respecto de esta norma constitucional, el legislador a través del artículo 34 del COFJ previene que mediante esta acción puede requerirse la determinación de «responsabilidad *personal* de juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos» para obtener indemnización por razón de daños y perjuicios, así como daño moral. En términos sencillos, se trata de una pretensión

²¹³ El artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial previene que en los casos del artículo 32 [procesos contra el Estado por inadecuada administración de justicia] el «Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido», cuya finalidad es el «reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales». La responsabilidad patrimonial se encuentra desarrollado incluso a nivel normativo en otros regímenes jurídicos, aunque bajo la genérica calificación de servidores públicos; resulta representativo a este respecto la Ley 678 de 2001 promulgada por el Congreso de la República de Colombia, por medio de la cual se reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición, cuyo artículo 1 señala: «La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política».

que se deduce por el interviniente en un proceso contra del juez, con la pretensión de ser indemnizado; demanda que debe presentarse ante el juez civil (Art. 34 COFJ).

Como la determinación de tales responsabilidades debe hacerse ante un juez independiente, imparcial y competente [Art. 76.7 literal k) CRE], así como observar el trámite propio de cada procedimiento (Art. 76.3 CRE), los problemas parecen situarse en otros aspectos. Por ejemplo, la determinación de la responsabilidad patrimonial debe hacerse ante los tribunales de lo contencioso administrativo (Art. 33, que remite al procedimiento previsto en el Art. 32 COFJ), en cuanto citado el Consejo de la Judicatura «pedirá al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios» (Art. 33 COFJ); o las cuestiones probatorias que pueden surgir en el proceso de responsabilidad *personal*. No obstante, tales cuestiones no pueden tratarse aquí.

Entendido en estos términos el régimen de responsabilidades, pasemos ahora a delinear las implicaciones del régimen disciplinario.

2.5. La naturaleza del régimen disciplinario.

Conviene iniciar dejando claro que la naturaleza del régimen disciplinario no se dirige a la determinación de la responsabilidad derivada de la conducta dañosa del servidor público frente a un particular (no se busca reparar a una víctima) sino que se emplea para garantizar un adecuado desarrollo de las funciones, lo cual constituye uno de los fines primordiales del Estado. Esta distinción resulta sustancial porque el régimen disciplinario tiene relación directa con la situación administrativo-laboral de los servidores públicos, pues, mediante la potestad disciplinaria, se «corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia»²¹⁴.

²¹⁴ Fernando Brito Ruiz, “Jurisprudencia Disciplinaria. Estudio Integrado y sistemático de los pronunciamientos de la Corte Constitucional” en *Lecciones de Derecho Disciplinario* (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia/Procuraduría General de la Nación, 2007), 80. La jurisprudencia ha establecido con total calidad este aspecto, al señalar que “[e]l ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi estatal*, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de

Y, como la pretensión del régimen disciplinario es la «*corrección*» de la conducta de los agentes públicos que distorsionan el cumplimiento eficiente de las funciones institucionales, el titular de la potestad disciplinaria no puede ser sino el Estado, pues «la potestad sancionatoria de la Administración se orienta [...] a la propia protección de su organización y funcionamiento»²¹⁵. La doctrina ha identificado también una finalidad ética en la potestad disciplinaria; por su rol de corrección más que de coacción, la facultad disciplinaria proyecta un significado social de pureza institucional²¹⁶. Por ello resulta importante comprender:

[Que] el poder disciplinario aparece a la vez como una institución muy antigua y universal, con orígenes remotos en campos muy distintos del Derecho. Ello es así, porque la vida colectiva tiene exigencias poderosas. Ninguna colectividad puede subsistir y alcanzar su fin si no reina en ella el orden y la paz entre los miembros y si estos actúan a gusto en lugar de cooperar al bien común. En toda colectividad se hallan individuos que ejercen una autoridad sobre el grupo [...] y que imponen a todos una línea de conducta bajo la amenaza de sanciones entre las cuales la más radical es la exclusión²¹⁷.

El régimen disciplinario se presenta así como una facultad del Estado para corregir errores y anormalidades en que incurran los servidores públicos, que distorsionen la

eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad”: Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-028/06, de 26 de enero.

²¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-145/93, de 21 de abril. Criterio jurisprudencial reiterado en la sentencia C-616/02, de 6 de agosto. La situación de la potestad disciplinaria ha quedado claramente delimitada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en la sentencia 401/13, de 6 de julio, en la que se ha afirmado con total contundencia: “[...] el derecho disciplinario es una rama esencial en el funcionamiento de la organización estatal, pues se encuentra orientado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarlas”. Esta posición ha sido, sin duda, tomada de la doctrina administrativista que tempranamente habría sostenido que “[l]a potestad sancionadora de la administración sería, [...], una potestad doméstica, en el sentido de vocada a la propia protección más que a otros fines sociales generales, con efecto sólo de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no contra los ciudadanos en abstracto”: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, Civitas, tomo II, 1986), 148.

²¹⁶ Agustín Pérez Barrio, “La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la administración. Sus límites constitucionales”, en *Revista Vasca de Administración Pública* (Bilbao: No. 13, septiembre-diciembre de 1985), 215 y ss. Esta concepción se posicionó en la jurisprudencia administrativa española: “[...] el Derecho Disciplinario tiene un significado eminentemente ético, en cuanto su objetivo primordial, más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y garantizar la correcta y normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado, y de que su actividad como tales se desarrolle, siempre en el marco que le fija la ley, y por ello en el derecho sancionador disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario, sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar”: Tribunal Supremo español, Sala Contencioso-Administrativa, sentencia de 24 de octubre de 1984.

²¹⁷ María Fernández López, *Derecho disciplinario* (Madrid: Civitas, 1992), 8.

correcta prestación de servicio o cumplimiento de funciones. La Constitución ecuatoriana prevé el régimen disciplinario sobre los jueces, al instituir el Consejo de la Judicatura como órgano de «vigilancia y disciplina de la Función Judicial» (Art. 178 inc. 2); y más específicamente, al atribuirle entre sus funciones, la dirección de los procesos de «sanción» (Art. 181.3).

Como los jueces ejercen la función jurisdiccional, la potestad disciplinaria resulta matizable, en cuanto al ser utilizada dentro de los límites constitucionales excluye la revisión de cualquier aspecto relacionado con el ejercicio de las facultades jurisdiccionales; puesto que, si ello ocurriese, degeneraría en un mecanismo que de forma encubierta se utilizaría como "represalia"; fundamentalmente porque «no [se trata de] inspeccionar decisiones sino conductas, es decir el actuar considerado con carácter general dentro del proceso»²¹⁸. Si se controla las decisiones desde un ámbito ajeno al jurisdiccional, ello sería expresión de un mecanismo atemorizador de su función, pero no *modulador* de las conductas.

El control de los aspectos jurisdiccionales (por complejo e incluso controversial que resulte), *debe ser* ejercitado –esto debe decirse con total contundencia– por los propios jueces que integran la Función Judicial conforme las distinciones de orden funcional; es decir, el contenido de una decisión jurisdiccional se ha de controlar mediante los recursos que prevén las normas procesales, y más genéricamente el ordenamiento jurídico²¹⁹; ya que, si a través del régimen disciplinario se permite el administrativo (Consejo de la Judicatura) sancionar a los jueces por cuestiones que (en sentido estricto) son jurisdiccionales, se lo convierte en un ente que controla no sólo las decisiones sino también las interpretaciones del derecho que hagan los jueces. También puede pensarse en el control de la conducta de un juez a través de un proceso de conocimiento (como es el de responsabilidad personal).

²¹⁸ Roberto Berizonce y Felipe Fucito (Dir.), *Los Recursos Humanos en el Poder Judicial* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000), 150.

²¹⁹ Ilustrativa en este ámbito es la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “[S]e precisa que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, incluso frente a los propios órganos jurisdiccionales, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios Jueces o Tribunales corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la ley”.

Lo que debe tenerse claro, es que el régimen disciplinario no puede, ni debe, condicionar las decisiones que se tomen en ejercicio de la *potestad jurisdiccional*; la disciplina no puede estar orientada a imponer los deseos de la autoridad disciplinaria – quien quiera que fuere: antes Ejecutivo o los altos órganos judiciales; ahora otro órgano, llámese Consejo de la Judicatura– sino a dar cumplimiento igualitario y eficiente de una función al servicio de los usuarios de la justicia²²⁰. En fin, no se trata de negar la vigencia del régimen disciplinario sobre los jueces sino de establecer los límites en los cuales ha de desenvolverse, para que los jueces decidan sin timidez, ni temor, los asuntos sometidos a su potestad jurisdiccional.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha determinado que «los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial»²²¹; garantías cuyo contenido no puede desarrollarse en forma exhaustiva, pero a continuación pasamos a detallar algunas cuestiones sustanciales, poniendo especial atención en tres ámbitos: el órgano que impone la sanción, lo que se sanciona y, la forma en que se establecen esas sanciones.

2.5.1. Presupuesto de independencia e imparcialidad del órgano disciplinario.

Aunque existe una notable diferencia en los países respecto de los órganos encargados de aplicar el régimen disciplinario²²², el órgano que ejerce la facultad disciplinaria sobre los jueces posee una autoridad que no se compara con la de ninguna

²²⁰ Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces* (Lima: Communitas, vol. 2, trad. Samuel Amaral, 2009) 83, 98-99.

²²¹ Corte IDH, *caso Reverón Trujillo vs Venezuela...*, párr. 67. También, *caso Corte Suprema de Justicia vs Ecuador...*, párr. 31.

²²² La variedad de sistemas es notable. En un grupo están los países que reconocen conjuntamente a la corte suprema de justicia (o tribunal supremo) y al Consejo de la Judicatura (o de la Magistratura) funciones de gobierno sobre los jueces: en ese grupo se ubica por ejemplo, la Constitución de Costa Rica: “La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre servicio civil” conforme el Art. 156; o la Constitución de El Salvador que en el artículo 187 crea el Consejo Nacional de la Judicatura, pero en el artículo 182 establece las facultades de la Corte Suprema de Justicia sobre los jueces. En otro grupo se sitúan los países que atribuye estas funciones en un órgano autónomo, denominado normalmente consejo de la judicatura o magistratura, como lo hace el artículo 114 de la Constitución Argentina; el artículo 193 de la Constitución de Bolivia; el artículo 254 de la Constitución de Colombia que estructura el Consejo Superior de la Judicatura en dos salas: Una Administrativa y otra Jurisdiccional; el artículo 262 de la Constitución de Paraguay que instituye el Consejo de la Magistratura como órgano autónomo; el artículo 150 de la Constitución de Perú que establece el Consejo Nacional de la Magistratura, como órgano independiente, encargado de la selección, el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

otra institución estatal, más aún, si se considera que ese procedimiento puede concluir en la destitución del juez de su cargo. El tema resulta trascendente debido a que la consecuencia no sólo es para el juez sino para la sociedad –se trata "de separar la paja del trigo" usando una metáfora bíblica–; por ello se deben prever garantías suficientes; ya que, el que un órgano administrativo juzgue a quien ejerce la potestad jurisdiccional «resulta paradójico si tenemos en cuenta que la destitución de un juez es un acto sumamente relevante para la sociedad. Se trata, nada más y nada menos, de juzgar al juzgador»²²³.

Que la independencia e imparcialidad del órgano disciplinario sea presupuesto, significa que se trata de algo imprescindible para hablar de un auténtico proceso; se trata de circunstancias anteriores a cualquier actividad procesal y que rigen como garantías inderogables ²²⁴. Por lo tanto, ha de privilegiarse las incidencias materiales sobre las formales, lo que significa –en el caso del Ecuador– que el Consejo de la Judicatura debe ser independiente e imparcial para juzgar a los jueces.

La afirmación de que el Consejo de la Judicatura debe ser independiente e imparcial se desprende de lo dispuesto en la Constitución de la República: «en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de *cualquier orden*, se asegurará el derecho al debido proceso» (Art. 76); cuya garantía fundamental es la de «ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente». Tal garantía se prevé también en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como parte de las garantías judiciales: «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», cuestión que la jurisprudencia de la Corte IDH ha ratificado se aplica también al procedimiento disciplinario²²⁵; así como de lo previsto en los artículos 14.1 del Pacto Internacional de

²²³ César Bazán Seminario, *¿Separando la paja del trigo? Destitución de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura entre el 2003 y el 2007* (Lima: Instituto de Defensa Legal/Pontificia Universidad Católica de Perú, 2008), 14.

²²⁴ La palabra presupuesto se entiende como “circunstancias anteriores que deben existir antes que la actividad jurídica inicie y sin cuya existencia carece de eficacia jurídica todo lo actuado”: Jorge Zabala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal*. (Guayaquil, Edino, 2002), 223.

²²⁵ Desde sus inicios, la jurisprudencia de la Corte IDH no sólo ha dejado claro la vigencia del debido proceso legal [artículo 8 de la Convención, entre cuyos requisitos se reconoce el derecho al juez imparcial e independiente] en todos los procesos, entre ellos el administrativo, sino que ha establecido que aún bajo un régimen de suspensión de garantías no puede desconocerse los requisitos del debido proceso legal: «La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la

Derechos Civiles y Políticos²²⁶ y 10 de la Declaración de Derechos Humanos²²⁷, que resultan aplicables al procedimiento disciplinario de los jueces conforme los artículos 11.3 y 426 de la Constitución.

Que el órgano disciplinario sea independiente significa que reúna las genéricas condiciones de no-dependencia de otros órganos y/o poderes del Estado²²⁸. La imparcialidad, por su parte, ha de concebirse como «la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud»²²⁹; se trata de una condición inherente a los mecanismos de solución de conflictos heterocompositivos que impone la «obligación de actuar con neutralidad»²³⁰.

La Corte IDH he tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de la independencia e imparcialidad del órgano que puede alterar el régimen de inamovilidad judicial. Ha destacado en ese contexto, que la expresión "Garantías Judiciales" del artículo 8 de la Convención Americana no se limita estrictamente a los recursos judiciales, sino que establece «el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales»²³¹; de tal manera que toda persona, en general, tiene derecho al «debido proceso que se aplica

legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías» *Garantías judiciales en estados de emergencia...*, párr. 38.

²²⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político prevé en su artículo 14.1: «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».

²²⁷ La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 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 o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

²²⁸ La Corte IDH ha precisado respecto de la independencia: “[...] uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”: *caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela...*, párr. 55.

²²⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, citado por Joaquín Borrell Mestre, “Algunas consideraciones sobre el Poder Judicial”, en *Constitución y justicia constitucional: Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica*: (Barcelona: Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, 2008), 52.

²³⁰ Ericka Quesada Madrigal, *El procedimiento disciplinario del Poder Judicial* (San José de Costa Rica: Departamento de Publicaciones del Poder Judicial, 2010), 39. La Corte IDH ha precisado que la imparcialidad “exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar”: *caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela...*, párr. 56.

²³¹ Corte IDH, *Garantías judiciales en estados...*, párr. 27.

en materia penal»²³², dicho en otras palabras, el debido proceso no es exclusivo del régimen punitivo. Así, en el contexto de la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional de Perú dijo:

En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que *toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza* ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, *independiente e imparcial* y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete²³³. [Cursiva fuera del texto original]

También ha dicho la Corte IDH que «la inhibición, [...] aun cuando está permitida por el derecho interno, no es suficiente para garantizar la imparcialidad del tribunal»²³⁴; por lo que la imposibilidad de recusar a los miembros del órgano disciplinario no garantiza el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial²³⁵.

Sobre este tema, también la Veeduría Internacional destacó la importancia de la independencia e imparcialidad del órgano disciplinario en el acápite de observaciones generales de su informe, expresando la «necesidad de contar con una entidad pública autónoma e independiente, que garantice imparcialidad en el control disciplinario de los servidores/as judiciales y que aleje la amenaza de la intervención por motivos jurisdiccionales, atacando con ello, en forma grave e irreparable, a la independencia judicial»²³⁶.

²³² Corte IDH, *caso Paniagua Morales y otros vs Perú*, sentencia de 8 de marzo de 1998. párr. 149.

²³³ Corte IDH, *caso del Tribunal Constitucional vs Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001: Fondo, reparaciones y costas, párr. 77. En términos parecidos se ha pronunciado en el caso *Chocrón Chocrón vs Venezuela*: “Este Tribunal [...] ha afirmado que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto”, párr. 99; argumento reiterado en el *caso Corte Suprema de Justicia vs Ecuador...*, párr. 145.

²³⁴ Corte IDH, *caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela...*, párr. 65.

²³⁵ Ha dicho la Corte que “la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales. [...] es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho. En otras palabras, un juez que no pueda ser recusado no necesariamente es -o actuará de forma- parcial, del mismo modo que un juez que puede ser recusado no necesariamente es -o actuará de forma- imparcial”: *caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela...*, párr. 63-64.

²³⁶ Baltazar Garzón Real y otros, *Informe final...*, 14.

Por ello, sostengo que resulta objetable que el legislador guarde silencio sobre un tema tan trascendente, habiendo sido el Consejo de la Judicatura quien a normado tales cuestiones a través del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura²³⁷; pero sobre todo, el reglamento tampoco prevé la posibilidad de recusación sino únicamente la abstención, lo que implica una sujeción absoluta a la voluntad de la autoridad disciplinaria²³⁸. No obstante, lo que resulta más criticable es que no sea el Pleno del Consejo de la Judicatura (o uno de sus vocales) el órgano que sustancie el procedimiento disciplinario que puede terminar en la destitución del juez, pues el pleno del Consejo de la Judicatura resuelve con fundamento en un *informe*, que se supone es "*motivado*" (Art. 55 del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria), pero informe al fin y al cabo; y, por lo tanto sustanciado por otra autoridad.

Sobre este particular, oportuno resulta el criterio del Tribunal EDH que en su jurisprudencia ha manifestado que «las exigencias establecidas «por la ley» revelan una especial importancia cuando se trata de definir la autoridad [...] teniendo en cuenta la confianza que ésta ha de inspirar a los encausados en una sociedad democrática»²³⁹, por lo que, su ausencia deviene, simplemente, en la apariencia de un procedimiento; cuyos resultados no pueden ser válidos, ni producir efecto jurídico alguno.

2.5.2. El principio de legalidad y reserva de las infracciones disciplinarias.

La determinación de las infracciones y sanciones del régimen disciplinario aplicable a los jueces no pueden hacerse en cualquier forma sino con sujeción a límites estrictos; es más, se ha afirmado sin vacilaciones que las sanciones administrativas han de estar inspiradas en los principios característicos del Derecho Penal²⁴⁰. Por ello, en todo régimen democrático las infracciones disciplinarias por las que puede ser sancionado el juez, y por las que debe estar limitado el órgano disciplinario radican en el principio de legalidad y

²³⁷ Publicado en el Registro Oficial No. 152, del 27 de diciembre de 2013.

²³⁸ Lo contrario sucede en otras legislaciones, sirva el caso de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial Español que prevé en su artículo 425.1: “Las normas relativas a la abstención y recusación establecidas en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común serán de aplicación al instructor delegado y al secretario del expediente disciplinario [sobre los jueces]”.

²³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *caso Duinhof y Duijf contra Holanda*, sentencia de 22 de mayo de 1984, párr. 34.

²⁴⁰ Tribunal Constitucional español, sentencia 18/1981, de 8 de junio.

reserva; tanto así que la legalidad se posiciona como un derecho subjetivo fundamental²⁴¹. La Constitución prevé como *garantía* del derecho al debido proceso (Art. 76.3) que «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley», exigencia que también la establecen los artículos 9.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴², 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Que sea la ley la que determine las infracciones y sanciones dista de ser una exigencia formal sino que se trata de un cuestión esencial en un Estado democrático, pues «las leyes no son propiamente sino las condiciones de la asociación civil»²⁴³. La ley se presenta como el instrumento para la convivencia social a través del cual garantiza la libertad y seguridad de todos²⁴⁴; siendo inherente su irretroactividad en las cuestiones

²⁴¹ Tribunal Constitucional español, sentencias 77/1983 y 3/1988, de 3 de octubre y 21 de enero.

²⁴² De hecho la Corte IDH ha precisado que “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”: *caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001: Fondo, reparaciones y costas, párr. 107; argumento reiterado en el *caso Ricardo Canese vs Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004: Fondo, reparaciones y costas, párr. 177. La Corte IDH ha tenido la oportunidad de precisar el alcance del término leyes en la Convención Americana, al precisar: “[...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático”. Véase, Corte IDH, “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”..., párr. 26.

²⁴³ Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social o principios de Derecho Político*, 58. Disponible en [www.alaleph.com]. Acceso: 05/08/2014.

²⁴⁴ Ha dejado establecido la Corte que “conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los

punitivas desfavorables, lo que es plenamente aplicable al régimen disciplinario²⁴⁵. La sujeción a la legalidad punitiva se exige como fundamento de la seguridad jurídica y en razón del principio democrático–representativo que caracterizan al legislativo²⁴⁶. Si la Asamblea Nacional es el órgano que tiene la facultad de «expedir, codificar, reformar y derogar las leyes» (Art. 120.6 CRE), es su obligación establecer las infracciones y las sanciones (Art. 76.3 CRE); ya que la soberanía no sólo radica en el pueblo, sino que su voluntad es el fundamento de la autoridad que «*se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución*» [cursivas fuera del texto] (Art. 1 inc. 2 CRE).

Además, la Constitución prevé que «la Asamblea Nacional y como órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución» (Art. 84 CRE).

En esa perspectiva, la jurisprudencia ha anotado que el principio de legalidad contiene una doble garantía:

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango [...] como ley en el sentido formal [...] sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento²⁴⁷.

fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”: *caso Baena Ricardo vs Panamá...*, párr. 106.

²⁴⁵ Corte IDH, *Baena Ricardo vs Panamá...*, párr. 106. La Corte ha ratificado este criterio: “este Tribunal ha interpretado que los principios de legalidad y de irretroactividad de la norma desfavorable son aplicables no sólo al ámbito penal, sino que, además, su alcance se extiende a la materia sancionatoria administrativa. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”: *caso Ricardo Canese vs Paraguay...*, párr. 176-177. Cfr. *caso Mohamed vs Argentina*, sentencia de 23 de noviembre de 2012: Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 131. También, *caso J. vs Perú*, sentencia 27 de noviembre de 2013: Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 279.

²⁴⁶ Ya modernamente se dirá que “sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y ésta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social”: Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de Nódier Agudelo (Bogotá: Temis, 3ra edición, 2003), 13.

²⁴⁷ Tribunal Constitucional español, sentencia 61/1990, de 4 de mayo. La expresión más representativa de la vinculación a la legalidad del régimen administrativo sancionador puede evidenciarse en lo dispuesto en los numerales 1 y 4 del artículo 230 de la Ley No. 27444 promulgada por el Congreso de la República del

El principio de legalidad contiene además una exigencia unívoca para el legislador: la taxatividad en la determinación de las infracciones, es decir, que el legislador establezca «una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos»²⁴⁸; dicho en otras palabras, la infracción debe establecerse en «términos estrictos y unívocos»²⁴⁹, su formulación «en forma expresa, precisa, taxativa y previa»²⁵⁰. De esta forma, se busca excluir la ambigüedad que abstrae la confianza de las personas [en este caso del juez], y deja abierta la posibilidad de que la autoridad [disciplinaria] actúe arbitrariamente²⁵¹.

En esta línea, la legalidad no sólo es exigencia de un régimen democrático sino que se constituye en mecanismo para preservar la independencia del juez, con el consiguiente mandato de interpretación rigurosa y restrictiva en la aplicación de la ley que tipifica las conductas, y la eventual prohibición de sancionar actos no punibles, esto es, «mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta»²⁵². Ese mandato de taxatividad constituye una garantía material para el ciudadano, haciendo «recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los

Perú: “La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: 1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad. 4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

²⁴⁸ Corte IDH, *caso De la Cruz Flores vs Perú*, sentencia de 18 de diciembre de 2004: Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79.

²⁴⁹ Corte IDH, *caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999: Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 121.

²⁵⁰ Corte IDH, *caso Kimel vs Argentina*, sentencia de 02 de mayo de 2008: Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 63.

²⁵¹ Respecto del principio de legalidad la Corte ha señalado: “[...] en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”: *caso J. vs Perú...*, párr. 287.

²⁵² Corte IDH, *caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 190. Se ha reiterado este criterio en el *caso Mohamed vs Argentina...*, párr. 132; ha dicho además la Corte que: “En un Estado democrático y de derecho es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita”, párr. 130.

ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones»²⁵³.

Sentadas estas premisas conviene analizar las infracciones establecidas por el legislador. Se ha establecido tres grupos de infracciones: leves (Art. 107 COFJ), a las que se puede imponer la amonestación escrita o sanción pecuniaria «a juicio del sancionador»; graves, a las que se impone la sanción de suspensión (Art. 108 COFJ); y gravísimas, a las que corresponde la sanción de destitución (Art. 109 COFJ). En sentido general, las infracciones establecidas por el legislador para la determinación del régimen disciplinario de los «servidores de la Función Judicial» no representan un problema mayor; no obstante, existen tres infracciones (que son también las más usuales) cuya determinación es problemática, conforme se analiza a continuación.

De las infracciones graves, cuya sanción es la suspensión, la primera que merece ser analizada es: «No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República» (Art. 108.8 del COFJ). Esta infracción resulta cuanto menos problemática, debido al carácter abierto de la determinación de la conducta administrativa; la infracción contiene en realidad dos facetas: la primera, no haber fundamentado; y en segundo lugar, haber violado los derechos y garantías constitucionales (Arts. 75, 76, 77 CRE).

Los términos en que se prevé la infracción resultan confusos. Así, el término «fundamentado debidamente» presenta una ambigüedad lingüística, tanto el significado de lo que debe (o puede) considerarse *fundamentado*, como en lo referente a lo que se considera *debido*. A ello hay que agregar el carácter ampliamente subjetivo en el que pueden emplearse tales expresiones.

