

La transformación de la Justicia

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La transformación de la Justicia

Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán

Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929
Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Subsecretaría de Desarrollo Normativo
Luis Fernando Ávila Linzán
Ramiro Ávila Santamaría
Carolina Villagómez

ISBN: 978-9978-92-701-4
Derecho de autor: 030718
Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, *Editores*
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2008
1ra. edición: abril de 2009

Contenido

Presentación

Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Prólogo

José Vicente Troya Jaramillo, Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Introducción

I. Palabras iniciales

Santiago Andrade Ubidia

II. La transformación de la Justicia

Luis Fernando Ávila Linzán

1. Principios y fundamentos

**Reforma judicial y administración de justicia
en el Ecuador de 2008.....3**

Santiago Andrade Ubidia

Legitimidad social e independencia judicial interna45

Luis Fernando Ávila Linzán

Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina 85

Luis Pásara

Dimensión política de un Poder Judicial democrático109

Eugenio Raúl Zaffaroni

2. Las carreras judiciales

**Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo
de gestión de los recursos humanos del sector justicia 155**

Vanesa Aguirre Guzmán

**La fragmentación de la profesión judicial
y la uniformidad de la carrera judicial..... 185**

Alberto Binder

| | |
|--|-----|
| Prácticas judiciales, garantía de derechos y carrera judicial..... | 221 |
| <i>Elizabeth García Alarcón</i> | |
| 3. Órganos administrativos | |
| Sector justicia y gobierno judicial | 253 |
| <i>Francisco Iturralde Albán</i> | |
| 4. Órganos autónomos | |
| ¿Fiscal General o General Fiscal? | 269 |
| <i>Jorge Vicente Paladines</i> | |
| Desafíos y perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador | 305 |
| <i>Ernesto Pazmiño Granizo</i> | |
| 5. Abogados y universidades | |
| Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial | 377 |
| <i>Ramiro Ávila Santamaría</i> | |
| ¿Asistencia jurídica transformadora o consultorio jurídico para pobres? | 415 |
| <i>Juan Pablo Morales Viteri</i> | |
| La función social en el ejercicio del Derecho | 441 |
| <i>Wendy Reyes Chiriboga</i> | |
| 6. Otros sistemas de justicia | |
| Justicia de paz..... | 471 |
| <i>Juan Carlos Andrade</i> | |
| La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad | 479 |
| <i>Fernando García</i> | |

Presentación

El Código Orgánico de la Función Judicial merece ser comentado, estudiado y comprendido para poder ser aplicado. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos promovió la reforma al sistema jurídico que regula la administración de justicia no sólo porque la nueva Constitución establece una nueva concepción de los órganos que administran justicia, sino también porque existe la necesidad imperiosa de garantizar el acceso a la justicia a todas las personas y colectividades.

Los conflictos sociales que tienen relevancia jurídica no están siendo resueltos de manera oportuna, eficaz y eficiente por la Función Judicial. Los juicios tardan, los abogados y abogadas no cumplen adecuadamente su rol como litigantes, el juez o jueza no siempre es imparcial, el despacho de las causas es escrito, rutinario, burocrático, los actores no coordinan. Por todas estas razones y seguramente muchas más, la ciudadanía no confía en la justicia. Aunque las generalizaciones son siempre injustas, no cabe duda que la administración de justicia tiene que cambiar.

Como nunca antes, la Constitución del 2008 ha establecido algunos cambios importantes que guían la transformación de la justicia. Por mencionar algunas, se trata a la justicia como un sector o sistema, en el que todos tienen un fin común, se reconocen principios relacionados con el accionar de los servidores de justicia. Todos los procedimientos y los derechos están encaminados a que la palabra justicia tenga sentido para el común de las personas. También, como nunca antes, el gobierno se ha tomado en serio la Constitución y ha adecuado el contenido de la ley a sus mandatos. Se pudo haber hecho una reforma “maquilladora” o superficial

que contente a todos. Pero no. Se presentó una propuesta que ponga nuevos cimientos para que la justicia se acerque a la gente. Por eso no es casual que en la discusión de la ley todos los responsables por la debacle de la justicia alcen su voz y protesten. Este fue un buen síntoma de que se estaban aprobando normas que cambiarían la situación actual y que asumíamos el costo del cambio.

Sin duda, las leyes por sí solas no son suficientes para provocar los cambios, porque éstas dependen de quienes las aplican. El Código tiene todas las herramientas para transformar la administración de la justicia. Como toda herramienta, puede ser utilizada y cumplir el fin para el que fue construida o puede ser inobservada y tornarse inútil. El Código tiene mecanismos para garantizar que quienes ingresen sean los mejores abogados y abogadas, que se profesionalizarán con el tiempo, tendrán estabilidad, los corruptos y los ineptos saldrán de la Función Judicial, las prácticas litigiosas inmorales serán desterradas, se coordinarán todos los actores, se sancionarán las faltas disciplinarias, y se corregirán, en fin, los defectos estructurales de la justicia.

El Código Orgánico de la Función Judicial está aprobado. Ahora nos toca a todos empujar para que sea eficientemente aplicado. Las instituciones del Código son el producto de largas discusiones entre juristas ecuatorianos y extranjeros, de la revisión de las leyes sobre el tema en la región, de la experiencia de muchos de quienes lo escribieron, de la doctrina contemporánea sobre el tema y, sobre todo, de la profunda convicción de que la justicia debe y puede ser transformada. Quienes participamos en su creación del Código no tenemos intereses políticos, personales, sectoriales o económicos.

Las reflexiones que aparecen en este libro reflejan, con más profundidad y detalle, las preocupaciones, conocimientos y esperanzas que animaron a escribir esta ley. La mayoría de los autores de este libro participaron en su diagnóstico, concepción, redacción, discusión o creación. Quiero agradecer a nombre del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por su compromiso con la justicia y también por su disposición para ayudarnos a seguir reflexionando sobre la ley.

Tres artículos son de respetables profesores que enseñan en el extranjero y que son teóricos actuales y críticos sobre la justicia, y que tampoco son

ajenos a la reforma judicial en el Ecuador. El profesor Eugenio Rafael Zaffaroni nos ha permitido transcribir su clásico ensayo sobre las dimensiones políticas del poder judicial; el profesor Alberto Binder nos ha autorizado publicar su artículo sobre la carrera judicial; y el profesor Luis Pásara, por su lado, ha escrito un importante artículo sobre los desafíos de la reforma judicial en latinoamérica. A todos ellos, por enriquecer el debate y por su generosidad en permitir las publicaciones de sus ensayos, les agradecemos profundamente.

También queremos agradecer, especialmente, a Santiago Andrade Ubidia, Vicerrector de la Universidad Andina Simón Bolívar, y a su talentoso equipo de trabajo, por su valiosa colaboración en el proceso de elaboración del Proyecto del Código y por participar desinteresadamente en la edición de este libro, y a José Vicente Troya, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, por honrarnos con el prólogo de esta publicación.

Tenemos Constitución, tenemos ley, tenemos juristas comprometidos y tenemos una realidad que transformar. El reto lo asumimos y sabemos que la tarea no es fácil. Esperamos que este libro contribuya en algo para que la ley pueda ser aplicada y, sobre todo, para que la justicia sea accesible, rápida, eficaz y satisfactoria para todas las personas que viven en el Ecuador y que sienten que sus derechos han sido vulnerados.

Néstor Arbito Chica

MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Prólogo

A caballo de la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial de 9 de marzo de 2009 se da a luz este libro que bajo el título *La transformación de la justicia*, se integra de quince ensayos que serán de utilidad para comprender de la mejor manera la génesis y el alcance de este Código.

A tan importante empeño han comparecido juristas nacionales y extranjeros de reconocida autoridad, así como jóvenes estudiosos, algunos de ellos con un notable grado de oficio. Todos tienen un denominador común, cual es ser cultores decididos de una nueva forma de entender el derecho que proclama la urgente necesidad de concebirlo más allá de la constitución y de la ley, inmerso dentro de la sociedad.

El primero de los ensayos, cuya autoría es de Santiago Andrade Ubidia, es de tenor general, concierne a la *Reforma general y administrativa en el Ecuador del 2008* y contiene una amplia explicación del Código. Bien se afirma en él que la Constitución del 2008 *impone el nacimiento de una nueva Función Judicial*. El estudio contiene una clara y sistemática explicación del Código. Podría considerarse una exposición de motivos previa a su expedición. Su utilidad es grande para comprender el alcance y trascendencia del nuevo modelo del sector justicia que se implanta.

El segundo, *Legitimidad social e independencia judicial interna*, de Luis Fernando Ávila Linzán, afronta el tema de la legitimidad en liza con la legalidad. Comporta una nueva formulación de la independencia del quehacer judicial dentro de la perspectiva interna. Al propósito diferencia entre la *politización de la justicia y la partidización de la justicia*. Se pronuncia favorablemente sobre a primera de las proyecciones y se muestra decidido en

afirmar que el se ha de *utilizar el derecho para favorecer a las personas excluidas*. Anota sagazmente que *la independencia judicial interna ha sido el pretexto para resistirse al cambio de la justicia y a la renovación de la cultura jurídica*. Sustenta que *hoy nadie duda que el juez crea el derecho*. La Constitución y el Código potencian esta posición cuando estatuyen que la Corte Nacional de Justicia ha de sentar jurisprudencia obligatoria. Dentro de la visión legitimadora critica los excesos de autoritarismo judicial que se traduce en *sentencias academicistas e incomprensibles para las grandes masas de afectadas y afectados*. Sobre el perfil que han de ostentar los servidores judiciales remarca su sólida formación académica, su capacidad de razonar e interpretar jurídicamente, su ética irreprochable, su experiencia, su vocación de servicio público, su iniciativa, su capacidad innovadora, y su compromiso con el cambio institucional. Es partidario desde su visión legitimadora de *garantizar la participación y el control social de la actividad judicial*. Para solventar la legitimidad de origen que suele argüirse en contra de los jueces es partidario de su *legitimidad de ejercicio*.

Dentro de los ensayos de tenor general, Luis Pásara, analiza en forma apropiada un tema que se ha vuelto recurrente en la región, el de los *Desafíos de la transformación de justicia en América Latina*. Señala que el ciudadano percibe que la ley está realmente vigente únicamente cuando se la aplica al caso concreto. Anota que *la democracia, el mercado y la paz requieren de una justicia en serio* y que cualquier reforma al sistema de justicia supone un acercamiento a la realidad social. Se refiere a los principales aspectos que se han afrontado en los intentos por reformar el sistema de justicia. Señala que los mejores esfuerzos se han desarrollado en torno al acceso a la justicia, a la independencia judicial y a la eficacia de las instituciones. Puntualiza como aspectos medulares de la transformación el reclutamiento y promoción en base a méritos, la organización y gestión administrativa y de despachos, la asignación de recursos y la autonomía presupuestaria, la introducción de mecanismos de resolución de conflictos. Asevera que es un error centrar el cambio en reformas legales. Precisa otros aspectos, especialmente aquellos concernientes a las cualidades y grado de compromiso que han de tener los jueces. Sería muy útil, en base a este análisis, efectuar un seguimiento de lo que prevé la nueva legislación y de lo que siga logrando en nuestro medio.

El estudio *Dimensión política de un Poder Judicial democrático* del maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, sirve de marco teórico para la reforma en que nos encontramos inmersos. Es contundente su afirmación inicial de que a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, *la teoría política de la jurisdicción en América latina brilla por su ausencia*. En su trabajo, en forma sapiente y didáctica, da razón de los desarrollos de la justicia a través de los tiempos. Para continuar con la reforma del sector justicia es de suma utilidad su explicación sobre los modelos de magistratura y el reconocimiento de que en América Latina la mayor parte de los países se encuentra en lo que denomina la tendencia al deterioro degradante y que muy pocos han alcanzado al modelo de magistratura tecno-burocrática. Considera que la meta a alcanzar es el modelo de magistraturas democráticas de derecho. Las propuestas del autor iluminan el camino a seguir.

Vanesa Aguirre Guzmán afronta uno de los temas más importantes del nuevo modelo, el atinente al manejo de los recursos humanos. En su ensayo *Las carreras de la Función Judicial un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia*, explica en forma clara y sistemática el tratamiento que sobre el tal tópico da el Código. Para la mejor comprensión del articulado referente al régimen aludido, este estudio es de mucha utilidad.

El Profesor Alberto Binder en el ensayo *Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la Carrera Judicial*, analiza una cuestión de antigua data pero siempre nueva, el estado de la enseñanza del derecho en nuestros países. Al propósito señala certeramente que *la enseñanza universitaria no distingue entre los diferentes oficios que deberá desempeñar el futuro estudiante*. Con referencia al quehacer judicial precisa la cuestión y se pregunta qué derecho enseñar y para qué enseñarlo. En torno a estos postulados examina varias cuestiones de sumo interés cuales son la ausencia de capacitación, el rol de los consejos de la judicatura, la delegación de funciones y la distorsión del oficio judicial, la carrera judicial y otros temas conexos de gran interés.

El ensayo *Prácticas Judiciales, garantía de derechos y Carrera Judicial*, de Elizabeth García Alarcón se origina en una investigación sobre la aplicación de la Ley Orgánica de la Función Judicial, que fue derogada por el Código de la Materia que hoy rige. El propósito de este trabajo de consultoría fue el de conocer sobre las percepciones que sobre la aplicación de dicha Ley

tenían servidores judiciales, profesionales del derecho y usuarios del sistema. Se trata de un estudio de carácter preparatorio para la elaboración de la nueva legislación. Destaca el señalamiento que se hace sobre las barreras económicas y técnicas respecto del acceso a la justicia.

Se han integrado al Libro varios ensayos de gran valía sobre temas puntuales. Francisco Iturralde Albán discierne sobre el *tema Sector Justicia y gobierno judicial*, dentro del cual realiza acotaciones interesantes como aquella de que el *Sector Justicia debe ser entendido como un conjunto orgánico, como un sistema y no como un conglomerado*. El autor analiza con propiedad el gobierno judicial y sugiere la realización de sondeos de opinión respecto de la administración de justicia.

Jorge Vicente Paladines, dentro del dicho ámbito, diserta un asunto de singular importancia *la ponderación entre un proceso penal eficiente y un proceso penal garantista*. Su trabajo *¿Fiscal General o General Fiscal?* Afronta semejante cuestión y al intento, con gran hondura e ilustración apunta los argumentos que se han propuesto. Concluye con una admonición digna de ser aquilatada. Dice, *Por ende, la asimetría en la igualdad de armas no va a cambiar, pues la institución de la acusación seguirá siendo superior a la de la defensa, sin ningún control y equilibrio*.

En una amplia exposición a la que denomina *Desafíos y perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador*, Ernesto Pazmiño Granizo, se refiere a esa Institución que actualmente dirige con singular acierto y que fue creada por la Constitución del 2008. Con este estudio-informe, se llena un vacío en nuestra organización judicial. Para adentrarse en el rol que corresponde a la Defensoría Pública, así como para comprender su proyección, considero que este estudio es de lectura obligatoria.

Con las expresiones *La desgracia de la Función Judicial es la desgracia de la universidad y la esperanza de la Función Judicial es la universidad*, Ramiro Ávila Santamaría comienza su trabajo *Cultura Jurídica, Facultades de Derecho y Función Judicial*. El estudio concierne a la enseñanza del derecho en nuestras universidades, cuestión que ha ocupado la atención los cultores del ramo desde hace pocas décadas. El autor se refiere a la cultura inquisitiva y formalista que ha prevalecido y aún prevalece, así como también al modelo alternativo que pueda generar un acercamiento a la realidad social. Recoge los avances que sobre el punto se encuentran en el Código.

Juan Pablo Morales Viteri afronta el tema de los consultorios jurídicos gratuitos a la luz de las normas que se han incluido en el Código. Su ensayo *Asistencia jurídica transformadora o consultorios jurídicos para pobres*, denota su línea de pensamiento que se resume en afirmar que el consultorio jurídico debe entenderse como un servicio a la comunidad y no exclusivamente como un laboratorio de aprendizaje.

Wendy Reyes Chiriboga aborda *La Función social en el ejercicio del derecho*. En este trabajo se enuncia el nuevo rol de los abogados. Su propósito define en los siguientes términos: *Lo que este ensayo pretende precisar es el nuevo rol de abogadas y abogados que ejercen su profesión en un Estado constitucional de derechos y justicia y cómo esta función representa una obligación compartida en la admisión de nuevas responsabilidades que en materia de derechos son avances para usuarias y usuarios del servicio*. Se refiere a las normas del Código que incumben al nuevo rol.

En el ensayo *Justicia de Paz* el doctor Juan Carlos Andrade Dávila comenta las normas que sobre este sistema constan en el Código. Analiza las bondades del mismo y al propio tiempo señala algunas cuestiones que no han sido reguladas. Tales precisiones son de importancia y deberían ser tomadas en cuenta para eventuales reformas. Habría que discernir si comportan modificaciones al Código o si caben reglamentaciones que bien podrán ser expedidas por el Consejo de la Judicatura.

Analizar críticamente lo que se ha denominado en el COFJ “justicia intercultural”, y las normas que se relacionan con ella, es el elemento fundamental del ensayo de Fernando Garacía. El autor centra su atención sobre una visión antropológica del derecho y sobre la base de esta apreciación, construye la realización de la interculturalidad como un imperativo constitucional que debe atravesar la institucionalidad estatal transversalmente. A partir de esto, analiza el tema de la justicia intercultural, la cual es justificada como un importante espacio de encuentro entre la jurisdicción indígena y ordinaria, pero, a su vez, identifica los retos que son necesarios para su implementación, especialmente, la aprobación de la ley de coordinación y participación entre la jurisdicción indígena y ordinaria. La interlegalidad aparece como un supuesto teórico, al cual el autor se suscribe, y que permitiría articular los sistemas de derecho y justicia que coexisten en la sociedad ecuatoriana.

Estoy seguro de la utilidad, valía y oportunidad del Libro que bondadosamente se me ha permitido prologar, así como de la amplia difusión que tendrá.

Además, curiosamente, todos y cada uno de los ensayos *son fáciles de leer* en los términos que, coloquialmente me transmitiera el notable lingüista don Humberto Toscano, quién afirmaba que con independencia de su valor intrínseco existen libros fáciles de leer y otros duros de leer.

José Vicente Troya Jaramillo

PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Introducción

I

Palabras iniciales

Este libro reúne una serie de artículos dedicados al análisis del recientemente promulgado Código Orgánico de la Función Judicial, cuerpo legal que, sin lugar a dudas, responde a una imperiosa necesidad de cambio en la administración de justicia.

Ciertamente, la preocupación por la reforma judicial no es reciente. El primer “gran salto” en los últimos treinta años estuvo representad, sin duda, por las reformas constitucionales de 1992¹, que reformularon la estructura jurisdiccional del país y se concretaron en las sucesivas enmiendas de 1996, 1997 y 1998. Sin embargo, persistió el ansia de “recuperar” de manos del control político a la Función Judicial. No se evidenció, por parte del legislador, una intención seria por emprender una reforma sustancial a la legislación procesal orgánica y adjetiva que diera paso a ese afán de cambio.

Esta afirmación se sustenta por una simple evidencia: a pesar de que la codificación constitucional de 1998 consolidó el camino emprendido en el año 1992, trazando una vía de verdadera renovación institucional y señalamiento de los grandes principios que debían informar a la organización

1 Uno de los primeros estudios que dio noticia sobre la calamitosa situación de la administración de justicia en el Ecuador fue el elaborado por el Centro para la Administración de Justicia de la Universidad de la Florida (CAJ/FIU), en junio de 1991 (Evaluación del Sector Justicia de Ecuador. Análisis legal y administrativo, Informe Final, Quito), en conjunto con varios consultores ecuatorianos especialistas en reforma judicial y autoridades del sector. La gran bondad de este estudio es que consideró a todos los integrantes del Sector Justicia, no solo al jurisdiccional y brindó algunas de las pautas centrales para la primera gran reforma de la Función Judicial.

judicial y la sustanciación de los procesos, siguió vigente la Ley Orgánica de la Función Judicial de 1974, producto de un gobierno dictatorial². Hubo varias iniciativas para reemplazar la vieja legislación³, pero el ex Congreso Nacional no consideró los proyectos presentados, debido quizá a que removían los viejos esquemas que persistían en las autoridades correspondientes sobre lo que debía ser la administración de justicia. Ni qué decir respecto al atraso en la implementación de la oralidad para la sustanciación de los procesos, especialmente en lo concerniente a los juicios civiles.

La nueva Constitución ha impuesto un giro radical en lo que concierne a la organización de la administración de justicia, precisamente respondiendo a ese anhelo y sinsabor que ha provocado el que el órgano legislativo no haya dado paso a iniciativas serias que ya fueron formuladas con mucha anterioridad. Al haber sido aprobada por una enorme mayoría de ecuatorianos, se impone el aporte —que fuera de la condescendencia o no que se pueda tener con la ideología de la nueva Carta Fundamental— de abogados, académicos y funcionarios públicos del Sector Justicia, quienes puedan aportar, desde ópticas distintas, con sus opiniones y perspectivas sobre la aplicación del Código.

El Código ha sido elaborado con ese anhelo fundamental pero, además, contiene una serie de mecanismos que, de ponerse Sector Justicia. Ningún cambio es posible si no se cuenta con un instrumento legislativo que, en primer lugar, desarrolle los preceptos constitucionales y, en segundo lugar, responda a las necesidades que tanta atención reclaman.

Desde luego, la ley por sí sola nunca basta y esto resulta una verdad de perogrullo. Siendo el primer paso, impone a los actores implicados en la administración de justicia (judicatura, fiscalía, defensoría pública y abogados) una renovación de viejos paradigmas y eliminación de prejuicios. Un compromiso con la certeza de que el cambio no será posible si no hay dis-

2 Decreto Supremo 891, RO 636: 11-sep-1974.

3 El proyecto que preparó la comisión designada por la ex Corte Suprema de Justicia y que fue presentado a consideración del Congreso Nacional en diciembre de 2002, por ejemplo, fue producto de un estudio previo y debate de las múltiples propuestas que fueron elaboradas por la propia Corte, por legisladores, universidades o entidades dedicadas al derecho procesal. Dio paso a otros proyectos en el seno del propio Congreso Nacional, en dos comisiones (la de Legislación y Codificación y la de lo Civil y Penal); sin embargo, nunca se le dio el trámite correspondiente.

posición al sacrificio y renuncia de intereses personales. Esa sea, posiblemente, una de las razones por las cuales una ley que reorganiza totalmente la administración de justicia en el país, haya colisionado con tantas voces contrarias que expresen sus opiniones con menor o mayor fundamento.

Esta razón sirve de justificación suficiente para la presente obra colectiva: es necesario explicar el porqué de este nuevo ordenamiento, o hallar una elucidación más o menos satisfactoria sobre las instituciones incorporadas, modificadas o eliminadas, o la imposición de determinados arquetipos.

Por ello se encontrarán artículos de personas que provienen del libre ejercicio, que se han desempeñado en la judicatura, que laboran en la academia o bien son funcionarios judiciales y del sector público. Se incluyen colaboraciones de investigadores de renombre internacional en el área de reforma judicial y del derecho en general como Eugenio Raúl Zaffaroni, Alberto Binder y Luis Pásara. Todos los autores han contribuido al debate sobre la materia en alguna manera, sea participando en proyectos de reforma procesal; ora con artículos o a través de la cátedra. En general, se ha buscado un enfoque pluralista: no se trata de defender la posición adoptada finalmente por el Código Orgánico de la Función Judicial, sino el de analizarlo con la mayor amplitud de criterio posible.

Así, quienes han participado en esta obra, son personas con diversa ideología; pero les une a todas y a todos una angustia común: la mejora de la administración de justicia como necesidad impostergable, sea en general o en el Ecuador. Ya en lo concerniente al Código Orgánico de la Función Judicial, se trata de enfocarlo desde una visión práctica pero también doctrinaria, sin sesgo dogmático; de dar el primer paso hacia un debate *fundamentado* —lo que no parece ser práctica común en el Ecuador—, que sirva de base para discutir cuáles deberán ser los siguientes pasos a tomar en el proceso de reforma de la administración de justicia en nuestra patria.

Santiago Andrade Ubidia, EDITOR

VICERRECTOR DE LA UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

II

La transformación de la Justicia

1. La metamorfosis de la institucionalidad judicial

La Ley Orgánica de la Función Judicial fue promulgada en el Ecuador en 1974, durante el gobierno de facto del Gral. Guillermo Rodríguez Lara. Este cuerpo normativo no tuvo considerandos, por lo cual, los fines que tenía se deducen de su contenido y del contexto. El fin de esta Ley fue organizar la administración de justicia, estableciendo las autoridades judiciales, niveles de la judicatura, competencia, jurisdicción y requisitos, pero sin regular aspectos sustanciales, tales como la carrera judicial o el régimen disciplinario. Esta ley se limitó a describir la estructura organizativa, sin determinar jurisdicción ni las competencias de los órganos de la Función Judicial. Además, la regulación sólo operó respecto de las juezas y jueces y los funcionarios administrativos y auxiliares.

El entorno político en el cual se promulgó este cuerpo normativo era el de la transición hacia la democracia bajo la regencia de los militares, en medio de un intento tardío de aplicar las políticas de sustitución de importaciones del cepalismo y el auge del nacionalismo en el control de los sectores estratégicos de la economía. Esto supuso, al mismo tiempo, una inflación de la actividad gremial al interior del Estado, por lo cual no es una novedad que esta Ley regulara sólo la organización, respetando, implícitamente, las estructuras formales de la organización judicial, donde se resolverían todos los problemas de la administración de justicia. Por otro lado, estos sectores se encontraban fuertemente vinculados a los abogados y las facultades tradicionales de derecho.

En otras palabras, esta normativa nos presentaba una justicia de espaldas al proceso histórico del Ecuador y sin que tuviera ninguna incidencia social en el diseño del Estado. Sólo basta ver la Constitución que estaba vigente para aquella época para darse cuenta el poco peso político y social que tenían los jueces —por aquel tiempo, sólo jueces—, lo que Zaffaroni llama magistraturas empírico-primitivas⁴.

4 Ver en este libro, Raúl Eugenio Zaffaroni, “Dimensión política de un poder judicial democrático”.

Tampoco en esta Ley se incluyeron los principios de la administración de justicia y el desarrollo de los derechos de los instrumentos internacionales y constitucionales respecto de la justicia y las garantías. No fue muy clara en cuanto a los mecanismos de selección, permanencia y remoción de jueces, y no consideró mecanismos de participación social. Apenas –en el Título VII, el último–, se consideran disposiciones comunes, las cuales, hacían referencia a inhabilidades y prohibiciones, formalidades y otras normas sobre temas diversos.

Desde su promulgación, este cuerpo legal ha tenido, relativamente, pocas reformas, de alta, media y baja intensidad hasta abril de 2008: 78 reformas⁵. En su mayoría, estas reformas hacían referencia a la inclusión de nuevos jueces (de niños, niñas y adolescentes, por ejemplo) o a beneficios gremiales. Las reformas más importantes se dieron en 1997: a) se desagrega a los árbitros de la regulación judicial e incluye –sólo formalmente– a los jueces de familia⁶; se modifica la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo y fiscal⁷; y b) se cambian las reglas y requisitos para la selección y sustitución de los jueces, y se fortalece las facultades de control judicial en favor de la Corte Suprema de Justicia⁸.

Estas reformas fueron el resultado posterior a las reformas constitucionales de 1992 y 1996⁹. Luego, la Constitución de 1998 crea el Consejo Nacional de la Judicatura con el fin de que sea el organismo de administra-

5 Corporación de Estudios y Publicaciones, *Ley Orgánica de la Función Judicial*. Reglamento, Legislación conexas, Concordancias, Sección II “Evolución Normativa”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, abril de 2008, p. 15. De estas reformas, sólo 12 son reformas de alta intensidad, es decir, aquellas que mandan derogar, aumentar o modificar el texto de la Ley Orgánica de la Función Judicial (LOFJ); 17 son reformas de intensidad media, pues operan sobre otras leyes, pero modifican algunas disposiciones de la LOFJ, como las del Código de Procedimiento Penal; y, las restantes 49 reformas son de baja intensidad, pues influyen en alguna medida en la LOFJ, interpretando algunas de sus normas por ejemplo, las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia.

6 Ley s/n, *Ley Reformativa a la Ley Orgánica de la Función Judicial*, RO 145: 4-sep.-1997.

7 Ley 39, *Ley Reformativa a la Ley Orgánica de la Función Judicial* RO-S 201: 25-nov.-1997.

8 *Ibid.*

9 RO-S 93: 23-dic.-1992, RO 969: 18-jun.-1996 (codificación de los tres bloques de reformas); y, RO 1: 11-ago.-1998 (Constitución vigente). La Ley del Consejo Nacional de la Judicatura fue promulgada mediante Ley 68-PCL, RO 279: 19-mar.-1998. Esta Ley fue declarada con rango de orgánica por resolución legislativa 22-058, RO 280: 8-mar.-2001.

ción y gobierno de la Función Judicial, y se posibiliten las condiciones político-jurídicas para la modernización de la justicia y la racionalización de la actividad judicial¹⁰.

La Constitución de 1998 fue la primera en darle cierto contenido sustancial –no sólo la descripción de la organización jerárquica de la judicatura de las anteriores constituciones– a la regulación de la Función Judicial, pues introdujo por primera vez algunos principios de la justicia; elevó a rango constitucional los mecanismos alternativos de administración de justicia (como el arbitraje y la mediación) y reconoció la justicia indígena¹¹.

De la mano de las fuerzas progresistas de la constituyente de 1997, la justicia pasó a ser un tema importante de la reforma política. La Constitución de 1998 consolidó las conquistas respecto de la administración de justicia, las garantías, estatuto de derechos, y control constitucional logradas en las reformas constitucionales de 1992 y 1996.

Los principios de publicidad y oralidad y el mejoramiento de las denominadas garantías del debido proceso, incorporados en la Constitución de 1998 incidieron sobre la legislación. Por ejemplo, se adoptó un nuevo Código de Procedimiento Penal que intentó instaurar la oralidad y las garantías del debido proceso en los procesos penales sobre la base de un sistema acusatorio atenuado (inquisitivo con elementos acusatorios). Caso parecido ocurrió respecto de reformas al Código de Trabajo. No obstante, el cambio constitucional no propició una reforma directa en la Ley Orgánica de la Función Judicial, sino de manera indirecta. Por ejemplo, el cambio introducido en el proceso penal por el nuevo Código de Procedimiento Penal, según el cual los jueces dejan de conocer la etapa de instrucción, función que pasa a ser de los fiscales, reformó tácitamente los artículos del 63 al 67 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que contenía las competencias de los jueces penales.

También fue importante lo referente la focalización de la gratuidad de la administración de justicia para los casos penales, laborales, de alimentos y de menores del artículo 207 de la Constitución, lo cual permitió el diseño de un sistema de tasas judiciales, mediante la Ley de Creación de Tasas

10 Reforma constitucional. RO-S 93: 23-dic.-1992. La Ley de Casación que contenía las reformas para racionalizar la actividad judicial fue promulgada en 1993 (Ley 27. RO 192: 18-may.-1993).

11 Constitución Política de la República del Ecuador, RO1: 11-ago.-1998, Arts. 191-207.

Judiciales y Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura¹² y el Reglamento de Tasas Judiciales¹³. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del cobro de tasas judiciales en los casos de acciones constitucionales, con lo cual se amplió la exención de tasas establecido en el texto constitucional¹⁴.

Por último, el tema central de estas reformas giraron alrededor de la independencia judicial externa, por lo cual se mantuvo la cooptación para la integración de la Corte Suprema de Justicia, se elevaron a rango constitucional la carrera judicial y el principio de independencia judicial, y se incorporaron algunas inhabilidades para ser juez¹⁵. No obstante, estas disposiciones no fueron desarrolladas en la legislación infraconstitucional, especialmente en la leyes orgánicas de la Función Judicial y del Consejo Nacional de la Judicatura. Se mantuvo la Corte Suprema de Justicia en funciones para aquella época y se inició un conflicto político entre ésta y el recién creado Consejo Nacional de la Judicatura. La normativa no ayudaba para solucionarlo, puesto que, tanto la Ley Orgánica de la Función Judicial como la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura duplicaba las competencias de gobierno judicial, lo cual propició que la Corte Suprema y el Consejo emitieran un sinnúmero de resoluciones para afirmar sus competencias o para mantener las ya existentes antes de la reforma constitucional y que pugnaban con sus preceptos¹⁶. En este conflicto, siempre salió

12 Ley 2001-54, *Ley de Creación de tasas judiciales y Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura*, RO 464: 29-nov.-2001.

13 Consejo Nacional de la Judicatura, Rs. s/n, Reglamento de tasas judiciales, RO 490: 9-ene.-2002

14 Tribunal Constitucional, sentencia 020-2002-TC, 13-nov-2002. RO 708: 20-nov.-2002.

15 Constitución Política de la República del Ecuador, op.cit., artículos 198-205.

16 1. Reglamento para el trámite de juzgamiento para suspender en el ejercicio profesional a los abogados, RO 608: 21-ene-1987; 2. Reglamento de carrera judicial, RO 564: 16-nov.-1990; 3. Resolución sobre fijación de honorarios de conjuces permanentes, publicada en el RO 40: 5-oct-1998; 4. Reglamento de tramitación de quejas de la Función Judicial, publicado en el RO 157: 26-mar.-1999 y todas sus reformas; 5. Reglamento de tasas judiciales, RO 490: 9-ene.-2002; Reglamento Orgánico de la Escuela Judicial del Ecuador, RO 189: 14-oct.-2003; 6. Instructivo para concurso y designación de vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, RO-S 182: 6-ene.-2006; 7. Sobre la reestructuración del Consejo Nacional de la Judicatura, RO-S 182: 6-ene.-2006; 8. Instructivo para la designación de delegados distritales del Consejo Nacional de la Judicatura, RO 363: 25-sep.-2006; 9. Instructivo para aplicar el sistema de cooptación en la Corte Suprema de Justicia, RO 378: 17-oct-2006; 10. Reglamento sustitutivo para el pago de viáticos, subsisten-

ganando la Corte, pues era una institución con mayor tradición en nuestro país.

No obstante, la Corte Suprema, en diciembre de 2004, fue cesada por parte de una mayoría de diputados afín al entonces Presidente de la República, Lucio Gutiérrez. En mayo del 2005 se promulgó, luego de la destitución del Presidente, una Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial que introducía requisitos más rigurosos¹⁷ con el fin de reintegrar una vez más a la Corte que había sido cesada luego de la sustitución presidencial operada en favor del vicepresidente, Alfredo Palacios. Esta reforma buscó legitimar la integración de la Corte a partir de un proceso de selección público.

Finalmente, la última reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial se propuso compatibilizar las normas procesales del Código de Procedimiento Penal y los casos de fuero que conoce la Corte Suprema de Justicia, y se flexibilizaron las reglas para la elección del Presidente de la Corte Suprema¹⁸.

Así, llegamos a la Constituyente de 2007. Se profundizaron los cambios y se desarrolló más contenido sustancial, constitucionalizando el acceso a la justicia¹⁹ y el ya comentado Estado constitucional de derechos y justicia.

cias y gastos de transporte de los funcionarios y servidores judiciales, RO 413: 8-dic.-2006; 11. Políticas Generales para que sean aplicadas por el Consejo Nacional de la Judicatura, RO 89: 22-may.-2007; 12. Sobre llamamiento de conjucees permanentes para integrar salas de Corte Suprema, cortes provinciales y tribunales distritales, y de designación de conjucees ocasionales, RO 340: 19-may.-2008; 13. Instructivo de concursos internos de merecimientos y oposición que regula los ascensos y promociones de servidores judiciales que participan en la provisión de cargos de Secretarios relatores, Secretarios de Salas, de Tribunales, Juzgados, Oficiales Mayores, Ayudantes Judiciales, Citadores, Auxiliares de Servicios, y otros de nivel operativo en el área administrativa, incluidos los cargos del Consejo Nacional de la Judicatura, RO 396: 5-ago.-2008; y, 14. Sobre la recepción de escritos de abogados en tribunales y juzgados de la República del Ecuador, RO 441: 7-oct.-2008.

17 Ley 2005-001, Ley Orgánica reformativa a la Ley Orgánica de la Función Judicial, RO 26: 26-may.-2006.

18 Ley 2006-33, Ley Orgánica reformativa a la Ley Orgánica de la Función Judicial y al Código de Procedimiento Penal, RO 238: 28-mar.-2006.

19 Luis Fernando Ávila Linzán, "Constitucionalización de la administración de Justicia en la Constitución del 2008", en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

En este contexto, se aprueba el Código Orgánico de la Función Judicial²⁰ como un imperativo de la constitucionalización de la Administración de Justicia propuesto por la Constitución de 2008²¹.

2. Por los caminos de la transformación judicial

A finales del siglo XIX, Marcel Proust, escribió una obra literaria titulada *Por los caminos de Swann* que era una novela en una prosa costumbrista e impresionista. En esta obra, se cuenta una historia que reconstruye la historia del señor Swann, desde quienes formaron parte de su círculo social. Es un esfuerzo por hacer narrativa retrospectiva e ir armando un rompecabezas entre muchos que conocieron a este personaje, saltando en el tiempo y reconstruyendo las realidades a su alrededor.

De alguna manera, ésta es la tarea al momento de reconstruir el camino que ha seguido nuestra reforma judicial. Debemos mirar hacia atrás para ver qué impacto tuvo la reforma jurídica –especialmente, la judicial– en cada momento histórico y de qué manera respondió a las exigencias sociales de una justicia al alcance de las personas y colectividades.

Pensamos que la reforma judicial en una visión más amplia, supone un acto de voluntad de quienes detentan el poder y no sólo es una cuestión jurídica²². El ideal que nos anima es que esta reforma puede ser dirigida y utilizada para democratizar a la sociedad o, si se quiere, como afirma Boaventura De Souza Santos, “democratizar la democracia”²³. En este sentido, más importante que saber “hacia dónde va la reforma judicial”, es estar convencidas y convencidos de “hacia dónde debe ir la reforma judicial”. En el caso ecuatoriano, esta opción está inspirada en la Constitución del 2008, según la cual la reforma debe ir hacia la máxima garantía del acceso sustancial a la justicia con el fin de transformarla para realizar el “Estado constitucional de derechos y justicia”²⁴.

20 Código Orgánico de la Función Judicial, RO-S 544: 9-mar.-2009.

21 Luis Fernando Ávila Linzán, *op.cit.*, 2008.

22 Guilles Deleuze y Michel Foucault, “Los intelectuales y el poder. Entrevista a Guilles Deleuze y Michel Foucault” en Michel Foucault, *Microfísica del poder*, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1992, p. 80.