Tampoco es posible determinar con exactitud, si la expresión "no haber fundamentado" significa deficiencia –lo que no deja de ser indeterminado– o falta absoluta de fundamentos; en todo caso, parece que el término "fundamentado" tiene como equivalente a la "motivación"; cuestión que no excluye el carácter abierto y subjetivo de la

²⁵³ Tribunal Constitucional español, sentencia 242/2005, de 10 de octubre; reiterado en la sentencia 97/2009, de 27 de abril.

infracción, puesto que –a final de cuentas– la (in)existencia de la infracción termina dependiendo de la autoridad disciplinaria. De otro lado, la infracción comprende "haber violado los derechos y garantías constitucionales" conforme los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución; previsión que no está exenta de problemas de aplicación concreta, sobre todo si tiene en cuenta la diversidad de derechos y garantías que se contienen los referidas disposiciones constitucionales (Arts. 75, 76 y 77 CRE).

Conforme lo anterior, el problema central de esta infracción administrativa radica en los criterios que se requieren para su determinación, los cuales son exclusivamente jurisdiccionales, puesto que la *fundamentación debida* presentan una multiplicidad de facetas, lo que hace incierta la infracción²⁵⁴; como sucede también con la vulneración de los derechos y garantías de los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución²⁵⁵. Así pues, si el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el derecho a recurrir o la motivación, los principios de inmediación o celeridad (tan solo por citar unos ejemplos) presentan cuando menos dificultades para su control en sede jurisdiccional; el hecho de que se faculte a un órgano administrativo –como es el Consejo de la Judicatura– para determinar su violación (no en sede de control sino como infracción disciplinaria) para proceder a la sanción de los jueces, resulta a todas luces inconveniente. Su control, entonces, debe hacerse en el ámbito

²⁵⁴ El constituyente ha expresado: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”; texto que ha reiterado exactamente el legislador en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, al establecer las facultades jurisdiccionales de los jueces. El propio legislador es consciente de esa amplia amalgama que puede representar la motivación, el artículo 4.9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha explicitado: “La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso”.

²⁵⁵ Hay que tener en cuenta que cada uno de los artículos contiene variadas facetas, así como artículos autónomos e independientes. A título ejemplificativo, el Art. 75 de la Constitución reconoce algunas facetas que integran el derecho de tutela judicial: 1) el derecho de acceso gratuito a la justicia; 2) la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses; 3) la vigencia de los principios de inmediación y celeridad de eminente matiz procesal; 4) la prohibición de la indefensión; y, 5) la sanción (bajo una reserva legal) del incumplimiento de las resoluciones judiciales. Y, en su caso el Art. 76 reconoce: 1) la presunción de inocencia; 2) el principio de legalidad y reserva de infracciones, sanciones y procedimiento; 3) regla de invalidez de las pruebas; 4) principio de aplicación de las penas; 5) el principio de proporcionalidad; 6) el derecho a la defensa (que se integra por 13 literales). Ese carácter amplio y las múltiples facetas que integran los derechos de tutela judicial efectiva o debido proceso pueden advertirse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; por ejemplo en las sentencias No. 06-14-SEP-CC y 066-14-SEP-CC, citando a Pablo Esteban Perrino, ha referido un catálogo de catorce facetas que integran el derecho de tutela judicial. Por el contrario, en otras sentencias, con cita en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha referido que el derecho de tutela judicial está integrado únicamente por tres facetas: Sentencia No. 028-14-SEP-CC.

jurisdiccional y el marco del proceso respectivo; más aún, si tenemos en cuenta que puede recurrirse a la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección.

De las infracciones gravísimas cuya sanción aplicable es la destitución, dos merecen especial atención. La primera dice: «Vulnerar, a pretexto de ejercer facultad de supervisión, la independencia interna de las servidoras y los servidores de la Función Judicial» (Art. 109.1 COFJ). Si tenemos en cuenta que supervisión tiene como sinónimos a los términos control y vigilancia, entonces el destinatario de esta infracción es el Consejo de la Judicatura (Art. 178 inc. 2 CRE); aunque el Consejo de la Judicatura transitorio, entendió que son los jueces los que puede incurrir en esta infracción administrativa. En particular, la sanción fue establecida en el contexto de una entrevista concedida a un medio de comunicación por quien ejercía la presidencia de una Corte Provincial²⁵⁶.

En todo caso, estas cuestiones debieron ser solventadas de mejor manera por el legislador, sobre todo cuando «vulnerar» no precisamente explicita una conducta sino que es una expresión susceptible de matices, interpretaciones y subjetividades; y, esa misma infracción no contiene un catálogo de conductas que establezcan objetivamente las situaciones concretas que permitan llegar a estar si se incurrió en el tipo administrativo (vulneración de la independencia interna), cuestión que resulta inescindible en la tipificación y análisis toda conducta punible.

La segunda infracción gravísima previene: «Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable» (Art. 109.9 COFJ). Lo primero que ha de observarse es que la infracción

²⁵⁶ Expediente disciplinario No. OF-532-UDC-011-PM (0012-2011), resolución de 22 de noviembre de 2011. El Consejo de la Judicatura determinó: “En el caso en concreto, apreciamos que la servidora judicial sumariada, quien ostenta un importante cargo dentro de la Función Judicial –*Presidenta de la Corte Provincial de Justicia del Guayas*–, con fecha 28 de julio de 2011 (fs. 2) dio una entrevista al *diario hoy* que fue titulada “*Son resoluciones de jueces golondrinas*”, dentro de la cual se refirió a un proceso en particular y al fallo que se expidió en el mismo. Dentro de la citada entrevista, la servidora judicial sumariada hizo declaraciones que constituyen una interferencia a la independencia interna de la función judicial [...] se evidencia que la servidora judicial sumariada realizó juicios de valor en contra de una resolución que se expidió en un caso concreto –*la misma que se encuentra ejecutoriada*–; más aún, [...] desacreditó las actuaciones del juez que conoció de la causa y llegó al extremo de insinuar que jurídicamente la sentencia es incorrecta. Declaraciones, que al provenir de la Presidenta de la Corte Provincial de Justicia del Guayas –*status en que se concede la entrevista*–, genera conmoción social y desprestigio para la Administración de Justicia, esto sin contar con la presión que sus declaraciones irradian para los jueces que debían resolver los recursos que se podían plantear en contra de la resolución cuestionada es así, que nos encontramos frente a una interferencia y vulneración de la independencia a la Función Judicial”.

remite a tres cuestiones diferentes e incluso incompatibles: dolo, manifiesta negligencia; y error inexcusable. Las expresiones dolo y negligencia –aunque no manifiesta– tienen un significado en los ámbitos civil y penal. La expresión *error* suele ser, también, de algún uso en el ámbito civil²⁵⁷; no obstante, en tal ámbito resulta infrecuente aquel error que se merezca el calificativo de inexcusable.

De manera que nada concluyente pueda extraerse de la previsión legislativa y entonces el tipo administrativo sancionador resulta vacío. Ello resulta fácilmente constatable en la práctica, con la revisión de las decisiones de destitución a jueces dictadas por el Consejo de la Judicatura: notoria ineptitud o descuido²⁵⁸; apartamiento arbitrario de las reglas que para el efecto se establecen en los ordenamientos jurídicos²⁵⁹; que al momento de fallar «no desvirtuaron [los jueces] motivadamente los alegatos de improcedencia, ilegalidad e ilegitimidad de la acción que argumentaron los accionados»²⁶⁰;

²⁵⁷ Sólo con carácter ilustrativo debe decirse que el Código Civil usa en diferentes apartados la expresión error; por lo general, tal uso se previene como un vicio del consentimiento y afecta la validez de los actos jurídicos, privándole de su eficacia. Así por ejemplo, el artículo 96.1 concibe al *error* en la identidad del otro contrayente como una causal de nulidad del matrimonio; el artículo 693 previene que el error en el título traslativo de dominio invalida la tradición; o los artículos 1469 y 1470 que se refiere al error de hecho como vicio del consentimiento en los actos y contratos.

²⁵⁸ Expediente disciplinario No. MOT-193-UCD-010-CS (OF-05-2010), resolución de 18 de agosto de 2011, fundamento 9.4.

²⁵⁹ Expediente disciplinario No. MOT-142-UCD-012-PM, resolución de 18 de agosto de 2011. Es de destacar que la denuncia fue presentada por el Comandante Provincial de la Policía; y, que el Consejo de la Judicatura de Transición para llegar a la conclusión del error inexcusable se refiere al artículo 88 de la Constitución de la República y el artículo 39 de la Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, luego del artículo 42.2; se dijo expresamente: “De los hechos analizados, se concluye que los servidores judiciales sumariados cometieron error inexcusable, *al aplicar indebidamente*, disposiciones expresas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es establece la improcedencia de la Acción de Protección cuando el acto administrativo, presuntamente violatorio del derecho, puede ser impugnado por la vía judicial. Además tanto el juez de primera instancia como los jueces de la Corte Provincial, debieron declararse incompetentes de conocer y resolver la Acción de Protección materia de análisis del presente sumario disciplinario”.

²⁶⁰ Por ejemplo, en el expediente disciplinario No. A-320-UCD-11-PM (OF-DG-105-2011-S), resolución de 27 de octubre de 2011. La denuncia en contra de los jueces en este expediente disciplinario fue presentada por el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda y el Director Regional de la Procuraduría del Estado con sede en Portoviejo. En esta resolución resulta curioso, que el Consejo de la Judicatura de Transición cite el artículo 66.23 [Se reconoce y garantiza a las personas: (...) El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuesta motivada] para reconocer el derecho de petición del Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda como del Director Regional de la Procuraduría. Luego, el Consejo de la Judicatura Transitorio realiza un análisis de la forma en que debió interpretarse el artículo 88 de la Constitución al resolver la acción de protección; incluso se analiza la existencia de un precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional –se entiende pretendiendo la vinculación de los jueces al mismo– para concluir que la falta de motivación implica *error inexcusable*.

el no haber ordenado el inicio de un nuevo proceso penal en contra de los procesados, a favor de quienes se dictó sentencia confirmatoria de inocencia²⁶¹, etc.

A todo esto hay que agregar, que algunas decisiones del Consejo de la Judicatura (transitorio) no distinguen las infracciones con estricto rigor científico, muestra de ello es que se sanciona la falta de motivación satisfactoria como constitutiva del error inexcusable, cuando las infracciones son diferentes: la falta de motivación es infracción grave (Art. 108.8 COFJ) y, el error inexcusable es una infracción gravísima (Art. 109.9 COFJ). Evidenciado lo anterior, es preciso anotar que la previsión del error inexcusable nos ubica cuanto menos en un espacio problemático, en esencia, por las variadas interpretaciones que ha recibido tal infracción.

Si no se coincide que en la práctica, estas tres infracciones constituyen una intromisión en la función de los jueces, cuanto menos las convierte en las más preocupantes del régimen disciplinario²⁶²; ya que, como se ha podido evidenciar como unos ejemplos concretos, los jueces son sancionados por el Consejo de la Judicatura (un órgano administrativo) tomando en cuenta, no conductas sino decisiones adoptadas en

²⁶¹ Expediente disciplinario No. MOT-137-UDC-012-MEP, resolución de 23 de agosto de 2011. En este caso la denuncia fue presentada por la Ministra de Justicia el 19 de julio de 2011; el Consejo de la Judicatura de Transición expresó: “La trasmisión por todos los medios de prensa nacional e internacional de los acontecimientos suscitados el 30 de septiembre de 2010 en contra del señor Presidente de la República permiten establecer que dichos acontecimientos sean de dominio público, por lo que por lo que cualquier persona, usando el más elemental sentido común puede establecer que la agresión que soportó el señor Presidente constituye un acto antijurídico sancionable, aunque la tipificación corresponda al juez y tribunal. [...] sin embargo, el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, dentro del proceso penal signado con el No. 37-2011-NT, concluyó que los actos realizados por los procesados, de ninguna manera atentaron contra la vida del señor Presidente, por lo que procedieron a la ratificaron la inocencia de todos y cada uno de los procesados. De la lectura de la sentencia, sin mayor análisis, se observa que los miembros del Tribunal Quinto de Garantías Penales, en ninguno de los puntos considerativos de la sentencia materia de análisis, negaron expresamente que los sumariados, el 30 de septiembre de 2010, habrían cometido agresiones de palabra y de obra en contra del señor Presidente de la República [...] no dejó de ser público y notorio que los actos realizados en contra del señor Presidente de la República constituyen actos dolosos y antijurídicos. En ese sentido los sumariados tenían la obligación de ordenar el inicio de un nuevo proceso penal en contra de los procesados, esto en virtud de los prescrito por el artículo 318 del Código de procedimiento Penal [...]”.

²⁶² Datos periodísticos, y organizaciones internacionales como Human Rights Watch han señalado que el error inexcusable ha sido una de las infracciones más sancionadas por el Consejo de la Judicatura desde la consulta popular de 2011. Puede accederse al contenido de la Carta sobre la independencia judicial en Ecuador en [<http://www.hrw.org/es/news/2014/01/29/carta-sobre-independencia-judicial-en-ecuador>]. Acceso: 04/12/2014. Los medios de comunicación han generado noticia en ese sentido, véase al respecto [<http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/politica/hrw-ecuador-debe-asegurar-independencia.html>]. Acceso: 06/12/2014.

ejercicio de la *potestad jurisdiccional* que les es exclusiva²⁶³. Además, las infracciones previstas por el legislador presentan otros problemas. Sirvan como ejemplo las decisiones de la Corte Constitucional que han declarado que los jueces de instancia o que las salas de casación de la Corte Nacional de Justicia han vulnerado derechos constitucionales: motivación, la tutela judicial, el debido proceso, y algunas garantías específicas del proceso penal²⁶⁴ ¿Ello implica que debe aplicarse el régimen disciplinario?

No se trata de negar la vigencia de un sistema que permitan hacer efectiva la responsabilidad de los jueces por conductas que signifiquen infracción disciplinaria, en modo alguno. Se trata que el régimen disciplinario, no se erija como medio para «disciplinar» a los jueces y condicionar sus decisiones. Por ello, las sanciones disciplinarias han de aplicarse con estricto rigor y, en forma excepcional²⁶⁵.

A propósito del régimen disciplinario, «llama la atención que el Derecho penal administrativo no sea un Derecho codificado, sino extraordinariamente disperso»²⁶⁶ entre las diferentes materias. Con mucha razón y una brillantez incomparable, hace algunas décadas se había dicho que el mundo de las sanciones administrativas significa la mayor intromisión imaginable que la esfera de la justicia haya experimentado por parte de la Administración. Y, parece que con ello, la más evidente quiebra del principio de la separación de poderes²⁶⁷.

²⁶³ Resulta además llamativo que uno de los requisitos de la denuncia sea la determinación de “las normas legales y reglamentarias, circulares o instructivos que se hubieren infringido” ¿acaso ello significa que el Consejo de la Judicatura controla la sujeción de los jueces a circulares e instructivos? ¿Si los jueces no observan una circular, incurren en error inexcusable?: Art. 113, inciso 4, numeral 5 del Código Orgánico de la Función Judicial; reiterado en el Art. 23, numeral e) del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura.

²⁶⁴ La Corte Constitucional ha dictado varias sentencias en las que declara la vulneración de derechos constitucionales, en algunas sentencias se declarado vulneración de la motivación: sentencias No. 195-12SEP-CC; No. 18-11-SEP-CC; No. 132-13-SEP-CC; No. 101-13-SEP-CC; No. 57-14-SEP-CC. En otras sentencias ha declarado la vulneración del derecho al debido proceso o la tutela judicial: sentencias No. 028-14-SEP-CC; No. 075-14-SEP-CC; No. 078-14-SEP-CC; 036-12-SEP-CC; No. 129-12-SEP-CC, entre otras.

²⁶⁵ Por ejemplo, en Francia, tras cuatro años de aplicación del régimen disciplinario a jueces, se han presentado 4200 correos (cuatro mil doscientos); y, 1278 quejas (mil doscientos setenta y ocho). Del total, sólo 29 han sido declaradas admisibles: Jacques Núñez, Conferencia “Ética y deontología del juez y del fiscal”, 20 de abril de 2015, Salón de la Corte Nacional de Justicia.

²⁶⁶ Luis Prieto Sanchís, “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Año 2, No. 4, enero-abril de 1992), 103.

²⁶⁷ Adolfo Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo* (México: Editora Nacional, edición en español de 1980), 347.

El régimen disciplinario debe fundarse en la previsión clara y cierta de conductas. Un juez no debe ser sancionado (peor disciplinariamente) con fundamento en unas infracciones que dejan un amplio espacio para la discrecionalidad, puesto que de esa manera se disciplina sus decisiones, mas no conductas que atenten, o que vayan en contra de la correcta prestación de un servicio. Lo anotado en líneas anteriores permite advertir la incidencia que tienen, en la *estabilidad* de los jueces, unas infracciones disciplinarias cuya tipificación no es clara, siendo susceptible de variadas interpretaciones. Ahora bien, como el régimen disciplinario, requiere de un procedimiento para hacerse efectivo, nos ocupamos enseguida de esa cuestión.

2.5.3. Las garantías del juez en el procedimiento disciplinario.

No puede dudarse de la vinculación del órgano disciplinario a todas las garantías del derecho al debido proceso (Art. 76 CRE) en el desarrollo del procedimiento disciplinario. No obstante, se pondrá especial atención en tres garantías específicas: el derecho a la defensa, la motivación de la sanción y el derecho a recurrir, todos ellos previstos en el artículo 76.7 de la Constitución.

El derecho a la defensa se encuentra bastante detallado en nuestro texto constitucional; sin ánimo de exclusividad resulta relevante decir que, en un proceso «nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento» [Art. 76.7.a) CRE] que se relaciona directamente con la proscripción de indefensión que prevé el artículo 75 constitucional²⁶⁸; el «contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa» [Art. 76.7.b) CRE]; «ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones» [Art. 76.7.c) CRE]; así como «presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra» [Art. 76.7.h) CRE].

La Corte IDH ha señalado que el artículo 8 de la Convención establece el derecho a la defensa *adecuada* como parte del debido proceso, lo que significa –en lo que aquí

²⁶⁸ La Corte Constitucional colombiana ha referido que “Carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso”: sentencia T-145/93, de 21 de abril.

interesa— que el juez sometido al proceso disciplinario pueda defenderse en forma efectiva y en condiciones de igualdad de oportunidades²⁶⁹: el tiempo determinado para la contestación de acusación, el objeto de la indagación en la causa, la revisión del acervo probatorio, el conainterrogatorio de los testigos guarda relación con ese derecho a la defensa²⁷⁰; también la notificación formal de la acusación²⁷¹.

Respecto de la motivación de la sanción al juez, ello resulta imperativo por mandato constitucional, debiendo recordar que la motivación implica al menos «enuncia[r] las normas o principios jurídicos en que se funda» y «explica[r] la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho» [Art. 76.7.1) CRE]. La Corte IDH ha destacado que el deber de motivar «es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática»²⁷²; en todo caso, la motivación hay que entenderla conjuntamente con otras garantías (legalidad, taxatividad, irretroactividad, imparcialidad, defensa), puesto que su conjunto permite evidenciar si se sanciona a los jueces por sus conductas o únicamente por «el juicio jurídico que se hubiera desarrollado en alguna de sus resoluciones»²⁷³.

En ese contexto, cabe distinguir que los recursos jurisdiccionales tienen como objeto controlar las correcciones de las decisiones de los jueces; por su parte, el control disciplinario tiene por objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público²⁷⁴. De ahí que la autoridad disciplinaria esté obligada a motivar la sanción sobre la base de la conducta, idoneidad y desempeño de la función por parte del juez, mas no sobre las interpretaciones (sobre el derecho) que realice en ejercicio de su potestad jurisdiccional, como se dejó anotado.

Otra cuestión referente al ámbito procedimental es la revisión y control de las decisiones del Consejo de la Judicatura. Nuestro texto constitucional reconoce el derecho a «recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus

²⁶⁹ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *Opinión consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre, párr. 117.

²⁷⁰ Corte IDH, *caso del Tribunal Constitucional vs Perú...*, párr. 83-84.

²⁷¹ Corte IDH, *caso Corte Suprema de Justicia vs Ecuador...*, párr. 168-169.

²⁷² Corte IDH, *caso Chocrón Chocrón vs Venezuela...*, 118.

²⁷³ Comisión IDH, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras...*, párr. 376.

²⁷⁴ Corte IDH, *caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela...*, párr. 86.

derechos» [Art. 76.7.m) CRE]. Cabe hacer notar que no se reconoce un derecho al recurso en sentido jurisdiccional sino a *recurrir*, término que parece más apropiado entenderlo en el sentido de impugnación, más no únicamente como un recurso en sentido estrictamente procesal²⁷⁵.

Es más, debe notarse que la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho a recurrir tanto en contra de los fallos como las resoluciones, lo que implica –indubitadamente– una prescripción sumamente amplia. En ese sentido, también la Corte IDH ha dicho que el derecho a recurrir forma parte del debido proceso legal [Art. 8.2.h) CADH]²⁷⁶ y, lo ha vinculado con el derecho a la existencia de un recurso efectivo que prevé la Convención Americana (Art. 25); derechos que «constituye[n] uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática»²⁷⁷.

Tratándose de una decisión trascendental, no sólo para el juez sino para la sociedad en su conjunto, las decisiones del órgano disciplinario deben ser recurribles no sólo en el ámbito administrativo-disciplinario sino impugnables en sede judicial, conclusión a la que puede arribarse con facilidad de lo previsto en el artículo 173 de nuestra Constitución (los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial), disposición constitucional de la que no puede eximirse al Consejo de la Judicatura²⁷⁸. Así,

²⁷⁵ Si atendemos los sinónimos del término "recurrir" encontramos: acudir, pedir, solicitar, buscar requerir; expresiones que permiten anotar el carácter sumamente amplio del término en cuestión; y, nos orientan a aseverar que recurrir debe interpretarse más como impugnación que como recurso que parece ser un término más restrictivo. El término impugnación en la teoría del derecho procesal se concibe “[...] advirtiendo que éstos son recursos, procedimientos, instancias o acciones, reconocidas a favor de las partes, para que éstas puedan combatir los actos o resoluciones de los tribunales, cuando éstos sean incorrectos, equivocados, no apegados a derecho o injustos. Si los recursos reglamentados en determinado sistema procesal son dos, tres, o cinco, si reciben diferentes nombres y si sus alcances o procedimientos, son distintos reiteramos que ello deriva o depende de factores legislativos o doctrinales peculiares y característicos de la cultura jurídica del lugar de que se trate”: Cipriano Gómez Lara, *Teoría General del proceso*. (México: Oxford, 9na edición, 2000), 297.

²⁷⁶ Ha expresado que “[s]e busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”: Corte IDH, *caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 158.

²⁷⁷ Corte IDH, *caso Claude Reyes y otros vs Chile*, sentencia de 16 de septiembre de 2006: Fondo, Reparaciones y costas, párr. 131.

²⁷⁸ La Corte IDH precisa que para garantizar el derecho a recurrir se “requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas [...] puesto que] existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los

resulta imprescindible que la decisión de sanción adoptada por el órgano disciplinario sea susceptible de revisión y control: «todas las decisiones disciplinarias y administrativas que tengan un impacto sobre el estatus de las juezas y jueces y magistradas y magistrados deberían tener la posibilidad de ser revisadas por otro órgano judicial independiente»²⁷⁹.

Y, aunque ello resulte evidente luego de la revisión de las normas constitucionales que se han anotado anteriormente, debe decirse que el legislador ha regulado escasamente el procedimiento administrativo sancionador; pues, en lo fundamental, refiere que «a la queja o denuncia se le dará el procedimiento previsto en el Reglamento que se expedirá para el efecto» (Art. 116 inc. 1 COFJ); de manera que el procedimiento disciplinario no deja de ser un tema de discrecionalidad normativa del Consejo de la Judicatura.

Cierto es que el legislador ha tratado de alivianar tal remisión al Reglamento, al vincular los sumarios disciplinarios a las «garantías del derecho de defensa y las demás del debido proceso consagradas en la Constitución» (Art. 116 inc. 2 COFJ), como al prever que al servidor judicial sumariado «se le presumirá inocente mientras no se declare, por resolución firme, su responsabilidad disciplinaria» (Art. 116 inc. 3 COFJ). Sin embargo, tales expresiones no dejan de ser una mera proclamación retórica, –incluso innecesaria si tenemos en cuenta el principio de supremacía del que goza la Constitución– puesto que las normas de procedimiento que deben operar como límites a toda autoridad administrativa se han dejado al arbitrio del propio Consejo de la Judicatura; ello ha de entenderse así, sobre todo cuando ese procedimiento puede terminar en la destitución de un juez, cuestión que puede significar en la práctica un quebrantamiento de la separación de poderes²⁸⁰. Sobre la posibilidad de impugnar judicialmente los actos y decisiones del Consejo volveremos en el tercer capítulo, particularmente cuando abordemos lo referente al control de las actuaciones de éste órgano.

hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho [...]”: *caso Mendoza y otros vs Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013: Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, párr. 245.

²⁷⁹ Gabriela Knaut, *Informe de la Relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Misión a México*, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 18 de abril de 2011, párr. 14.

²⁸⁰ Resulta sumamente preocupante y cuando objetable el que sea el Consejo de la Judicatura el que determine aspectos de tal trascendencia como: la excusa de la autoridad encargada de sustanciar y resolver los procedimientos administrativos (Arts. 14 a 19); la contestación en el procedimiento (Art. 35); las pruebas (Arts. 36 a 38); los recursos (Arts. 45 y 46); la medida cautelar de suspensión de los servidores judiciales (Arts. 47 a 51); Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura, de tal manera que el Consejo de la Judicatura es al mismo tiempo órgano normativo, aplicador y ejecutor.