23 Boaventura De Sousa Santos, *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

24 Constitución del 2008, Art. 1.

Luego, es indispensable repensar todo el tiempo la reforma judicial mediante un análisis crítico e interdisciplinario, desde el derecho y desde fuera de él, siempre comprometido con el cambio en favor de los excluidos²⁵. Debemos dar voz a los que nunca la tuvieron para que no sólo sean escuchados, sino que sean los sujetos principales de la reforma.

En definitiva, este libro tiene por finalidad explicar y ayudar a la comprensión de las principales instituciones desarrolladas en el Código Orgánico de la Función Judicial y establecer cuáles son los retos para su real implementación, con el fin de transformar la justicia.

Con esto, tampoco queremos ser maniqueos y considerar que ahora es el tiempo de los buenos y que todo lo anterior fue el fracaso de los malos, sino sólo trazar una línea que permita asegurar las conquistas en el ejercicio del derecho a la justicia.

Creemos que no se debe magnificar este cuerpo legal recientemente aprobado, puesto que él solo no puede significar la transformación que se espera, sino que únicamente representa un paso más, importante eso sí, pero que apenas abre la trocha hacia rumbos aún inciertos. Se necesita servidoras y servidores comprometidas y comprometidos con el cambio, y una sociedad civil vigilante y crítica.

Luis Fernando Ávila Linzán

EDITOR

25 Alejandro Garro, “El acceso de los pobres a la justicia en América Latina”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la Ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 280.

Principios y
fundamentos

Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008

Santiago Andrade Ubidia

Sumario:

I. Introducción. II. Origen de la potestad jurisdiccional III. Las políticas de la función judicial. IV. Principios que informan la organización y la actividad judicial. V. Carreras de la función judicial. 5.1. Razón de la introducción del sistema de carreras. Directrices. 5.2. El ingreso a la Función Judicial. 5.3. Sistema de categorías; ascensos y evaluación periódica. VI. Régimen de derechos y deberes de las servidoras y servidores de la función judicial. Prohibiciones y régimen disciplinario. 6.1. Derechos y deberes. 6.2. Prohibiciones y régimen disciplinario. VII. Órganos jurisdiccionales. 7.1. Reglas generales aplicables a las juezas y los jueces. 7.2. El despacho de las causas. 7.3. Jurisdicción y competencia. 7.4. Organización de la judicatura: conformación y ámbito de acción de cortes, tribunales y juzgados. 7.4.1. La Corte Nacional de Justicia. 7.4.2. Las cortes provinciales. 7.4.3. Tribunales y juzgados. VIII. Órganos administrativos. 8.1. El Consejo de la Judicatura: su nuevo rol. 8.2. Integración del Consejo de la Judicatura. El Pleno. 8.3. Las comisiones especializadas del Consejo de la Judicatura. 8.4. Descentralización de la gestión administrativa: las direcciones regionales y provinciales. IX. Órganos autónomos: fiscalía y defensoría pública. X. Órganos auxiliares de la función judicial. 10.1. Notarías y notarios. 10.2. Disposiciones relativas a depositarias y depositarios judiciales, síndicas y síndicos, martilladoras y martilladores, liquidadoras y li-

quidadores de costas. XI. Abogadas y abogados. XII. Relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria. XIII. Disposiciones transitorias, derogatorias y reformatorias.

I. Introducción

Las presentes líneas se limitan a hacer una explicación sumaria de las razones que motivaron la incorporación de determinadas disposiciones al Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), que entró en vigencia en virtud de su promulgación en el Registro Oficial suplemento al 544 del 9 de marzo de 2009.

La vigente Constitución de la República, elaborada por la Asamblea Constituyente reunida en ciudad Alfaro, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008 y promulgada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, responde a una nueva concepción del Estado y por ello consagra cambios profundos a su organización y funcionamiento.

A causa de este cambio es que la Función Judicial presenta, en la Carta Magna, profundas transformaciones, por lo que bien podemos afirmar que se impone el nacimiento de una nueva Función Judicial. De allí que era urgente que se dictara una ley que estableciera los principios, sentara las bases de la organización de los diferentes organismos que integran la Función Judicial, concebida como una unidad, y determinara las normas a las cuales han de someter su actuación quienes intervienen en el proceso judicial, igualmente considerado como una unidad.

Se han producido cambios profundos en los paradigmas; pero, nada se logrará si es que no se toma conciencia de la transformación producida y si no se produce un cambio igualmente radical en los comportamientos de todos los que intervienen en la actividad judicial. Las leyes por sí solas no producen las grandes transformaciones y, a la larga, pueden constituir en nuevos motivos de frustración. Si los jueces y las juezas, los y las fiscales, los defensores y las defensoras no se comprometen con el cambio, si es que no asumen sus responsabilidades y pretenden buscar los caminos para burlar la ley, si los abogados y las abogadas igualmente no renuncian a utilizar el pro-

ceso desviadamente, como un medio de obtener beneficios a como de lugar, si las facultades de derecho, jurisprudencia y ciencias jurídicas no asumen el deber de dar a los futuros abogados una formación integral a fin de que se haga realidad el mandato constitucional de garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y del ordenamiento jurídico, si las organizaciones profesionales, (sean éstos colegios, clubes, academias, etc.) no asumen el papel que les corresponde como medios para la superación material y moral de sus miembros y defensa auténtica de sus legítimos derechos e intereses, si estas organizaciones privadas pretenden seguir desempeñando funciones públicas que no les corresponden, no se habrá logrado nada y el COFJ y la propia Constitución no pasarán de ser ilusiones frustradas en una nueva “primavera de Praga”.

El pueblo ecuatoriano votó mayoritariamente por una nueva Constitución, por lo tanto, viviendo como vivimos en un sistema democrático en que la voluntad de la mayoría obliga a todos, sería desleal pretender impedir que esta Carta Fundamental tenga plena vigencia. Sin excepción, todas y todos estamos en el deber de someternos a ella y prestar todo nuestro contingente para que se hagan realidades las grandes esperanzas de la mayoría de ecuatorianas y ecuatorianos porque podamos vivir en una sociedad democrática, libre de corrupción, en que sin discriminaciones podamos gozar efectivamente de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en que la justicia sea una realidad al alcance de todas y de todos y no un privilegio de los grupos de poder.

Como se ha señalado antes, la Carta Fundamental introduce cambios profundos en la estructura de la Función Judicial: se integran a ella la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública; el Consejo de la Judicatura se convierte en el órgano de gobierno de toda la Función, y se modifican las competencias de los órganos jurisdiccionales. El constituyente ha querido otorgar una visión integral al servicio de la administración de justicia; en el fondo, se busca, mediante este nuevo esquema, hacer realmente efectivos los derechos de los justiciables y dar vida a los principios constitucionales que rigen la actividad de la Función Judicial y los que informan la sustanciación de los procesos.

II. Origen de la potestad jurisdiccional

El Código comienza con la declaración de que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial. Esta norma es consecuencia directa de lo que dispone el artículo 1, inc. 2, de la Constitución: la administración de justicia es una manifestación de la soberanía, emana de ella y la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de toda autoridad. Se critica señalando que no todos los órganos de la Función Judicial administran justicia y, en sentido estricto, es así, pero en sentido amplio, todos ellos son actores en el proceso, y están comprometidos con el deber nacional de procurar el logro del ideal de justicia.

III. Las políticas de la función judicial

Señalado el ámbito de aplicación del Código, a continuación se establece imperativamente el deber de todos los órganos de la Función Judicial, en el ámbito de sus competencias, dentro de los grandes lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo, de formular políticas administrativas, económicas y de recursos humanos que garanticen el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y demás principios establecidos en la Constitución y en el Código y permitan que sea una realidad la transformación de este poder del Estado.

De esta manera, ninguna actuación o disposición de las autoridades judiciales debe ser ajena a esas políticas. En todo momento, debe recordarse que es el justiciable el destinatario de estas políticas; por ello todo el accionar de la Función Judicial se ha dirigido a hacer efectivos sus derechos.

En esencia, estas políticas garantizarán que los principios procesales no queden en declaraciones líricas. Las experiencias pasadas han señalado que, en algunas ocasiones, no ha primado en las decisiones administrativas de la Función Judicial criterios de eficacia (por ejemplo, la creación de judicaturas sobre la base de estadísticas no actualizadas o por compromisos políticos); no existe una información fidedigna que permita conocer cómo se desenvuelven los procesos a cargo de juezas o jueces o el modo de actuar de las y los fiscales; no se dota de recursos suficientes a las judicaturas y fiscalías

de primer nivel, mientras las oficinas de las cortes o de los administrativos gozan de comodidades; no se proveen rápidamente las vacantes dejadas por una servidora o servidor judicial, perjudicándose la atención al público; no se atienden necesidades urgentes en materias como niñez y adolescencia o el sector penal, etc. La lista de problemas es larga.

Debe reconocerse que un nuevo Código no va a corregir inmediatamente éstas u otras dificultades. Pero es el primer paso a tomar cuando se trata de hacer del cambio en la administración de justicia una realidad. Tal vez las situaciones más acuciantes para la sociedad toman forma en este sector; por ello, es especialmente grave la responsabilidad que, conforme el nuevo marco constitucional, adquiere el Consejo de la Judicatura, porque debe manejar los recursos humanos y financieros a su cargo con profesionalismo, compromiso y mucha dedicación.

El manejo de los recursos financieros ha sido uno de los sectores más descuidados. No deja de sorprender que en múltiples ocasiones, la Función Judicial haya devuelto cantidades importantes de recursos al fisco, porque no llegaron a utilizarse debido a que no existieron planes adecuadamente formulados a la realidad judicial; y, sin embargo, muchas necesidades fundamentales, tales como la creación de nuevas judicaturas o la provisión de las vacantes, fueron dejadas de lado por largo tiempo y se ha advertido una tónica de improvisación en la gestión administrativa. Esto no puede, simplemente, tolerarse. Por ello, en el Código se determina cuáles son las directrices que deben guiar la actuación de los órganos de gestión, administrativos y de gobierno judicial.

El campo de acción del Consejo de la Judicatura crece, pues, enormemente en comparación con el papel que le estaba designado antes de la nueva Constitución. Administrativamente, está a la cabeza de la Función Judicial. Pero ello no puede suponer, en ningún caso, que se podrá interferir a título de control o de supervisión de la actividad judicial, en las decisiones jurisdiccionales. También se debe recordar que, con mucha frecuencia, el mecanismo de la queja, mal conducido, ha sido utilizado como instrumento de presión contra la servidora o el servidor judicial, cuando el denunciante inescrupuloso logra obtener indebidamente ese respaldo en el órgano sancionador. El Código, preocupándose por esta práctica indebida que ha llegado a extenderse demasiado, prohíbe que los órganos administrativos y

de control del personal de la Función Judicial interfieran en las actividades jurisdiccionales a título de control o supervisión; y sanciona severamente dicha conducta indebida.

IV. Principios que informan la organización y la actividad judicial

El COFJ, en su primer título, trata de los principios que informan la actividad de este poder del Estado; se han introducido no solamente aquellos que constan en la Constitución de la República, sino también los que la doctrina ha reconocido, en forma general, como inherentes a esa actividad.

No es frecuente que los cuerpos normativos desarrollen principios que sirven de fundamento teórico a sus disposiciones, porque ellos suelen ser el resultado de una ideología dominante y se estima que tales principios son de conocimiento y aceptación general; pero en el Código se consideró indispensable realizar la presentación detallada de los principios que le inspiran y de las disposiciones fundamentales de la organización y del operar de los agentes de la justicia porque es el resultado de un movimiento profundamente renovador de la organización del Estado y se introducen cambios profundos en todo lo atinente al Poder Judicial y a su actividad, de los cuales se tiene poca conciencia. Mucho se ha hablado del cambio, pero hay escasa conciencia de la profundidad de ese cambio y, como éste significa el fin de los espacios de poder y busca poner término a los privilegios de grupos, hay un claro afán de oponerse a la transformación. De otra parte, se tuvo en cuenta la posición exageradamente legalista de nuestros operadores jurídicos, para quienes lo único que cuenta y que sienten les obliga es lo que aparece en el texto de la ley, que se resisten a aceptar la constitucionalización del derecho y que niegan toda validez a la doctrina y a los principios elaborados por ella. Por lo tanto, para asegurar que se observen estos principios y se cumplan los presupuestos de la transformación, se los ha incorporado en el Código, sin perjuicio de que ya lo hizo la propia Constitución.

Los principios que trae el COFJ tienen todos ellos una profunda imbricación, no pueden tomarse aisladamente, son engranajes de una compleja maquinaria que tiene por finalidad sentar las bases de una nueva adminis-

tración de justicia diferente, honesta, democrática, solidaria y profundamente humana.

Con finalidad simplemente ilustrativa, se presenta la lista de tales principios, pero la debida comprensión del Código impone un estudio exhaustivo de todos ellos, considerados unitariamente.

Estos principios son: de *supremacía constitucional, aplicabilidad inmediata y directa de la norma constitucional e interpretación integral de la norma constitucional* (artículos 4, 5 y 6); de *legalidad, jurisdicción y competencia* (artículo 7); de *independencia* (artículo 8); de *imparcialidad* (artículo 9); de *unidad jurisdiccional y gradualidad* (artículo 10); de *especialidad* (artículo 11); de *gratuidad* (artículo 12); de *publicidad* (artículo 13); de *autonomía económica, administrativa y financiera* (artículo 14); de *responsabilidad* (artículo 15); de *dedicación exclusiva* (artículo 16); de *servicio a la comunidad* (artículo 17); de *el proceso como sistema-medio de administración de justicia* (artículo 18); los principios *dispositivo, de intermediación y concentración* (artículo 19); de *celeridad* (artículo 20); de *probidad* (artículo 21); de *acceso a la justicia* (artículo 22); de *tutela judicial efectiva de los derechos* (artículo 23); de *interculturalidad* (artículo 24); de *seguridad jurídica* (artículo 25); de *buena fe y lealtad procesal* (artículo 26); de *la verdad procesal* (artículo 27); de *la obligatoriedad de administrar justicia* (artículo 28); de *la interpretación de normas procesales* (artículo 29); de *colaboración con la Función Judicial* (artículo 30); y de *impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos* (artículo 31).

Una vez consagrados los principios que constan en la enumeración anterior, el COFJ se ocupa de la responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia (artículo 11.9 de la Constitución), de la repetición de lo pagado por el Estado por este concepto y del procedimiento para sustanciar las causas por la responsabilidad personal de juezas y jueces, fiscales, defensoras y defensores públicos; un tema que había venido siendo soslayado, que determinó el que los justiciables perjudicados por el mal funcionamiento de la justicia no pudieran reclamar la reparación de daños y perjuicios a que tienen derecho y que el Estado, en los poquísimos caso en que ha recibido alguna condena (inclusive de tribunales internacionales como la Corte de San José de Costa Rica), no haya podido ejercer la acción de repetición, con lo que se provocó una situación

de impunidad total. Por último, se pone fin a un privilegio indebido que tenían los servidores y las servidoras judiciales en cuanto al fuero y al plazo de prescripción de las acciones de indemnización de daños y perjuicios por su responsabilidad personal y que estaban consagrados en la sección 31 del título II del libro II del Código de Procedimiento Civil.

V. Carreras de la función judicial

5.1. Razón de la introducción del sistema de carreras. Directrices.

Ha existido una total confusión respecto del régimen laboral de las servidoras y los servidores judiciales, ya que no se han separado debidamente las tres grandes ramas que, por su propia naturaleza, precisan de normas diferenciadas; esta situación determinó que surgiera dentro de la Función Judicial un gremialismo pernicioso que fue uno de los factores que más influyó para el desprestigio de la administración de justicia y de la crisis institucional. Es cierto que se violó permanentemente la independencia judicial desde afuera, fundamentalmente por el Ejecutivo, el Congreso y los partidos políticos, pero también internamente la presión que ejercían ciertos dirigentes sindicales llegó hasta el punto que intervenían directamente en los procesos de ingreso de servidores, su separación o conservación en el cargo, ascensos, designación de jueces, elección de autoridades etc., creando verdaderos tejidos de corrupción que fueron de dominio público, existiendo serios indicios de que tales dirigentes negociaban los fallos judiciales.

Es evidente que, si se quiere profesionalizar la administración de justicia, debe diferenciarse con nitidez entre cada estamento. Lo contrario significaría continuar una confusión que, en la práctica, ha impedido determinar categorías o funciones específicas, siendo los grandes perjudicados, en última instancia, las propias servidoras y servidores judiciales, a quienes se les exige que realicen labores distintas a las que les corresponde, asumiendo así responsabilidades que no les corresponden.

Ejemplos muy simples ilustran la afirmación: una servidora o servidor puede conservar un mismo nivel en la Función Judicial por muchísimos años, ante la inexistencia de categorías como en cualquier otra entidad del

sector público. De esta manera, no se controla a malas funcionarias o funcionarios que lo único que hacen es acto de presencia pero no desarrollan, en realidad, ninguna labor; y se limita a las buenas servidoras y servidores que no pueden ascender porque el sistema de promoción es totalmente cerrado y carente de reglas, que además se modifican conforme el “perfil” que ha sido creado muy específicamente para tal o cual cargo por la autoridad que organiza el concurso (ésta es una práctica que en la actualidad está muy extendida); finalmente, el único incentivo (que no llega a ser *administrativamente* tal porque es solo una consecuencia del paso del tiempo) para permanecer sin más méritos en un mismo puesto, radica en la antigüedad.

Puede señalarse otro ejemplo —de una situación que es ciertamente alarmante—, muchos funcionarios del cuerpo auxiliar se dedicaban a redactar resoluciones, y algunos malos juzgadores eludían trabajo con el pretexto de que así lo impone el gran número de expedientes. Una servidora o un servidor judicial del cuerpo auxiliar jamás debe redactar sentencias, porque la responsabilidad que ello implica incumbe exclusivamente a la jueza o al juez. El sistema descrito —bastante extendido en ciertos sectores judiciales—, sólo se ha prestado para que se mantengan niveles de corrupción intolerables. Y esta situación no puede mantenerse. Las servidoras y los servidores del cuerpo judicial administrativo no tienen por qué soportar cargas que no les incumbe, pero tampoco han de ejercer atribuciones que el ordenamiento jurídico ha encargado privativamente a los titulares de la potestad jurisdiccional¹.

Igualmente, en los sectores de la Fiscalía y de la Defensoría, la necesidad de profesionalizar el servicio es impostergable. No se pueden delegar atribuciones que corresponden exclusivamente a agentes fiscales o a los defensores públicos, con los mismos peligros que ya se han advertido para la administración de justicia, naturalmente con sus propios matices. Si no se determina claramente cuáles son los deberes y responsabilidades de cada estamento dentro de cada carrera, persistirán estos y otros defectos.

Para poner fin a tal estado de cosas, en el Código se ha tenido especial cuidado en señalar las directrices de las carreras del sector justicia, sus principios rectores, el perfil de las servidoras y servidores judiciales, la clasifi-

1 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”; y Alberto Binder, “La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial”.

cación de las servidoras y servidores judiciales, las diversas carreras y el régimen legal de cada una de ellas; igualmente se deja en claro que quienes prestan servicios en los que prima la actividad física, material o manual sobre la intelectual, se sujetan al Código del Trabajo.