2.6. Los mecanismos de transparencia: el escrutinio público de la función y del juez.

Previo a adentrarnos a analizar la transparencia, conviene decir que el principio de publicidad procesal ha sido la principal manifestación de la apertura del poder judicial a la sociedad. En sentido bastante genérico, puede decirse que tal «publicidad» puede ser entendida desde varias perspectivas: 1) como control de lo que el juez hace, en el sentido de que sus providencias y decisiones son públicas; 2) en el sentido de control del manejo del proceso, fundamentalmente, en el proceso por audiencias donde cualquier persona puede concurrir al acto del juicio para presenciar directamente la forma en que se lleva el proceso; y, 3) una manifestación de la relación entre la vida del juez y su relación con la comunidad. Las dos primeras facetas no serán objeto de análisis aquí sino únicamente la tercera; no porque las dos primeras no se consideren importantes, sino porque no cabe ocuparse de tales dimensiones desde la perspectiva de fortalecer la independencia judicial.

La transparencia tiene tal importancia que la Constitución la recoge en 19 artículos, en unas ocasiones como principio y en otras como objetivo; además institucionaliza la Función de Transparencia y Control Social²⁸¹. Aunque el uso del término "transparencia" es habitual, establecer su definición y determinar sus implicaciones no resulta sencillo; ya que, el significado obtenido gramaticalmente, como «cualidad de transparente», no resulta concluyente para comprender su contenido sino que solo traslada la cuestión a otro escenario.

Por ello, parece más sencillo identificar la transparencia por antagonismo: es decir, aquello que no es oscuro, simulado y/o secreto²⁸²; a lo que podríamos sumar o asociar lo que no es corrupto. Así, transparencia representa aquello "visible"; en el caso de las instituciones públicas y el ejercicio del poder, como nada es visible en su totalidad, la transparencia presenta un elemento que permite la "visibilización" de los «actos de gobierno»²⁸³: bien se dice por ello que no hay nada mejor que aquello que se hace a los ojos de todos. Pero no sólo los actos de gobierno sino –más genéricamente– las acciones,

²⁸¹ Nuestra Constitución realiza varias previsiones expresas de la transparencia, en los siguientes artículos: 34, 104.4, 181.5, 204, 206, 208.1, 217, 219.4, 277, 288, 297 inc. 2, 300, 309, 338 inc.2, 340 inc. 2, 355 inc. 2, 368 y 422. Se instituye además en el Capítulo quinto, La Función de Transparencia y Control Social.

²⁸² Pedro Salazar Ugarte, "Transparencia ¿para qué?", en *El poder de la transparencia. Nueve derrotas a la opacidad* (México: Instituto de Acceso a la Información Pública/UNAM, 2007), XI.

²⁸³ Miguel Carbonell, *Transparencia, ética pública y combate a la corrupción. Una mirada constitucional* (México: UNAM, 2009), 2.

comportamientos y decisiones de quienes ejercen el poder deben ser visibilizados ante los ojos de los gobernados. A esta conclusión puede llegarse con notoria claridad, mediante una lectura de lo previsto por el constituyente en el artículo 1 que determina al Ecuador como Estado constitucional *democrático* y, lo organiza en forma de *república*²⁸⁴; lo que implica que:

[...] la Constitución fija en primer lugar el *pactum societatis*, con el cual se acuerdan las condiciones de la convivencia, en ese recíproco respeto que protege [a cada uno de los miembros de la sociedad] del conflicto extremo, es decir, de la guerra civil. Sobre la base de este primer acuerdo, puede ser estipulado un implícito *pactum subiectionis*, con el cual nos comprometemos recíprocamente a obedecer, a sujetarnos a las decisiones del Gobierno legítimo, es decir, en una democracia, al poder de la mayoría que actúa según las reglas y respeta los principios contenidos en el *pactum societatis*. Los dos *pactas* son necesarios: establecer las condiciones de la convivencia sin sujetarse a un poder colectivo es impotencia; sujetarse a un poder colectivo sin el respeto de esas condiciones es tiranía [...] Si por «república» se entiende [no] el significado clásico de *res publica* como designación [...] de un modo o forma de gobierno, sino de la *cosa* objeto de gobierno, una *cosa de todos, de todo el pueblo* y así de nadie en particular; y si se entiende a su vez *democracia* como modo de gobierno de aquella *cosa de todos*, la expresión «república democrática» asume un valor pleno y el adjetivo no resulta superfluo respecto del sustantivo²⁸⁵.

Si contemporáneamente la Constitución se presenta como la expresión del pacto de las sociedades plurales, un contrato social –claro está, con notables matices del sentido originario–entre diversos, el que se organice al Estado ecuatoriano en forma de república, no puede sino significar que la cosa pública, objeto de gobierno, es de todo el pueblo. Tanto más, ello será así, si tenemos presente que el constituyente ha previsto en forma concluyente que: «La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución» (Art. 1 inc. 2 CRE). El gobernante jamás será soberano, sino que soberano es el pueblo que, incluso se ha reservado mecanismos de participación directa con las limitaciones que impone sólo la Constitución.

Las raíces del uso jurídico del término transparencia pueden advertirse en los revolucionarios franceses, quienes al redactar el artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano previnieron: «Todos los ciudadanos tienen el

²⁸⁴ El artículo 1 de la Constitución expresa: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

²⁸⁵ Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid: Trotta, trad. Manuel Martínez, 2008), 29-30; 99.

derecho de verificar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo» y, en el artículo 15 de la misma Declaración expresaron: «La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración».

No obstante lo anterior, hasta la actualidad, transparencia es un término que no tiene un fundamento teórico con capacidad de explicar y generar una comprensión concreta; es más un término de utilidad retórica –sobre todo entre las autoridades– que sirve para pregonar, para ganar credibilidad y aplausos; se usa más como subterfugio, como un instrumento con el cual se pretende más esconder que mostrar. Con frecuencia se reduce a un discurso, a la proclama de un artículo de la Constitución, de tal o cual ley; pero materialmente distante de la realidad, tanto por una reticencia manifiesta de quienes ejercen el poder como por un alto grado de apatía ciudadana²⁸⁶.

Por ello, debe entenderse que transparencia significa, ante todo, que todo aquel que ejerce el poder público debe estar sujeto a una visibilización por parte de la ciudadanía, no sólo en cuanto al ejercicio de sus funciones oficiales sino incluso sobre aspectos de su vida. En lo que concierne al tema que se analiza, dos ejemplos son trascendentes para ilustrar la dimensión de lo que se está sosteniendo:

1. El magistrado Stephen Breyer, asociado a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, hablando de los medios para garantizar independencia judicial, en ellas la transparencia, ha señalado:

Nos esforzamos por darle al público confianza en nuestra probidad, por asegurarle que realizamos nuestra labor como es debido. Al igual que mis colegas de la judicatura, tengo la obligación de dar a conocer públicamente todos los años hasta el último centavo que devengo, hasta el último centavo que mi esposa gana, hasta el último centavo que mis hijos menores puedan haber ganado durante el año, todos los regalos que he recibido, todos los activos que poseo y todas las obligaciones que he contraído. La prensa de inmediato publica artículos sobre la cantidad exacta de dinero que tengo en mi haber. Tal vez resulte molesto, sí; pero es absolutamente necesario. Es necesario para que el público tenga

²⁸⁶ La transparencia tiene varias implicaciones: “En primer lugar significa que existe un canal de comunicación por cuyo conducto se transmiten señales acerca del comportamiento del actor responsable a sus controladores, o sea, a aquéllos ante quienes es responsable. En segundo, significa que sus controladores están recibiendo e interpretando estas señales, comparándolas con sus propias memorias relativas a sus acciones u omisiones que recompensarán o castigarán y dentro de qué límites. En tercero, significa que sus controladores tienen un canal por cuyo conducto pueden aplicar efectivamente estas recompensas o castigos a los actores que controlan, y que pueden actuar así y están motivados para ello”: Karl Deutsch, *Política y gobierno* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1976), 220.

confianza en el poder judicial. El público sabe que la prensa tratará de obtener toda la información pertinente. Si esa información está a la disposición de todos, y si la prensa escribe sobre ella, el público tiene cierta garantía de que hay honradez y probidad en el poder judicial²⁸⁷.

2. La otra faceta, se sitúa en el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación y expresión como cauces participativos en el marco de una sociedad democrática plural; que han sido extraordinariamente contextualizados, no en el ámbito de la doctrina activista –como podría pensarse– sino por un órgano jurisdiccional. Así, la mayoría de la Sala Penal de la Audiencia Nacional española, que ha expuesto:

[...] la democracia se sustenta en un debate público auténtico, en la crítica a quienes detentan el poder, aunque transitoriamente y sometido a elecciones periódicas, estas libertades que suponen una expresión pública de la ciudadanía deben ser objeto de especial atención y protección. Desde el punto de vista de la dimensión subjetiva, la doctrina constitucional ha puesto de relieve que para muchos grupos sociales el derecho de manifestación es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones [...]. Aparece la cuestión, fundamental en un orden constitucional democrático -donde los derechos limitan a los poderes-, de la posibilidad de las personas de hacerse oír, del acceso ciudadano al espacio público -delimitado y controlado por los medios de comunicación, en manos privadas, o, pocos, de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas- y de la sistemática marginación de las voces críticas de minorías o de sectores sociales débiles. La realidad pone de manifiesto la invisibilidad de ciertas realidades dramáticas por la dificultad, cuando no, en muchos casos, de la más absoluta imposibilidad de quienes las sufren de acceder a la opinión pública para difundir y hacer llegar sus proclamas y opiniones. Para muchos sectores sociales la reunión y la manifestación es el único medio por el que expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, el único espacio en el que puede ejercer su libertad de palabra. De ahí su importancia en la sociedad democrática²⁸⁸.

Entendida desde esta dimensión, la transparencia es una cuestión compleja. No sólo se limita a reconocer el derecho de acceder libremente a la información generada en instituciones públicas o privadas que manejen recursos públicos (Art. 18.2 CRE); ni radica en reconocer el derecho de buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información (Art. 18.1 CRE), sino que también se debe «garantizar la formación y existencia de una opinión pública libre»²⁸⁹, de tal manera que el «ciudadano pueda formar libremente sus

²⁸⁷ Stephen Breyer, “Justicia y libertad de prensa”, en *Justicia y Libertad de prensa: Ensayos de la Cumbre Hemisférica sobre la justicia y libertad de prensa en las Américas* (Miami: SIP, 2002), 5.

²⁸⁸ Audiencia Nacional Española, sentencia 31/2014, de 6 de junio. En la sentencia que resuelve un proceso penal contra más de una docena de acusados por delitos contra las instituciones del Estado [y otros delitos más], por actos realizados en el marco de una convocatoria del movimiento de protesta surgido los días 14 y 15 de junio de 2011 ante el Parlament de Catalunya bajo el lema: "Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades" (Paremos al Parlamento, no dejaremos que aprueben recortes).

²⁸⁹ Tribunal Constitucional español, sentencia 9/2007, de 15 de enero.

opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos»²⁹⁰. Implica además la obligación de rendir cuentas²⁹¹; pero no en la perspectiva de un solemne acto de etiqueta, donde con frecuencia se cita discursos emotivos sino como expresión cotidiana en el ejercicio del poder: como acceso, apertura, participación, publicidad y exposición de las funciones pública, así como de las actividades que desarrollan quienes se encuentran en el en el ejercicio de las mismas²⁹².

Es una cuestión que debe reflejarse en una filosofía de vida de quien ejercer la gestión pública; se trata de una cultura en el «quehacer público que confiere un sentido profundo a nuestras acciones y a nuestra vida»²⁹³. Si el Estado es una cosa de todos, la transparencia como mecanismo de control social impone que «todo deba ser visto e identificado en el ejercicio del poder, nada debe esconderse bajo las sombras. Esto es parte de la democracia, es un derecho constitucional que tenemos los gobernados a ver como se manejan las cosas del Estado»²⁹⁴, que en realidad, son cosas de todos.

Por ello cuando se habla de transparencia el tema no puede solventarse con el reconocimiento del derecho de las personas a "acceder a la información" sino que se trata de ir más allá²⁹⁵: que los servidores públicos tengan una actitud permanente para la construcción de un Estado honesto que, primero genere confianza ciudadana, y luego robustezca el accionar institucional. No se puede seguirle pidiendo a la sociedad civil una confianza ciega sino que debe propiciarse una participación efectiva en la agenda pública; el Estado, sus instituciones y nuestros representantes deben estar bajo escrutinio, bajo el

²⁹⁰ Tribunal Constitucional español, sentencias 235/2007 y 79/2014, de 7 de noviembre y 24 de junio respectivamente.

²⁹¹ En el texto constitucional se establece la rendición de cuentas en varios artículos: 57.14, 83.11, 96, 100.4, 108 inc. 2, 127, 206, 208.2, 297 inc.2, 299 inc. 2, 348 inc. 2, 355 inc. 4, 378 inc. 2, 381 inc. 2 y 388.

²⁹² Joaquín Tornos Mas y otros, *Transparencia, rendición de cuentas y participación: una agenda común para la cohesión social y la gobernanza en América Latina* (Barcelona: Diputación de Barcelona, 2012), 42.

²⁹³ Petra Armenta Ramírez, "Ética y transparencia", en *Temas selectos de transparencia y acceso a la información* (México: Arana editores, 2011), 15.

²⁹⁴ *Ibidem...*, 15. Se ha dicho que la rendición de cuentas en la gestión pública descansa sobre la filosofía Kantiana, que en el fondo se reduce a un aspecto de carácter moral. Reproduciendo el ejemplo usado por Amy Gutmann y Dennis Thompson, (*Democracy and Disagreement*) se dice que los ciudadanos deben estar en la posibilidad de acceder no sólo a la información sobre el desempeño de quien ejerce el poder público sino incluso sobre los ingresos de tales agentes; puesto que un gobierno democrático son los recursos del pueblo los que pagan el salario de los servidores públicos: Eduardo Guerrero, "Libros, autores e ideas para abrir una discusión", en *Transparencia: libros, autores e ideas* (México: Instituto Federal de Acceso a la información pública, 2005), 28.

²⁹⁵ John Ackerman, "Más allá del acceso a la información", en *Más allá del acceso a la información: Transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho* (México: Siglo XXI editores, 2007), 11 y ss.

examen de los ciudadanos²⁹⁶. Lamentablemente la realidad dista mucho de lo propuesto: no solo que la democracia representativa alejó al gobierno del contacto directo con la *demos*, sino porque el gobierno del pueblo (del que hablaban los griegos) fue reemplazado por un sistema político partidista²⁹⁷.

Y, si el gobierno (en sentido lato, quien ejerce el Poder Ejecutivo) ha sido reacio a mostrar todas sus actuaciones a los ciudadanos, el Poder Judicial ha sido más renuente al escrutinio público, peor aún sus jueces. Unos datos retrospectivos, del periodo medieval, dan cuenta de los *oficiales reales* que administraban justicia en nombre del rey, lo que les otorgó un status (en cuanto a imagen) de diferencia social (asociado con la nobleza o la sabiduría en el caso de la curia) a tales agentes, llevándolos a un posicionamiento generalmente cerrado a la sociedad, argumentando que se trata de un mecanismo para proteger su independencia, cuestión que hoy difícilmente puede sostenerse, pues a mayor apertura del Poder Judicial y los jueces, mayor será la confianza ciudadana²⁹⁸.

El juicio público, –como una forma general de realización del proceso²⁹⁹, en ocasiones restringido al proceso penal³⁰⁰– ha sido quizá el único mecanismo de control social de la actuación de los jueces. La publicidad de las decisiones de los jueces, claro está, resulta indispensable para valorar desde la sociedad la independencia e imparcialidad con que éstos actúan, así como formase una imagen del respeto al debido proceso y la consolidación de la seguridad jurídica³⁰¹.

²⁹⁶ Carlos Sojo, *El Estado bajo escrutinio. Opinión pública, estabilidad y desempeño gubernamental en América Latina* (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2011), 21.

²⁹⁷ Robert Dahl, *Democracy and its critics* (New Haven y Londres: Yale University Press, 1989). He revisado la versión traducida al castellano de Leandro Wolfson (Barcelona: Paidós, 1992), 42.

²⁹⁸ Hugo Concha Cantú, “El acceso a la información de los poderes judiciales en México”, en *Transparenciar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información* (México: UNAM, 2005), 162.

²⁹⁹ Esa manifestación característica puede evidenciarse en algunos textos constitucionales. Nuestra Constitución dentro de los principios de la administración de justicia (Art. 168.5) establece: “En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley”. También las Constituciones de otros países lo reconocen así: la Constitución de Colombia en el artículo 29, derecho a “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”; la Constitución española en el artículo 24.2: derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas”. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) consagra el derecho a ser oído públicamente.

³⁰⁰ La Constitución de Panamá en su inciso 2do del artículo 22: “Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público...”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la publicidad únicamente en relación con los procesos penales (Art. 8.5).

³⁰¹ Miguel Rodríguez Villafañe, “La transparencia en el Poder Judicial de Argentina”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia* (México: UNAM, No. 2, 2003), 163.193.

Pero la transparencia no puede reducirse al tradicional juicio público, siendo necesarios *mecanismos de vigilancia social al Poder Judicial, y a sus jueces*; piénsese en la práctica Suiza de realizar de forma pública no sólo las audiencias sino «¡también las deliberaciones! »³⁰²; pues, si bien los jueces están sujetos a las normas (Constitución, instrumentos internacionales y la ley), resulta también necesario que los jueces sean mirados por la sociedad³⁰³.

Así, la transparencia debe ser, en realidad, como una cuestión transversal en todos los aspectos: del proceso de selección y nombramiento; de la asignación de presupuesto y las remuneraciones de los jueces; del régimen disciplinario, y más propiamente de todos los aspectos que se relacionen con la justicia. Todas las cuestiones y decisiones relacionadas con los jueces deben ser públicas: las sesiones del Consejo de la Judicatura, las deliberaciones sobre las sanciones a los jueces; más aún las resoluciones en las que se adoptan sanciones a los jueces. Se debe aprovechar la tecnología y, de esta forma esas decisiones deben estar a un clic de distancia de los ciudadanos. Sobre estas cuestiones, seguramente más que normas, nos falta decisiones y actitudes...

Cómo garantizar la independencia del Poder Judicial, así como de cada uno de los jueces que ejercen la potestad jurisdiccional, es una cuestión que no tiene una respuesta sencilla, tampoco única, sino que depende de diversas cuestiones. Lo que se ha dicho (tal vez de forma muy parcial e incompleta, pues cada uno de los temas puede resultar demasiado amplio para un espacio tan reducido como el que he desarrollado) sobre temas tan diversos debe posicionarnos en un tema complejo y al mismo tiempo importante.

Las respuestas que se han pretendido dar a varias cuestiones a lo largo de este capítulo y en su oportunidad –claro está desde una perspectiva jurídica– con el estudio de las normas constitucionales y legales tienen incidencia con la situación del Poder Judicial, el estatus de los jueces y el ejercicio de sus funciones. Se ha advertido inconveniencias, deficiencias y ambigüedades de las normas constitucionales y, fundamentalmente las regulaciones legislativas contenidas en el Código Orgánico de la Función Judicial; pues el

³⁰² Peter Häberle, “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (México: UNAM/Marcial Pons, Tomo I, 2008), 773.

³⁰³ Karina Ansolabehere, “Mirando a los que miran: Rendición de cuentas del Poder Judicial, perspectivas y paradojas”, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (México: UNAM/Marcial Pons, Tomo XI, 2008), 3 y ss.

legislador no ha establecido, precisamente, una legislación orientada a fortalecer la independencia judicial.

Una cosa es segura. Y, es que decir que tal o cual cosa existe porque lo dice la Constitución o la ley resulta a veces una afirmación parcial; algo que se reconoce firmemente puede quedar desnaturalizado o incluso desconocido por otro precepto. Ojalá pueda encontrarse algún análisis y su correspondiente respuesta a tales cuestiones. Finalmente, aunque los temas se aborden desde la perspectiva jurídica, ello no significa que se agoten allí, pues resulta indudable que cada uno de ellos o todos (sistema de selección, remuneraciones, régimen de responsabilidad, sistema disciplinario o los mecanismos de transparencia) pueden ser estudiados desde otra perspectiva (como la sociológica por ejemplo); no obstante, no nos corresponde entrar en tal dimensión aquí.

En el siguiente capítulo nos ocuparemos de la administración y gobierno del poder judicial; particularmente de la posición del Consejo de la Judicatura, así como su regulación constitucional y legal, la delimitación y ejercicio de sus facultades y atribuciones, el régimen de responsabilidades de sus vocales, como el sistema de control de sus actuaciones.

CAPÍTULO TERCERO

CONSEJO DE LA JUDICATURA ¿PARA... QUÉ?

Nos hemos ocupado hasta aquí de algunos presupuestos de filosofía política y jurídica de la función judicial, así como de las regulaciones (constitucionales y legales) concretas que atañen a la esfera de los jueces. Nos adentraremos ahora a otro escenario, bastante diferente del anterior pero íntimamente ligado a él: el gobierno y administración del Poder Judicial, lo que tiene incidencia directa no sólo en el estatus de los jueces dentro del sistema sino también en el ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional.

El gobierno y la administración del Poder Judicial ha experimentado no sólo una larga evolución sino también diversa, en cuanto a los órganos que la ejercieron desde la institucionalización del Estado moderno posterior a la Revolución francesa. En la actualidad, esa tarea se ha asignado alrededor del mundo, en forma preponderante, a los consejos de la judicatura, ya sea mediante su institucionalización en las constituciones que se han adoptado, o a través de sendas reformas constitucionales.

Llama la atención que estos órganos se hayan multiplicado en forma tan rápida, más allá de su funcionamiento concreto en cada régimen jurídico; de sus éxitos y fracasos. Tal vez ello sea un indicador de la constante aspiración de la sociedad, de que la justicia se administre, como dice nuestra Constitución, de forma «efectiva, imparcial y expedita» (Art. 75 CRE), para lo cual resulta indispensable la independencia judicial.

La incidencia que pueda tener el Consejo de la Judicatura en la independencia judicial a través del ejercicio de sus facultades y, fundamentalmente los límites que se le imponen para no afectarla, es una cuestión que vamos a analizar y estudiar en este capítulo; debiendo iniciar el análisis por el sistema de gobierno y administración, como pasamos a detallar enseguida.

3.1. Administrar y gobernar al Poder Judicial.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional requiere un conjunto de condiciones (o medios) que, aunque en términos teóricos, no hacen depender su ejercicio, están íntimamente ligados a ella; pues el impartir justicia no depende únicamente de las normas

sustantivas y procesales sino también de la «organización y gestión del sistema judicial»³⁰⁴; se trata, en otras palabras, del ejercicio de las funciones de «administración» y/o «gobierno» del Poder Judicial, ya que nada impide concebir a los tribunales como una (auténtica) organización. Esto significa, que la labor del juez debe ser concebido como «rol organizado y administrado»³⁰⁵.

Si bien administración y gobierno suele identificarse como sinónimos, se trata en realidad de cuestiones harto diferentes, aunque ambas inciden en el ejercicio de la función jurisdiccional. La *administración* se ocupa de las labores de respaldo; puede situarse a título ejemplificativo: actividades de organización del personal, pago de remuneraciones, compra de instrumentos y/o materiales, asuntos relacionados con la limpieza, mantenimientos de bienes, entre otros; se trata por así decirlo, de los medios que facilitan la realización de las funciones jurisdiccionales. En cambio, las funciones de *gobierno* están relacionadas directamente con los jueces e inciden en su estatus, aunque no en su potestad; pueden citarse –también– a título ejemplificativo: las cuestiones relacionadas con el estatuto jurídico del juez, selección, traslados, ascensos, nombramientos, permisos, e incluso las sanciones disciplinarias³⁰⁶.

Vale decir entonces que se trata de la organización administrativa de apoyo, que suele denominarse también «administración judicial»³⁰⁷, entendida como una serie de potestades administrativas; o, usando los términos del Tribunal Constitucional español, de cuestiones de la «administración de la administración de justicia»³⁰⁸.

La forma en que se estructura ese gobierno y administración del poder judicial están íntimamente relacionados con la comprensión del constitucionalismo. Los modelos que históricamente se identifican como originarios son: el europeo, que otorga prerrogativas en la materia al Poder Ejecutivo, fundamentalmente al ministerio de justicia; y, el americano

³⁰⁴ Luis López Guerra, “Reflexiones sobre los modelos de gobierno del Poder Judicial, tribunales y justicia constitucional”, en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: Tribunales y justicia constitucional* (México: UNAM, 2002), 250.

³⁰⁵ Héctor Fix Fierro, *Tribunales, justicia y eficacia. Estudio sociológico sobre la racionalidad económica en la función judicial* (México: UNAM, 2006), 207.

³⁰⁶ Domingo García Belaunde “Problemas sobre el gobierno y administración judicial”, en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI* (México: UNAM/Senado de la República, 1997), 193.

³⁰⁷ Tribunal Supremo español, sala tercera (Contencioso-Administrativa), sección 3ra, sentencia 12168/1990, de 3 de diciembre.

³⁰⁸ Tribunal Constitucional español, sentencia 56/1990, de 1 de julio.

fundado en la doctrina de división de poderes, que atribuye dichas facultades a la cúspide del Poder Judicial (la Corte Suprema).

Respecto del primero, la doctrina ilustra que por «herencia del sistema del antiguo régimen»³⁰⁹, donde las atribuciones relacionadas con la situación orgánica–laboral de los jueces le estaban atribuidas al monarca³¹⁰, se hizo perfectamente compatible –en los países europeos– la proclamación de la independencia del juez con su dependencia administrativa del ministerio de justicia perteneciente al Poder Ejecutivo, por lo que se lo ha calificado también de «modelo [de administración y gobierno] político»³¹¹.