Por la inexistencia de una carrera judicial y de un escalafón, quienes desempeñaban funciones en el aparato judicial esperaban que se produjeran vacantes para aspirar a un mejoramiento en las condiciones laborales. Lo cual llegó a originar un “canibalismo” y quienes se encontraban en niveles de judicatura más alto miraban con recelo a quienes se hallaban en niveles más bajos. Esta situación cambia radicalmente ya que en el COFJ se establecen las categorías en las carreras judicial, fiscal y defensorial, y se va ascendiendo en ellas en base a evaluaciones que acrediten merecimientos para el ascenso. Por ejemplo, un juez, fiscal o defensor puede ir ascendiendo de categoría sin cambiar de puesto de trabajo. Así se premia el buen rendimiento y los esfuerzos para mejorar y se garantiza al buen juez, fiscal o defensor que siga desarrollando las funciones en los puestos en que ha demostrado altas cualidades y al mismo tiempo mejora su remuneración y más condiciones de trabajo. Bien puede ocurrir, y es lo deseable, que un juez de primer nivel llegue a la décima categoría sin cambiar de puesto de trabajo. No debe perderse de vista que en un sistema democrático, todos los jueces son iguales, sea que desempeñen sus funciones en una judicatura de primera instancia o en una corte provincial e inclusive en la corte nacional; lo mismo puede decirse de los fiscales y los defensores públicos.

En el Código se señala con precisión los componentes de la carrera en el servicio público, de manera general, o sea el ingreso, la formación y capacitación, la promoción, la estabilidad, evaluación, régimen disciplinario y permanencia².

Aunque algunas leyes o reglamentos (por ejemplo la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura o el Reglamento de Carrera Judicial) hacían referencia a estos estamentos, no ha existido un cuerpo normativo que los incorpore en forma sistémica. No se podía determinar cuáles son, por ejemplo, las sanciones que merece una servidora o un servidor judicial, si no

2 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

se establece en primer lugar *cuál es el perfil* que requiere la administración de justicia para sus integrantes. Se debe otorgar un sentido a la carrera judicial: es un servicio público, y como tal, debe prestarse bajo ciertas directivas.

La Constitución integra a la Fiscalía y a la Defensoría Pública en la Función Judicial, como órganos autónomos; consecuencia lógica, entonces, es que las carreras de las servidoras y los servidores de dichos estamentos deberán regirse por los mismos criterios de profesionalismo y competencia en Derecho, pero imbuidos, en todo momento, por lo que la Carta Fundamental denomina “ética laica y social”: el deber de recto comportamiento, de compromiso de servicio a la ciudadanía, de honradez, diligencia y de acatamiento al ordenamiento jurídico debe ser el perfil del servidor judicial. Quien no esté comprometido con esta nueva visión, debe ser separado de la Función Judicial. No cabe tolerar conductas contrarias a estos principios.

5.2. El ingreso a la Función Judicial

Tras haber realizado la primera distinción, en cuanto a quiénes conforman las carreras del Sector Justicia, el Código determina con toda claridad cómo ingresar a cada una de ellas. Naturalmente, para el ingreso de todas las servidoras y los servidores rige, sin excepción alguna, el concurso de méritos y oposición. Éste es el principio general, previsto por el artículo 228 de la Constitución de la República. En el Código, para dar vida al perfil a que se aspira respecto a la servidora o al servidor judicial, se establece la obligatoriedad de superar pruebas orales, escritas y psicológicas. No se puede concluir que la superación con éxito de una prueba, per se, garantizará que la candidata o el candidato se desempeñarán con mediana competencia; pero sí se excluye a los peores y se puede inadmitir al servicio a quienes presentan cuadros patológicos graves que son fácilmente detectables con una prueba psicológica. Como en cualquier organización que sea medianamente eficaz, el éxito de un concurso radica en escoger a quienes tengan las habilidades básicas para desempeñarse en un cargo. No está demás reiterar que el concurso evita el ingreso de quienes no tienen méritos, por compromisos de parentesco, compadrazgo, influencias o amistad. Se ha previsto el procedimiento para la impugnación de los resultados de los concursos, pero una vez firmes, los resultados son vinculantes, quienes sean mejor evaluados tendrán

derecho a ser habilitados como candidatos a formación inicial en la escuela judicial; de manera que ya no volverá a ocurrir que se escoja a los peores calificados o inclusive a personas que ni siquiera participaron en los concursos, como venía ocurriendo y es de dominio público.

Los que superen las fases de calificación serán habilitados como candidatos a formación inicial en la escuela judicial. Para el *ingreso a las carreras judicial, fiscal y de la defensoría*, es requisito fundamental el haber aprobado el curso respectivo, conforme a la orientación de cada carrera. Es importante enfatizar la razón para que se haya establecido este requisito en el COFJ: para ejercer como jueza o juez, fiscal, defensora o defensor público, se requieren ciertas *destrezas fundamentales*, que aunque podrían ser aprendidas eventualmente con la práctica, no llegan al nivel de ejercicio *razonado* que requiere cada rama judicial. Por eso, no sorprende que muchas juezas o jueces, aun cuando se hayan desempeñado durante muchos años como auxiliares, no sepan motivar adecuadamente sus sentencias; o que algunas o algunos fiscales carezcan de habilidad para sostener una acusación; o que ciertas defensoras o defensores pierdan con facilidad los casos a ellos encomendados por desconocimiento de técnicas fundamentales de litigio. La realidad ha demostrado que la sola experiencia como funcionario auxiliar, de ninguna manera, permite el desarrollo de habilidades específicas, en quienes dan el “salto” a la labor propiamente jurisdiccional, fiscal o de defensoría.

Así, el Código presenta un sistema más depurado, más racionalizado si se quiere, en cuanto determina que para el ingreso a las carreras judicial, fiscal y de defensoría, se requiere, a más de haber superado la fase de oposición y méritos, haber concluido un curso de formación inicial con, evaluación satisfactoria, en el cual se imparten materias de orden general, de formación de perfil específico y de práctica. La dedicación al curso debe ser a tiempo completo, por ello, se otorgarán becas que cubrirán los costos de la escuela y la manutención de los cursantes. Es verdad que las disposiciones de los artículos 67 a 72 del COFJ son ambiciosas, pero es la única manera para que el Ecuador llegue a contar con juezas y jueces, fiscales, defensoras y defensores públicos debidamente formados, que estén en capacidad de responder a la exigencia nacional y asumir todas las gravísimas responsabilidades que implican el desempeño de estas funciones.

El ingreso a las carreras de la Función Judicial se hace a la primera categoría, excepto cuando la Constitución o la ley permitan el ingreso a una categoría diferente: es el caso de los jueces de las cortes provinciales. Por cuanto la Constitución determina en su artículo 186 que las cortes provinciales se integrarán con personas que provendrán de la carrera judicial, el libre ejercicio profesional y la docencia universitaria, los jueces que provengan de los dos últimos estamentos, ineludiblemente, deberán superar las pruebas orales, escritas y psicológicas respectivas y aprobar el curso de formación de la Escuela de la Función Judicial.

Los nombramientos de juezas y jueces, fiscales, defensoras y defensores públicos para llenar las vacantes se hará en estricto orden de ubicación en los concursos y la evaluación en la escuela judicial, ya que tales resultados son vinculantes, con lo cual se pone fin al manejo discrecional y arbitrario. Quienes no sean nombrados por no existir vacantes suficientes, habiendo superado la fase de selección, pasan a conformar un “banco de elegibles”. De este banco se escogerá, en estricto orden de calificación, a quienes deban reemplazar a los titulares en caso de falta, impedimento o contingencia. De esta manera, se cuenta con personal que ya está calificado y se impide la improvisación o ciertos manejos fraudulentos que se dieron en el pasado para ubicar a determinadas personas en ciertos cargos con fines nada honestos.

Se establece la obligatoriedad de participar en los programas de formación continua y capacitación.

5.3. Sistema de categorías; ascensos y evaluación periódica

El Código ha previsto un sistema de diez categorías en todas las carreras judiciales, a fin de que las servidoras y los servidores judiciales puedan ir ascendiendo sin necesidad de cambiar de destino.

De manera general, la evaluación periódica permitirá determinar si una servidora o servidor judicial merece ser promovido a la categoría superior, siempre que cumpla con todos los requisitos, o si no alcanza estándares medios de rendimiento (fijados de antemano por el Consejo de la Judicatura con la finalidad de evitar discrecionalidad), a fin de que lo mejoren, ya que de lo contrario pueden ser separados del servicio. El Código trae reglas claras para evitar que las evaluaciones puedan ser manipuladas. Un sistema honesto,

transparente y objetivo de evaluación redundará en beneficio de las servidoras y los servidores judiciales.

VI. Régimen de derechos y deberes de las servidoras y servidores de la función judicial. Prohibiciones y régimen disciplinario

6.1. Derechos y deberes

En el Código se ha instituido un régimen unitario para todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, ya que no se ve razón para que cada estamento se rija por un sistema particular. Las cuestiones relativas a derechos, deberes, prohibiciones y régimen disciplinario, está debidamente delimitadas en el Código Orgánico, para evitar que a través de reglamentos o instructivos se determinen otros que puedan ser modificados, unilateral o arbitrariamente, por la entidad encargada del manejo de los recursos humanos. De esta manera, la unificación del régimen constituye no sólo una muestra de la transparencia con la cual se debe administrar al personal de la Función Judicial, sino que da cuenta de verdaderas garantías para las servidoras y servidores judiciales y les otorga una real estabilidad.

En el capítulo dedicado a los *derechos de las servidoras y los servidores judiciales* se establece que, una vez designados, gozan por igual de estabilidad en el desempeño de sus cargos, siempre que lo hagan de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales. Es importante destacar que en el Código se dispone que las faltas de índole administrativa y la sanción a imponerse sólo procederán de conformidad con las disposiciones establecidas en el Código Orgánico, proscribiéndose cualquier arbitrariedad de parte del Consejo de la Judicatura, órgano de control.

El Código establece el régimen de provisión de las vacantes, un sistema único de *remuneraciones*, en relación con la categoría y funciones desempeñadas, estímulos económicos para quienes colaboren en los programas de capacitación de la Escuela de la Función Judicial. En lo concerniente al *régimen de vacaciones*, se parte de la regla general aplicable al sector público: se reconoce el derecho a treinta días de vacaciones anuales pagadas, que

podrán gozarse según las disposiciones impartidas por el Consejo de la Judicatura, el cual deberá organizar los calendarios para que no se interrumpa el servicio judicial; en todo caso, no se ve una razón técnica para establecer períodos de vacancia fijos, como hoy sucede, que han causado serios inconvenientes para la buena marcha de los procesos y grandes perjuicios a los justiciables.

Se ordena el tema relativo a las licencias con y sin sueldo, para evitar ciertos favoritismos que se dieron en el pasado.

El régimen de *deberes* igualmente se aplica a las servidoras y los servidores judiciales sin distinguir estamentos o carreras. En primer lugar, todas y todos deben cumplir, hacer cumplir y aplicar, dentro del ámbito de sus funciones, la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes y reglamentos generales; el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos y resoluciones del Pleno del Consejo de la Judicatura. En segundo lugar, deben colaborar en lo que esté a su alcance para brindar un servicio técnico y profesional a los usuarios de la Función Judicial. Esto implica cumplir a cabalidad con su jornada de trabajo; atender con diligencia al público; capacitarse y participar responsablemente en los programas de formación; residir en el lugar donde desempeñarán sus funciones. Respecto de los *traslados*, el Código se ha preocupado por evitar que con este mecanismo se permita que determinadas servidoras o servidores no cumplan con sus deberes, o que se persiga a otras u otros, como ocurrió en el pasado.

6.2. Prohibiciones y régimen disciplinario

En cuanto a las *prohibiciones y el régimen disciplinario*, también aplicable a todas y todos los servidores judiciales, el régimen común es el previsto en el COFJ; para todo lo que no esté previsto en el mismo, deben aplicarse las normas de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Destacan, dentro de las prohibiciones, algunas conductas que han sido una constante y que deben desterrarse: por ejemplo, ausentarse del lugar de trabajo sin justificación, o realizar actividades ajenas al ejercicio de las funciones correspondientes al puesto o cargo en las instalaciones de la Función Judicial; recibir a una de las partes sin que la otra haya sido notificada pre-

viamente; o abstenerse de actuar cuando exista conflicto de interés con el de la Función Judicial. El eje rector, en todo caso, es la dedicación completa y responsable a la Función.

La imposición de *sanciones administrativas* no excluye la responsabilidad penal o civil que pudiere derivarse. No es verdad, como en más de una ocasión alguien ha sostenido, que se “duplica” el sistema de responsabilidad propiciándose juzgamientos dobles, ya que las consecuencias, en uno u otro campo, son muy distintas. Específicamente, las sanciones se gradúan y van desde la amonestación por escrito hasta la destitución, como la más grave. El Código establece con mucha claridad, para evitar discrecionalidad, cuáles son las conductas que merecen amonestación por escrito o sanción pecuniaria, cuáles son susceptibles de suspensión, y cuáles deben ser castigadas con destitución; determina circunstancias constitutivas y establece quiénes están legitimados para denunciar una conducta indebida. En el pasado la falta de determinación en la ley de las infracciones, de las sanciones y del procedimiento determinó que, con mucha frecuencia, prosperaran las acciones de amparo que interponían los servidores y las servidoras judiciales que habían sido sancionados o removidos.

En el Código se ha puesto énfasis en proteger la independencia de las servidoras y los servidores judiciales, para que toda queja o denuncia que sea resuelta de forma absolutoria, sea calificada como maliciosa y temeraria y acarree sanciones para quien la ha patrocinado o promovido. De esta manera, la queja o denuncia no se convertirá en instrumento de presión contra la servidora o el servidor judicial.

Para evitar discusiones que se dieron en el pasado, en el Código se ha tenido especial cuidado en precisar las causales de cesación en funciones de jueces y juezas y la prórroga en funciones hasta ser legalmente reemplazado.

VII. Órganos jurisdiccionales

7.1. Reglas generales aplicables a las juezas y los jueces

El COFJ se ha preocupado de establecer con mucha precisión las reglas generales que deben regir la actuación de juezas y jueces en la conducción de

las causas a su cargo; se les dota de facultades para que puedan conducir el proceso adecuadamente. En la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial se señalaban algunos deberes, derechos, prohibiciones y atribuciones para las juezas y los jueces, muchos otros estaban en los códigos procesales y, la falta de sistematización y de mecanismos para imponer su observancia impedían, en la práctica, su aplicación. En el COFJ se ha reunido lo que estaba disperso y se les ha dotado de fuerza para que puedan aplicarse.

El Código insiste en que la labor jurisdiccional, mientras esté ajustada al ordenamiento jurídico, no puede ser objeto de intromisión alguna. La revisión de las decisiones de juezas y jueces sólo puede darse a través de los recursos otorgados por la Constitución y la ley, y nadie puede utilizar a la queja o denuncia como un instrumento de presión, para poner fin a esta práctica tan corrupta como extendida³.

El COFJ establece *prohibiciones* específicas para juezas y jueces. Entre otros: manifestar de manera anticipada su criterio en la causa que estuvieren juzgando o debieren juzgar; retardar injustificadamente los asuntos sometidos a su competencia; recibir privadamente a una de las partes sin haber notificado previamente a la otra, quizá una de las conductas que más desigualdad procesal provoca, etc. (artículo 131).

Todos los juzgadores y las juzgadoras tienen *facultades y deberes genéricos, facultades jurisdiccionales, correctivas y coercitivas*. La idea de potenciar las atribuciones de juezas y jueces al momento de sustanciar las causas responde al rol más activo que ha previsto la vigente Constitución, convirtiéndolos (como ya se ha señalado) en garantes de los derechos de las partes. Una posición de “convidado de piedra” al debate procesal es, simplemente, incompatible con esa nueva visión. Si la jueza o el juez no dispusieran de más poderes para ordenar los juicios a su cargo y evitar toda conducta contraria a la buena fe y lealtad procesal, no podrá hacer efectivos esos derechos; ni la causa podrá sustanciarse al amparo de los principios de inmediación, concentración, celeridad y eficiencia.

En el COFJ se enuncian los requisitos generales para desempeñar la judicatura y se los ha reunido en una sola disposición; únicamente para las

3 Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”.

juezas y los jueces de paz, se establece un régimen especial de conformidad con la Constitución.

7.2. El despacho de las causas

El Código ha recogido en una sola sección todo lo relativo al despacho de las causas. En este acápite se incluye una nueva fórmula para el despacho de las sentencias, que se ajusta al artículo 167 de la Constitución vigente. Se ha hecho hincapié en la obligación de juezas y jueces de impulsar las causas a su cargo para evitar su abandono o caducidad, siendo responsables de ello si actuaron con manifiesta incuria; en este orden, la recusación por mora en el despacho se convierte en falta disciplinaria que deberá tomarse en cuenta para la evaluación del juez o de la jueza. También se explicita el deber de suplir las omisiones de derecho en que incurran las partes, como manifestación del principio *iura novit curia*. Se establece el sistema de ponencia para la adopción de decisiones en los tribunales, de conformidad con el mandato del artículo 185. inciso 2º. de la Constitución.

En el Código se han contemplado, además, otras instituciones procesales que si bien constaban ya en la antigua Ley, no merecieron un tratamiento más amplio, o pasaban –bien puede afirmarse así– casi desapercibidas, por una inadecuada sistematización. Así, uno de los aspectos regulados es lo concerniente al principio de la eficacia extraterritorial, cumplidos determinados requisitos, de los actos procesales que se han practicado en jurisdicciones extranjeras, en cuanto no contravengan el derecho interno ecuatoriano. Esta materia es de gran importancia, para dar efectividad al derecho a la tutela judicial transnacional

En cuanto al ámbito nacional, el Código regula lo concerniente al cumplimiento de diligencias y comisiones, enfatizándose en el deber de juezas y jueces de cumplir con responsabilidad los encargos o peticiones formuladas por otros juzgadores, en cuanto son indispensables para el despacho de los procesos en los que se requiere este tipo de colaboración.

Respecto a los *documentos electrónicos* y en general, a todas las nuevas formas de soporte que contengan información o que ayuden a la tramitación de procesos conforme a las nuevas tecnologías, se ha procurado avanzar más allá del término “validez”, para determinar que no solamente con-

stituyen medios probatorios, sino formas nuevas de documentación y que pueden servir, además, para la comunicación de actos procesales; queda a cargo del Consejo de la Judicatura tomar las previsiones necesarias para garantizar la autenticidad, seguridad e integridad de los archivos contenidos en estos soportes, o de las comunicaciones que se establezcan entre las autoridades judiciales a través de estos nuevos medios.

Finalmente, y retomando el principio de la lealtad y buena fe procesales, el Código determina que, en cuanto aparezcan del proceso conductas indebidas de las partes, deberán ser condenados al pago de los daños y perjuicios y, por un principio de economía procesal, se ha establecido que, si existe prueba de los daños y perjuicios sufridos, será fijado en la misma sentencia; de lo contrario, deberá tramitarse como incidente. La parte condenada podrá repetir contra su defensor o defensora por cuyo hecho o culpa haya merecido la condena. Esto, sin lugar a dudas, representa un avance frente a la antigua legislación y conminará a las partes y sus defensores a observar en todo momento una conducta ética y respetuosa de los principios de buena fe y lealtad procesal.

7.3. Jurisdicción y competencia

Se incorporan reglas generales sobre la jurisdicción y la competencia de juzgados y tribunales. Cabe anotar que estas materias, tradicionalmente, han sido reguladas en los códigos de procedimiento; sin embargo, es necesario sistematizarlas para integrarlas, de forma general, a los procedimientos que los juzgadores deberán emplear para establecer el ámbito de sus atribuciones en las causas sometidas a su conocimiento; todo ello, sin perjuicio de las especialidades que presentan ciertas materias por obvias razones, por ejemplo, la penal.

Las reglas aplicables al *nacimiento, suspensión y pérdida de la jurisdicción* son de orden general. Por ello, tales reglas, que constaban en el Código de Procedimiento Civil, se incorporan en el Código, dándoles sentido de integridad y de actualidad de conformidad con la normativa constitucional y procesal vigente.

Posteriormente, el Código establece el ámbito de actuación de las cortes, tribunales y juzgados en el territorio nacional; el espacio correspondiente al *distrito judicial* es el de una provincia, otorgándose al Consejo de

la Judicatura la potestad de reorganizar la competencia territorial de aquellos según las necesidades de la administración de justicia.

En lo concerniente a la *competencia*, el Código ha procurado eliminar definiciones equívocas o confusas, e intentado simplificar el sistema de interpretación de las normas relativas a la extensión de la competencia y a su prorrogación.

El Código reitera, en este punto, sobre el *principio de legalidad*. De esta manera, las competencias de los administradores de justicia pueden ser modificadas por el Consejo de la Judicatura únicamente en razón del territorio, y previo un estudio técnico que justifique las razones de tal reordenamiento.

Respecto a lo que se conoce como *fuero común*, y acogiendo las voces más autorizadas de la doctrina procesal latinoamericana, se ha precisado que, por regla general, el factor que debe prevalecer para fijar la competencia de una jueza, juez o tribunal es el de la persona, por lo cual prevalece el elemento subjetivo sobre las cuestiones reales. Naturalmente, se estará en cada materia a lo que dispongan las leyes procesales respectivas (por ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil, en lo que dice relación a los fueros excluyentes, o el Código de Procedimiento Penal).

En lo relativo a la *prevención de la competencia*, el Código establece que tal fenómeno, puede realizarse por sorteo o por la fecha de presentación de la demanda, en los lugares donde exista un solo juzgador. Pero no puede olvidarse que aun en el primer caso, pueden presentarse varias demandas, con el objeto de beneficiarse de un sorteo múltiple. Esta posibilidad no es poco común y sucede a diario en la práctica forense; para desterrarla –por cuanto evidencia mala fe– el Código determina que la jueza o el juez a cuyo favor se hubiese sorteado la “primera” demanda, será competente en adelante y las demás demandas presentadas carecerán de valor. Debe sancionarse enérgicamente al profesional del derecho que incurra en esa conducta indebida.

También se incluyen *reglas para determinar* la competencia. Se observarán aquí algunas que constaban en el Código de Procedimiento Civil; habíase advertido que si bien la competencia tiene que ver con la organización de las judicaturas y la determinación del ámbito de la actuación de cada jueza o juez, es preciso que dichas reglas sean incluidas en el Código Orgánico, y las cuestiones más específicas, sean regulados por los códigos de procedimiento; en todo caso, es la orientación que han seguido las legislaciones procesales más

modernas. Así, destacan en el Código reglas como la *perpetuatio jurisdictionis*, y —como verdadera novedad, ya que ha sido muy frecuente en el Ecuador que no se lo establezca— se implanta como obligación del legislador que, en cuanto una nueva ley altere la competencia de un tribunal, deba señalar cuál es la judicatura a la cual incumbirá continuar con la sustanciación de los procesos que se hallaban en conocimiento del tribunal suprimido. Para evitar que las partes queden en la indefensión, en caso de que no indique tal cosa, el Consejo de la Judicatura designará jueces temporales para que concluyan con la tramitación de las causas pendientes de resolución.

Se incluyen igualmente en el COFJ reglas generales sobre la suspensión y *pérdida de la competencia*, actualizándolas con el ordenamiento constitucional y procesal vigente.

Se ha considerado necesario introducir un párrafo para regular lo concerniente a los *fueros funcionales y personales*; naturalmente, las especificidades se dejan para los códigos de procedimiento respectivos. La regla general para determinar la competencia de una jueza o juez, en cuanto a la especialización y el territorio, es la del *domicilio* del demandado, excepto si la ley procesal señala lo contrario. El Código da importancia a un caso de actualidad: si existe concurrencia entre la jurisdicción nacional y la extranjera, el actor puede escoger dónde presentar su demanda (excepto si la ley específica la exclusividad de la jurisdicción nacional); en todo caso, para evitar la indefensión por cuanto el tribunal extranjero considere no tener ni jurisdicción ni competencia para conocer la causa, se podrá plantearla nuevamente ante los tribunales nacionales. También se introducen reglas para el mantenimiento de la competencia en caso de que la imputada o el imputado gocen de fuero de corte: se incorporan las reglas generales, pero respecto al *arrastre de fuero*, existe una novedad, en cuanto la figura se aplica no solamente para asuntos penales, sino también para las demás materias, con la finalidad de evitar que se divida la continencia de la causa y se produzcan fallos contradictorios. Finalmente, respecto al mantenimiento de la competencia en razón del fuero personal, se aplica para el juzgamiento de los actos y hechos de la funcionaria o del funcionario que sean anteriores a la posesión en el puesto, como a los ocurridos o realizados en el desempeño aun cuando al momento del enjuiciamiento haya cesado en sus funciones. El Código precisa que, si se inició un juicio contra esa persona antes de que

se hubiese posesionado del cargo, en aplicación de las reglas generales –y porque no tiene sentido otorgar fuero de corte a *posteriori*–, la jueza o juez que estaba conociendo de la causa conservará la competencia, sin que deba remitirse a otro tribunal.

7.4. Organización de la judicatura: conformación y ámbito de acción de cortes, tribunales y juzgados

El COFJ regula la jurisdicción y competencias específicas de todos los órganos jurisdiccionales, incluidas las judicaturas de paz. Se ha buscado integrar las disposiciones constitucionales y actualizar las de orden legal.

Destaca como primera novedad la introducción del concepto *unidad judicial*, frente al concepto tradicional de oficina judicial, donde una judicatura está conformada por una jueza o un juez y varios auxiliares. En el nuevo esquema se propone que esa oficina pueda funcionar, de conformidad con las necesidades del servicio, con dos o más jueces de la misma o distinta materia, que contarán con la ayuda de un equipo de servidoras y servidores judiciales del cuerpo auxiliar. De esta manera, si se requiere contar con más jueces en una materia o espacio territorial determinado, no será necesario crear, físicamente, un espacio en el cual la cabeza del despacho sea la jueza o el juez, de la cual dependan en exclusividad las servidoras y los servidores auxiliares. Dado que en el esquema que plantea el Código aumentarán las cargas para juezas y jueces y disminuirán en forma notoria las de los auxiliares de las judicaturas, es necesario flexibilizar la organización de la oficina judicial para que se incorporen tantos juzgadores como sea necesario, sin que al mismo tiempo, se designen más auxiliares. De otra manera, no será posible atender los desafíos que plantea la nueva Constitución para brindar una tutela judicial efectiva. Uno de los desafíos más complicados es la real puesta en vigencia del despacho de los procesos por audiencias orales.

7.4.1. La Corte Nacional de Justicia

El Código incorpora, para la Corte Nacional de Justicia, las disposiciones de la nueva Constitución respecto a su conformación, jurisdicción, competencias y atribuciones.

Cabe reiterar que la facultad de juzgar no tiene relación alguna con el ejercicio de potestades administrativas. La Constitución es absolutamente clara al respecto, y señala que estas facultades conciernen únicamente al Consejo de la Judicatura. No se trata, de ninguna manera, de rebajar de categoría a la Corte Nacional, como algunos han sostenido. Simplemente, se propende a una mejor organización del trabajo, y en cuanto juezas y jueces se dediquen en exclusiva a su labor, reafirmarán su independencia.

Respecto del Pleno de la Corte Nacional, para evitar que la toma de las decisiones que corresponden a ese organismo se estanque —como ha sucedido con frecuencia en la ex Corte Suprema de Justicia—, el Código establece reglas muy sencillas: una vez instalado el Pleno (el quórum es de doce juezas o jueces), se requiere de igual número de votos conformes; si este número no se alcanza, se realiza una nueva votación en la siguiente sesión; y si en esta oportunidad tampoco se alcanza el número mínimo, la propuesta se considerará denegada.

El funcionamiento de varias salas por materia en una corte de casación no tiene sentido y produjo un grave problema de inseguridad jurídica ya que se dio el absurdo de la existencia de fallos de triple reiteración, contradictorios. Por ello, el Código establece una sola sala. Además, es deber del presidente o presidenta de sala que se produzcan fallos contradictorios, bajo su responsabilidad.

El volumen de trabajo según las diversas materias es variable. En las cuestiones penales generales, por ejemplo, es abundante, mientras que en las penales militares o policiales o de adolescentes infractores es mínima; pero de otra parte la Constitución señala el número de jueces de la Corte Nacional. Se ha propuesto un sistema diferente de organización del despacho de las causas en las salas, en procura de mayor eficiencia y celeridad. Para evitar el estancamiento de causas, el Código dispone que las conjuetas y los conjuetes —a más de ser quienes reemplazan a los titulares en caso de ausencia o impedimento— califiquen la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala especializada a la cual se les asigne. Estadísticamente, se puede comprobar que un gran porcentaje del trabajo de las salas corresponde a la calificación de los recursos de casación, revisión y hecho; si esta fase logra organizarse y depurarse adecuadamente, los titulares podrán concentrar todo su tiempo para elaborar sentencias,

habida cuenta –además– de que ya no ejercen atribuciones de índole administrativa.

Se crean ocho salas especializadas y se dispone que cada juez o jueza integre por lo menos dos salas, excepto la Presidenta o Presidente que integrará solamente una. Se ha señalado el número mínimo de jueces que integrarán cada sala, atendiendo al volumen de trabajo: Penal nueve, Laboral diez, Civil y Mercantil seis, Contencioso Administrativo, Fiscal, Familia, Niñez y Adolescencia, Penal Militar, Policial y Tránsito y de Adolescentes Infractores, tres.

En el Código se detallan, sala por sala, todas las competencias que ejercerán.

7.4.2. Las cortes provinciales

Para las cortes provinciales se aplica, en lo pertinente, las mismas reglas que para la Corte Nacional. Cabe destacar que en su organización, las salas de las cortes provinciales deben corresponderse con las de la Corte Nacional, pero ello no significa que debe existir una sala por materia, sino que, de conformidad con las necesidades del servicio, las salas pueden ser varias y el Consejo de la Judicatura está en capacidad de aumentar o disminuir su número encargando, inclusive, varias materias a una sola. Al eliminar la Constitución los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal, la especialización deberá existir a nivel de las cortes provinciales. Esto propenderá a una verdadera descentralización de la justicia contencioso administrativa y fiscal; aun cuando la creación de los tribunales distritales tuvo este primer objetivo, la experiencia ha mostrado que los justiciables deben incurrir en grandes gastos para trasladarse hacia la sede del tribunal. En las provincias en donde no haya un número significativo de causas contencioso administrativas y fiscales, el Consejo de la Judicatura puede encarar el conocimiento de esta materia a una de las salas de las otras materias. Ciertamente es que lo contencioso administrativo y fiscal requiere de una cierta especialización, al igual que la penal, la laboral, la de niñez y adolescencia, pero un juez bien formado tiene un bagaje de conocimientos que le habilita para conocer de todas estas materias, si no puede hacerlo, será porque no está suficientemente capacitado y habrá que enfatizar en ello.

El Código ha tenido cuidado de detallar todas las competencias de las salas de las cortes provinciales.

7.4.3. Tribunales y juzgados

En cuanto a los tribunales y juzgados, el Código plantea algunas novedades.

La competencia de las juezas y los jueces de primer nivel es, por regla general, cantonal, a menos de que la ley especifique lo contrario o se requieran crear judicaturas en otros lugares, de conformidad con las necesidades de la población.

Las juezas y los jueces temporales subrogan en caso de falta o impedimento a las y los titulares; son designados por sorteo del banco de elegibles al que hace referencia el artículo 73 del Código. Se busca que los juzgadores temporales se formen al tiempo que sustituyen al titular, y que no se designen como sustitutos a quienes la jueza o el juez crea conveniente, como ha sucedido en la práctica, donde el subrogante era nombrado a iniciativa del titular, lo que inclusive dio lugar a ciertos manejos fraudulentos.

En materia penal, se distingue entre tribunales penales ordinarios y especializados, únicamente a fines de lograr una debida esquematización en el Código Orgánico. El Código regula expresamente las atribuciones y competencias de los tribunales penales, a diferencia de la antigua Ley, que nada decía al respecto.

En cuanto a las judicaturas penales militares y policiales, cabe destacar la enunciación que hace el Código de las condiciones que deben concurrir para que surta efecto el fuero en esta materia, que se limita a los llamados “delitos de función”, de conformidad con el artículo 160 de la Constitución de la República, lo que sin duda coadyuvará a hacer efectivo el principio de unidad jurisdiccional y se reitera que, en caso contrario, serán siempre competentes las juezas y jueces penales ordinarios.

Acatándose lo que dispone el artículo 186 inciso 3° de la Constitución, se crean las judicaturas de garantías penitenciarias y se fijan sus competencias. Respecto a las judicaturas de contravenciones, se determina que no ejercerán competencias en los lugares en donde funcionen los juzgados de paz ni donde ejerzan funciones jurisdiccionales las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Para cumplir con el precepto contenido en el artículo 186 de la Constitución, se instauran las judicaturas de adolescentes infractores, que funcionarán de conformidad con las necesidades poblacionales, determinadas por el Consejo de la Judicatura, siendo sus competencias las señaladas en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Se crean las judicaturas de familia, niñez y adolescencia (recuérdese que los juzgados de familia ya habían sido creados en 1997, pero hasta la fecha no han funcionado), y se fijan sus competencias. Se busca especializar la administración de justicia en estos aspectos, pues no se pueden juzgar con criterio patrimonialista, y es por ello que se separan los asuntos de familia del conocimiento de los jueces de lo civil y mercantil.

Finalmente, respecto a las judicaturas laborales y de lo civil y mercantil, se han actualizado las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Función Judicial. Las judicaturas de inquilinato son, en el Código, también de relaciones vecinales.

Una verdadera novedad representa la creación de judicaturas multicompetentes, las cuales, dentro de la circunscripción territorial que el Consejo de la Judicatura determine, conocerán de todas las materias, excepto lo contencioso administrativo y fiscal. El objetivo que persigue la creación de estos juzgados es que el servicio de administración de justicia llegue a todos los rincones de la patria; y porque un elemental sentido de eficiencia señala que no deben existir, necesariamente, todas las especializaciones en un área determinada.

El Código prevé que el Consejo de la Judicatura pueda crear judicaturas especiales para conocer de las reclamaciones que surjan en nuevos ámbitos como la violación de los derechos de la naturaleza, cuestiones relativas a adjudicación de tierras, reclamaciones del derecho a las aguas, reclamaciones relativas a la soberanía alimentaria, violaciones a los derechos de los consumidores, deportación de extranjeros y garantías de los inmigrantes. Prima, en todo momento, la necesidad de otorgar tutela judicial a los derechos fundamentales.

Respecto a la justicia de paz, se han incorporado las disposiciones constitucionales.

VIII. Órganos administrativos

8.1. El Consejo de la Judicatura: su nuevo rol

La Constitución señala, en su artículo 178, que el Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. Para que la administración de justicia sea eficiente, es preciso distinguir nítidamente los ámbitos de actuación de cada uno de los órganos que integran la Función Judicial. Debe reiterarse que tanto la Fiscalía como la Defensoría se someten, en el nuevo esquema determinado por la Constitución para la Función Judicial, a las políticas institucionales que fije el Consejo de la Judicatura, así como a la planificación, vigilancia y disciplina que determine este órgano de gobierno. La autonomía no es independencia, y tanto la Fiscalía como la Defensoría son, ante todo, órganos de la Función Judicial y como tales deben actuar sin perjuicio de la autonomía administrativa, económica y financiera que les reconoce la Constitución⁴.

Como es conocido, las disputas de poder entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Judicatura fueron una constante hasta la expedición de la vigente Constitución. Que el Consejo esté a la cabeza de la Función Judicial no significa, empero, una superioridad de orden jerárquico. Se trata simplemente de especificar atribuciones, y en cuanto el Consejo de la Judicatura se convierte en el órgano a cuyo cargo están todos los aspectos de orden administrativo, se apuntalan varios principios fundamentales de la organización judicial, tales como la independencia interna y externa, la carrera judicial y el principio de especialidad.

Así, es necesario que a todo juzgador se le garantice que ejercerá sus atribuciones con absoluta independencia, sin interferencias de ningún tipo. Pero también esa garantía viene imbuida de una idea de dedicación total a la judicatura. Por ello, es imposible exigir a una jueza o a un juez que, por ejemplo, despachen con cierta celeridad, si es que tienen que dedicar tiempo a gestionar aspectos que son eminentemente administrativos o de recursos humanos. De esta manera, al separar la gestión de los recursos humanos y financieros en la Función Judicial de lo que es la *administración de justi-*

4 Véase en esta obra, Francisco Iturralde, "Sector justicia y gobierno judicial".

cia, se logrará, con certeza, mayor eficiencia y, por consiguiente, un mejora sustancial en la calidad de la atención al usuario.

Para hacer efectivo el principio de independencia interna, el Consejo de la Judicatura debe no solamente organizar los concursos de méritos y oposición de las servidoras y los servidores judiciales, sino también nominarlos. Sólo de esta manera, las servidoras y servidores judiciales tendrán la garantía de no ser presionados por parte de los propios órganos jurisdiccionales, ya que no deberán a éstos su nombramiento. Finalmente, es el sistema de carrera judicial el que promociona a quienes se han desempeñado con probidad y eficiencia. De otra manera, nunca terminará el ir y venir de juezas y jueces a las cortes para solicitar que sean nombrados, cosa que era muy común cuando se debían renovar los períodos respectivos.

El principio de especialidad, en lo concerniente a las funciones de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, se desarrolla en el Código en tres vías: en primer término, la correcta concepción de las labores que incumben al Consejo permite que juezas y jueces se dediquen exclusivamente a administrar justicia y no a aspectos administrativos o de manejo de personal, y lo propio cabe señalar respecto a la Fiscalía General del Estado y a la Defensoría Pública: el ejercicio de actividades administrativas resta un valioso tiempo que debería dedicarse a la atención de los usuarios; en segundo término, es el órgano de gobierno el encargado de elaborar el presupuesto de la Función Judicial, excepto de la Fiscalía y la Defensoría; y, en tercer lugar, es este mismo órgano el que debe ejercer la representación legal y judicial de este poder del Estado.

8.2. Integración del Consejo de la Judicatura. El Pleno

En la designación de los vocales del Consejo de la Judicatura, se siguen los fundamentos establecidos por la Constitución: rige el concurso de méritos y oposición con participación ciudadana y control social. Son designados por la Asamblea Nacional, órgano al cual deberán rendir cuentas de su gestión.

El ámbito de acción del Consejo exige que la mayoría de sus integrantes sean profesionales en las áreas de administración, economía, gestión y otras afines; en el Código, se privilegia esta conformación, por lo cual tres vocales, necesariamente, deberán tener esa formación específica; de los seis

restantes, todos abogados, tres deberán acreditar formación adicional en esas ramas.

El Pleno del Consejo de la Judicatura se integra con sus nueve vocales o las o los respectivos suplentes; el quórum para la toma de decisiones es de cinco votos, salvo las decisiones para imponer las sanciones disciplinarias de suspensión o destitución, para las cuales se requerirá el voto conforme de siete de sus integrantes, conforme dispone el artículo 181 de la Constitución.