En sentido contrario, el segundo modelo pone acento en la separación de poderes, excluyendo sobre todo al Poder Ejecutivo, y situando las labores de administración y gobierno en el mismo Poder Judicial, a tal extremo de establecer a nivel constitucional una prohibición de existencia de las secretarías o ministerios de justicia. Por ello, se le ha calificado también de «modelo corporativo»; lo que ha generado controversia y debate, no tanto por la efectividad del modelo de administración y gobierno, sino fundamentalmente por los medios de control de los que dispone el soberano (el pueblo) sobre los jueces en el marco de una sociedad democrática³¹².

³⁰⁹ Luis López Guerra, “Reflexiones sobre los modelos...”, 250.

³¹⁰ Quizá el ejemplo más representativo de lo expuesto, sea lo previsto en el Art. 94 de la Constitución española de 1869 que prescribía: “El Rey nombra los Magistrados y Jueces a propuesta del Consejo de Estado y con arreglo a la ley orgánica de Tribunales. El ingreso en la carrera judicial será por oposición. Sin embargo, el Rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de Magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, ni a las reglas generales de la ley orgánica de Tribunales pero siempre con audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para estos casos establezca la referida ley”. Algunos datos históricos al respecto, véase María Luz Martínez Alarcón, *La independencia...*, 281-285. Véase también, Luis Delgado del Rincón, “La configuración de la Administración de justicia...”, 221-225.

³¹¹ Se ha sostenido en ese sentido, por modelo político: “[...] que la administración y el gobierno del Poder Judicial radica y depende del poder político, normalmente del Poder Ejecutivo. Sin embargo, caben matices. El gobierno, en este tipo de modelo, lo tiene siempre el poder político, esto es, decide siempre. Con matices, es quien elige, remueve, asciende y sanciona a un magistrado. Pero, en lo administrativo, puede haber ciertas concesiones, como por ejemplo, que todo el manejo de bienes y servicios lo tenga parcialmente el Ejecutivo, o pase totalmente al mismo Poder Judicial que de esta manera crea su propia administración para manejar su actividad interna”: Domingo García Belaunde “Problemas sobre el gobierno...”, 196. Véase también, Héctor Fix Fierro, *Tribunales, justicia...*, 296.

³¹² El ejemplo que mejor evidencia esta postura es, seguramente, el artículo 14 transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que suprime la Secretaría de Justicia. El originario artículo 94 de la Constitución mexicana instituía únicamente una Suprema Corte de justicia y los Tribunales de Circuito y de Distrito; además el artículo 97 concedía facultades a la Suprema Corte para nombrar a los jueces de distrito, para cambiarlos de lugar, así como en temas de vigilancia y control. Sobre el tema, véase Luis López Guerra, “Reflexiones sobre los modelos...”, 250. Claro que, en un sistema democrático donde “principales órganos son elegidos por el pueblo y responden de sus actos, es difícil

Claro que, el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial ha puesto en evidencia el surgimiento de un tercer modelo, denominado «institucional», a través del cual, se ha sustraído tanto de los ministerios de justicia (países de tradición europea) y del propio Poder Judicial (países de tradición americana) las funciones de gobierno y administración. Se ha propiciado así, la «creación de órganos *ad hoc*», que bajo el epígrafe regular y genérico de consejos de la judicatura, gozan de una especial posición jurídica respecto de los jueces³¹³.

Una revisión detenida y profunda respecto del gobierno y administración del Poder Judicial permite identificar una íntima conexión con la independencia del Poder Judicial en sentido institucional, así como respecto de cada uno de los jueces. Ello resulta patente en el caso ecuatoriano, si consideramos que la Constitución de 2008 ha reiterado la vigencia del Consejo de la Judicatura (cuya aparición es de larga data como veremos más adelante), así como su diseño institucional ha sido, incluso, objeto de un referéndum reformativo de la Constitución en el año 2011. Las concretas implicaciones de éste órgano constitucional y su relación con las garantías de la independencia judicial a las que nos hemos referido en el capítulo anterior, es lo que pasamos a estudiar a continuación.

3.2. La posición constitucional del Consejo de la Judicatura.

El antecedente más remoto –claro está, no a nivel constitucional, ni en forma tan explícita– de lo que genéricamente se conoce como consejo de la judicatura, se encuentran en Italia, con el real decreto de 4 de enero de 1880 que establecía una Comisión Consultiva para conocer lo hoy se denomina situaciones administrativas y gubernativas; posteriormente la Ley de 25 de abril de 1907 creó el *Consiglio Superiore de la*

aceptar la idea de que exista una importante rama del gobierno que se maneje a sí misma y no responda ante nadie. Esto, como es lógico, no sólo debilita la institución, sino que le resta respaldo democrático frente a las demás instituciones del Estado [...por lo que en la] actualidad está en serio debate”: Domingo García Belaunde “Problemas sobre el gobierno...”, 196-197.

³¹³ Luis Aguiar de Luque, “El gobierno judicial en el derecho comparado: entre la dirección política y gestión administrativa”, en *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 3. Se ha dicho que “[e]l modelo *institucional* es el que ha tenido más influencia en los últimos tiempos, y está centrado en lo que genéricamente se conoce como Consejo de la Judicatura”; y si bien es cierto, el Consejo de la Judicatura como institución –podría decirse– se encuentra a estas alturas consolidado, presenta varios problemas: su ubicación, su composición, sus funciones: Domingo García Belaunde “Problemas sobre el gobierno...”, 197-199. Véase también, Héctor Fix Fierro, *Tribunales, justicia...*, 296. Se ha anotado también que “la aparición de los Consejos de la Magistratura significa un paso más en la automatización de la carrera judicial al colocar en su cúspide, no al Ministerio de Justicia, sino a un órgano separado del Ejecutivo”: Luis López Guerra, “Reflexiones sobre los modelos...”, 252.

Magistratura con funciones algo limitadas; y, en 1908 mediante la Ley de 24 de julio, se crearon los Consejos Disciplinarios en sede de los Tribunales de Apelación y una Corte Suprema Disciplinaria a cargo de los jueces superiores; instituciones que sufrirían algunas reformas, y que desaparecerían con el régimen fascista³¹⁴.

También en España existen antecedentes sobre un órgano de administración judicial. Una propuesta de reforma presentada el 5 de julio de 1916, proponía el establecimiento de un organismo denominado Consejo Judicial; órgano que no fue creado sino hasta que se adoptó el decreto de 21 de junio de 1926³¹⁵.

La historia constitucional ubica por primera vez al *Conseil Superiuer de la Magistrature* (Arts. 83 y 84) en la Carta Fundamental francesa de 1946. Posteriormente sería adoptado con el nombre de *Consiglio Superiore de la Magistratura* (Art. 104) en la Constitución italiana 1947³¹⁶. Con posterioridad, estos órganos constitucionales autónomos se han extendido por todo el mundo, tanto que se han incluido en casi en todas las constituciones de países de Europeos y Latinoamericanos, ya sea al promulgar la Constitución, o mediante la promoción de sendas reformas constitucionales; incluso se tiene noticia de su implementación en países muy lejanos a las tradiciones europeas, como es el caso de Sudáfrica o Australia³¹⁷.

La finalidad de la creación, de lo que –genéricamente– se conoce como Consejo de la Judicatura, puede asegurarse, es preponderantemente europea: «limitar a los ministerios de justicia en sus atribuciones tradicionales respecto al gobierno y la administración de los tribunales»³¹⁸; es decir, se pretende excluir el «predominio del organismo ejecutivo»³¹⁹, y

³¹⁴ Héctor Fix-Zamudio, “Justificación conceptual de los Consejos de la Judicatura”, en *Memoria 2005* (México: El Colegio Nacional, 2005), 118-120.

³¹⁵ María Luz Martínez Alarcón, *La independencia...*, 281-284.

³¹⁶ Luis Aguiar de Luque, “El gobierno judicial en el derecho comparado...”, 3. Véase también Héctor Fix Fierro, *Tribunales, justicia y eficacia...*, 296.

³¹⁷ Sólo a título ejemplificativo, lo que genéricamente se entiende por Consejo de la Judicatura, se ha establecido en países Europeos como: Turquía, Grecia, Portugal, España, Bulgaria, Eslovenia, Rumania, Hungría, Polonia, Bélgica y Holanda. En Latinoamérica: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, México, Paraguay, Perú, El Salvador, entre otros.

³¹⁸ Jorge Carpizo, “Otra reforma constitucional: La subordinación del Consejo de la Judicatura Federal”, en *Cuestiones Constitucionales* (México: UNAM, No. 2, enero–junio de 2000), 209. En el caso de España se ha dicho que “el CGPJ [Consejo General del Poder Judicial] no sólo sirve de garantía de la independencia judicial de forma *refleja*, ejerciendo competencias que el Ejecutivo había desarrollado históricamente en materia de justicia, sino que persigue también su salvaguarda de forma *directa*, asumiendo una serie de potestades inmediatamente destinadas a proteger el principio constitucional, entre otras el conocimiento de

concomitantemente posicionar al Poder Judicial como «orden autónomo e independiente»³²⁰. Por eso se ha dicho que, el consejo de la judicatura es un intento para limitar las facultades tradicionales de los ministerios de justicia.

Claro que la realidad latinoamericana –donde tales funciones eran ejercidas por el propio Poder Judicial– la finalidad es de otra naturaleza: lograr la dedicación exclusiva de los jueces a las funciones jurisdiccionales; la necesidad de un órgano especializado para las decisiones de gobierno y administración; evitar el corporativismo judicial; así como la materialización de responsabilidades a las máximas instancias judiciales. En la misma línea, se ha anotado la falta de un funcionamiento adecuado de los sistemas de gobierno y administración radicados en las cúpulas judiciales; también existen argumentos bastante llamativos, como el *aval* que constituye para su incorporación el que múltiples países lo hayan implementado³²¹.

Por tales razones, la institucionalización de los consejos de la judicatura en Latinoamérica tiene otra perspectiva: se trata de «proteger la independencia interna de los jugadores, al limitar la intromisión de las Cortes Supremas en las decisiones de la organización judicial»³²², que habían terminado incidiendo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los jueces de instancias inferiores. Dicho en otras palabras, el "problema" en Latinoamérica no radicaba en la dependencia político–partidaria, sino en un fuerte corporativismo clientelar que –a fin de cuentas– terminó consolidándose en las cúpulas judiciales.

En el Ecuador, el Consejo de la Judicatura aparece en la reforma constitucional del año 1992 en los siguientes términos: «El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial. La Ley determinará su integración,

sanciones disciplinarias contra jueces y magistrados...”: María Luz Martínez Alarcón, *La independencia...*, 286.

³¹⁹ Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossíos, *El poder judicial en el...*, 13.

³²⁰ Giovanni Giacobbe, “Autogobierno de la Magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la República italiana”, en *Justicia y sociedad* (México: UNAM, 1999), 88. El mismo autor ha señalado que esta concepción pone “al poder en sí mismo en un equilibrio dialéctico frente a los demás órganos del Estado”, lo que tiene relación directa con la distinta dimensión del papel del juez que se le atribuye luego de regímenes totalitarios (principalmente Italia), pues “la distinta concepción de la jurisdicción, impone, por lo tanto, otra definición de las reglas de la organización. Por ello la previsión de un órgano destinado a garantizar la autonomía y la independencia de la Magistratura”.

³²¹ Jorge Carpizo, “Otra reforma constitucional: La subordinación...”, 211.

³²² Israel Rivas Acuña, *El Consejo de la Judicatura Federal. Trayectoria y perspectivas* (México: UNAM, 2011), 49.

forma de selección de sus integrantes, estructura y funciones»³²³; tal precepto pasó a ser el artículo 100 de la Constitución conforme la codificación expedida en 1993³²⁴; y, ese mismo precepto pasó a ser el artículo 125 de la Constitución, con la codificación promulgada en el año 1996³²⁵.

En el año 1997, mediante Decreto Ejecutivo del entonces Presidente Interino de la República Fabián Alarcón se convoca a consulta popular. La pregunta 11 decía: ¿Está usted de acuerdo que el Consejo de la Judicatura cumpla funciones administrativas y sus miembros sean designados por la Corte Suprema de Justicia?³²⁶ Finalmente con la reforma a la consulta popular, la pregunta sobre el Consejo de la Judicatura fue la décimo segunda³²⁷. Celebrada que fue la consulta popular, el 25 de mayo de 1997, los resultados afirmativos³²⁸ permitieron al Congreso Nacional sustituir el artículo 125 de la Constitución, dándole al Consejo de la Judicatura el carácter de «órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial», cuya integración se radicaba en la Corte Suprema de Justicia con el voto de las dos terceras partes; y, una remisión legal para determinar su funcionamiento³²⁹.

³²³ La Función Legislativa, considerando “Que, es necesario modernizar la administración de justicia, hacerla más ágil y eficiente y dotarle de los medios necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones” expidió la Ley No. 20, Reformas a la Constitución Política del Estado; y, en el artículo 10 de la ley reformativa, entre varias disposiciones, a continuación del artículo 98 añadía el precepto referente al Consejo de la Judicatura. La reforma constitucional fue publicada en el Registro Oficial No. 93 (S), de 23 de diciembre de 1992. Una síntesis de los datos históricos de la evolución de la Función Judicial en el Ecuador pueden consultarse en Santiago Andrade Ubidia, “La Constitución Política y la Administración de Justicia”..., 215.

³²⁴ El Congreso Nacional, “en cumplimiento de la Vigésima Quinta Disposición Transitoria de la Ley Reformativa de la Constitución Política del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 93, del 23 de diciembre de 1992” expidió la Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador (en esta codificación el Consejo de la Judicatura pasó a estar previsto en el Art. 100). La codificación fue publicada en el Registro Oficial No. 1183, de 5 de mayo de 1993.

³²⁵ La codificación referida, si bien no reforma el precepto referente al Consejo de la Judicatura, del artículo 100, pasó a estar previsto en el artículo 125: Registro Oficial No. 969, de 18 de junio de 1996.

³²⁶ Decreto Ejecutivo No. 201, publicado en el Registro Oficial No. 38, de 7 de abril de 1997.

³²⁷ El Decreto Ejecutivo No. 201 fue reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 240, publicado en el Registro Oficial No. 49, de 22 de abril de 1997.

³²⁸ Los resultados de la consulta popular fueron proclamados mediante Resolución del Tribunal Supremo Electoral, publicados en el Registro Oficial No. 80, de 5 de junio de 1997. La pregunta número 12 de la consulta popular obtuvo los siguientes resultados: Si: 1512.406; No: 1189.976; Nulos: 482.474; Blancos: 480.457. Véase al respecto, *Informe del Tribunal Supremo Electoral al Congreso Nacional*, 10 de agosto 1998, 28; también, *Informe del Presidente del Tribunal Supremo Electoral sobre la organización de la Consulta Popular del 25 de mayo de 1997* (Quito: Trama, 1997), 101.

³²⁹ Este texto fue aprobado por el Congreso Nacional, Reformas a la Constitución Política de la República del Ecuador, publicadas en el Registro Oficial No. 120, de 31 de julio de 1997. Véase también, Santiago Andrade Ubidia, “La Constitución Política y la Administración de Justicia”..., 219.

En el año 1998, se promulga la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura; y, bajo el mismo nombre entra a funcionar como «órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial»³³⁰. Aunque la referida ley otorgaba un conjunto de atribuciones (12 para ser exacto) al pleno del Consejo de la Judicatura (Art. 11 Ley del Consejo Nacional de la Judicatura), éste no pasó de ser un órgano subordinado a la Corte Suprema de Justicia y, por ende aplicador de sus políticas generales (Art. 11.1 LCNJ). Las razones que llevaron al legislador a promulgar la ley de su creación, difícilmente pueden referirse, pues la ley no contenía siquiera considerandos, peor aún venía acompañada de una exposición de motivos.

Posteriormente, el Consejo Nacional de la Judicatura se institucionaliza en la Constitución Política de 1998. Al carácter «administrativo y disciplinario» que se le había atribuido en su ley de creación, la Constitución adiciona (nuevamente) el carácter de órgano de «gobierno» (Art. 206)³³¹. Sin embargo, tal reconocimiento constitucional no cambió sustancialmente su posición jurídica, puesto que la ley de creación (de 1998) no fue modificada sino hasta el año 2001, reforma que, en todo, caso no cambió sustancialmente la institución del diseño legal que se había establecido antes de la Constitución de 1998³³².

La Constitución de 2008 no hace sino reiterar (y continuar) la vigencia del Consejo de la Judicatura (que se encontraba funcionando). Si bien las actas de los debates no dan cuenta de las razones que llevaron a los constituyentes a continuar la vigencia del Consejo de la Judicatura, la votación del texto constitucional referente a dicha institución (en el segundo debate 94 votos afirmativos de 117 presentes) deja entrever la existencia de una amplia mayoría a favor de tal posición³³³.

La propuesta original del artículo decía: «El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, *encargado de* la administración, vigilancia y disciplina de la Función

³³⁰ Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, publicada en el Registro Oficial No. 279, de 19 de marzo de 1998 (artículo 1).

³³¹ Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.

³³² Ley No. 54, publicada en el Registro Oficial 464, de 29 de noviembre de 2001.

³³³ Asamblea Nacional Constituyente, *Lectura y votación del articulado referente a: 2.2 Medios Alternativos de Solución de Conflictos, Jueces de Paz, Jurisdicción Indígena, Fiscalía General del Estado, Sistema de Protección de Víctimas, Testigos y Participantes en el Proceso Penal, Defensoría Pública, Rehabilitación Social y Consejo de la Judicatura* (Montecristi, Acta 82, sesión del viernes 11 de julio de 2008), p. 35

Judicial»³³⁴, texto que se ratificó en la votación definitiva del segundo debate³³⁵; no obstante, el texto de la Constitución vigente contiene una redacción diferente, pues expresa que el Consejo de la Judicatura es el «órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial» (Art. 178 inc. 2 CRE). La diferencia entre uno y otro texto radica en la eliminación de la frase “*encargado de la*”; tal cuestión puede parecer irrelevante, no obstante, entre una y otra radica un aspecto sustancial: en la redacción dada en el segundo debate, el gobierno de la Función Judicial comprende tres cuestiones específicas (administración, vigilancia y disciplina); mientras que en la redacción que consta en el articulado final de la Constitución "gobierno, administración, vigilancia y disciplina" son, en realidad, cuatro cuestiones harto diferentes.

Aunque el texto constitucional expresa que la naturaleza del Consejo de la Judicatura radica en ser órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, ello no resulta concluyente respecto de su status frente a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial y, particularmente de los jueces. En sentido contrario, bastante sedicente resulta que la Constitución encargue la administración de justicia a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial (Art. 177 CRE); que la administración de justicia deba hacerse únicamente con sujeción a instrumentos normativos (Art. 172 CRE); así como que, quien ostente el cargo de Presidente de la Corte Nacional de Justicia sea el *representante* de la Función Judicial (Art. 182 CRE).

Es más, resulta expresivo que al Consejo de la Judicatura se lo consagra como ente administrativo, con reconocimiento constitucional, pero órgano administrativo al fin y al cabo; por ende sujeto a la naturaleza del derecho administrativo como cualquier otra institución administrativa del Estado. A fin de cuentas, el Consejo de la Judicatura como cualquier otra institución, órgano o dependencia que «actúa en virtud de una potestad estatal»; por mandato constitucional, debe y puede ejercer «solamente las competencias y

³³⁴ Asamblea Nacional Constituyente, *Conocimiento de los informes de Mayoría y Minoría presentados por la Mesa Constituyente No. 8 de Justicia y Lucha contra la Corrupción, para el primer debate de los textos constitucionales, referentes a: Medios alternativos de solución de conflictos, Jueces de Paz, Jurisdicción Indígena, Fiscalía General del Estado, Sistema de Protección de Víctimas, testigos y participantes en el Proceso Penal, Defensoría Pública, Rehabilitación Social y Consejo de la Judicatura* (Montecristi: Acta 63, sesión del martes 17 de junio de 2008), 16.

³³⁵ Asamblea Nacional Constituyente, *Lectura y votación del articulado...*, 35.

facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley» (Art. 226 CRE); cuestión que resulta clara incluso en el ámbito comparado³³⁶.

Esa es también la clara y contundente posición del legislador al promulgar el Código Orgánico de la Función Judicial; pues para referirse al Consejo de la Judicatura, lo califica de «*órgano administrativo*» y, en todo caso, le otorga un carácter «*instrumental*» para asegurar el correcto, eficiente y coordinado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, autónomos y auxiliares; añadiendo en términos concluyentes: «en ningún caso, el Consejo de la Judicatura se considerará jerárquicamente superior ni podrá atentar contra la independencia para ejercer las funciones específicas de las juezas y jueces» (Art. 254 COFJ).

Conveniente resulta una concreción adicional. El funcionamiento del Consejo de la Judicatura diseñado en la Constitución de 2008 es de imposible valoración, debido a que nunca funcionó; pues el referéndum del año 2011 varió sustancialmente su diseño original. En fin, el Consejo de la Judicatura vigente se posiciona, por decir lo menos, como un órgano de fuerte incidencia en la Función Judicial.

Esa "fuerte incidencia" puede advertirse no sólo desde una dimensión estrictamente jurídica (por sus atribuciones y competencias) sino, sobre todo, desde una dimensión material; pues resulta suficiente una visita a una dependencia judicial para advertir, en aspectos tan simples como la imagen institucional, que parece primar la imagen del Consejo frente a lo estrictamente jurisdiccional. Si la naturaleza del Consejo (como órgano no sólo de gobierno...), su diseño otorgado a través de referéndum y/o las concretas atribuciones definidas por el legislador tienen como su centro la materialización de la independencia judicial, es una cuestión que vamos a analizar al abordar los siguientes temas, debiendo iniciar por sus funciones.

³³⁶ Refiriéndose al Consejo de la Judicatura Federal mexicano se ha dicho: “El Consejo no es tribunal. Funciones jurisdiccionales no las puede poseer”, véase Jorge Carpizo, “Otra reforma constitucional: La subordinación...”, 212. Respecto del Consejo General del Poder Judicial español se ha dicho: “el gobierno que ejercer el CGPJ se orienta en ese sentido, nítidamente diferenciado del ejercicio de la potestad jurisdiccional”, véase Luis María Díez-Picazo, “Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial”, en *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada...*, 74.

3.2.1. Consejo de la Judicatura: su funciones y límites.

La naturaleza del Consejo de la Judicatura, según el texto constitucional, radica en ser órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial; para lo cual se le reconocen atribuciones expresas (exactamente en cinco numerales, Art. 181 CRE); aunque, vale reiterar, que el legislador puede ampliar tales atribuciones, conforme la autorización expresa de la Constitución cuando refiere: «Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley» (inc. 1ro del Art. 181 CRE).

Las atribuciones previstas en la Constitución pueden clasificarse en cinco ámbitos. A ellas hay que agregar, las previstas en la regulación legislativa conforme el Código Orgánico de la Función Judicial:

- a) La *definición y ejecución de políticas* para el mejoramiento del sistema judicial.- El texto constitucional inicia dando al Consejo de la Judicatura atribución para la «definición y ejecución de políticas» orientadas al «mejoramiento y modernización del sistema judicial» (Art. 181.1CRE). Para cumplir tal el legislador faculta al Pleno del Consejo para «aprobar, actualizar y supervisar la ejecución del Plan Estratégico de la Función Judicial» (Art. 264.3 COFJ).

Que se faculte al Consejo de la Judicatura aprobar el Plan Estratégico de la Función Judicial, significa que será el Consejo, el organismo que determine las cuestiones referentes a: talento humano; infraestructura civil y tecnológica; coordinación interinstitucional; modelo de gestión, es decir, forma de desempeño de los juzgados; así como la gestión financiera. Implica además, que le corresponde definir la misión, visión, objetivos estratégicos, estrategias e indicadores, así como los principios fundamentales por los cuales ha de regirse la Función Judicial³³⁷.

- b) El manejo de los *recursos económicos*.- Otra de las atribuciones está relacionada con los recursos económicos, puesto que debe «conocer y aprobar la proforma presupuestaria de la Función Judicial» (Art. 181.2 CRE); atribución de la que constitucionalmente se exceptiona a los órganos autónomos (Fiscalía General del

³³⁷ El Consejo de la Judicatura ha aprobado el Plan Estratégico de la Función Judicial en atención al periodo de los vocales actualmente designados, 2013-2019. Puede revisarse su contenido en la publicación del Consejo de la Judicatura, *Rendición de Cuentas enero 2013–enero 2014: Acceso a la justicia. Servicio y ciudadanía*, 89 y ss.

Estado y Defensoría Pública); excepción en todo caso carente de sentido, puesto que el Consejo de la Judicatura es órgano de gobierno de la Función Judicial y los órganos autónomos (Art. 177 CRE) forman parte de ella³³⁸. Además, el COFJ determina que el Consejo de la Judicatura es un «órgano único» de la Función Judicial (Art. 254 COFJ).

No obstante la previsión constitucional, el legislador ha matizado la excepción de los órganos autónomos, pues previene que «deberán presentar al Pleno del Consejo de la Judicatura la proforma presupuestaria para su incorporación en el presupuesto de la Función Judicial» (Art. 264.6COFJ).

c) Los *recursos humanos*.- La Constitución confiere atribución para «dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial»; así como la «evaluación, ascensos y sanción», debe entenderse, de los servidores de la Función Judicial. Ambas atribuciones han de ejercerse bajo los requisitos de procesos «públicos» y decisiones «motivadas» (Art. 181.3 CRE). El legislador ha precisado que tal atribución incluye la facultad del Consejo de la Judicatura para «nombrar y evaluar» a las juezas y jueces, de cualquier orden funcional: Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales; juezas y jueces de primer nivel (Art. 264.1 COFJ).

Respecto del régimen disciplinario prevé, por separado, la facultad de «imponer la sanción disciplinaria de suspensión de funciones sin sueldo, amonestación o multa» a las juezas y jueces, conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia (Art. 264.11 COFJ); así como «imponer las sanciones disciplinarias de destitución a los servidores judiciales» (Art. 264.14 COFJ); tanto el nombramiento como el régimen disciplinario tienen previsto un régimen específico, cuestión se ha analizado en el capítulo anterior, por lo que resulta oportuno remitirse a las reflexiones allí anotadas (ítem 2.5).