El Código señala, en veintiocho numerales, las atribuciones del Pleno, entre las cuales se encuentran, entre otras, las siguientes: designar y evaluar a las juezas y los jueces, conjuetas y conjuetes de la Corte Nacional de Justicia y de las cortes provinciales; fiscales distritales, agentes fiscales y defensores distritales; a la Directora o Director Nacional, miembros de las direcciones regionales, directores provinciales y directores nacionales de las unidades administrativas; definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización, de conformidad con las políticas generales dictadas por el Consejo Consultivo; establecer las políticas para la selección, concurso de oposición y méritos, permanencia, disciplina, evaluación y formación y capacitación de las servidoras y los servidores de la Función Judicial, de conformidad con las políticas generales dictadas por el Consejo Consultivo; aprobar, actualizar y supervisar la ejecución del plan estratégico de la Función Judicial; velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial; elaborar la proforma presupuestaria de la Función Judicial; crear, modificar o suprimir salas de las cortes provinciales; tribunales penales, juzgados de primer nivel y juzgados de paz, oficinas defensoriales y fiscalías; así como también establecer el número de jueces, fiscales y defensores públicos, previo el informe técnico correspondiente; establecer o modificar la sede y precisar la competencia en que actuarán las salas de las cortes provinciales, tribunales penales, juezas y jueces de primer nivel; excepto la competencia en razón del fuero; crear, modificar o suprimir unidades administrativas; nombrar, previo concurso de oposición y méritos, a las servidoras y servidores auxiliares de la Función Judicial; fijar y actualizar las tasas notariales y las tasas por servicios administrativos de la Función Judicial; expedir, modificar, derogar e interpretar obligatoriamente el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos o resoluciones de régimen interno, con sujeción a la Constitución y la

ley, para la organización, funcionamiento, responsabilidades, control y régimen disciplinario de la Función Judicial; y de manera general, imponer las sanciones de suspensión y de destitución que correspondan a los servidores y servidoras judiciales que hubieren sido nombrados por este cuerpo colegiado; habilitar a los abogados y abogadas en el ejercicio de la profesión; y que no estén en el campo de actuación de las direcciones regionales y provinciales, como conocer de los recursos en sede administrativa contra las sanciones que impongan dichas direcciones.

Para coordinar adecuadamente la actividad de todos los órganos que integran la Función Judicial, el Código crea el Consejo Consultivo, que se integra por la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura, la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscal o el Fiscal General del Estado y la Defensora o el Defensor Público General, o quienes les subroguen; su presidencia será anual y rotativa entre quien ejerza la presidencia de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscalía y la Defensoría. Le incumbe diseñar las políticas que regirán a la Función Judicial y a sus diversos órganos; mantendrá coordinación con otras funciones del Estado y diseñará las políticas de cooperación con organismos y personas jurídicas nacionales e internacionales que presten asistencia a la Función Judicial.

8.3. Las comisiones especializadas del Consejo de la Judicatura

El Código establece cuatro comisiones: Administrativo-Financiera, de Administración de Recursos Humanos, de Mejoramiento y Modernización y de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, y señala su forma de integración y atribuciones.

El Código crea la Unidad de Estadística y Archivo Central de la Función Judicial, señala su estructura y funciones. Éstas son áreas a las que poca o ninguna atención ha dedicado la legislación vigente a pesar de su evidente importancia; por ello es que las decisiones de creación, supresión o traslado de despachos se realizaban no con conocimiento de la realidad sino por motivos políticos o personales; igualmente, no se puso la menor atención en la conservación de los archivos que tienen tanta importancia desde el punto de vista histórico; el Código, de esta manera, llena el vacío.

8.4. Descentralización de la gestión administrativa: las direcciones regionales y provinciales

En la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, se encargaba al Pleno del organismo la atribución de establecer delegaciones distritales en todos los distritos judiciales del país, con “las atribuciones que el Consejo las deleguen”. Tal disposición contraviene expresamente el principio de desconcentración y descentralización contenido en el artículo 227 de la Constitución; en efecto, mientras en la delegación un órgano administrativo encarga a otro jerárquicamente subordinado el ejercicio de funciones, conservando la titularidad sobre las mismas (pudiendo revocar la delegación en cualquier tiempo), en la desconcentración se transfieren la titularidad y el ejercicio de competencias al órgano desconcentrado.

En cumplimiento de la norma constitucional, fundamental para la organización de toda administración pública eficiente, se instituyen dentro de la estructura funcional del Consejo de la Judicatura las direcciones regionales y las direcciones provinciales.

IX. Órganos autónomos: fiscalía y defensoría pública

El artículo 178 de la Constitución integra a la Función Judicial a la Fiscalía General del Estado y a la Defensoría Pública. Reitérase que aun cuando gozan de autonomía, es el Consejo de la Judicatura –órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial– el que formula las políticas generales que rigen el accionar de todos los órganos judiciales. Como se había explicado en relación a los órganos jurisdiccionales, un principio básico de especialización requiere que los aspectos administrativos sean descargados de las atribuciones que conciernen a la Fiscalía y a la Defensoría, para que puedan dedicarse en exclusiva a las competencias constitucionales y legales que les incumbe con mayor eficiencia y celeridad⁵.

Así, al Consejo de la Judicatura le corresponde organizar los concursos públicos de oposición y méritos para las y los fiscales y las defensoras y

5 Véase en esta obra, Jorge Vicente Paladines, “¿Fiscal General o General Fiscal?”

defensores públicos; estas servidoras y servidores judiciales deberán reunir los mismos requisitos y observar los procedimientos exigidos para el ingreso de juezas y jueces y estarán sometidos al régimen de carrera fiscal o de la defensoría según corresponda. Por otra parte, la formulación de los planes de administración de recursos financieros incumbe a los órganos autónomos, pero su aprobación se somete a las directivas generales dictadas por el Consejo de la Judicatura; finalmente, los máximos personeros de cada órgano autónomo deberán informar tanto a la Asamblea Nacional como al Pleno del Consejo respecto al desempeño de sus funciones. El Consejo de la Judicatura, en ningún caso, podrá interferir en el desempeño de las atribuciones propias de la especialidad de estas instituciones.

A la Función Judicial se han integrado instituciones que son actores principales en el sistema de administración de justicia; naturalmente, en el Código se regulan los aspectos fundamentales de organización y relaciones con los demás organismos de la Función Judicial, debiéndose dejar para las leyes respectivas los detalles de la actividad de cada órgano autónomo.

El Código señala los requisitos necesarios para la designación de las máximas autoridades de los órganos autónomos, de conformidad con lo que determinan los artículos 209 y 210 de la Constitución.

Se establecen como competencias generales a cargo de las máximas autoridades de los órganos autónomos, entre otras: la representación legal de la institución; la determinación de las políticas institucionales en el marco de las políticas generales de la Función Judicial; la expedición de los reglamentos internos, instructivos, circulares, manuales de organización y procedimientos requeridos para el funcionamiento eficaz de la institución; celebrar los negocios jurídicos necesarios para el desarrollo de sus funciones; la elaboración de la proforma presupuestaria de la institución y la programación presupuestaria conforme las políticas generales de la Función Judicial; preparar Códigos de ley o de reglamento en las materias relacionadas con el ejercicio de las funciones institucionales; preparar Códigos de estándares de calidad y eficiencia para los servicios institucionales prestados y presentarlos para su aprobación al Consejo de la Judicatura; presentar a la Asamblea Nacional y al Consejo de la Judicatura un informe anual de labores; visitar los centros de privación de la libertad, con el fin de precautelar los derechos de las personas; presentar denuncias

y quejas ante la Corte Constitucional o el Consejo de la Judicatura, por falta de despacho o cualquier otro acto violatorio de la ley o de los reglamentos por parte de las personas a cargo de los procedimientos en los que intervengan institucionalmente, y las demás que la Constitución y la ley dispongan.

A la Defensoría Pública compete la prestación gratuita y oportuna de servicios de orientación, asistencia, asesoría y representación judicial de aquellas personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. En principio, este servicio público es indispensable para preservar el derecho a la defensa en las causas penales; pero deberá irse extendiendo con el tiempo a todas las demás materias. La defensora o el defensor deberán garantizar en todo tiempo una defensa técnica y especializada⁶.

La Defensoría tendrá a su cargo la aprobación para el funcionamiento y la supervisión de los servicios jurídicos gratuitos que presten personas o instituciones que no pertenezcan a su seno; en todo momento, deberá controlar estándares de calidad y realizar evaluaciones periódicas para controlar su desempeño.

En este acápite, se ha incluido, conforme al artículo 193 de la Constitución, la obligación de facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de las universidades legalmente reconocidas, de organizar y mantener consultorios jurídicos gratuitos para brindar servicios de patrocinio, defensa y asesoría jurídica a personas de escasos recursos económicos y grupos de atención prioritaria. La facultad que no cumpla con este requisito no podrá funcionar; esta exigencia se enmarca en un concepto general de responsabilidad social.

En lo que concierne a la Fiscalía General del Estado, el Código enuncia las atribuciones que estaban previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público para la Fiscal o el Fiscal General del Estado; en todo caso, se las actualiza de conformidad con la Constitución vigente.

A la Fiscalía compete la organización y dirección del Sistema de Protección de Víctimas, Testigos, y otros participantes en el proceso penal. El Código determina los principios que deben regir este Sistema: el de voluntariedad (para el ingreso y retiro del programa); el de reserva (la protec-

6 Véase en esta obra, Ernesto Pazmiño Granizo, "Desafíos y perspectivas para la defensoría pública en el Ecuador".

ción de los participantes requiere de un estricto protocolo de confidencialidad); investigación (sobre los antecedentes que motivan el ingreso al Sistema); vinculación (indagación sobre los vínculos entre amenaza, potencial riesgo, y la participación pre procesal y procesal); dirección (las actividades de protección deberán estar diseñadas en una guía de trabajo); y temporalidad (las medidas de protección subsistirán mientras existan los factores que las motivaron).

X. Órganos auxiliares de la función judicial

10.1. Notarias y notarios

El capítulo I de este título ha sido dedicado a la regulación de la actividad notarial en concordancia con la Constitución, la cual introduce modificaciones sustanciales a dicho servicio.

El artículo 199 de la Carta Fundamental encarga a las notarias y los notarios el ejercicio de un servicio público. Debe reiterarse esta concepción: la función notarial es un servicio público encargado por el Estado a las notarias y los notarios, y éstos son, en el nuevo esquema, servidoras y servidores de la Función Judicial. No constituye, por lo tanto, el ejercicio de una actividad profesional privada, por lo que en todo momento debe ser controlada y vigilada bajo ciertos estándares de calidad por el Consejo de la Judicatura, a través de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares.

En épocas pasadas, las presiones e influencias en el nombramiento de las notarias y notarios han atentado seriamente a los principios fundamentales de imparcialidad, profesionalismo e independencia de la función notarial. Sus efectos y las actuaciones de ciertos notarios se han dejado sentir en estos últimos años, donde prácticas ilegales se dieron al amparo de una oficina notarial, incumplimiento normas legales y éticas básicas en el ejercicio de esta actividad, y ha constituido, sin duda, un indicador del menoscabo de la institución.

La función notarial debe salvaguardar el interés social; por ello, es necesario restituir la confianza en esta institución, promoviendo la existencia de reglas claras de selección, calificación de servicios, organización, respon-

sabilidad en el ejercicio de su actuación, imparcialidad e independencia, para lograr un servicio verdaderamente ajustado con los valores constitucionales, legales y éticos.

En el nuevo esquema constitucional, el servicio notarial no constituye una función autónoma que se autorregula a través de entidades colegiadas privadas, ni mucho menos por la libre voluntad de quienes prestan el servicio. Por ello, las notarias y los notarios deben ajustar sus actuaciones a las previsiones establecidas por el Consejo de la Judicatura, tampoco es una empresa mercantil que explota un servicio público con finalidad de lucro.

El Código clarifica y regula, siguiendo el mandato constitucional, las funciones que son ejercidas por las notarias y los notarios, con el propósito de fortalecer al notariado. Por ello, se ha creído oportuno someter a las notarias y a los notarios a las reglas generales aplicables a los demás servidoras y servidores judiciales. No se introducen alteraciones que hagan peligrar el ejercicio de la función notarial, como algunos han sostenido; simplemente se somete a las notarias y los notarios a ejercer su función con reglas claras que se ajusten al nuevo marco constitucional y establezcan su responsabilidad en el ejercicio de este servicio público.

Así, el ingreso al servicio notarial se realizará a través de concurso público de oposición y méritos, con impugnación y control social, aplicándose en lo pertinente las disposiciones relativas a la convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento para el ingreso a las diferentes carreras de la Función Judicial. Quienes ejercen la actividad notarial deberán contar con capacidad y preparación adecuada; por ello el artículo 200 de la Constitución la reserva a personas que cuentan con título de tercer nivel de Derecho; el Código también destaca esta intención de profesionalizar el servicio.

Las notarias y los notarios durarán seis años en el ejercicio de sus funciones, y podrán ser reelegidos por una sola vez. Concluido el segundo período, podrán, libremente, participar en los concursos que se abran respecto de otras notarías.

El Código regula expresamente la situación del personal que labora en las notarías, en cuanto están sujetas al Código del Trabajo y dependen de la notaria o del notario. Se proscribe la participación, como personal de apoyo, de quien sea cónyuge o conviviente de la notaria o del notario, o su

pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Compete al Consejo de la Judicatura fijar el número máximo de trabajadores en las notarías y arbitrar otras medidas a fin de evitar que el servicio notarial se convierta en una explotación mercantil.

El ejercicio excelente del servicio notarial rechaza toda noción de afán de lucro desmedido; por ello, el Código entrega al Consejo de la Judicatura la facultad de establecer, modificar o suprimir mediante resolución las tasas por el servicio notarial, como fijar y actualizar periódicamente mediante resolución los mecanismos de remuneración de las notarías y notarios, que serán pagados por los usuarios de tal servicio. Los valores que se recuperen por concepto de tasas serán recaudados directamente por las notarías y los notarios, e ingresarán al presupuesto general del Estado; por ello, son directamente responsables por su custodia y entrega. Deben declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial. En caso de falsedad u ocultación de datos en la declaración, merecerán destitución.

La notaría o el notario deben asumir todos los costos de la administración de su despacho, incluyéndose en este concepto su remuneración como las que debe cumplir para con su personal, sin que el Estado deba erogar valor alguno por estos conceptos. El Código contempla un sistema de participación del Estado en los ingresos brutos del notario o notaría, que llega al cincuenta y uno por ciento del excedente, una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5. Debe anotarse que estos porcentajes de participación podrán ser modificados por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución, según las necesidades del servicio, Esta participación no constituye tributo. Este régimen tan riguroso obedece a la reacción ciudadana ante el espíritu de lucro que ha animado a ciertas notarías y notarios, ya que la función se ha convertido en un medio de enriquecimiento indebido, lo que motivó inclusive que se incorporaran en la Constitución, artículos 199 y 200.

Se ha incorporado la disposición de gratuidad para los servicios notariales en actos realizados por personas adultas mayores, de conformidad con el artículo 37 letra d) de la Constitución.

Finalmente, el Código crea el Archivo Nacional Notarial, para documentar adecuadamente los negocios jurídicos autorizados por las notarias y notarios, y que son registrados en sus libros de protocolo. La idea es que se conserven con seguridad, en un gran archivo unitario, para evitar que estén dispersos e incorporarlos, progresivamente, a nuevas formas de documentación como la electrónica para hacer la información accesible al público.

10.2. Disposiciones relativas a depositarias y depositarios judiciales, síndicas y síndicos, martilladoras y martilladores, liquidadoras y liquidadores de costas

El capítulo II del título VI se ha destinado a la regulación de las disposiciones aplicables a estas funcionarias y funcionarios, quienes deben ser nombrados a través de concurso de oposición y méritos. Sin embargo, no adquieren por el hecho del nombramiento la calidad de servidoras o servidores judiciales, por lo cual las previsiones sobre carrera judicial no les comprenden.

Intervendrán en las causas en las que sean llamados por la jueza o el juez; percibirán por sus servicios los derechos que determinará el Consejo de la Judicatura, y en ningún caso podrán exigir a las partes la cancelación de otros valores; de hacerlo, incurrirán en infracción grave, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiera lugar. Finalmente, se les aplica las reglas generales sobre incompatibilidad por razones de parentesco con las partes en las causas en que deban actuar.

Los deberes, atribuciones y responsabilidades específicos de depositarias y depositarios judiciales, síndicas y síndicos, martilladoras y martilladores, liquidadoras y liquidadores de costas han sido regulados con detalle por el Código. Destacan las siguientes:

- 1) La responsabilidad personal, civil y penal, de depositarias y depositarios por la custodia de los bienes que reciban en ejercicio de sus funciones y la obligación de retribuir las cantidades que hubiere percibido la cosa en su poder, si ha producido más de lo que se recaudó; la obligación de rendir cuentas por sus actuaciones a la dirección regional respectiva del Consejo de la Judicatura; la pro-

- hibición expresa de aprovechar para sí el bien y de cuidar de que produzca los frutos que normalmente percibiría.
- 2) Las síndicas y los síndicos son los encargados de representar judicial y extrajudicialmente a los acreedores; por lo tanto, procurarán actuar diligentemente para precautelar sus intereses y recaudar en la forma más efectiva posible los haberes de las deudas del demandado; buscarán la celebración de acuerdos con el deudor; y serán responsables de las cuentas de la administración de la quiebra, bajo pena de destitución.
 - 3) Las martilladoras y martilladores se rigen por las disposiciones generales del Código y las contenidas para la materia en el Código de Comercio.
 - 4) Finalmente, respecto a los liquidadores de costas, se prohíbe expresamente que actúen como tales servidoras o servidores judiciales, lo cual constituirá falta cuya gravedad será graduada por la autoridad sancionadora.

Se eliminan a los alguaciles, por cuanto sus actuaciones pueden ser asumidas, sin ningún problema, por miembros de la fuerza pública, específicamente, de la Policía Nacional. No hay ninguna razón técnica para mantener un cuerpo cuyas atribuciones ya están encargadas por el propio ordenamiento jurídico a un estamento más técnico y mejor organizado. Recuérdese, por lo demás, que toda autoridad judicial puede contar con la asistencia de la fuerza pública cada vez que sea necesario contar con su auxilio para cumplir sus mandatos.

XI. Abogadas y abogados

Las abogadas y los abogados son colaboradores fundamentales del sistema de administración de justicia. Su misión no se limita a representar los intereses de sus defendidos en forma profesional, sino que, en el marco de respeto al ordenamiento jurídico, deben actuar dentro de los procesos con estricta observancia de los principios de lealtad y buena fe procesales, respetando las disposiciones de juezas y juezas y guardando las debidas consideraciones para con la contraparte. Por ello, el Código dedica un título completo a la regulación de esta actividad, trazando como línea rectora los

deberes antes mencionados, y destaca que la abogacía es una función social al servicio de la justicia y del derecho⁷.

No es dable que entidades privadas, ni siquiera de índole gremial, ejerzan potestades públicas, por ello el Código ha ideado un sistema de registro y control de las abogadas y los abogados denominado Foro, a cargo de las direcciones regionales del Consejo de la Judicatura. Dichas entidades acreditarán a las y los profesionales previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales necesarios para ejercer como abogada o abogado. En el libro de registro se inscribirán por orden cronológico los nombres de todos los abogados de la República que se hayan incorporado al Foro, con expresión de la fecha en que hubieren obtenido su título y la facultad de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas que lo ha extendido. El número de registro corresponderá al de la matrícula profesional.

En toda causa judicial, excepto en los casos previstos por la Constitución y la ley, las partes deberán contar con el patrocinio de una abogada o abogado; quienes no puedan contratar este servicio, podrán acceder a la defensoría pública.

El Código detalla las incompatibilidades, impedimentos, deberes y derechos de abogadas y abogados y prohibiciones aplicables. En cuanto a las incompatibilidades, se enuncia a todas aquellas autoridades que no pueden ejercer la abogacía. Respecto a los impedimentos, constan aquellos que son de lógica, por ejemplo, a quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la profesión. Se regula en extenso los deberes y prohibiciones en el patrocinio de una causa, tomándose como eje rector, como se dijera, el deber de comportamiento ajustado a la ética y los principios de buena fe y lealtad procesal, así como la defensa profesional de sus clientes. Finalmente, en cuanto a sus derechos, destaca el de ser atendidos con la debida consideración por todas y todos los servidores judiciales, sin que en ningún momento se coarte el libre ejercicio de la profesión.

Las sanciones de suspensión en el ejercicio profesional son impuestas por las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura, previa la tramitación de un expediente que deberá asegurar el derecho a la defensa de la abogada o el abogado.

7 Véase en esta obra, Wendy Reyes Chiriboga, "La función social en el ejercicio del Derecho".

Para garantizar la calidad de la asistencia jurídica, se ha previsto como requisito para el acceso a esta profesión la realización de un año de asistencia legal comunitaria en la Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado, órganos jurisdiccionales, consultorios jurídicos gratuitos de las universidades o en los sectores rurales, urbano marginales o en los organismos seccionales que no cuenten con recursos para contratar abogados de planta, según el reglamento que al efecto dictará el Consejo de la Judicatura⁸. De esta manera, los practicantes tendrán la oportunidad de acercar sus conocimientos académicos a la realidad de la práctica profesional en estas instituciones, pero se busca, como objetivo central, realzar la naturaleza de la función social de la abogacía, y de restituir en alguna forma a la sociedad el beneficio de la educación superior. No se entrega la calidad de servidora o servidor judicial por la realización de esta práctica pre profesional en los órganos de la Función Judicial. Finalmente, quien desee exonerarse del cumplimiento de este requisito, podrá hacerlo, si acredita haber prestado sus servicios durante por lo menos dos años en un consultorio jurídico gratuito de una universidad pública, o haber realizado pasantía por igual tiempo en una unidad judicial.

XII. Relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria

En cuanto a los conflictos de jurisdicción que puedan suscitarse entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, el Código incorpora varias normas de interpretación para establecer los ámbitos de cada una, siguiendo las líneas establecidas por la Constitución.

Los principios de la justicia intercultural hacen relación a varios criterios. El de *diversidad* señala que servidoras y servidores de la Función Judicial y demás funcionarias y funcionarios tienen la obligación de considerar el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas. El de *igualdad* determina que las autoridades antes mencionadas deberán tomar las medidas que sean del caso para garantizar la comprensión

8 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, "Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial".

de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. El principio *non bis in ídem* refiere a la prohibición de que se juzgue nuevamente sobre lo decidido por la autoridad o comunidad indígena. El precepto *pro jurisdicción indígena* señala que en caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, prevalecerá esta última. Finalmente, en las actuaciones judiciales en que deban comparecer personas o colectividades indígenas, se tomará en cuenta principios de interpretación intercultural, para lo cual se considerarán elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio.

Puede que se inicien paralelamente dos procesos cuyo objeto sea el juzgamiento de una misma causa, ante la justicia ordinaria y ante la justicia indígena. La autoridad indígena podrá reclamar expresamente su jurisdicción en el proceso iniciado ante la justicia ordinaria, para lo cual deberá abrirse un período de prueba en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación; de proceder, la jueza o el juez ordinario deberán archivar la causa y remitir lo actuado a la jurisdicción indígena⁹.

XIII. Disposiciones transitorias, derogatorias y reformatorias

Para dar vida al régimen de transición institucional previsto por la Constitución, así como a las profundas transformaciones que presenta el Código Orgánico de la Función Judicial, se han incluido sendas disposiciones transitorias, derogatorias y reformatorias. En todos los casos, se han previsto tiempos más o menos extensos para institucionalizar las disposiciones del Código.

Destacan en el primer grupo varias normas para la integración del nuevo Consejo de la Judicatura, de la nueva Corte Nacional de Justicia y de las demás cortes, tribunales y juzgados, como para el funcionamiento del Consejo y la Corte Nacional de transición; los demás órganos seguirán funcionando normalmente hasta que se conforme el nuevo régimen, debién-

9 Véase en esta obra, Fernando García, “La Jurisdicción Indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”.

dose ajustar a sus previsiones. Se ha puesto especial énfasis en la garantía de estabilidad de las servidoras y los servidores judiciales y en la forma en que serán reubicados, previa evaluación positiva, como de las funcionarias y funcionarios que se integrarán a las nuevas judicaturas y aquellos que prestan sus servicios en los órganos autónomos. La puesta en marcha de la Defensoría Pública y la organización de los servicios de asistencia legal que deberán prestar las facultades de derecho, jurisprudencia y ciencias jurídicas del país está debidamente organizada, como la fase de transición al nuevo servicio de notarias y notarios, y la incorporación de abogadas y abogados al Foro.

El Código ha tenido especial cuidado en determinar qué sucederá con las causas que se hallan en curso ante las diversas judicaturas, para evitar que se produzcan nulidades procesales, situación que con frecuencia se ha dado en la práctica legislativa ecuatoriana por la falta de previsión al momento de suprimir tribunales y juzgados o modificar sus competencias. Hay sin embargo un problema porque, por mejor hacer y demostrando desconocimiento de la realidad de los hechos, se dispuso que los juzgados de la niñez se transformen inmediatamente en juzgados de familia y asuman, a más de la enorme carga de asuntos de niñez y adolescencia, todos los asuntos del derecho de familia y sucesorio, cuando lo que debió ponerse (y así constó en el primer anteproyecto) era que los juzgados de lo civil sigan conociendo de los asuntos de familia hasta que se organizaran los juzgados de familia. Más pesó la experiencia anterior, que habiéndose resuelto la creación de los juzgados de la familia por la Corte Suprema de Justicia en 1997, nunca se llegó a establecerlos y se temió que, si se dejaba para el futuro la creación de estas judicaturas, se repitiera esta mora.

Se ha procurado derogar todas las leyes que se opongan al Código de Código Procesal Orgánico, y se propone una profunda reforma a diversos cuerpos de leyes. En lo principal, se abrogan la Ley Orgánica de la Función Judicial, la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, la Ley Orgánica del Ministerio Público, los códigos orgánicos de las funciones de justicia de autoridades militares y policiales, etc.

El Código deja el camino señalado a la institucionalización de la unidad jurisdiccional, para lo cual deroga o reforma más de treinta leyes o reglamentos y organiza el traspaso de competencias de todas las “juezas” y “jueces” que no pertenecen a la Función Judicial a los órganos judiciales.

Legitimidad social e independencia judicial interna¹

Luis Fernando Ávila Linzán

—¿Puedo mirar los libros? —preguntó K, no por mera curiosidad, sino sólo para aprovechar su estancia allí. No —dijo la mujer, y cerró la puerta—. No está permitido. Los libros pertenecen al juez instructor. ¡Ah, ya! —dijo K, y asintió—, los libros son códigos y es propio de este tipo de justicia que uno sea condenado no sólo inocente, sino también ignorante.

*Franz Kafka*²

Sumario:

I. Introducción. II. Función política de la independencia judicial interna. 2.1. Cuestión de la función tradicional. 2.2. Contenido de la función política. III. El perfil de servidoras y servidores judiciales del siglo XXI. 3.1. Servidores y servidoras creativos. 3.2. Servidoras y servidoras activistas. 3.3. Legitimidad del activismo transformador. IV. Finalidad democratizadora de la integralidad de la justicia. V. El tránsito hacia una nueva cultura jurídica. 5.1. Patrones culturales y de exclusión. 5.2. La cultura constitucional. 5.3. La comunicación de la actuación judicial. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

1 Agradezco los comentarios y sugerencias de Ramiro Ávila, Claudia Escobar, Elizabeth García y Carolina Villagómez. Sus aportes valiosos han contribuido a la elaboración de este ensayo.

2 Fragmento de *El Proceso*. El personaje de Kafka es Josef K, a quien un buen día se le notificó que

I. Introducción

La independencia judicial es un derecho y no sólo un mecanismo para generar eficiencia judicial y legitimidad³. En la Constitución del Ecuador de 2008 la independencia judicial está establecida como un derecho en el artículo 76.7.k. Esta afirmación se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 75 sobre el acceso a la *justicia imparcial*, si se considera que la imparcialidad no es sino la aplicación estratificada del principio de independencia judicial interna frente a las partes procesales.

Es importante destacar que existe una relación estrecha entre la independencia judicial y la imparcialidad de las servidoras y servidores judiciales. La imparcialidad tiene que ver con la actuación concreta en el proceso respecto de las partes. En realidad, si vemos a la independencia judicial de manera estratificada e, incluso, si vemos a la independencia de una manera piramidal, la imparcialidad está en la base y la independencia externa en la cúspide. Ambas cuestiones deben generar confianza en la sociedad, en otras palabras, legitimidad⁴. En este ensayo, voy a abordar la legitimidad social a partir de la independencia judicial.

De esta manera, dos de los avances más importantes de la Constitución del 2008 en materia de justicia fueron la incorporación del principio de

estaba detenido y que existía un proceso en su contra. La trama gira alrededor de la existencia de este proceso del cual la institucionalidad judicial funciona en el cumplimiento de un deber absurdo e irracional. Kafka critica la razón formal del Estado, donde el individuo es lo que menos importa. Esta obra es publicada por este autor en una época de desencanto porque las expectativas de la industrialización de finales del siglo XIX no se cumplieron o hacen más solitario al ser humano. El fragmento citado recrea la problemática que se trata en este ensayo.

- 3 Cristina Viquez Cerdas, “Independencia judicial y su relación con la responsabilidad disciplinaria y civil del juez”, en *Justicia, libertad y derechos humanos*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH, 2003, p. 1181.
- 4 Alirio Abreu Borelli, “Independencia judicial. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, Fundación Konrad Adenauer, 2007, p. 645. Esto lleva a escenificar que el nivel de incidencia social de la imparcialidad es mayor, pues es la cara que está más expuesta a la cotidianidad de la sociedad. La independencia interna es más sensible dentro de la institucionalidad, y la externa, es más visible en el campo de la opinión pública. Nos encontramos que la imparcialidad es sólo una aplicación de la independencia a la situación de las partes. Por esto es indispensable la independencia interna de las servidoras y servidores judiciales para otorgar credibilidad a su actuación procesal frente a las partes.

independencia judicial interna⁵ y la horizontalidad de las relaciones entre las y los integrantes de la Función Judicial⁶. Esto deviene, sin más, en la modificación profunda de las relaciones de poder al interior de la Función Judicial, motivada con el fin de democratizar la administración de justicia y legitimar socialmente la actuación judicial, habida cuenta que la sociedad ecuatoriana –en Latinoamérica parece ser una constante– desconfía profundamente de la Función Judicial⁷.

A nivel de la institucionalidad judicial, la relevancia de estos cambios exige asumir el reto de crear un nuevo perfil de quienes hacen la administración de justicia y la incorporación, en la agenda de la reforma judicial, de mecanismos que aseguren un nivel óptimo de independencia judicial interna. A la luz de estas ideas es que se justifica plenamente la denominación omnicomprendensiva asumida por el recientemente aprobado Código Orgánico de la Función Judicial de “servidoras y servidores judiciales”, que incluye a juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores, y las funcionarias y funcionarios administrativos de la Función Judicial. Esta denominación busca desarrollar el principio constitucional de igualdad y no discriminación del artículo 11.2 de la Constitución vigente y se espera que legitime la actividad judicial más allá de lo estrictamente simbólico⁸.

5 Constitución del 2008, Art., 168.1.

6 *Ibid.*, La horizontalidad está contenida de manera transversal en toda la normativa constitucional, pero podemos citar varios artículos como el 170 y 172. El texto constitucional, además, prescinde de tradicionales denominaciones, al referirse a los órganos de la Función Judicial, tales como “magistrados”, “altos jueces”, “Corte Suprema”. Se entendería que todas y todos son juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores. Es importante verificar que el artículo 172 de la Constitución vigente trae la denominación genérica de “servidoras y servidores judiciales”.

7 Projusticia, *Evaluación social del proyecto de acceso a la justicia y equidad*, 2008. La Corte Suprema –hoy, Corte Nacional– presenta un nivel del 37 por ciento de desconfianza; Projusticia, *Estudio de opinión sobre la percepción de la administración de justicia en el Ecuador*, citado por, Farith Simon, “Investigación sobre acceso a la justicia en la República del Ecuador”, en José Thompson (coord.), *Acceso a la justicia y equidad*, Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo BID e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 75. El 91 por ciento de las ecuatorianas y las ecuatorianas consideran que el sistema de justicia no protege los intereses de los sujetos comunes y corrientes, y el 94 por ciento opina que sus decisiones no son imparciales, pues existe corrupción e injerencia política.

8 Código Orgánico de la Función Judicial, RO 544: 9-mar-2009, Arts. 4 y 40.

Creo que la independencia judicial debe ser instrumental a la garantía del acceso sustancial a la justicia en favor de las personas excluidas en el marco de la lucha contrahegemónica. Comprendo que utilizar el Poder Judicial para proteger a los desfavorecidos es aún un recurso limitado desde el hemisferio sur⁹. A pesar de esto, un caso paradigmático que podemos citar es el de la India, donde su Corte Suprema tomó la opción por la emancipación de los más pobres ante una normativa constitucional y un entorno social renuentes al cambio. El resultado fue el aumento constante de la legitimidad social en la justicia india¹⁰.

Una idea que salta a la vista de lo dicho es que la independencia judicial interna tiene otras funciones a más de garantizar la regularidad de los procesos judiciales. Una de las más importantes es legitimar la actuación judicial.

Esta función se desarrolla en las disposiciones del recientemente aprobado Código Orgánico de la Función (COFJ) Judicial¹¹. Sostengo que este cuerpo normativo profundiza la legitimidad de los jueces a través del desarrollo de la independencia judicial interna.

Con estos antecedentes, me propongo justificar las categorías conceptuales relacionadas con la independencia judicial interna del COFJ que tienen el potencial de generar la legitimidad social de la actividad judicial; y, también, busco evidenciar algunas de las tareas necesarias para su efectiva implementación. En este ensayo, entiendo a la independencia judicial, interna y externa, como un instrumento más para un fin más importante e inescindible de aquel: constitucionalizar el acceso sustancial a la justicia a favor de las personas excluidas¹² que, de cara a la institucionalidad judicial, llamaré transformación de la justicia.

Este ensayo se divide en cuatro partes: (1) Función política de la independencia judicial interna; (2) El perfil de servidoras y servidores judiciales

9 Jorge Correa Sutil, "Reformas judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?", en Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 276.

10 Upendra Baxi, "El Estado de Derecho en la India", Red Universitaria de Derechos Humanos SUR, No. 6, 2007.

11 Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. 544: 9-mar.-2009.

12 Luis Fernando Ávila Linzán, "La constitucionalización de la administración de justicia", en Ramiro Ávila (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

del siglo XXI; (3) Finalidad democratizadora de la integralidad de la justicia; y (4) El tránsito hacia una nueva cultura jurídica.

II. Función política de la independencia judicial interna

Tradicionalmente, la independencia judicial interna ha tenido una función jurídica respecto del proceso. En esta parte, vamos a analizar cuál es su función política con el fin de establecer su naturaleza de otorgar legitimidad a la actividad judicial. Mantengo el argumento de que la independencia judicial interna tiene la función política de legitimar la actuación judicial, lo cual significa asumir la *politización de la justicia* regulada como una posibilidad de dirigir esta actuación en beneficio de las personas excluidas. He dividido este acápite de la siguiente manera: 2.1. Cuestión de la función tradicional; y 2.2. Contenido de la función política.

2.1. Cuestión de la función tradicional

La independencia judicial interna, vale decir, aquella que se da entre los órganos al interior de la Función Judicial (jueces y los órganos de gobierno, acusación y defensa), está tradicionalmente relacionada con el ejercicio de la jurisdicción por parte de las servidoras y los servidores libre de injerencias de cualquier índole y sólo con apego a la ley¹³. Con esto, lo que se busca es la realización de la justicia y la solución de conflictos a través de una labor técnica de interpretación de la normativa jurídica.

En este entendido, la independencia judicial interna es una garantía en favor de la regularidad del proceso y la igualdad de las partes al momento de recibir una decisión argumentada y motivada, tal como lo establecen los

13 Perfecto Andrés Ibáñez, “Legalidad, jurisdicción y democracia”, en *Poder judicial y democracia. Jueces democratas o democracia de los jueces*, Bogotá, Fundación para la Investigación y la Cultura FICA, 2005, p. 28. La independencia judicial interna puede decirse que es una proyección de la independencia judicial externa, pues al extraer el control de lo judicial del clásico ámbito del Ejecutivo hacia los jueces, lo que se está haciendo es, como lo expresa este autor: “sustraer la actividad judicial del control panóptico -formal e informal- de la jerarquía judicial, longa manu, del poder político”.

estándares internacionales de derechos humanos¹⁴. Este concepto funcional consiste en una especie de “autonomía individual” de vinculación exclusiva con la normativa y sus parámetros se interpretación¹⁵, excepto en lo relativo a la responsabilidad judicial sobre los actos externos al proceso y la dinámica de los recursos para la revisión judicial de lo decidido.

Sin embargo, ¿es la única función que cumple este principio? Si se considera que el derecho no es un producto acabado e inclusive si lo concebimos como plural y sujeto a un proceso constante de construcción a través de la labor creativa de servidoras y servidores judiciales, definitivamente cumple otras funciones más allá de los procesos¹⁶.

Una de estas funciones es la de otorgar legitimidad social a la actividad judicial, lo cual supone el reconocimiento de la decisiones judiciales como un reflejo de valores sociales compartidos¹⁷ y la aceptación de la actividad judicial como social y políticamente relevante y, en consecuencia, un instrumento al alcance de las personas y colectividades para la emancipación social¹⁸. Ésta es una función política que emana de la propia naturaleza de la actividad judicial¹⁹.

Esta función adquiere centralidad a la par de la mayor visibilidad que ostenta la actividad judicial hoy, tanto en los países centrales como periféri-

- 14 José Zeitune, “Los estándares internacionales sobre administración de justicia”, *Perspectivas* No.3, 2008, Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional (LASISL-SLADI), <http://www.lasil-sladi.org/perspectivas3.pdf>.
- 15 Owen Fiss, “El grado adecuado de independencia”, en Germán Burgos (ed.), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003, p. 46.
- 16 Germán Burgos Silva, “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”, en Germán Burgos Silva (ed.), *op.cit.*, pp. 13-15. La independencia tiene varias funciones: a) cumplimiento de la ley en los procesos; b) efectividad de la Constitución; c) garantía de los derechos; d) contribución al crecimiento económico de los países; y, e) amplia flexibilidad de la política económica como un factor de equilibrio social entre grupos de poder y los intereses generales.
- 17 Jean-Marc Coicaud, *Legitimidad y política. Contribución al estudio del derecho y la responsabilidad política*, Rosario, Homo Sapiens Ediciones, 2000, pp. 21-36.
- 18 Luis Fernando Ávila Linzán, “Acceso a la justicia y emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- 19 Boaventura De Sousa Santos, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”, en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas (comps.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 118.

cos. Esta función incluso, permite legitimar en último término la democracia misma, ante una realidad social en el cual persiste la desconfianza de la sociedad respecto de un aparato judicial rutinario, burocratizado e ineficiente²⁰. En Latinoamérica, este fenómeno es particularmente notorio²¹.