³³⁸ La discusión sobre la inclusión o exclusión de los denominados órganos “autónomos” en las competencias del Consejo de la Judicatura puede ser muy amplia, tanto que desborda los límites de la presente tesis, por lo que no puede ser abordada aquí a plenitud. Sin embargo, ha de decirse que un adecuado funcionamiento de estos órganos (Fiscalía y Defensoría) resulta imprescindible para el funcionamiento del sistema de justicia. Además, ya hemos tenido (hasta antes del Código Orgánico de la Función Judicial) un sistema diferenciado de regulación, lo que no permitió, precisamente, consolidar un sistema judicial efectivo, por lo que no resulta convincente la existencia del Consejo de la Judicatura para cumplir funciones administrativas y de gobierno exclusiva y únicamente respecto de los órganos jurisdiccionales. En tal virtud, lo más conveniente será radicar tales funciones en cabeza del Consejo de la Judicatura, tal como lo disponen tanto la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial.

Lo que sí corresponde analizar –aunque sea brevemente– es lo referente a la evaluación. Si consideramos que la definición lingüística del término *evaluar* es: «señalar el valor de una cosa»; puede inferirse que la evaluación implica un conjunto de actividades que sirven para emitir un juicio, establecer una valoración o medir un objeto. Este mecanismo surge ante la carencia y/o déficit en la prestación de los servicios públicos y la insuficiente estructura gubernamental para hacer efectivos los derechos. En un ámbito generalizado de ineficacia del accionar estatal, durante la década de los 70 surge el New Government (Neo-Gerencialismo) en países como Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Estados Unidos: su objetivo central es la institucionalización de «un gobierno más eficiente que se administra de una manera más parecida a la forma en que lo hacen las organizaciones privadas»³³⁹; la evaluación en un componente crítico en el desempeño del Estado.

La doctrina del New Government pretende llevar un control del accionar estatal, ya sea de la función de los agentes del gobierno, como del cumplimiento de los objetivos y metas gubernamentales; con su adopción e implementación se pretende una "nueva" gestión pública que permita cumplir con los principios de eficacia, eficiencia y calidad. En tal perspectiva, la evaluación se encuentra comprendida como un instrumento de un marco más general, denominado "proceso de modernización" del Estado.

En el marco de ese proceso, se pretende la adopción de una nueva forma de gestión, a fin de que los bienes y servicios lleguen a los ciudadanos con mayor oportunidad. Esta nueva gestión pública fue adoptada por países Latinoamericanos que atravesaban periodos de transición de regímenes autoritarios, marcando su retorno a la democracia; es decir, en el marco de sociedades que presentaban problemas de inestabilidad política³⁴⁰; con ello se pretendía cambiar una práctica de instituciones ineficaces, servicios lentos y de mala calidad. En ese contexto, la *administración pública* ha experimentado un proceso de reforma, fundamentalmente, en las funciones de gobierno; es decir, en las tareas que desempeña el ejecutivo.

³³⁹ David Arellano Gault, "Nueva gestión pública: ¿Dónde está lo nuevo? Bases para el debate de la reforma administrativa", en *Más allá de la reinvencción del gobierno: fundamento de la nueva gestión pública y presupuestos por resultados en América Latina* (México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2004), 13 y ss.

³⁴⁰ Carlos Sojo, *El Estado bajo escrutinio. Opinión pública, estabilidad y desempeño gubernamental en América Latina...*, 14-15.

Sin embargo, aun admitiendo lo anterior, en la práctica el proceso modernizador (de la función de gobierno) no produce una auténtica "revolución" en la operatividad de la función pública; es decir, no existe un reemplazo de las prácticas tradicionales por unas nuevas (no se sustituye un sistema por otro), sino que se trata, más propiamente, de ideas reformadoras para lograr la eficiencia del gobierno. A fin de cuentas, tal doctrina pretende ofrecer respuestas y alternativas a una concepción "burocrática" de la administración (la tradicional administración pública weber), sin pretender reemplazar el sistema ya existente: de ahí que, tendencia modernizadora ha producido, en realidad, más efectos simbólicos que materiales³⁴¹.

Establecido lo anterior, conviene dejar expuesto que, instituir la evaluación lleva implícito un escenario problemático; en lo fundamental, porque para proceder a la evaluación ha de pensarse en los *medios* que permitan *objetivamente* asignar el valor al objeto evaluado o realizar la medición, de manera que los resultados no queden sujetos al arbitrio y voluntad individual. El escenario de la evaluación se vuelve más problemático cuando se trata de evaluar el ejercicio de la potestad de los jueces; en lo esencial, porque como hemos dejado expuesto en páginas precedentes (no exclusivamente, pero si mayoritariamente al referimos al régimen disciplinario), la potestad de los jueces no debe verse perturbada por ningún medio; y, el control de sus actuaciones ha de hacerse utilizando el sistema de recursos que ofrece al justiciable el procedimiento legal. Y, es que, sin negar que la administración de justicia sea un servicio público; ha de precisarse que no se trata de un *servicio* cualquiera, ya que los jueces integran no un cuerpo cualquiera de funcionarios sino un Poder del Estado³⁴².

³⁴¹ Para confirmar tales reflexiones es preciso anotar que: "Esta moda administrativa, que algunos defienden, no sin oposición, que es también un nuevo paradigma, está compuesta por una gama importante de teorías, herramientas, discursos, retórica y dogmas que devienen de la economía, de la ciencia política, del gerencialismo, de la teoría de las organizaciones. Sin embargo, la mayor parte de los estudiosos y practicantes de la administración pública y del gobierno conocen en realidad más la retórica, el discurso gerencialista y las apologías de los reformadores, que los fundamentos analíticos, las discusiones teóricas, las bases conceptuales de las corrientes que componen la NGP [nueva gestión pública] En el contexto hispanoparlante, esto se ve agravado todavía más por la gran confusión que existe respecto a la inmensa diferencia entre el marco histórico e institucional que las administraciones públicas de países iberoamericanos han construido a lo largo de siglos, del de aquellos países que crearon los principios de la NGP (más bien de tradición anglosajona, muchos de ellos basados en regímenes parlamentarios conocidos como Westminster)": David Arellano Gault, Prólogo al libro *Más allá de la reinvencción del gobierno: fundamento de la nueva gestión pública y presupuestos por resultados en América Latina...*, 5.

³⁴² Una afirmación de singular naturaleza ha realizado la jurisprudencia comparada: "La actividad judicial o la administración de justicia, cuyo principal objetivo es la pacífica resolución de los conflictos generados

De ahí que, la idea de someter a evaluación *periódica* a los jueces, implica concebir a la administración de justicia desde una visión gerencialista; es decir, se cree que los jueces pueden ser tratados, así como exigir un comportamiento igual al de cualquier servidor público (¿perseguir el cumplimiento de metas y objetivos de gobierno?). Se olvida erróneamente –o quizá en forma intencional– que la naturaleza de la potestad jurisdiccional obliga, incluso, a la adopción de una norma especial para regular el estatuto de los jueces. A fin de cuentas, el juez viene a ser el ente final en el diseño institucional del Estado: la garantía de efectividad del ordenamiento jurídico³⁴³.

Por elemental lógica, como por la especial posición que la Constitución (y el constitucionalismo) asigna a los jueces existe la necesidad de distinguir entre funciones de los servidores públicos respecto de los jueces; tanto es así que, se exige una regulación para el estatuto de los servidores públicos (en general); y, otra para el estatuto de los servidores de la Función Judicial, cuyo representante más importante es el juez³⁴⁴ ¿Qué objeto tendría sino, distinguir lo que no puede tratarse de forma igual, promulgar dos normativas?

Es esa comprensión gerencialista del sistema judicial y, particularmente de la función de los jueces, la que permite aplicar criterios evaluadores de su función extraprocesalmente. Desde luego, no se trata de negar la necesidad de mejorar el desempeño jurisdiccional y la respuesta de los órganos judiciales; pero como ha dicho un magistrado Francés, cuando se trata de la justicia hay que llevar un nivel de reflexión de los asuntos, de manera que no se privilegie el tiempo, pero tampoco se lo desperdicie. De ahí que, un

dentro de la vida en sociedad, es una de las tareas básicas del Estado, según lo advirtieron desde tiempos remotos los pensadores de las distintas civilizaciones, y se acepta sin discusión en las sociedades contemporáneas, o al menos en todas aquellas que pudieran considerarse democráticas. *La sin igual importancia de esta función es tal que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las tres ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados* (cursiva no corresponde al original): Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-238/11, de 1 de abril.

³⁴³ En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado: “Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados”: sentencia No. C-037/96, de 5 de febrero.

³⁴⁴ Hay que recordar que el estatuto de los servidores públicos se encuentra regulado por la Ley Orgánica de Servicio Público, publicada en el Registro Oficial No. 294, de 6 de octubre de 2010; y, el estatuto de los jueces se encuentra regulado por la Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544, de 09 de marzo de 2009.

sistema de evaluación para los jueces, no precisamente está orientado a fortalecer la independencia judicial, ni parece resultar compatible con el ejercicio de sus funciones.

El escenario se vuelve, por decir lo menos, confuso si tratamos de identificar un mecanismo para *evaluar* el desempeño de los jueces: una evaluación de carácter cuantitativa ¿Qué aspectos debe cuantificar? ¿Y la naturaleza y complejidad de los asuntos? ¿Cómo se controla objetivamente? El mecanismo sujetaría a los jueces a un cálculo estadístico que no se compadece con la naturaleza de la función; una evaluación de carácter cualitativo pondría en escenario la posibilidad de una "corrección" de la decisión del juez extra proceso.

Tampoco el tema se solventa, considerando el porcentaje de decisiones confirmadas en sede de recurso, pues un mecanismo de tal naturaleza resultaría incompatible con la independencia que se reconoce a cada juez para adoptar sus decisiones (generalmente conocida como independencia interna); y, finalmente, si se quiere evaluar el desempeño del juez desde la perspectiva de servicio público, la satisfacción del justificable no precisamente, parece ser, el mejor mecanismo para medir o valorar su actuación. Así, es preciso decir, que la naturaleza de la función jurisdiccional, no precisamente, puede orientar su desempeño a la satisfacción de los "usuarios". Por ello no resulta acertado que el constituyente exija una evaluación periódica a los jueces y, se faculte al Consejo de la Judicatura para llevar a efecto los procesos de evaluación.

Prevista constitucionalmente la evaluación, menos aceptable resulta que la regulación legislativa sea, por decir lo menos, deficiente; pues, el legislador refiere que los servidores de la Función Judicial «estarán sometidos a una evaluación individual y periódica de su rendimiento» (Art. 87 COFJ); periodicidad que, en todo caso no ha sido establecida por el legislador y, por ende, se encuentra sujeta a la discrecionalidad del Consejo de la Judicatura. Más bien, el legislador ha autorizado que la evaluación pueda hacerse por «muestreo o en caso de que existan irregularidades o problemas por denuncias reiteradas» (Art. 88 COFJ).

Claro que la existencia de denuncias, que para el caso deben ser reiteradas, es una cuestión de suma importancia (y resulta claro que deben ser investigadas); pero, tal asunto debe ser solventado en el ámbito del procedimiento disciplinario, pareciendo no resultar

aceptable que se trate del único criterio, ni más oportuno o suficiente, para proceder a la evaluación de su función, más aún si consideramos que en el escenario procesal algunos abogados suelen utilizar la denuncia como una táctica de presión contra el juez³⁴⁵.

Pero lo más sugerente, respecto de la concepción del legislador respecto de la posición del juez –al mismo tiempo inaceptable–, es que el legislador faculte por completo al Consejo de la Judicatura para «determinar los objetivos, normas técnicas, métodos y procedimientos de las evaluaciones, de acuerdo a criterios cualitativos y cuantitativos que, sobre la base de parámetros técnicos, elaborará la Unidad de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura» (Art. 89 COFJ)³⁴⁶. Ninguna intención puede justificar otorgar al órgano administrativo, una facultad *totalmente discrecional*; pues, es preciso señalar que aun habiéndose vinculado la evaluación a la existencia de unos *parámetros técnicos*, los mismos no vienen siquiera mínimamente establecidos por el legislador. Una concreción adicional es necesaria: en otros aspectos, el legislador había remitido cuestiones al Reglamento, para el tema de la evaluación ni siquiera tal remisión existe (sin que ello signifique, que se esté de acuerdo con la regulación casi exclusivamente reglamentaria).

Las objeciones anotadas pueden ser constatadas en la práctica; pues el Consejo de la Judicatura ha llevado a efecto un proceso de evaluación de juezas y jueces de primer nivel, tribunales distritales y cortes provinciales, para lo cual ha expedido el «Reglamento de evaluación de rendimiento para las juezas y jueces a nivel nacional»³⁴⁷. Lo primero que debe hacerse notar, es la falta de seguridad jurídica –en la faceta de confianza legítima que debe generar el sistema jurídico en todo ciudadano– que genera la ausencia de las normas previas para el desarrollo de la evaluación, pues el reglamento se promulgó a finales de junio del presente año (2014) y el periodo de evaluación comprende octubre de 2013 a octubre de 2014 (Art. 11.b del reglamento).

³⁴⁵ Sin negar la importancia que debe dársele al tema de denuncias, hay que tener cuidado de no absolutizar el asunto. A las denuncias debe otorgárseles el trámite correspondiente del procedimiento disciplinario; así como hay que comprender que la evaluación es un tema distinto del régimen disciplinario; sobre todo en un escenario, que por experiencia personal he conocido, donde existen abogados que denuncian a los jueces por haberles negado prueba, porque la sentencia les fue adversa, por negativa de medidas cautelares; y, hasta casos tan anecdóticos –sin perder la perspectiva de la seriedad que el tema demanda– en que algunos abogados pretendiendo quizá asegurarse una decisión favorable suelen presentar sendos escritos –que podrían considerarse de alegaciones– donde se advierte (creo que la palabra más asertiva es amenaza) al juez sobre la posibilidad de presentar tal denuncia.

³⁴⁶ Publicado en el suplemento del Registro Oficial 490, de 13 de julio de 2011.

³⁴⁷ Resolución No. 89 del Pleno del Consejo de la Judicatura, publicada en el Registro Oficial No. 274, del martes 24 de junio de 2014.

El segundo aspecto es el criterio utilizado para llevar a efecto la evaluación: la «tasa de resolución de causas» (Art. 11 literales b y c del referido reglamento), tasa que se obtiene de acuerdo a la información del Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE).

Tal criterio no solo puede resultar objetable sino también pernicioso, por varias razones: En *primer* lugar, establecer como parámetro de evaluación el porcentaje de resolución de causas evidencia el sentido restringido y fragmentado que se tiene de la potestad jurisdiccional; puesto que «más que incrementar el trabajo de los juzgadores les estimularía a comportarse de modo ventajoso desde el punto de vista de la estadística»³⁴⁸, fundamentalmente si tenemos en cuenta que la consecuencia de la evaluación deficiente puede terminar en la separación del cargo.

De manera que, cuando el juez administra justicia no está sujeto sólo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley como manda el constituyente (Art. 172 CRE) sino también sujeto a los resultados de un cálculo estadístico, del que a fin de cuentas depende su estabilidad. En la perspectiva de evaluación del Consejo de la Judicatura, no sólo que los jueces pueden, sino que deben, privilegiar la cantidad sobre la calidad para mantenerse en funciones; la evaluación se convierte así, en una especie de sistema donde se debe «juzgar a destajo»³⁴⁹.

En *segundo* lugar, ese "parámetro" o "metodología" puede estar causando efectos perversos, tanto en el cumplimiento del régimen procesal (piénsese por ejemplo en las causas que deben ser acumuladas y no lo son, porque el sistema privilegia la finalización del proceso), como en la tan apreciada motivación de las decisiones (sobre todo si se tiene en cuenta que los jueces deben no sólo dictar sentencias, sino además dictar autos de prueba, dirigir audiencias, cumplir inspecciones, entre otras decisiones interlocutorias).

³⁴⁸ Diego Iñiguez Hernández, "Las funciones *ad extra* del CGPJ", en *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada...*, 110.

³⁴⁹ Cabe una aclaración primordial, puesto que aunque Gabriel Pascual Doménech usa la expresión para referirse al sistema de retribuciones implementado por el Consejo General del Poder Judicial español, bien puede emplearse la misma expresión aquí; con la gravedad de que en el sistema ecuatoriano la *tasa de productividad* no tiene incidencia en la retribución del juez sino en su inamovilidad (que desde mi perspectiva es más grave): véase al respecto, Gabriel Pascual Doménech, *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones* (Madrid: Thompson Civitas, 2009), 1 y ss. Un resumen bastante ilustrativo sobre la referida obra puede revisarse en la recensión de Susana de la Sierra, *Revista de Administración Pública* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 180, septiembre–diciembre de 2009), 431-434.

Existe una cuestión adicional y, se relaciona con aquellas maniobras tramposas que se emplean por algunos jueces (quizá pocos, pero existen), que para hacer aparecer una productividad abundante reportan al sistema decisiones otro tipo de decisiones como sentencias³⁵⁰. El resultado de la productividad llega a ser, en estos términos, más aparente que real³⁵¹, ya que se refiere únicamente a lo cuantitativo.

Si la primera objeción fue respecto de la ausencia del reglamento que regula la evaluación al tiempo que inició el periodo evaluado, la *tercera* tiene que ver con las cosas a futuro. Y es que, llama la atención que tal reglamento se haya previsto con vocación de exclusividad, puesto que si se quiere evaluar con fundamento en otros parámetros resulta necesaria la expedición de otro reglamento, cuestión que resulta (la de dictar reglamentos con vocación de exclusividad) una práctica habitual –quizá deliberada– del Consejo de la Judicatura³⁵².

Por *último*, de esta facultad prevista en la Constitución, debe decirse algo respecto del ascenso y la promoción. Conviene iniciar señalando, que el legislador gradúa las categorías de la Carrera Judicial «en orden ascendente, desde el número uno hasta el diez» (Art. 45 COFJ). La razón de la *graduación* de categorías está directamente relacionada con el ascenso y la promoción de quienes pertenecen al régimen de carrera: por ejemplo, se ingresa en la categoría uno como «juez de primera instancia» (Art. 45 inc. 2 COFJ), en el caso de un juez penal que obtenga la categoría tres «*podrá* optar por el cambio a tribunal» (Art. 45 inc. 2 COFJ); y, cuando los jueces obtengan la categoría cinco «*podrán* participar en el concurso público para la designación de juezas y jueces de corte provincial» (Art. 45 inc. 3 COFJ).

El sistema de categorías graduadas permite que un servidor de carrera no precise de optar por el cambio de funciones para ascender. A este respecto resultan expresivos los términos del legislador, en el sentido de que obtenida cierta categoría se *puede optar* para otro cargo; pero si no decide hacerlo, tal decisión no debe afectar su ascenso, debiendo

³⁵⁰ Como el indicador de tasa de resolución se obtiene según los datos del SATJE, algunos jueces tienden a subir al sistema algunas decisiones (autos de archivo) como sentencias, produciendo de esta forma una distorsión en el sistema.

³⁵¹ Gabriel Pascual Doménech, *Juzgar a destajo...*, 131 y ss.

³⁵² Esa vocación de exclusividad se ha visto expresada también en los concursos de merecimientos y oposición para la provisión de nombramientos de juezas y jueces, puesto que para cada concurso de méritos se ha establecido una normativa específica, por lo general instructivos.

recibir un aumento en la remuneración aunque conserve las mismas funciones; se trata, a fin de cuentas, de un modelo adoptado para la gestión de los recursos humanos en la Función Judicial³⁵³.

El mecanismo para ascender es la promoción, que el legislador ha referido tanto en los fundamentos, como en los principios rectores de las carreras de la Función Judicial (Art. 35 COFJ). El cambio de categoría se da por periodos de 3 años cumplidos (Art. 50 COFJ), debiendo la autoridad respectiva, esto es, el Consejo de la Judicatura decidir la promoción (ya sea de oficio o a petición del servidor interesado) atendiendo a varias cuestiones establecidas por el propio legislador (Art. 50 inc. 2 COFJ):

La autoridad respectiva resolverá motivadamente sobre la pertinencia de su promoción o permanencia de categoría de acuerdo con:

1. Las evaluaciones respecto del desempeño cualitativo y cuantitativo de sus funciones;
2. El volumen y la complejidad del trabajo que ha atendido;
3. La calidad de las actuaciones procesales;
4. El número de dictámenes, autos y sentencias de su autoría confirmados, revocados o sobre los que se haya aceptado recurso de casación;
5. El uso adecuado de las medidas cautelares;
6. El número de casos resueltos mediante aplicación de procedimientos y medidas adoptadas para efectivizar el trámite, búsqueda de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, o la ejecución de resoluciones judiciales;
7. La observancia de los plazos o términos judiciales a que esté sujeto, conforme a ley;
8. El informe de rendimiento académico dentro de los programas de capacitación continua de la Escuela de la Función Judicial u otros programas;
9. El resultado de las pruebas de conocimiento y psicológicas;
10. La existencia de sanciones disciplinarias, que constituirán criterio en contra de la promoción; y,
11. La innovación y creatividad en la aplicación, argumentación e interpretación del derecho y los precedentes jurisprudenciales en el ámbito de su competencia.

³⁵³ Sobre el régimen de *carreras* de la Función Judicial y, la razón de la introducción de categorías en el Código Orgánico de la Función Judicial, véase a Vanesa Aguirre Guzmán, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”, en *La transformación...*, 169-173.

El legislador ha fijado los parámetros para la promoción; y, aunque alguno de ellos nos resulten llamativos (piénsese por ejemplo, en la calidad de las actuaciones procesales, el uso adecuado de las medidas cautelares y, la innovación y creatividad en la aplicación, argumentación e interpretación del derecho; cuestiones todas ellas de eminente matiz subjetivo o valoración personal), ha de decirse que en cabeza del Consejo de la Judicatura se radica un sistema que pretende privilegiar e incentivar la permanencia en la función (no solo) jurisdiccional, de los mejores profesionales; aunque ciertamente, la promoción no deja de ser un tema sujeto a discrecionalidad, que habrá de criticarse (o elogiarse) dependiendo de su implementación en la práctica.

- d) Los *conocimientos* del personal que labora en la Función Judicial.- La Constitución atribuye al Consejo de la Judicatura «administrar la carrera y profesionalización judicial», así como «organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial» (Art. 181.4 CRE), para lo cual, el legislador ha instituido la *escuela de la Función Judicial* que desarrolla los programas de formación inicial (Art. 85 COFJ) y continua (Art. 86 COFJ).

Sobre el programa de formación inicial se ha anotado algunos criterios al momento de tratar el proceso de selección y nombramiento; en lo fundamental, porque la formación inicial tiene incidencia directa en el proceso de selección y nombramiento, por lo que resulta oportuno remitirse a tales reflexiones³⁵⁴.

Respecto de la capacitación continua, es un tema que resulta trascendental para un ejercicio independiente de la potestad jurisdiccional; ya que a través de ello se permite el acceso a conocimientos científicos; un tratamiento pormenorizado del ejercicio de esta atribución supera (con gran amplitud) los límites aquí existentes (dado de que podría ser materia de investigación por si sola de una tesis), por lo que dicho tema no puede ser solventado aquí. No obstante, ha de señalarse que el legislador ha radicado dicha función en la Escuela de la Función Judicial (Art. 85.2 COFJ), otorgando a quien la dirige (Director/a) amplias facultades en esta materia, no sólo para elaborar los programas de los cursos sino también para seleccionar a los capacitadores (Art. 84 COFJ).

³⁵⁴ Ver, capítulo II, ítem 2.1.

- e) La *transparencia y eficiencia* de la Función Judicial.- Finalmente, la Constitución le atribuye al Consejo «velar por la transparencia» y la «eficiencia de la Función Judicial» (Art. 181.5 CRE); atribución que se reitera en los mismos términos por el legislador (Art. 264.4 COFJ). Ha de precisarse que se trata, en realidad, de dos cuestiones bastante diferentes: la transparencia hace alusión a la relación existente entre el ejercicio de la potestad jurisdiccional y la sociedad en general; mientras que la eficiencia se refiere a la prestación del servicio y la satisfacción de quienes están inmersos en el sistema judicial.

La transparencia supone un tema muy amplio, un tema que se trató abordar (en alguna faceta) en el capítulo anterior, por lo que cabe remitirse a tales reflexiones. No obstante, debe mencionarse que el legislador no ha precisado los mecanismos a través de los cuáles el Consejo de la Judicatura puede asegurar la transparencia, aunque materialmente pueden citarse algunos medios –a título ejemplificativo– tales como la publicación de las sentencias (tanto en el sistema de trámite judicial, o en el Registro Oficial en el caso de las de casación) o también el informe de rendición de cuentas. En todo caso, no se trata de facultades claramente regladas.

- f) La *facultad reglamentaria*.- El legislador ha establecido dos facultades adicionales al Consejo de la Judicatura. La primera, se relaciona directamente con el status de los servidores judiciales al otorgarle al Consejo de la Judicatura facultad reglamentaria; y la segunda, referida a la facultad consultiva de los proyectos de ley relacionados con el sistema judicial.

Nos ocuparemos de establecer algunas reflexiones solamente respecto de la primera (facultad reglamentaria); no porque la facultad consultiva no resulte importante sino en consideración a que la facultad de expedir leyes se radica en la Asamblea Nacional (Art. 120.6 CRE) como titular de la Función Legislativa. Tanto más si consideramos que –por muy técnicas que resulten las respuestas del Consejo en ejercicio de dicha potestad– el término consultivo resulta expresivo del ejercicio e incidencia de dicha facultad.

En cambio, la facultad reglamentaria resulta uno de los temas más complejos del Consejo de la Judicatura como órgano administrativo, o más genéricamente de gobierno; fundamentalmente por la independencia con que deben desempeñar sus funciones los

jueces como titulares de la potestad jurisdiccional (Art. 168.1 CRE). Ha de decirse que tal independencia debe radicar «no sólo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también en su propio *status*, pues lo contrario supondría la posibilidad de influir en su situación personal con los riesgos que ello acarrea respecto de la función jurisdiccional»³⁵⁵.

El legislador ha configurado la facultad reglamentaria del Consejo de la Judicatura en términos amplios, ya que no sólo puede «expedir, modificar, derogar» sino también «interpretar obligatoriamente» el Código de Ética, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos o resoluciones de régimen interno. Tal facultad se prevé respecto de la «organización, funcionamiento, responsabilidades, control y régimen disciplinario» (Art. 264.10 COFJ). No obstante, a reglón seguido agrega también dicha facultad respecto de «la transparencia y eficiencia judicial», habiendo entendido el Consejo de la Judicatura que se le faculta para adoptar normas secundarias respecto de normas tan importantes como el Código Orgánico Integral Penal³⁵⁶, lo que claro está, es rechazable desde toda perspectiva. Además, el Consejo de la Judicatura ha expedido varios instructivos con carácter objetivo o procedimental, con pretensión de vinculación para la función de los jueces³⁵⁷.

La frecuente, sino común y habitual práctica del legislador de remitir a los reglamentos, cuestiones elementales, como por ejemplo los presupuestos básicos respecto del concurso de merecimientos y oposición, el procedimiento disciplinario, la evaluación durante el curso de formación inicial, la evaluación y otros variados temas, hacen en definitiva que no sólo el estatus de los jueces se vea definido por un orden reglamentario discrecional, sino también que se establezcan normas infra legales que vinculan objetiva y

³⁵⁵ Tribunal Constitucional español, sentencia 108/1986, de 29 de julio.

³⁵⁶ Véase al respecto el “Reglamento para la adopción de medidas cautelares sobre bienes y fondos respecto del delito vinculado con el terrorismo y su financiamiento, previsto en el Código Orgánico Integral Penal”, aprobado mediante Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 254, de 1 de octubre de 2014, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) No. 351, de 9 de octubre de 2014. Puede revisarse en el mismo sentido el “Reglamento de mediación en asuntos relacionados con el Adolescente Infractor”, adoptado mediante Resolución No. 138 del Pleno del Consejo de la Judicatura, publicado en el Registro Oficial No. 308, de 11 de agosto de 2014.

³⁵⁷ Véase, “Instructivo de manejo de Audiencias del Procedimiento Directo previsto en el Código Orgánico Integral Penal”, aprobado mediante Resolución No. 146 del Pleno del Consejo de la Judicatura, publicado en el Registro Oficial No. 335, de 14 de septiembre de 2014. También, “Instructivo que regula el proceso para el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente”, aprobado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante resolución No. 6, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 882, de 30 de enero de 2013.

procesalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que en la práctica implica una *relativización* al extremo de la independencia judicial.

Claro que el legislador no puede proveer todas las regulaciones necesarias para el funcionamiento del sistema judicial, pero debe dejar establecidos unos límites claros a los que debe sujetarse el Consejo de la Judicatura. También hay que señalar que quienes ejercen sus funciones en el Consejo de la Judicatura deben privilegiar una comprensión de la potestad jurisdiccional de los jueces; y las normas reglamentarias han de adoptarse con vocación de universalidad y permanencia, es decir, evitando las reglamentaciones *ad hoc*. Por ello resulta criticable, que hasta el momento, el Consejo de la Judicatura no haya adoptado –quizá en forma negligente o intencional– el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial (Art. 264.10 COFJ).

Resulta oportuno también hacer notar que la independencia no es un factor para la institucionalización del Consejo de la Judicatura como sucede en otros países³⁵⁸. El legislador ha expuesto tal circunstancia en términos bastante expresivos: «órgano instrumental para asegurar el correcto, eficiente y coordinado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, autónomos y auxiliares»; no es que se menosprecie la búsqueda de un correcto y eficiente funcionamiento de los órganos jurisdiccionales sino que la independencia de esos jueces es un presupuesto para hablar del "buen" funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

Si bien es cierto, la independencia (no sólo) de los jueces se proclama constitucional [Arts. 76.7 k) y 186.1) y legalmente (Arts. 8 y 123 COFJ); las responsabilidades que genera su afectación, es un tema que abordaremos más adelante, aunque antes tengamos que ocuparnos de cómo se integra el Consejo de la Judicatura.

3.2.2. Consejo de la Judicatura: su integración.

El mecanismo para designar el Consejo de la Judicatura fue modificado por el referéndum del año 2011³⁵⁹. La Constitución dispone que el Consejo de la Judicatura se

³⁵⁸ Por ejemplo en España la exposición de motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial da cuenta que la creación del Consejo General del Poder Judicial tiene el propósito de afianzar la independencia judicial.

³⁵⁹ El originario artículo 179 de la Constitución fue sustituido por el contenido de la pregunta 5 del referéndum y consulta popular del 7 de mayo de 2011, resultados publicados en el suplemento del Registro Oficial No. 490, de 13 de junio de 2011.

integre «por 5 delegados y sus respectivos suplentes» (Art. 179 inc. 1 CRE), disminuyendo el número de integrantes en relación con la previsión constitucional del 2008, que determinaba 9 vocales.

El Consejo de la Judicatura ecuatoriano es un órgano colegiado bastante reducido, si tenemos en cuenta la conformación de los órganos de gobierno del Poder Judicial en otros países: 7 para el Consejo de la Judicatura Federal mexicana, 21 en el Consejo General del Poder Judicial español, 13 en los casos del Consejo de la Magistratura (Federal) argentino y del Consejo Superior de la Judicatura colombiano; 7 (pudiendo ampliarse a 9 por la facultad del propio órgano) para el Consejo de la Magistratura del Perú; 10 en el caso de la Sala competente sobre jueces (*magistrats du siège*) del *Conseil Superiuer de la Magistrature* francés; y, los 27 vocales que integran el *Consiglio Superiore de la Magistratura* italiano.

En todo caso, la conformación bastante reducida –tratándose de un órgano colegiado– no es la principal novedad. Llama la atención el carácter de *delegados* que ostentan en la actualidad los vocales del Consejo de la Judicatura³⁶⁰; ello, porque sobre dicho órgano recaen unas competencias (que se han analizado ya) de profunda incidencia, no sólo en el estatus laboral de juezas y jueces sino también en el ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional.

En ese sentido, la Constitución señala que los 5 delegados serán elegidos de «ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional» (Art. 179 inc. 1 CRE). Según el texto originario de la Constitución (el aprobado en 2008) la integración del Consejo de la Judicatura se hacía mediante concurso de méritos y oposición con previsión expresa de perfiles específicos de formación³⁶¹.

³⁶⁰ El texto constitucional vigente desde el año 2011 (conforme los resultados aprobados en el referéndum, que fueron publicados en el Registro Oficial No. 490 (S), de 13 de julio de 2011), refiere que el Consejo de la Judicatura se integrará por delegados “quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional” (Art. 179 inc. 1 CRE).

³⁶¹ Así lo disponían los originarios artículos 179 y 180 de la Constitución. El artículo 258 del Código Orgánico de la Función Judicial decía: “Las vocales y los vocales de Consejo de la Judicatura y sus suplentes serán designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. La designación de las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, se realizará por concurso de méritos y oposición, con participación ciudadana y control social (...) Se elegirán tres vocales profesionales en

En otros países los mecanismos de designación (conformación, integración o composición) son diversos. Por ejemplo, en Argentina el Consejo de la Magistratura se integra por «tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D'Hont» previniéndose la representación igualitaria de «jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República»; «seis legisladores», correspondiendo tres a cada Cámara: Senado y Diputados «correspondiendo dos a la mayoría y uno a la minoría»; también «dos representantes de abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales»; «un representante del Ejecutivo»; así como «un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular»³⁶².

En Italia la Constitución determina tres miembros natos: el Presidente de la República «que preside el *Consiglio*», el primer Presidente y el Procurador General de la «*Corte di cassazione*»; el porcentaje de otros miembros: dos tercios «de miembros electos togados» elegidos por la totalidad de magistrados ordinarios y, un tercio de «miembros electos no judiciales», elegidos por el Parlamento en sesión conjunta entre profesores ordinarios de universidad en materias jurídicas y abogados con más de 15 años de ejercicio (Art. 104 Constitución italiana). Estos últimos porcentajes según la última reforma, del año 2002, ha situado en dieciséis miembros «togados» y al Parlamento la selección de ocho³⁶³.

La Constitución española, previene que el Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el «Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá», así como por veinte miembros: «doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión» (Art. 122.3 CE).

Derecho, tres vocales profesionales en Derecho con formación en las áreas de administración, economía, gestión y otras afines, y tres con formación específica en las áreas de administración, economía, gestión y otras afines”: Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009.

³⁶² Ley 26.080 modificadorio del Consejo de la Magistratura, de 22 de febrero de 2006.

³⁶³ Ley No. 44/2002, de 28 de marzo. Para conocer como se ha integrado el *Consiglio Superiore de la Magistratura* italiano en diferentes momentos, véase a Giuseppe Volpe, “La composición y el papel del Consejo Superior de la Magistratura en el sistema institucional italiano”, en *Revista Teoría y realidad institucional* (España: No. 8–9, 2do semestre de 2001/1er semestre de 2002), 57 y ss. Véase también, Alberto Saiz Garitaonaendia, “Otras formas de gobierno judicial en Estados compuestos. Los casos de Italia y los Estados Unidos de América”, en *Revista Vasca de Administración Pública* (España: Instituto Vasco de Administración Pública, No. 83, 2009), 155 y 156.

El legislador español ha determinado (LOPJ de 1985) que, aún los 12 Jueces y Magistrados deben ser elegidos por las Cortes Generales; y si bien es cierto, la reforma del año 2013 pretende asegurar la máxima posibilidad de participación de los involucrados en el ámbito judicial (fundamentalmente jueces), la facultad de elección de los 10 vocales sigue correspondiendo a cada una de las Cámaras³⁶⁴. De manera que, si el sistema de designación del CGPJ conforme la legislación de 1985 se había calificado de político³⁶⁵, éste no ha variado en lo sustancial y tal denominación puede mantenerse.

Las razones que llevaron a la modificación constitucional del Consejo de la Judicatura ecuatoriano tanto en el número de vocales, así como en el mecanismo de designación a través del referéndum de 2011, pueden calificarse de eminente políticas³⁶⁶. Ello debe entenderse así, sobre todo si tenemos en cuenta que el Consejo de la Judicatura previsto por el constituyente de 2008 ni siquiera se había integrado; no por falta de voluntad institucional (del propio Consejo de la Judicatura que se mantuvo vigente para la época de transición) sino del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, órgano del que dependía –como lo es también ahora– la conformación del primer Consejo de la Judicatura y para lo cual contaba con un plazo de ciento ochenta (180) días (Art. 20 del Régimen de Transición y, las disposición transitoria primera del COFJ).

Por lo demás, la Constitución dispone que los *delegados* deben ser elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, mediante «un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana» (Art. 179 inc. 2 CRE). Previsión en todo caso tenue –y de carácter decorativo si se quiere–; puesto que, de la constatación de los requisitos que prevé la propia Constitución, no puede pasar la exigencia

³⁶⁴ Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³⁶⁵ Andrés de la Oliva Santos, “El Consejo General del Poder Judicial en España”, en *Justicia y Sociedad...*, 20 y ss. Puede revisarse también, Antonio Porras Nadales, “El Consejo General del Poder Judicial. Según la STC 108/1986, de 29 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 7, enero - abril de 1987), 232 y ss.

³⁶⁶ Refiriéndose a una modificación de la integración del Consejo General del Poder Judicial por el legislador español, Andrés de la Oliva Santos ha dicho: “Los principios jurídicos que orientan mi trabajo jurídico y, en concreto, el análisis del texto constitucional y de las Leyes orgánicas de 1980 y de 1985, me conducen inexorablemente a entender que el cambio operado en el Consejo General del Poder Judicial, por la LOJP [Ley Orgánica del Poder Judicial] de 1985, está inspirado en un designio político al margen de reflexiones jurídicas y en la línea de una escasa inclinación a apreciar los mecanismos jurídico – políticos tendentes a limitar y delimitar el poder y los poderes”: “El Consejo General del Poder Judicial en España”, en *Justicia y Sociedad...*, 27.

del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, reduciéndose por ende su actuación a cuestiones de carácter secundario como el procedimiento y los plazos (Art. 179 inc. 3 CRE). Tal afirmación no debe ser malentendida, no es que se menosprecie el procedimiento sino que tratándose de *delegados* de otras funciones e instituciones del Estado, el papel que puede cumplir el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social resulta limitado.

Tanto más limitado será el papel del órgano elector, si los requisitos que deben cumplir los *delegados* para integrar el Consejo de la Judicatura vienen dados por la propia Constitución, y son tres (Art. 180 CRE): 1) ser ecuatoriana o ecuatoriano y estar en goce de los derechos políticos; 2) tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país o en las ramas académicas afines a las funciones propias del Consejo, legalmente acreditado; y, 3) haber ejercido con probidad e idoneidad notorias la profesión o la docencia universitaria en Derecho o en las materias afines a las funciones propias del Consejo, por un lapso mínimo de diez años. Así, el Consejo de la Judicatura está lejos de tener un carácter pluralista en su integración, tanto en el número de integrantes como en la forma de designación de sus vocales.

Que la Asamblea Nacional, la Función Ejecutiva, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, el Fiscal General del Estado y el Defensor Público tengan sus *delegados* (sin alusiones personales, ya que ciertamente éstos pueden designar personales de notable vocación tanto académica como ética) en el Consejo de la Judicatura no puede decirse que resulte, precisamente, conveniente. Si por delegación entendemos al acto jurídico por medio del cual se transmite parte del poder o facultad; el que los vocales del Consejo de la Judicatura sean delegados está lejos de ser claro.

Más aún, para un órgano (como es el Consejo de la Judicatura) cuyas atribuciones lo ubican en un escenario bastante delicado respecto de los jueces (que son la garantía más importante de la vigencia de los derechos de los ciudadanos), resulta altamente cuestionable que su integración dependa directamente de otras funciones del Estado; peor aún, resulta aceptable que los controlados sean quienes designen a la mayoría de sus controladores, sobre todo si tenemos en cuenta que el constituyente dice en términos generales y concluyentes: «No podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación,

quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan» (Art. 232 CRE).

En la práctica, un sistema de delegación parece no favorecer las labores del propio Consejo, ya que sus integrantes como delegados se entiende deben responder a las directrices de sus delegantes; mucho menos el sistema parece fomentar, peor aún orientarse, a consolidar la independencia judicial. Tampoco resulta aceptable tal posicionamiento, desde el punto de vista de la democratización de las instituciones, sino que contrariamente parece fortalecer el, tan criticado corporativismo³⁶⁷, puesto que radicamos en 5 personas, la integración de un órgano del que dependen, no sólo los jueces (en sentido laboral) sino nuestros derechos como justiciables.

Analizado como ha sido, la integración del Consejo de la Judicatura corresponde ahora ocuparnos de dos cuestiones de trascendental importancia: la responsabilidad que puede hacerse efectiva a los vocales que lo integran; y el control de sus actuaciones.

3.2.3. Consejo de la Judicatura: la responsabilidad de sus miembros.

Ya hemos expuesto que, el ejercicio del poder y la responsabilidad son partes complementarias de una misma cuestión: el Estado constitucional democrático (capítulo II). De manera que, en lo que ahora corresponde analizaremos la concreta responsabilidad que conforme el régimen jurídico, es susceptible de hacerse efectiva a quienes desempeñen las funciones de vocales o ejerzan la presidencia del Consejo de la Judicatura³⁶⁸.

³⁶⁷ Por ejemplo, refiriéndose a la integración de los Consejos de la Magistratura un autor argentino ha expuesto: “Para asegurar una mayor vigencia de los referidos principios de *idoneidad e independencia* en los jueces, se han establecido mecanismos y órganos, como los llamados *Consejos de la Magistratura*, de integración plurisectorial, que aseguran la mayor transparencia y excelencia en los sistemas de selección y designación de los futuros magistrados mediante los pertinentes concursos...”: Ricardo Haro, *Constitución, poder y control...*, X.

³⁶⁸ Las funciones de quien ejerza la presidencia del Consejo de la Judicatura son: “1. Cumplir y hacer cumplir, dentro de los órganos de la Función Judicial, la Constitución, la ley y los reglamentos generales; el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos y resoluciones del Pleno; 2. Elaborar el orden del día; convocar y presidir las sesiones del Pleno, y supervisar el cumplimiento de las resoluciones; 3. Elaborar el proyecto del informe anual que debe presentar el Consejo de la Judicatura a la Asamblea Nacional y someterlo a consideración de aquel; 4. Legalizar con su firma, juntamente con la Secretaria o el Secretario, las actas y demás documentos que contengan los reglamentos, manuales, circulares y resoluciones de carácter normativo interno expedidos por el Pleno; 5. Suspender, sin pérdida de remuneración, a las servidoras y a los servidores de la Función Judicial, en casos graves y urgentes, en el ejercicio de sus funciones, por el máximo de noventa días, dentro de cuyo plazo deberá resolverse la situación de la servidora o el servidor de la Función Judicial; 6. Aprobar los acuerdos de cooperación y asistencia, relacionados con la Función Judicial, con organismos nacionales o extranjeros,

La Constitución de la República previene que ante la reparación por «violaciones a los derechos de los particulares», es decir, cuando con motivo de una conducta del servidor público (acciones u omisiones dañosas) el Estado ha erogado recursos públicos debe ejercerse de forma «inmediata el derecho de repetición contras las personas responsables del daño producido» (Art. 11.9 inc. 3 CRE). Se trata de hacer efectivo, lo que se ha denominado, responsabilidad patrimonial por ejercicio de la función pública; sobre todo si consideramos que el mismo precepto constitucional prevé la *repetición* «sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas».

No hay duda que el Consejo de la Judicatura puede incurrir también en estos supuestos; piénsese por ejemplo en la destitución ilegal de un servidor público de su propia dependencia, o sanciones a juezas y jueces adoptadas por el Consejo de la Judicatura; no obstante, los mecanismos para efectivizar la repetición se han concretado por el legislador en forma aislada. Por ejemplo, el Código Orgánico de la Función Judicial nada dice respecto de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial (a través de la repetición) a quienes desempeñan sus funciones en el Consejo de la Judicatura sino que únicamente se refiere a la repetición por mal funcionamiento de la administración de justicia.

De manera que hacer efectiva la responsabilidad patrimonial (de los integrantes del Consejo) resultaría al menos complejo, por la vigencia del principio de legalidad y reserva (Art. 76.3 CRE) que rige el derecho al debido proceso; debiendo recordarse además, que hace varios años la Ley de Repetición descansa en la Asamblea Nacional, sin que se haya logrado su promulgación³⁶⁹.

Desde el ámbito de otra norma constitucional y también con carácter general, la Constitución prevé: «Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos» (Art. 233 inc. 1). Lo relevante de

siempre que estos últimos no contemplen asuntos que tengan el carácter de tratados o instrumentos internacionales; y, 7. Ejercer las demás atribuciones señaladas por la ley, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos”. (Art. 269 COFJ).

³⁶⁹ En una publicación de ecuadorinmediato.com del 19 de diciembre de 2011 (hace ya tres años) se advertía: “Proyecto de Ley de Repetición se discute mañana en la Asamblea”. Véase [http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=163709&umt=proyecto_de_ley_de_repeticif3n_se_debate_maf1ana_en_asamblea], acceso (10/12/2014).

esta norma constitucional, es la previsión de tres tipos de responsabilidad: administrativa, civil y penal, aunque seguidamente se determine el ámbito de vigencia: manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Como las normas constitucionales deben aplicarse e interpretarse en sentido integral, para efectivizar estos tipos de responsabilidad se requiere de una *interpositio legislatoris* conforme el principio de legalidad que prevé también la Constitución (Art. 76.3 CRE).

La Constitución dispone también que los servidores públicos o representantes de cuerpos colegiados de las instituciones del Estado «estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito» (Art. 233 inc. 2CRE); delitos que el legislador ha tipificado y sancionado en el Código Orgánico Integral Penal (Arts. 278 a 281 COIP)³⁷⁰ y que forman parte de un régimen general de responsabilidades.

En lo que concierne a la independencia judicial, la Constitución no sólo que la reconoce como principio de la administración de justicia, sino que el constituyente ha establecido que «toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley» (Art. 168.1 CRE).

El legislador se ha limitado a reiterar tal reconocimiento, e incluso a remitir otra vez «a la ley» (Art. 8 inc. 3 COFJ) la responsabilidad por violación a la independencia judicial. Aunque ha dejado claro que la revisión de providencias procede únicamente por los medios de impugnación (recursos jurisdiccionales), así como ha prohibido que los reclamos de los litigantes sean ejercidos como medios de presión, o incluso ha establecido la obligación de «denunciar cualquier injerencia o presión indebida» (Art. 123 COFJ), no se han previsto procedimientos o se han señalado los mecanismos a los cuales acudir en tales supuestos. De tal manera, la responsabilidad administrativa, civil y penal por violación a la independencia judicial, al que se refiere el constituyente (parte final del Art. 168.1 CRE), ha quedado en términos inconclusos.

Resulta conveniente anotar que, a quienes integran el Consejo de la Judicatura, en cuanto su calidad de servidor público, se les aplica ya un régimen (que puede calificarse de general) de responsabilidades. Cosa distinta es que respecto de los vocales del Consejo de

³⁷⁰ Publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

la Judicatura, se predique una responsabilidad específica por violación de la independencia de los jueces. En esa perspectiva, el legislador ha previsto la responsabilidad política por la intromisión en el ejercicio de las competencias propias de juezas y jueces que «violen su independencia interna» (Art. 255.1 COFJ).

Es parte también del ejercicio de un poder, la posibilidad de control de las actuaciones, cuestión que vamos a estudiar enseguida.

3.2.4. El Consejo de la Judicatura: el control de sus actuaciones.

La idea de someter al *poder* a un juicio donde cualquier persona pueda exigirle justificaciones de su comportamiento de acuerdo con las previsiones del Derecho es una idea que surge de la Revolución francesa³⁷¹; idea que sin embargo se presenta no sólo de modo ocasional sino también en sentido restringido. Pero, en tiempos contemporáneos, el "control" (judicial) de las actuaciones de un determinado órgano no representa un problema mayor, tanto que desde el propio ámbito jurisdiccional se ha dicho que la naturaleza misma del Estado de Derecho y la democracia «cuando se la despoja de retórica y de demagogia, no es otra cosa sino un sistema político en que todos los poderes públicos ven limitada, frenada y controlada sus actuaciones por diversos medios. Uno de esos medios de control es el que ejercen los órganos judiciales sobre cualquier manifestación de la actuación administrativa»³⁷².

De ahí que, si el control judicial de las actuaciones administrativas en el marco del Estado de Derecho llegó a ser ampliamente aceptada, incluso se consolidó; su vigencia en el Estado constitucional no sólo que goza de pacífica acepción, sino casi unánime. Pero cuando se trata de controlar judicialmente al Consejo de la Judicatura (que ejerce las funciones de gobierno, administración, vigilancia y disciplina precisamente de los jueces), se ha de ser consciente, de que existe –al menos– una noción de complejidad y dificultad; pues nos enfrentamos (al menos en términos teóricos) a una suerte de círculo vicioso entre controlador y controlante.

³⁷¹ Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo...”, 161.

³⁷² Tribunal Supremo español, sección 3ra, sentencia 12168/1990, de 3 de diciembre.

Más allá de lo señalado, no ha de olvidarse que a pesar de su reconocimiento constitucional, el Consejo de la Judicatura tiene naturaleza administrativa; y, por ende sus actuaciones y decisiones deben estar sujetas al control judicial. Tal cuestión es de suficiente consenso entre los administrativistas³⁷³, más aún, si tenemos en cuenta que la Constitución dispone con rotundidad que «los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial» (Art. 173 CRE).

Sobre ese control judicial, el legislador, refiriéndose a juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo, les ha otorgado competencia para conocer las demandas que se propongan «contra actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura, el Pleno del Consejo de la Judicatura, el Director General y los Directores Provinciales» (Art. 217.7 COFJ); así como a juezas y jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia para conocer los «recursos de casación en las causas en materia administrativa» (Art. 185.1 COFJ) –donde se entiende se sitúan también los procesos que, por recurso de casación, pueden llegar a la Corte Nacional de Justicia– en contra de las decisiones del Consejo de la Judicatura.

No obstante, como el legislador no ha previsto expresamente un procedimiento para la impugnación judicial de las decisiones y actos del Consejo de la Judicatura, su aplicación práctica depende de interpretaciones, así como de la técnica argumentativa que se use para construir una conexión entre las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, debe entenderse entonces, que cabría interponer las acciones que prevé la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, esto es, recurso contencioso–administrativo «de plena jurisdicción o subjetivo», o el recurso de «anulación u objetivo» (Art. 3 LJCA) para impugnar tanto las decisiones que afecten posiciones individuales, como también las resoluciones con carácter general que ha adoptado el Consejo de la Judicatura (en esencia,

³⁷³ Se ha dicho en esa línea que el control que ejerce la Administración sobre sus propios actos, con motivo de los recursos administrativos “es insuficiente para la debida protección de los derechos de los administrados, puesto que no existe la imparcialidad necesaria para llegar a considerar el propio acto o el acto del inferior como ilegal y para dejarlo, en consecuencia, sin efecto, y más cuando en el seno de la Administración los órganos de la misma proceden normalmente con criterios uniformes”: Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, (México: Porrúa, 40ma edición, 2000), 443.

reglamentos, instructivos). Sobre este tema, hubiese resultado oportuno que el legislador remitiera expresamente al procedimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que su silencio no ayuda precisamente para hacer efectivo el control judicial.

Aunque, lo ideal hubiese sido que el legislador diseñe un procedimiento especial para el control judicial de las actuaciones y decisiones del Consejo de la Judicatura. Piénsese por ejemplo en atribuir al Pleno de la Corte Nacional de Justicia la impugnación en única instancia las resoluciones y actuaciones del Consejo³⁷⁴; esto fundamentalmente, para eliminar cualquier duda sobre la garantía de los derechos de quien impugna una decisión del Consejo de la Judicatura; pues las circunstancias materiales hacen que resulte difícil que un tribunal "común" (o de primera instancia) falle contra el Consejo, que vale decir –aunque resulte redundante– ejerce facultad disciplinaria sobre ese tribunal de primera instancia³⁷⁵. A final de cuentas y, en la práctica, hasta el momento no se ha conocido alguna decisión de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es el juez de primera y única instancia en la materia, que haya dejado sin efecto alguna actuación o decisión del Consejo de la Judicatura.

Sobre el control judicial, podría argumentarse también que es posible la interposición de una acción constitucional, especialmente la de protección «cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones» (Art. 88 CRE) por parte del Consejo de la Judicatura. Claro que, la posibilidad de éxito de una acción constitucional –como lo es la de protección– resulta cuando menos condicionada por la –inaceptable– facultad disciplinaria que ha reivindicado la Corte Constitucional sobre juezas y jueces que actúen en conocimiento de una acción de esta naturaleza³⁷⁶, siendo sus posibilidades de éxito, en realidad, mínimas; ello, tanto desde la perspectiva legal como

³⁷⁴ Por ejemplo en el sistema jurídico español, la Sala de lo Contencioso – administrativo del Tribunal Supremo conoce en única instancia los recursos que se deduzcan contra los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial conforme lo dispone el artículo 12.b de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

³⁷⁵ La Corte IDH, ha precisado que: “[...] el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática”, *caso Reverón Trujillo vs Venezuela...*, párr. 67.

³⁷⁶ Se ha dicho en esa línea: “[Que] juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de las causas, sea la Corte Constitucional”: Corte Constitucional ecuatoriana, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, jurisprudencia vinculante, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 351, del miércoles 29 de diciembre de 2010.

desde la posición fáctica que les implica a los jueces que les corresponde conocer estas acciones por estar frente a su órgano disciplinario, sobre todo cuando el Consejo de la Judicatura no ha encontrado obstáculo en sancionar a los jueces que han concedido estas acciones³⁷⁷. Visto desde esta perspectiva, la decisión del legislador de instituir a medias –el silencio a veces dice más las palabras– un sistema de control judicial sobre el Consejo de la Judicatura no ayuda, ni garantiza la consolidación de la independencia judicial.

Analizado en estos términos el gobierno y la administración del Poder Judicial, así como los órganos que lo ejercen, los Consejos de la Judicatura (Magistratura o Poder Judicial) resulta conveniente exponer algunas palabras finales.

Cierto es que la decisión de instituir un órgano a nivel constitucional responde a una decisión de carácter político adoptado por el constituyente (el momento de la imaginación constitucional como lo llama un académico de la talla de Pablo Lucas Verdú³⁷⁸); y, su regulación posterior responde también, a la legítima decisión política del legislador que puede adoptar una orientación concreta de entre variadas opciones. En lo que debe ponerse especial cuidado, es si esas regulaciones concretas son completas y apuntan en la línea de fortalecer o disminuir la independencia judicial en su conjunto y, concretamente, de cada uno de los jueces. Claro que, tratándose del diseño constitucional de nuestro Consejo de la Judicatura (analizado en líneas anteriores), resulta oportuno decir que no sólo es reciente, sino también adoptado mediante un referéndum popular celebrado en el año 2011.

Las modificaciones aprobadas por ese referéndum alteraron la línea de relación entre el Consejo de la Judicatura y los jueces, por lo que tales modificaciones bien pueden calificarse de estructurales. La responsabilidad para que esos cambios *estructurales* se

³⁷⁷ Se ha sancionado con destitución a los conjuces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas argumentando: “tanto el juez de primera instancia como los jueces de la Corte Provincial, debieron declararse incompetentes de conocer y resolver la Acción de Protección, materia de análisis del presente sumario disciplinario”; además se dispone a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Esmeraldas de iniciar sumario administrativo al Juez Temporal de Esmeraldas, véase expediente disciplinario No. MOT-142-UDC-012-PM. Sobre sanciones de destitución a jueces que conocieron acciones de protección véase: destitución del Juez Segundo de Garantías Penales de Manabí, con asiento en Portoviejo y, de los conjuces de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Manabí: expediente disciplinario No. A-320-UDC-011-PM; destitución del Juez Primero de la Niñez y Adolescencia de Santo Domingo de los Tsáchilas: expediente disciplinario No. MOT-783-UDC-011-MAC.

³⁷⁸ Pablo Lucas Verdú, “La imaginación constitucional como creación política”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (España: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2004), 279 y ss.

dieran, debe atribuirse con todo el rigor a la Corte Constitucional y, a quienes se desempeñaban como sus jueces, sobre quienes recae la obligación hacer efectiva la supremacía (y defender, si es que el término cabe usarse) la Constitución.

Los Consejos de la Judicatura pueden, efectivamente, ser defendidos, criticados u objetados en su adopción dentro de un régimen jurídico particular. Pero si de algo se debe estar consciente, es precisamente de que el fortalecimiento de la independencia judicial o el mejor funcionamiento de un sistema de justicia no se consolida por institucionalizar al Consejo de la Judicatura; si los problemas (de institucionalidad) se solucionaran con la adopción de una u otra institución, realmente no tendríamos un problema, como tampoco tendríamos que buscar soluciones.

Es más, la consolidación de la independencia judicial como presupuesto de la administración de justicia (de una justicia de calidad como lo llama la Cumbre Judicial Iberoamericana³⁷⁹) en algunas realidades ni siquiera está relacionado con la institucionalización del Consejo de la Judicatura: «la independencia judicial con o sin Consejo Superior de la Judicatura ha mantenido las condiciones anteriores a la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991» ha dicho una jurista colombiana³⁸⁰; señalando a renglón seguido que la independencia judicial se ha logrado «con la implementación de la carrera judicial, que si bien es administrada por el Consejo, no ha sido establecida bajo su regulación sino que ésta es previa a él».

Claro que no puede, ni debe, desconocerse que la vigencia del Consejo de la Judicatura (como órgano institucional) estaría en la línea de fortalecer la independencia judicial; sobre todo en la faceta externa, esto es, en cuanto el Consejo defienda a los jueces frente a las injerencias de otros poderes del Estado. Pero tal situación depende de unas constataciones prácticas, materiales si se quiere; así como de unas mínimas condiciones jurídicas, aunque estas no resulten por sí mismas suficientes.

³⁷⁹ La Cumbre Judicial Iberoamericana es “una estructura de cooperación, concertación e intercambio de experiencias, que se articula a través de las máximas instancias de los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana”. La expresión “una justicia de calidad” ha sido acuñada y de una importancia tal, que se ha promulgado el *Decálogo Iberoamericano para una justicia de calidad*, que reconoce un conjunto de valores, a cuya consolidación debe orientarse el Poder Judicial; el documento fue adoptado en la ciudad de Buenos Aires, en el año 2012.

³⁸⁰ Mónica Pedroza, “Notas sobre características y problemas del modelo del gobierno del Poder Judicial en países latinoamericanos”: Particularidades del caso colombiano, en *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada...*, 66.

Por ello creo que los problemas se sitúan en la esfera de las regulaciones constitucionales y legislativas. Están en la dimensión de lo que se dice y se calla jurídicamente; y, en ese escenario el legislador prácticamente nos queda debiendo, fundamentalmente en las reiteradísimas remisiones a la facultad reglamentaria del Consejo de la Judicatura, así como a la tenue (y casi impráctica) formulación del régimen del control judicial de sus actuaciones.

Cierto es que el legislador prevé la sanción de destitución para quien a pretexto de ejercer facultades de supervisión vulnere la independencia interna de los servidores de la Función Judicial (Art. 109.1 COFJ), pues incurre en una infracción gravísima y, tal precepto parece ser predicable precisamente a quienes desempeñan sus funciones en el Consejo; pero su aplicación práctica al Pleno del órgano (o a uno de sus miembros) resulta no sólo compleja sino también problemática.

También es verdad, que ese mismo legislador –más allá del régimen general de responsabilidad como servidor público de los integrantes del Consejo– prevé la responsabilidad política por la afectación a la independencia judicial; responsabilidad que de llegarse hacer efectiva por la Asamblea Nacional, puede terminar (también) en la destitución de algún(os) integrante(s) del Consejo de la Judicatura.

El problema de la responsabilidad política es que, en todo caso, solo puede hacerse efectiva por una mayoría parlamentaria, quedando por ello sujeta a los vaivenes de la política partidaria. Así, la responsabilidad que proclama parece estar lejos de ser efectiva y real (material como dicen algunos...); más que un régimen de responsabilidad parecen exhortaciones a la bondad, la buena intención e invitaciones a la prudencia –al puro estilo de un tradicional y acentuado liberalismo–; llamados al buen comportamiento, y, por ende no precisamente un régimen jurídico serio y, de la intensidad que se requiere para quienes desempeñan unas delicadas funciones, como es la gobernar, administrar, vigilar y disciplinar a los jueces. Ello ha de entenderse así, en esencia, por las concretas circunstancias políticas de hoy, que no parecen resultar favorables para exigir esa responsabilidad política (por el movimiento político que controla la mayoría en la Asamblea Nacional) y, quien sabe, si en un futuro se transforme, en cambio, en mecanismo de presión y chantaje, si se me permite la expresión.

Por ello cuando se habla de los jueces y, consecuentemente de la independencia judicial, es preciso hablar de unas garantías que deben preverse *jurídicamente*; hay que volver los ojos a las normas constitucionales y legales para revisarlas detenidamente. También resulta necesario mirar al Consejo de la Judicatura, para analizar la regulación y actuación concreta de sus miembros, puesto que «lejos de garantizar la independencia de la jurisdicción [esas actuaciones concretas] puede[n] terminar por convertir al órgano de gobierno judicial en la mayor de las amenazas para la independencia judicial»³⁸¹. Que ello sea de una u otra forma, habrá de definirse que nuestros derechos se encuentren o no garantizados.

³⁸¹ Luis Aguiar de Luque, “El gobierno judicial en el derecho comparado...”, 28.

CONCLUSIONES

Primera: La búsqueda de la justicia, en la actualidad y antes, no sólo es una justificación legítima de las personas sino un objetivo fundamental del orden civilizado; de manera que los jueces se posicionan como parte necesaria de todo sistema jurídico, sobre todo cuando el Estado se reserva el monopolio de la jurisdicción. La concurrencia de la sociedad ante los juzgados y tribunales, para resolver sus conflictos o demandar el respeto de sus derechos, ya sea entre particulares o con el Estado denota la importancia de contar con una administración de justicia confiable, lo que se logra en parte garantizando la independencia de los jueces.

Segunda: La Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, busca que el poder se ejerza de forma limitada e instituye medios de control para hacerlo efectivo; y, establece el deber (del juez, en última instancia) de otorgar tutela judicial efectiva. La doctrina de separación de poderes sirve a ese propósito como elemento filosófico-político, en el sentido de que posiciona al Poder Judicial como una de las tres ramas del poder público, subordinando a los jueces sólo al imperio del ordenamiento jurídico, más no a otra rama del poder público.

Tercera: La independencia judicial es uno de los principales instrumentos para asegurar el *gobierno a través de la ley*; y, en la actualidad, el pilar en el que se fundamenta la vigencia de la Constitución. El imperio de la normas sobre la voluntad de gobernantes y gobernados, no puede asegurarse sino a través de jueces independientes que, en cumplimiento de su deber, decidan los asuntos de su competencia conforme el régimen jurídico. Por ello, una recta administración de justicia exige que se otorgue a los jueces condiciones generales de seguridad jurídica para el desempeño su función.

Cuarta: La independencia judicial desde una perspectiva institucional implica la garantía de no injerencia por parte de otros poderes: ya se trate de intereses privados, o del resto de poderes públicos existentes en el Estado; en esta perspectiva, la posición de los jueces ha sido diversa, desde la negación de la facultad de interpretación (lo que se controlaba a través del prevaricato), la exclusión del control judicial de los actos de gobierno; cuestiones que hoy en día ha cambiado sustancialmente: al administrar justicia los jueces no sólo que puedan interpretar la ley sino que además deben aplicar la

Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humano. Puede concebirse también como derecho del justiciable, conforme lo hace la Constitución de la República (Art. 76.7 k) y, varios instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14), Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 10).

Quinta: La garantía de los derechos no ha estado asegurada sin la existencia de jueces independientes. Desde la aparición del Estado moderno, se ha ido consolidando un sistema de administración de justicia que comprende jueces independientes para resolver las controversias; las normas jurídicas no garantizan por si solas su aplicación. De hecho, en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, la garantía de los derechos y la construcción de sociedades pluralistas no hubiera sido posible sin la presencia de la Corte Europea o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es más ha sido la existencia de éstos tribunales *independientes* los que han ayudado a mejorar los sistemas de justicia existentes en los Estados nacionales.

Sexta: La vigencia del principio de legalidad es uno de los principales instrumentos para garantizar condiciones generales de seguridad jurídica a los jueces en el desempeño de sus funciones y hacer efectiva la independencia judicial. No tiene los mismos efectos jurídicos, que las cuestiones atinentes al estatus de los jueces sean reguladas por ley, a que lo puedan ser mediante reglamento. Materialmente, la vigencia del principio de legalidad implica una sujeción al régimen jurídico vigente con todos los efectos que se derivan del mismo; por el contrario, si tales cuestiones son reguladas reglamentariamente, se somete a los jueces a un régimen de excepción, erigiendo al Consejo de la Judicatura de órgano administrativo a órgano normativo, debilitando –en el mejor de los casos– los límites y controles. El principio de legalidad debe involucrar todas las cuestiones atinentes a los jueces: nombramientos, ascensos, remuneraciones, ascensos, evaluaciones y régimen disciplinario. La legalidad lejos de constituir una adoración al texto del legislador, tiene importantes efectos materiales para restringir la arbitrariedad, más aun cuando se trata de los garantes de nuestros derechos.

Séptima: Si bien formalmente se ha promulgado el Código Orgánico de la Función Judicial, el estatus de los jueces ecuatorianos no viene definido por ley sino por normas de carácter reglamentario; puesto que la ley, en muchos casos, únicamente autoriza la

adopción de este tipo de normas. Así, el Consejo de la Judicatura se ha convertido no sólo en el órgano de administración, gobierno, vigilancia y disciplina de la Función Judicial sino, ante todo, en un órgano normativo, aunque constitucionalmente no tengan tal atribución.

Octava: Los medios para garantizar la independencia judicial son diversos y, responden no sólo a cuestiones normativas sino también a contextos culturales, espacios éticos y cuestiones filosóficas. Los mecanismos de selección y nombramiento de los jueces, tiene importancia por cuanto define la composición social y profesional del cuerpo judicial en su conjunto. En la práctica resulta oportuno distinguir el mecanismo de designación de los jueces de instancia respecto de la alta corte debido a la naturaleza de sus funciones y al rol social que desempeñan en la sociedad. La Constitución ecuatoriana no establece, propiamente, un sistema de selección y nombramiento sino que fija los *criterios* de méritos y oposición para el acceso a desempeñar la función. El legislador a través del Código Orgánico de la Función Judicial ha regulado escasamente tal proceso, facultando al Consejo de la Judicatura adoptar un reglamento.

Novena: La independencia judicial no es un valor absoluto, por lo que no se justifica en sí misma, sino que se trata de una cuestión instrumental para alcanzar otro fin: la recta administración de justicia; y, el reconocimiento de la independencia judicial no implica establecer una excepción al régimen constitucional; tampoco sustrae a los jueces del régimen de responsabilidades que le es exigible a cualquier autoridad que ejerce una función o desempeña una potestad y se encuentra regido por límites jurídicos. Por ello, tanto la Constitución de la República como el Código Orgánico de la Función Judicial establecen regímenes especiales de responsabilidad para los jueces (responsabilidad patrimonial ocasionada por error judicial; y responsabilidad personal frente al justiciable), la misma que debe hacerse efectiva ante los jueces de la República.

Décima: La posición constitucional del juez exige una distinción entre la potestad jurisdiccional y el régimen disciplinario; en esencia, porque la naturaleza del régimen disciplinario se ocupa de sancionar las conductas de los jueces más no de controlar las decisiones; por ello resulta necesario distinguir que el régimen disciplinario no busca reparar una víctima sino el adecuado cumplimiento de las funciones, tratándose de una facultad del Estado para el cumplimiento de sus fines. El órgano que desempeña las

facultades de control disciplinario debe reunir tres condiciones: independencia e imparcialidad, legalidad y reserva de las infracciones y sanciones; y, legalidad del procedimiento. En nuestro país, la facultad del régimen disciplinario se atribuye al Consejo de la Judicatura, estando facultado para normar el procedimiento mediante reglamento; así como habiéndose establecido infracciones que permiten controlar la actividad jurisdiccional, es decir, el contenido de las decisiones de los jueces.

Décima primera: La transparencia es un medio para garantizar la independencia judicial. El régimen de transparencia debe preverse para todos los aspectos relacionados con los jueces; es decir, como a) medio de control de la actividad procesal del juez, en el sentido de que sus providencias y decisiones son públicas; b) en el sentido de control del manejo del proceso, fundamentalmente, en el proceso por audiencias donde cualquier persona puede concurrir al acto del juicio para presenciar directamente la forma en que se lleva el proceso; c) mediante el conocimiento de la ciudadanía de la vida del juez y su familia; d) a través de la publicidad de la actuación del gobierno en la asignación de los recursos para el sistema judicial; y, e) mediante el conocimiento de las decisiones del Consejo de la Judicatura respecto de los jueces; es decir, nombramientos, ascensos, remuneraciones, ascensos, evaluaciones y régimen disciplinario.

Décimo segunda: El Consejo de la Judicatura surge en Europa para sustraer del Ejecutivo las decisiones administrativas sobre los jueces; y, en Latinoamérica para erradicar la naturaleza corporativa de la Función Judicial. La Constitución de la República lo instituye como el órgano de administración, gobierno, vigilancia y disciplina de la Función Judicial; las funciones que establece el constituyente han sido reiteradas en el Código Orgánico de la Función Judicial. Dadas la naturaleza no sólo material sino también normativa de las funciones del Consejo de la Judicatura, el escenario de control sobre los jueces, se ha trasladado a este órgano, por lo que debe ponerse especial atención en su regulación, composición, régimen de responsabilidades y control de sus decisiones.

Décimo tercera: La composición del Consejo de la Judicatura presenta peculiaridades. En primer lugar, existe un sistema de delegación impropia ya que los delegados una vez designados adquieren un estatus que impide a los delegantes removerlos de sus funciones. La forma de integración resulta llamativa, pues pese a la prohibición

constitucional de que órganos controlados designen a sus controlantes, la Corte Nacional de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Defensor Público designan a sus delegados.

Décima cuarta: El régimen de responsabilidades y control previsto para quienes integran el Consejo de la Judicatura es, por decir lo menos, superficial. Por el ejercicio de sus funciones, si saber si ello implica la violación de la independencia judicial, se prevé una responsabilidad política ante la Asamblea Nacional; de manera que solo puede hacerse efectiva por una mayoría parlamentaria, quedando por ello sujeta a los vaivenes de la política partidaria. En materia de control de sus actuaciones el régimen resulta incompleto; pues aunque se da competencia a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y a las Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia para conocer los recursos de casación, no se prevé expresamente un procedimiento para hacer efectivo el control judicial.

Bibliografía

A

- Abreu Burelli, Alirio, “Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Tomo II, 2007.
- Ackerman, John, “Más allá del acceso a la información”, en *Más allá del acceso a la información: Transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México: Siglo XXI editores, 2007.
- Acton E, John, *Essays on Freedom and Power*, Boston: The Beacon Press, 1949.
- Aguar de Luque, Luis, “El gobierno judicial en el derecho comparado: entre la dirección política y gestión administrativa”, en *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Aguirre Guzmán, Vanesa, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”, en *La transformación de la justicia*, Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México: UNAM, 3ra edición, 1ra reimpresión, 2000.
- Andrade Ubidia, Santiago, “La Función Judicial y la nueva Constitución Política de la República”, en *Revista de derecho Foro*, Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, No. 7, 2007.
- , “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, en *La nueva Constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2009.
- Ansolabehere, Karina, “Mirando a los que miran: Rendición de cuentas del Poder Judicial, perspectivas y paradojas”, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, México: UNAM/Marcial Pons, Tomo XI, 2008.
- Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid: Año 1, 1997.
- , *Constitución, Democracia, y Control*, México: UNAM, 2002.
- Arellano Gault, David, “Nueva gestión pública: ¿Dónde está lo nuevo? Bases para el debate de la reforma administrativa”, en *Más allá de la reinención del gobierno: fundamento de la nueva gestión pública y presupuestos por resultados en América Latina*, México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2004.
- Argüelles, Agustín, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ra edición, reimpresión de 1989.

Argüello, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, Buenos Aires: Astrea, 3ra edición, 6ta reimposición, 1998.

Armenta Ramírez, Petra, “Ética y transparencia”, en *Temas selectos de transparencia y acceso a la información*, México: Arana editores, 2011.

Arreola Vega, Fernando, *Lineamientos teóricos fundamentales de la Inamovilidad Judicial en México*, Michoacán: Universidad La Salle Morelia, 2011.

Ávila Linzán, Luis Fernando, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas” en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.

-----, *Política, justicia y Constitución*, Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional/Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

Ávila Santamaría, Ramiro, “Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”, en *La protección de los derechos sociales*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

B

Bagehot, Walter, *La Constitución Inglesa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Adolfo Posada, 2010.

Balkin, Jack y Levinson, Stanford, “Los cánones en el derecho constitucional”, en *El canon neoconstitucional*, Madrid: UNAM/Trotta, 2010.

Basave Fernández del Valle, Agustín, *Filosofía del derecho. Fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*, México: Porrúa, 2001.

Bazán Seminario, César, *¿Separando la paja del trigo? Destitución de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura entre el 2003 y el 2007*, Lima: Instituto de Defensa Legal/Pontificia Universidad Católica de Perú, 2008.

Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. de Nódier Agudelo, Bogotá: Temis, 3ra edición, 2003.

Berizonce, Roberto y Fucito, Felipe (Dir.), *Los Recursos Humanos en el Poder Judicial*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid: Alianza editorial, 1994.

-----, *La construcción de la libertad*, Madrid: Alianza editorial, 2010.

Böckenforde, Ernst Wolfgang, *Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid: Trotta, trad. de Rafael Agapito, 2000.

Borrell Mestre, Joaquín, “Algunas consideraciones sobre el Poder Judicial”, en *Constitución y justicia constitucional: Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica*, Barcelona: Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, 2008.

Breyer, Stephen, “Justicia y libertad de prensa”, en *Justicia y Libertad de prensa: Ensayos de la Cumbre Hemisférica sobre la justicia y libertad de prensa en las Américas*, Miami: SIP, 2002.

Brito Ruiz, Fernando, “Jurisprudencia Disciplinaria. Estudio Integrado y sistemático de los pronunciamientos de la Corte Constitucional”, en *Lecciones de Derecho Disciplinario*, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia/Procuraduría General de la Nación, 2007.

Brutus, Stephanus Junius, *Vindiciae contra Tyrannos. Del poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y del pueblo sobre el príncipe*, Madrid: Tecnos, trad. de Piedad García-Escudero, 2008.

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México: Porrúa, 20ma edición, 1986.

C

Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, Lima: Communitas, vol. II, trad. Samuel Amaral, 2009.

Carbonell, Miguel, *Transparencia, ética pública y combate a la corrupción. Una mirada constitucional*, México: UNAM, 2009.

Carpizo, Jorge, “Otra reforma constitucional: La subordinación del Consejo de la Judicatura Federal”, en *Cuestiones Constitucionales*, México: UNAM, No. 2, enero–junio de 2000.

Cisneros Farías, Germán, *Diccionario de frases y aforismo latinos*, México: UNAM, 2003.

Concha Cantú, Hugo, “El acceso a la información de los poderes judiciales en México”, en *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, México: UNAM, 2005.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Las garantías de seguridad jurídica*, México: Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2da edición, 2005.

D

Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Teoría política y constitucional*, México: UNAM, 2006.

Dahl, Robert, *Democracy and its critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, trad. de Leandro Wolfson, Barcelona: Paidós, 1992.

Deleuze, Gilíes y Guattari, Félix, *¿Qué es la filosofía?*, Barcelona: Anagrama, 4ta edición, trad. de Thomas Kauf, 1997.

Delgado Ávila, Daniel, “El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México: UNAM, No. XI, 2011.

Delgado del Rincón, Luis, “La configuración de la Administración de justicia como parte de la administración pública durante el siglo XIX Español” en *Revista de Estudios*

Políticos [Nueva época], Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 98, octubre–diciembre, 1997.

Deutsch, Karl, *Política y gobierno*, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1976.

De Diego, Julián Arturo, *Manuel de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires: Abeledo–Perrot, 5ta edición, 2002.

De la Sierra, Susana, *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 180, septiembre–diciembre de 2009.

De la Oliva Santos, Andrés, “El Consejo General del Poder Judicial en España”, en *Justicia y sociedad*, México: UNAM, 1999.

De Otto, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid: Centro de Publicaciones/Ministerio de Justicia español, 1989.

De Tocqueville, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Madrid: Alianza editorial, trad. al español Dolores Sánchez, vol. 1, 1ra edición, 3ra reimpresión, 1993.

De Zan, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Diez-Picazo Giménez, Ignacio, “Sobre la independencia económica de los Jueces. Mínima reflexión al hilo de las reivindicaciones salariales de jueces y magistrados”, en *Tribunales de Justicia*, España: No. 10, 1999.

Diez-Picazo, Luis María, “Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial”, en *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Pablo Pérez Tremps, 1996.

E

Elster, Jon, *Tuercas y tonillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona: Gedisa, trad. Antonio Bonanno, 1996.

-----, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromisos y restricciones*, Barcelona: Gedisa, trad. de Jordi Mundó, 2002.

Escruche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París: Librería de Rosa, Bouret, 1851.

F

Fernández López, María, *Derecho disciplinario*, Madrid: Civitas, 1992.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995.

-----, “Jueces y política”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 4, No. 7, 1999.

- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 7ma edición, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Grepí, 2010.
- , “Fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, en *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México: No. 15-16, 2010.
- , “Constitución y Jurisdicción”, en *Revista oficial del Poder Judicial*, España: No. 6 y 7, 2010-2011.
- , “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid: Trotta, trad. de Manuel Martínez, 2007.
- Fitzpatrick, Peter, *El derecho como resistencia, modernismo, imperialismo y legalismo*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2010.
- Fix Fierro, Héctor, *Tribunales, justicia y eficacia. Estudio sociológico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México: UNAM, 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor y Ramón Cossíos, José, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Justificación conceptual de los Consejos de la Judicatura”, en *Memoria 2005*, México: El Colegio Nacional, 2005.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, trad. de Enrique Lynch, 4ta edición, 1995.
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México: Porrúa, 40ma edición, 2000.

G

- Gabaldón López, J. *Independencia judicial y seguridad jurídica*, Madrid: La ley, volumen V, 1999.
- Garapon, Antoine, *Jueces y democracia. Una reflexión muy actual*, España: Flor de viento, 1997.
- García Belaunde, Domingo, “Problemas sobre el gobierno y administración judicial”, en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México: UNAM/Senado de la República, 1997.
- García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)”, en *Revista de Administración pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 38, Mayo/Agosto de 1962.
- , *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid: Civitas, 2da edición, 2001.
- , *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid: Civitas, 5ta edición

ampliada, 2000.

García Macho, Ricardo, “Problemática de la división de poderes en la actualidad”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 53 [Nueva época], septiembre-octubre 1986.

García Roca, Javier, “Del principio de la división de poderes”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 108 (Nueva época), abril-junio 2000.

Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes” en *Serie Políticas sociales*, Santiago de Chile: CEPAL, 2009.

Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta/UNAM, 2005.

Giacobbe, Giovanni, “Autogobierno de la Magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la República italiana”, en *Justicia y sociedad*, México: UNAM, 1999.

Gimeno Sendra, Vicente, *Introducción al derecho procesal*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009.

Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, España: Taurus, trad. de Miguel Ángel Ruiz, 1999.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México: UNAM, 2001.

Guerrero, Eduardo, “Libros, autores e ideas para abrir una discusión”, en *Transparencia: libros, autores e ideas*, México: Instituto Federal de Acceso a la información pública, 2005.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del proceso*, México: Oxford, 9na Edición, 2000.

González, Samuel, “Inamovilidad judicial”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México: UNAM, tomo V, 1984.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 8va edición, tomo II, 2006.

H

Häberle, Peter, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, trad. de Emilio Mikunda, 2000.

-----, “La Constitución «en el contexto»”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 7, 2003.

-----, “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, México: UNAM/Marcial Pons, Tomo I, 2008.

Haro, Ricardo, *Constitución, poder y control*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.

Hernández, Luis, *Intervención a propósito del informe de mayoría para segundo debate de los textos constitucionales de la Corte Constitucional*, Montecristi, Acta 83, 12 de julio de 2008.

Herrendorf, Daniel, *El poder de los jueces. Como piensan los jueces que piensan*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ra edición, 1998.

Hortal Alonso, Augusto, “La independencia del juez y la esfera de la justicia”, en *Independencia judicial: problemática ética*, Madrid: Dickinson, 2009.

Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México: UNAM, 3ra edición, 2010.

I

Iñiguez Hernández, Diego, “Las funciones *ad extra* del CGPJ”, en *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

J

Jellinek, George, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México: UNAM, trad. de Adolfo Posada, 2000.

L

Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Bogotá: Temis, 2003.

La Torre, Massimo, “Nueve Críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy”, en *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Carlos Bernal, 2010.

Locke, John, *Segundo tratado del gobierno civil*, Madrid: Tecnos, trad. de Carlos Mellizo, 2006.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, reimpresión de la 2da edición, trad. de Alfredo Gallego, 1982.

López Guerra, Luis, “Reflexiones sobre los modelos de gobierno del Poder Judicial, tribunales y justicia constitucional”, en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: Tribunales y justicia constitucional*, México: UNAM, 2002.

López Medina, Diego, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá: Legis, 2da edición, 2006.

Lorenzana de la Puente, Felipe, “Jueces y pleitos”, en *Revista Hispania*, España: No. 213, 2003.

Lösing, Norbert, “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Programa del Estado de Derecho para Latinoamérica/Konrad Adenauer, 2011.

M

Martínez Alarcón, María Luz, *La independencia judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2004.

Mayoral Díaz-Asensio, Juan Antonio, “¿Por qué los autócratas limitan judicialmente su poder? Un análisis comparado del establecimiento de altos tribunales en regímenes autoritarios”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 158, octubre/diciembre 2012.

Medina Alcoz, Luis, *La responsabilidad patrimonial por el acto administrativo*, Madrid: Thomson/Civitas, 2005.

Merkel, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México: Editora Nacional, edición en español de 1980.

Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid: Civitas, 2002.

Montero Aroca, Juan, “Selección de licenciados y formación de jueces”, 91; ambos en *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1983.

-----, *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: Bosch, 1988

-----, *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid: Civitas, 1990.

Molina Fernández, Fernando, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid: No 4. 2000.

Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*, Madrid: Preciados, Tomo I, trad. de Siro García, 1906.

Mora, Luis Paulino, “La Independencia del Juez, como Derecho Humano”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, volumen II, 1998.

Moreno Catena, Víctor (Dir.), *Manual de organización judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 3ra edición, 2008.

N

Natarén Nandayapa, Carlos, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, México: UNAM, 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México:

UNAM, 2003.

O

Ordoñez Solís, David, “La independencia judicial en clave ética: la confianza de una sociedad democrática en sus jueces”, en *Principios de la ética judicial Iberoamericana. Independencia*, México: Comisión Iberoamericana de Ética Judicial/Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, 2009.

Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México: Oxford, 6ta edición, 2005.

P

Pascual Doménech, Gabriel, *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Madrid: Thompson Civitas, 2009.

Pásara, Luis, “La producción judicial: cifras y calidad” en *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.

Pedroza, Mónica, “Notas sobre características y problemas del modelo del gobierno del Poder Judicial en países latinoamericanos: Particularidades del caso colombiano”, en *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Pendás, Benigno, “División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea”, en *Fundamentos No. 5. La división de poderes*, Asturias: Junta General del Principado de Asturias, 2009.

Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid: Trotta, 1997.

Pérez Barrio, Agustín, “La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la administración. Sus límites constitucionales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Bilbao: No. 13, septiembre-diciembre de 1985.

Prieto Sanchís, Luis, “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 4, enero-abril de 1992.

-----, “El constitucionalismo de los derechos”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta/UNAM, 2007.

Popper, Karl *La sociedad abierta y sus enemigos*, España: Paidós, 2006.

Porras Nadales, Antonio, “El Consejo General del Poder Judicial. Según la STC 108/1986, de 29 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 7, enero-abril de 1987.

Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, México: Porrúa, 39na edición, 2005.

Posse Molina, Ignacio, “Elección de los jueces de la Corte Suprema por el voto directo del pueblo”, en *Revista Jurídica Argentina*, Buenos Aires: La Ley, No. 7, agosto de 2003.

Q

Quadra-Salcedo y Fernandez del Castillo, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid: Civitas, 1981.

Quezada Madrigal, Ericka, *El procedimiento disciplinario del Poder Judicial*, San José de Costa Rica: Departamento de Publicaciones del Poder Judicial, 2010.

R

Ramón Fernández, Tomás y García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, Civitas, tomo II, 1986.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid: Escasa Calpe, tomo II, 22da edición, 2001.

Rivas Acuña, Israel, *El Consejo de la Judicatura Federal. Trayectoria y perspectivas*, México: UNAM, 2011.

Rodríguez Villafañe, Miguel, “La transparencia en el Poder Judicial de Argentina”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México: UNAM, No. 2, 2003.

Rola, Gian Carlo, *Derechos fundamentales, Estado democráticos y justicia constitucional*, México: UNAM, 2000.

Roos, Stefanie Ricarda y Woischnik, Jan, *Códigos de Ética Judicial. Un estudio comparado con recomendación para los países latinoamericanos*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, trad. Gabriel Pérez Barberá, 2005.

Rubano Lapasta, Mariela, “El principio de separación de poderes: interpretación actual” en *Estudios de derecho público: El principio de separación de poderes. Actas de las XL jornadas de Derecho Público 2010*, Santiago de Chile: Abeledo-Perrot/Thomson Reuters, Universidad de Valparaíso, 2011.

Ruiz Pérez, Joaquín, “La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales”, en *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1983.

Ruiz Pérez, Joaquín, “Investidura institucional de jueces y magistrados”, en *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, Sevilla: Vol. II, 1996-1998.

S

Sagüés, Néstor Pedro, *Las escuelas judiciales*, México: UNAM, 1998.

Saiz Garitaonaendia, Alberto, “Otras formas de gobierno judicial en Estados compuestos. Los casos de Italia y los Estados Unidos de América”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, España: Instituto Vasco de Administración Pública, No.

83, 2009.

Salazar, Katya (edit.), *Revista Aportes*, Fundación para el debido proceso legal, No. 17, diciembre de 2012.

Salazar Ugarte, Pedro, “Transparencia ¿para qué?”, en *El poder de la transparencia. Nueve derrotas a la opacidad*, México: UNAM, 2007.

Sanz Encimar, Abraham, “El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid: No 4. 2000.

Sierra Cristóbal, Rocío, “El nombramiento de los magistrados de altas instancias judiciales”, en *El poder judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Silva Portero, Carolina, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.

Sojo, Carlos, *El Estado bajo escrutinio. Opinión pública, estabilidad y desempeño gubernamental en América Latina*, Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2011.

Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México: Konrad Adenauer, trad. Marcela Anzola y Emilio Maus, 2009.

Storini, Claudia y Navas Alvear, Marco, *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social*, Quito: Corte Constitucional del Ecuador/Centro de Estudios y Difusión del Derecho constitucional, 2013.

Storini, Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2009.

T

Tertuliano, Florente, *Apología contra los gentiles. En defensa de los Christianos*, Madrid: Oficina Benito Cano, trad., de Pedro Manero, año MDCCLXXXIX.

Tornos Mas, Joaquín y otros, *Transparencia, rendición de cuentas y participación: una agenda común para la cohesión social y la gobernanza en América Latina*, Barcelona: Diputación de Barcelona, 2012.

Trujillo, Julio Cesar, “La reorganización de la Corte Suprema o la degradación del Estado de Derecho”, *Revista de derecho Foro*, Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, No. 4, 2005.

Tschentscher, Alex, “Nombramiento de jueces: Entre la elección popular y el autonombramiento” en *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006.

V

Valadés, Diego, *El control del poder*, México: UNAM, 1998.

Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, “División de poderes y sistema de gobierno en la Gran Bretaña del siglo XVIII (Teoría y práctica de la monarquía mixta y equilibrada)”, en *Fundamentos No. 5. La división de poderes*, Asturias: Junta General del Principado de Asturias, 2009.

-----, “El debate constitucional británico en la primera mitad del siglo XVIII (bolíngbroke versus walpole)”, en *Revista de estudios políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 10 [Nueva época], enero-marzo 2000.

Vásquez Rossi, Jorge Eduardo, *La defensa penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 3ra edición, 1996.

Verdú, Pablo Lucas, “La imaginación constitucional como creación política”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, España: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2004.

Vile, Maurice, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción de la 2da edición en inglés de Xohana Bastidas, 2007.

Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid: Trotta, trad. de Pedro Salazar y Paula Vásquez, 2000.

Volpe, Giuseppe, “La composición y el papel del Consejo Superior de la Magistratura en el sistema institucional italiano”, en *Revista Teoría y realidad institucional*, España: No. 8–9, 2do semestre de 2001/1er semestre de 2002.

W

Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México: Fondo de cultura económica, 2da reimpresión de la 2da edición en español, 2002.

Z

Zabala Baquerizo, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, Guayaquil: Edino, 2002.

Zabala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional*, Guayaquil: Edino, tomo II, 2002.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un Poder Judicial democrático”, en *La transformación de la justicia*, Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid: Trotta, trad. Manuel Martínez, 2008.

-----, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 10ma edición, trad. Marina Gascón, 2011.

Zeitune, José, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de*

jueces y abogados, Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2005.

INFORMES

Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de mayoría para primer debate de los textos constitucionales de la Administración de Justicia*, Mesa constituyente No. 8, Montecristi, acta 036, sesión de 17 de abril de 2008.

-----, *Conocimiento de los informes de Mayoría y Minoría presentados por la Mesa Constituyente No. 8 de Justicia y Lucha contra la Corrupción, para el primer debate de los textos constitucionales, referentes a: Medios alternativos de solución de conflictos, Jueces de Paz, Jurisdicción Indígena, Fiscalía General del Estado, Sistema de Protección de Víctimas, testigos y participantes en el Proceso Penal, Defensoría Pública, Rehabilitación Social y Consejo de la Judicatura*, Montecristi, Acta 63, sesión del martes 17 de junio de 2008.

-----, *Lectura y votación del articulado referente a: 2.2 Medios Alternativos de Solución de Conflictos, Jueces de Paz, Jurisdicción Indígena, Fiscalía General del Estado, Sistema de Protección de Víctimas, Testigos y Participantes en el Proceso Penal, Defensoría Pública, Rehabilitación Social y Consejo de la Judicatura*, Montecristi, Acta 82, sesión del viernes 11 de julio de 2008.

Comisión IDH, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, Washington, OEA/documentos oficiales, 2011.

Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, *Compendio de indicadores de gestión del sector jurisdiccional 2006-2007*, Consejo Superior de la Judicatura/Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Tomo 3, 2008.

Despouy, Leandro, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, de 24 de marzo de 2009.

Garzón Real, Baltazar y otros, *Informe final de la Veeduría Internacional a la reforma de la justicia en Ecuador*, Quito, diciembre de 2012.

Knaul, Gabriela, *Informe de la Relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Misión a México*, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 18 de abril de 2011.

-----, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Misión a la Federación de Rusia*, de 30 de abril de 2014.

Informe del Presidente del Tribunal Supremo Electoral sobre la organización de la Consulta Popular del 25 de mayo de 1997, Quito, Trama, 1997.

Informe del Tribunal Supremo Electoral al Congreso Nacional, Ecuador, 10 de agosto 1998.

Informe del Consejo General del Poder Judicial, *La imagen de la Justicia en la sociedad española*, España: Demoscopia S.A./Consejo General del Poder Judicial, 7mo barómetro de opinión, 2000.

Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2012, Quito, Programa Andino de Derechos Humanos/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013.

NORMATIVA

C

Código Iberoamericano de Ética Judicial fue adoptado por la Asamblea Plenaria de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, llevada a efecto los días 21 y 22 de junio de 2006.

Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 1183, de 5 de mayo de 1993.

Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 969, de 18 de junio de 1996.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 1, de 11 de Agosto de 1998.

Constitución Española de 1812 (facsimilar), en Manuel González Oropeza, *Constitución Política de la Monarquía Española*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial, suplemento del Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico Integral Penal, suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014.

Convención Americana de Derechos Humanos, Registro Oficial No. 801, de 6 de agosto de 1984.

D

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Decreto Ejecutivo No. 201, Registro Oficial No. 38, de 7 de abril de 1997.

Decreto Ejecutivo No. 240, Registro Oficial No. 49, de 22 de abril de 1997.

Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador No. 001-11-DRC-CC, suplemento del Registro Oficial No. 391, de 23 de febrero de 2011.

Decreto Ejecutivo No. 699, de convocatoria al referéndum constitucional, Registro Oficial No. 399, del 9 de marzo del 2011.

E

Estatuto Universal del Juez adoptado por la Asociación Internacional de Magistrados en la reunión del Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados en Taipei (Taiwán) el 17 de noviembre de 1999.

I

Instructivo para el concurso de méritos y oposición para la selección y designación de juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, Registro Oficial No. 520, de 25 de agosto de 2011.

Instructivo para el concurso de méritos y oposición para la selección y designación de juezas y jueces de la Corte Provincial, tribunales penales y de juzgados de primer nivel a nivel nacional, Registro Oficial No. 643, de 17 de febrero de 2012.

Instructivo que regula el proceso para el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal para la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, resolución No. 6 del Pleno del Consejo de la Judicatura, suplemento del Registro Oficial 882, de 30 de enero de 2013.

Instructivo para el concurso de méritos y oposición para la selección y designación de juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y juezas y jueces de contravenciones a nivel nacional, Registro Oficial No. 616, de 11 de enero de 2014.

Instructivo de manejo de Audiencias del Procedimiento Directo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, resolución No. 146 del Pleno del Consejo de la Judicatura, Registro Oficial No. 335, de 14 de septiembre de 2014.

L

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Registro Oficial No. 338, del lunes 18 de marzo de 1968.

Ley No. 20, Reformas a la Constitución Política del Estado, suplemento del Registro Oficial No. 93, de 23 de diciembre de 1992.

Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, Registro Oficial No. 279, de 19 de marzo de 1998.

Ley No. 54, de reforma a la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, Registro Oficial 464, de 29 de noviembre de 2001.

Ley Orgánica de Servicio Público, publicada en el Registro Oficial No. 294, de 6 de octubre de 2010.

P

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

R

Reformas a la Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 120, de 31 de julio de 1997.

Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura, Registro Oficial No. 152, del 27 de diciembre de 2013.

Reglamento para concurso público de méritos y oposición, impugnación ciudadana y

control social con motivo de la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, Registro Oficial No. 289, del 15 de julio de 2014.

Reglamento para la evaluación de rendimiento para las juezas y jueces a nivel nacional, resolución No. 89 del pleno del Consejo de la Judicatura, Registro Oficial No. 274, del martes 24 de junio de 2014.

Reglamento para la adopción de medidas cautelares sobre bienes y fondos respecto del delito vinculado con el terrorismo y su financiamiento, previsto en el Código Orgánico Integral Penal, resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 254, suplemento del Registro Oficial No. 351, de 9 de octubre de 2014.

Reglamento de mediación en asuntos relacionados con el Adolescente Infractor, resolución No. 138 del pleno del Consejo de la Judicatura, Registro Oficial No. 308, de 11 de agosto de 2014.

Resolución del Tribunal Supremo Electoral, Registro Oficial No. 80, de 5 de junio de 1997.

Resolución No. PLE-1-4-3-2011, por la cual el Consejo Nacional Electoral convoca oficialmente al pueblo a pronunciarse sobre el contenido de las preguntas del referendo y consulta popular, suplemento del Registro Oficial No. 399, de 9 de marzo de 2011.

Resolución del Consejo Nacional Electoral que proclama los resultados del referéndum y consulta popular 201, suplemento del Registro Oficial 490, de 13 de julio de 2011.

Resolución del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Milán, del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985.

Resolución 1989/60 aprobado por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 44/162, de 15 de diciembre de 1989.

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, llevado a efecto en Milán el 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas en las resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985 y 40/146, de 13 de diciembre de 1985.

NORMATIVA COMPARADA

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

Constitución de la República Federativa de Brasil.

Constitución Política de Costa Rica.

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Española, 1978. Reforma del año 2011.

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y sus enmiendas, edición bilingüe de Luis Grau, Madrid: Dickinson/Universidad Carlos III, 2010.

Constitución de la República Italiana, traducción de la Provincia de Alessandria.

Constitución Política de la República de Panamá, 1972. Reformas de los años 1992, 1993 y 2004.

Ley Fundamental de la República Federal alemana, traducción de Ricardo García. Actualización del año 2010.

Ley 678 de 2001 promulgada por el Congreso de la República de Colombia, por medio de la cual se reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición.

Ley No. 27444 promulgada por el Congreso de la República del Perú.

Ley 26.080 modificadorio del Consejo de la Magistratura, de 22 de febrero de 2006.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. España.

Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. España.

JURISPRUDENCIA

A

Audiencia Nacional española, sentencia 31/2014, de 6 de junio.

C

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986.

-----, *caso El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión consultiva 8/87, de 30 de enero de 1987;

-----, *caso Garantías judiciales en estados de emergencia*, OC- 9/87, de 6 de octubre de 1987.

-----, *caso Paniagua Morales y otros vs Perú*, sentencia de 8 de marzo de 1998.

-----, *caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de mayo de 1999.

-----, *caso Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000.

-----, *caso Tribunal Constitucional vs Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2001.

- , *caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001.
- , “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *Opinión consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003.
- , *caso Ricardo Canese vs Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2004.
- , *caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004.
- , *caso De la Cruz Flores vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de diciembre de 2004.
- , *caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005.
- , *caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005.
- , *caso Claude Reyes y otros vs Chile*. Fondo, Reparaciones y costas, sentencia de 16 de septiembre de 2006.
- , *caso Kimel vs Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 02 de mayo de 2008.
- , *caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008.
- , *caso Reverón Trujillo vs Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009.
- , *caso López Mendoza vs Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de septiembre de 2011.
- , *caso Mohamed vs Argentina*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2012.
- , *caso Mendoza y otros vs Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de mayo de 2013.
- , *caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs Ecuador*, sentencia de 23 de agosto de 2013.
- , *caso J. vs Perú*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 27 de noviembre de 2013.
- Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No. 001-10-PJO-CC, jurisprudencia vinculante, segundo suplemento del Registro Oficial No. 351, 29 de diciembre de 2012.
- , sentencia No. 227-12-SEP-CC, suplemento del Registro Oficial No. 777, de 29 de agosto de 2012.

-----, sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 6 de febrero.

-----, sentencia No. 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-145/93, de 21 de abril.

-----, sentencia No. C-037/96, de 5 de febrero.

-----, sentencia C-616/02, de 6 de agosto.

-----, sentencia C-028/06, de 26 de enero.

-----, sentencia C-141/2010, de 26 de febrero.

-----, sentencia C-228/11, de 30 de marzo.

-----, sentencia T-238/11, de 1 de abril.

-----, sentencia 401/13, de 6 de julio.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional, inconstitucionalidad No. 15/96, sentencia de 14 de febrero de 1997.

-----, inconstitucionalidad No. 5/99, sentencia de 20 de julio de 1999.

-----, inconstitucionalidad No. 46/2003, sentencia de 19 de abril de 2005.

-----, inconstitucionalidad No. 2/2005, sentencia de 28 de marzo de 2006.

-----, inconstitucionalidad No. 19/2012, sentencia de 5 de junio de 2012.

-----, inconstitucionalidad No. 11/2013 y 97/2013 acumulados, sentencia de 14 de octubre de 2013.

Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, fallo No. 176:73, de 23 de septiembre de 1936.

-----, fallo No. 102:1389, de 27 de septiembre de 2001.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, acción de inconstitucionalidad No. 0415-V-91, voto No. 5749-93, de 9 de noviembre.

E

Expediente disciplinario No. MOT-193-UCD-010-CS (OF-05-2010), resolución de 18 de agosto de 2011.

-----, No. MOT-142-UCD-012-PM, resolución de 18 de agosto de 2011.

-----, No. MOT-137-UDC-012-MEP, resolución de 23 de agosto de 2011.

-----, No. A-320-UCD-11-PM (OF-DG-105-2011-S), resolución de 27 de octubre de 2011.

-----, No. OF-532-UDC-011-PM (0012-2011), resolución de 22 de noviembre de

2011.

T

Tribunal Constitucional español, sentencia 18/1981, de 8 de junio.

-----, sentencia 15/1982 de 13 de abril.

-----, sentencia 56/1982, de 26 de julio.

-----, sentencia 77/1983, de 3 de octubre.

-----, sentencia 108/1986, de 29 de julio.

-----, sentencia 3/1988, de 21 de enero.

-----, sentencia 56/1990, de 1 de julio.

-----, sentencia 61/1990, de 4 de mayo.

-----, sentencia 204/1994, de 11 de julio.

-----, sentencia 242/2005, de 10 de octubre.

-----, sentencia 9/2007, de 15 de enero.

-----, sentencia 235/2007, de 7 de noviembre.

-----, sentencia 97/2009, de 27 de abril.

-----, sentencia 37/2012, de 12 de abril.

-----, sentencia 79/2014, de 24 de junio.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *caso Duinhof y Duijf c. Holanda*, sentencia de 22 de mayo de 1984.

-----, *caso Río Prada c. España*, sentencia de 21 de octubre de 2013.

Tribunal Supremo español, Sala Contencioso-Administrativa, sentencia de 24 de octubre de 1984.

-----, sección 3ra, sentencia 12168/1990, de 3 de diciembre.

INTERNET

Act of Settlement, 1701
<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/134/118>

Hufstедler, citado por John Garrido, “El gobierno de los jueces”, en <http://www.ilustrados.com/tema/8468/gobierno-jueces.html>.

Madison, James y otros, *El Federalista* (No. 51). Versión digital disponible en <http://libertad.org/wp-content/uploads/2013/04/El-Federalista.pdf>

Luna Blanco, Tania María Camila, *El derecho humano a la independencia judicial en el sistema interamericano de derechos humanos. Un análisis colombiano en el periodo 2006-2009*, Bogotá, Tesis de Magíster en Derecho/Universidad Nacional de Colombia, 2011, en <http://www.bdigital.unal.edu.co/6236/1/699356.2012.pdf>

Plan Missouri. En http://www.judicialselection.us/judicial_selection/index.cfm?state=MO

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de Derecho Político*. Disponible en www.alaleph.com

Reddick, Malia, *Judicial selection: The process of choosing Judges* (American Bar Association, June 2008, en https://monsieurdevillefort.files.wordpress.com/2014/12/judicial_selection_roadmap-authcheckdam.pdf

“Proyecto de Ley de Repetición se discute mañana en la Asamblea”. Véase http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=163709&umt=proyecto_de_ley_de_repeticion_se_debate_mañana_en_asamblea