2.2. Contenido de la función política

Hablar de la función política de la independencia judicial interna nos lleva a tratar sobre lo que se ha denominado *politización de la justicia*²². Defendemos la idea de que ésta no en sí mismo un vicio, y que es necesario diferenciar este fenómeno de la “partidización de la justicia”²³ que es lo que realmente ha ocurrido en la mayoría de los países latinoamericanos, donde la debilidad del sistema político y de la institucionalidad judicial ha aumentado la comunicabilidad entre actores informales y formales de la judicatura, permitiendo el control directo de la actividad judicial en favor de agentes externos al quehacer judicial.

No podemos simplemente censurar esta “politización” sobre la base de una visión reduccionista de la política –sólo como ejercicio del proselitismo partidista, gremial o de grupo–, sino que estamos en la obligación de regularla para reducir su impacto sobre la estructura estatal y la sociedad²⁴.

Sin embargo, admito que la *politización* tiene dos límites. Por una parte, ésta no sustituye el espacio del debate legislativo. Y por otra parte, tampoco, sustituye el espacio de lo público, donde los conflictos tienen un cauce de representación electiva o, al menos, deliberativa. En ambos casos, incluso si se tiene un sistema político y de representación estable (partidos y movimientos),

20 Boaventura De Sousa Santos, “Derecho y democracia. La reforma global de la justicia”, en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas (comps.), *op.cit.*, pp. 163 y 171.

21 Germán Burgos Silva, *op.cit.*, p. 8.

22 Boaventura De Sousa Santos, “Derecho y Democracia...”, *op.cit.*, pp. 184-193. La *politización de la justicia* es un fenómeno contemporáneo que desplaza el núcleo de la legitimidad de las democracias actuales de los desgastados parlamentos hacia la judicatura, ante el fracaso de los diversos intentos de modelos de Estado, el embate de los efectos globalizadores del mercado y la consecuente precarización de las democracias y la exclusión social.

23 Luis Fernando Ávila Linzán, “Acceso a la justicia...”, *op.cit.*, p. 167.

24 Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Santillana Ediciones, 1999, p. 10.

la intervención judicial será menor y, por tanto, la politización será mínima. El hecho esencial que se quiere destacar es que la politización de la justicia hace referencia a la asunción del rol político de las servidoras y servidores judiciales, es decir, vinculados a la realidad de la sociedad a la cual se deben y, por tanto, dispuestos a utilizar el derecho para favorecer a las personas excluidas.

Luego, la legitimidad de la actividad judicial descansa sobre formas jurídicas que regulan la politización de la justicia. En este caso, la forma jurídica se denomina independencia judicial interna. Esta regulación opera desde la normativa jurídica y no como la materialización de control sobre las decisiones en los procesos que, tal como se verá, afecta sólo a las conductas externas y no a las internas. Entonces, la independencia judicial interna es una función política.

La agenda de la reforma judicial en la región, sin embargo, se ha dirigido, tradicionalmente, hacia la independencia judicial externa, sobre la base del prejuicio y la percepción generalizada de que la judicatura y —de manera más amplia el gremio de las abogadas y los abogados—, es uno de los espacios donde se reproduce los mayores vicios de la actividad estatal²⁵.

El COFJ, respecto de la independencia judicial interna, se inscribe dentro de la visión formal de la reforma judicial, según la cual lo fundamental es establecer normativa que facilite los “arreglos institucionales”. Eso no limita tener en cuenta su vinculación con la dinámica de la organización del poder por fuera de la institucionalidad judicial²⁶ y la necesidad de transformar los valores en juego desde la experiencia y las prácticas judiciales y sociales que afectan la actividad judicial²⁷.

Tampoco debe desconocerse que la independencia judicial interna ha sido el pretexto perfecto de las servidoras y servidores judiciales para resis-

25 Raúl Mendoza Cánepa, *Independencia judicial: el juez, ¿un modelo para armar?*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2005, pp. 59-62. Opino que este enfoque de anticorrupción se presenta como una cortina de humo que no explica realmente las razones de la ilegitimidad de la Función Judicial pues, por un lado, el discurso de la lucha contra la corrupción reafirma el statu quo de un derecho rutinario en beneficio de los propietarios; y, por el otro, se desconecta el debate de las necesidades de las beneficiarias y los beneficiarios del sistema judicial, quienes no ven que las discusiones técnicas al respecto tengan alguna incidencia en el cambio en sus condiciones de vida.

26 Germán Burgos Silva, *op.cit.*, p. 16.

27 Jorge Aguiló Regla, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en Germán Burgos Silva (ed.), *op.cit.*, p. 68.

tirse a los cambios de la justicia y a la renovación de la cultura jurídica. Se ha mantenido. Así, un derecho extremadamente formalista, irreflexivo, petrificado en servicio de los poderosos. Por esta razón, la reforma judicial respecto de la independencia judicial interna debe siempre estar vinculada a un proyecto de reforma política integral más amplia que tenga como objetivo último la democratización de la política, por ende, de la justicia:

si lo que los teóricos proponen a través de la independencia judicial es la eliminación de la anomia social que se sufre en el tercer mundo, se equivocan contundentemente. Para lograr ello se requiere la democratización de la política²⁸.

Otro de los grandes problemas alrededor de la independencia judicial interna es que ha servido de pretexto para defender intereses de grupo, lo cual se conoce como corporativismo, fenómeno que tiene muchas manifestaciones. Tal vez, las más importantes de aquellas es la defensa gremial de las servidoras y servidores judiciales y la maximización de la rutina judicial (el trámite). Esto mina toda forma de legitimidad social, pues la sociedad percibe la independencia como un privilegio más para las servidoras y servidores judiciales en el marco de una estructura social excluyente e inequitativa²⁹. Es como si las servidoras y servidores judiciales hubieran privatizado la justicia como un negocio propio y no como una función en nombre de un pueblo soberano³⁰.

En definitiva, la independencia judicial interna es aún una novedad de la Constitución del 2008, a pesar que se podría decir que en la de 1998 existían normas que se relacionaban con aquella³¹. El COFJ desarrolla este principio de manera transversal, mecanismo institucional de responsabilidad jurídica y política, y como límite y ejercicio de la actuación de las servidoras y servidores judiciales³².

28 Luis Sánchez Baquerizo, *Independencia judicial en el Ecuador*, www.goberna.org.

29 Germán Burgos Silva, *op.cit.*, p. 8.

30 Raúl Mendoza Cánepa, *op.cit.*, p. 66.

31 Constitución del 2008, Art. 168.1.

32 Código Orgánico... *op.cit.*, Arts. 3, 8, 109.1, 123, 125 y 255.

De sus disposiciones, quiero destacar tres mecanismos que buscan garantizar la independencia judicial interna:

- (1) La inclusión como falta disciplinaria gravísima –con sanción de destitución– de la violación del principio de independencia judicial, “con el pretexto de supervisión”³³. Esto es una medida concreta para sancionar a las servidoras y servidores judiciales por violar la independencia judicial interna, puesto que se entiende que la diferencia entre éstos es sólo funcional en el ámbito de la jurisdicción y respecto de la actividad relacionada con la decisión de los procesos. Entonces, las actuaciones fuera del proceso son materia de sanción disciplinaria, excepto si atañe a la afectación de lo que se decide en ellos.
- (2) Es importante resaltar que en el COFJ no sólo se previene la violación del principio que hemos venido tratando como parte del régimen disciplinario a cargo del Consejo de la Judicatura, sino que, además, es posible que cualquier perjudicado –por fuera de la Función Judicial– pueda presentar una queja por violación de la independencia judicial interna³⁴. Esta medida es ciertamente democratizadora.
- (3) Aún las y los vocales del Consejo de la Judicatura pueden ser sujetos de control político en caso de violar la independencia judicial interna. Es digno de desatacar el desarrollo de las causales para el juicio político de manera análoga a lo que establece el artículo 131 de la Constitución vigente para la Presidenta o Presidente de la República, por casos de delitos relacionados con actos de corrupción³⁵.

Si bien es cierto, la Constitución exige un quórum calificado para que opere la censura como resultado de un enjuiciamiento político, no es menos cierto que esto considera la posibilidad de que éste se dé, sólo ante la ocurrencia de casos notoriamente graves y reiterados de violación de la independencia de las servidoras y servidores judiciales, sin afectar la estabilidad de la

33 *Ibid.*, Art. 109.1.

34 *Ibid.*, Art. 125.

35 *Ibid.*, Art. 255.

Función Judicial. El quórum calificado no debe verse como una forma de cohonestar la impunidad, sino como una forma de garantizar un sistema político estable y una clase política responsable.

III. El perfil de servidoras y servidores judiciales del siglo XXI

El siglo XXI exige un perfil renovado de servidoras y servidores judiciales que sean capaces de asumir los retos que implica las nuevas complejidades. Defiendo que la independencia judicial interna permite la legitimidad de la actividad judicial mediante este perfil basado en la creatividad, activismo y responsabilidad de las servidoras y servidores, que permitan una justicia transformadora. En esta parte, he querido identificar estos rasgos esenciales que fundamentan el perfil referido, por lo cual hemos dividido su tratamiento de la siguiente manera: 3.1. Servidores y servidoras creativos; 3.2. Servidoras y servidores activistas; y, 3.3. Legitimidad de un activismo transformador. El perfil de creativo y activista de las servidoras y los servidores judiciales es inseparable, de manera tal que no se puede concebir una servidora o servidor activista si no es creativo y viceversa.

3.1. Servidores y servidoras creativos

En el entorno político anterior a la Revolución Francesa, la actividad judicial la desarrollaban órganos que tenían un origen legislativo, los parlamentos, los cuales tenían amplias atribuciones decisorias y normativas, lo cual permitió un acusado abuso de poder, especialmente, en perjuicio de los feudos y las nacientes relaciones mercantiles de los burgueses. El problema era grave si se consideraba que los nombramientos de quienes administraban justicia eran controlados por la Corona, y lo era más si ésta, incluso, reservaba para sí la última instancia extraordinaria de revisión de las decisiones judiciales³⁶. Por esto se entiende que los jueces –aquí sólo es posible hablar de “jueces”– hayan sido inoculados políticamente y se los haya sometido al imperio inobjetable

36 Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1995, p. 316.

de las leyes. Por el contrario, en el sistema del *common law*, la actividad judicial no pudo ser controlada debido a la dispersión cultural y geográfica³⁷, por lo cual la judicatura fue más bien un instrumento de lucha social y de clase que promovió la equidad social frente al absolutismo³⁸. Por eso se entiende que los jueces anglosajones tuvieran una amplia potestad normativa.

Estas dos formas de ver la función de los jueces han propiciado un largo debate sobre si éstos crean o no derecho. Creemos que el debate ha sido superado y hoy nadie duda que el juez crea derecho. Lo que aún está en duda es en qué medida y con qué nivel de vinculación lo hace³⁹. No vamos a desarrollar esta temática, sólo a presuponer la naturaleza creativa del juez, aún cuando esto no es totalmente entendido por nuestras servidoras, servidores judiciales y profesionales del derecho, por cuestiones relacionadas con la cultura jurídica y debido a la herencia institucional de autoritarismo que se percibe en la organización judicial⁴⁰.

Hay mucho que decir para fundamentar esta naturaleza creativa, pero la evidencia más novedosa es aquella que hace referencia a la constatación de la complejidad de los conflictos sociales de la contemporaneidad que no permite ya la existencia de servidoras y servidores judiciales pasivos y silenciosos. De las clásicas problemáticas acerca de los derechos subjetivos relacionados con la propiedad, hoy se discuten temas en los procesos que hacen referencia a elementos de la economía, la ecología, la geopolítica, entre otros, que afectan a cientos de miles. Tal vez, a todo el planeta. Las herramientas tradicionales para la labor judicial ya no son suficientes. Piénsese, por ejemplo, en los procesos en contra de Pinochet o Milósevich por violaciones a los derechos humanos; o, en un ámbito más cercano a nuestra reali-

37 Pedro Fernández de Córdova, *Estudios de Derecho Comparado*, Quito, PUDELECO Editores S.A., 1997, p. 131.

38 Carlos Graniola, *El poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Buenos Aires, EDISAR, Editorial Distribuidora Argentina SRL, 1976, p. 19.

39 Alberto Fernández, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p.90; Eugenio Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Jorge Malem y otros (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa S.A., 2003, pp. 24 y 26. Incluso Kelsen, desde el positivismo, sostenía que el juez crea derecho a través de una norma particular, puesto que aplica conocimiento e incluye elementos que no mencionaba la norma general o lo hacía de forma abstracta.

40 Véase en esta obra, Elizabeth García Alarcón, “Prácticas judiciales, garantía de derechos y Carrera Judicial”.

dad, los efectos de las fumigaciones con glifosato emprendidas por el Gobierno colombiano en la zona de frontera entre Ecuador y Colombia.

La creatividad judicial, en tanto ejercicio puro de la libertad de las servidoras y servidores judiciales, es un presupuesto fundamental para la existencia de la independencia judicial interna. La interpretación creativa puede ser un instrumento fuerte para dicho ejercicio; y, además, para legitimar socialmente las decisiones judiciales. Este perfil fue recogido en el COFJ: iniciativa, capacidad innovadora, creatividad; sólida formación académica, con capacidad para interpretar y razonar jurídicamente⁴¹.

3.2. Servidoras y servidores activistas

Definitivamente, las servidoras y servidores judiciales no sólo deben tener amplios conocimientos técnicos e interdisciplinarios, sino que deben ser, ante todo, políticas y políticos, en el sentido de la política que aquí se defiende. Ellas y ellos deben redescubrir las funciones políticas que le han sido históricamente mutiladas. Políticas y políticos en tanto deben insertarse en la comunidad a la cual se deben, a su problemática y la realidad que es la suya también, puesto que no se puede entender que la simple investidura judicial constituya una venda que le impida tomar la opción por el derecho de las personas excluidas.

Necesitamos servidoras y servidores judiciales activistas, cuya gestión transforme a la sociedad a la cual se deben. Su legitimidad depende de esto en la medida en que su actividad judicial sea subsidiaria a la movilización y las demandas sociales⁴². No obstante, una actuación no regulada e irresponsable puede ser peor que el mal que se quiere combatir si genera una innecesaria sobrecarga de trabajo que, en el fondo, deslegitimaría la actividad judicial.

El llamado peyorativamente como “activismo” mantengo que no es un mal en sí mismo si se lo dirige responsable y equilibradamente “como la voluntad de tratar la decisión judicial como un poder autónomo y creativo destinado al desarrollo económico y político de la sociedad”⁴³, ergo la transformación de la justicia.

41 Código Orgánico... *op.cit.*, Art. 37.

42 Perfecto Andrés Ibáñez, *op.cit.*, p. 28.

43 Mauricio García Villegas, “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia jurídica de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”, en Boventura De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 479.

Un activismo responsable puede legitimar la actividad judicial, rompiendo las percepciones que generan gran desconfianza y escepticismo sobre la administración de justicia. En el fondo, las razones de quienes se oponen a esta misión de las servidoras y servidores judiciales giran alrededor de la tradicional naturaleza de la actividad judicial dependiente de otros poderes, formales e informales. El activismo judicial responsable puede establecer una renovada autoridad e independencia judicial interna para las servidoras y servidores judiciales que pudiera modificar las relaciones de poder, al someter a control a quienes jamás lo tuvieron y cometieron abusos con el pretexto de supervisar, en nombre del derecho hegemónico, la actividad judicial. Es decir, tomando una metáfora prestada, los jerarcas y elites judiciales “no desean que la cenicienta asista al baile”⁴⁴.

Ahora, no podemos tapar el sol con un dedo negando los posibles peligros que entrañaría un activismo antidemocrático, como sería aquel desarrollado por servidoras y servidores incompetentes; que se tornara conservador en momentos históricos en que hay una amplia movilización democrática⁴⁵, o que consintiera los excesos del autoritarismo a través de sentencias academicistas e incomprensibles para las grandes masas de afectadas y afectados.

Sugiero algunos parámetros que permitirían a las servidoras y servidores judiciales identificar algunos elementos para decidir si deben o no intervenir con el poder que el pueblo le ha encargado. Estos parámetros tal vez coincidan con las normas de la llamada “automoderación” de los jueces anglosajones⁴⁶: (1) la necesidad, de acuerdo a la coyuntura, de tener una actitud progresista o conservadora; (2) su competencia técnica o el desconocimiento sobre los asuntos en cuestión —por lo tanto, evaluar las estrategias para investigar y subsanar los vacíos del conocimiento en cuanto

44 Luz Estella Nagle, “La cenicienta del gobierno: reforma a la justicia en América Latina”, en Germán Burgos Silva (ed), *op.cit.*, p. 243.

45 Mauricio García Villegas, *op.cit.*, pp. 476-483.

46 Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Semblanza del sistema jurídico de EE.UU.*, 2004, p. 68. Estos principios de automoderación judicial son diez y tienen como fuente la Constitución de los Estados Unidos, las constituciones estatales, las leyes del Congreso y de la legislaturas estatales, y el Derecho Consuetudinario (p. 63).

sea posible–; y (3) evaluar si la existencia o no de su participación política es eficiente y si la intervención judicial es indispensable para la garantía de los derechos sin desmerecer la movilización social y los procesos políticos de reivindicación.

Especial énfasis, hago sobre el tercer punto, puesto que si entendemos que la crisis de la representación es uno de las razones para el protagonismo de la judicatura, no debe pensarse en sustituir el espacio público de lo político, donde confluyen otros canales de la discusión y la movilización social maximiza la democracia mediante el debate de los temas relevantes⁴⁷.

Este activismo responsable pero transformador de la sociedad no es posible sino a través de un espacio importante de independencia interna, donde las servidoras y servidores judiciales puedan ejercer su libertad plenamente en beneficio de una mejor justicia, para legitimarse no sólo ante la sociedad, sino, incluso, ante la propia institucionalidad judicial, a través de la expresión de su renombre y prestigio, pues “si son simplemente funcionarios que cumplen las órdenes de los burócratas, serán tenidos en baja estima por aquellos que tiene los hilos del poder”⁴⁸.

Ante esto, el ejercicio del activismo responsable tiene como presupuesto la responsabilidad judicial como límite de la independencia judicial interna, respecto de la cual se debe distinguir entre la responsabilidad disciplinaria y civil de la servidora o servidor judicial respecto de la conducta externa e interna al proceso. La conducta externa le genera responsabilidad disciplinario-administrativa y puede ser controlada por el órgano disciplinario, y la conducta interna le ocasiona responsabilidad civil por error judicial o retardo injustificado del proceso⁴⁹. El ejercicio de la jurisdicción es una conducta interna y las actuaciones jurisdiccionales no pueden ser revisadas, sino a través de los recursos jurisdiccionales.

No obstante, esto que en la teoría parece tan fácil de entender se presenta, en la realidad, como la frontera más tenue y farragosa al momento de

47 Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”, en Boventura De Sousa Santos, *op.cit.*, p. 313. Este autor toma algunos elementos para guiar el activismo judicial del ensayo de Mauricio García Villegas, *op.cit.*, 2001.

48 Peter Schuck, “El poder judicial en una democracia”, en Poder judicial y democracia. Jueces demócratas o democracia de los jueces, *op.cit.*, p. 157.

49 Cristina Viquez Cerdas, *op.cit.*, p. 1209.

aplicar el régimen disciplinario al interior de la Función Judicial. El Consejo Nacional de la Judicatura –hoy, Consejo de la Judicatura–, por mencionar un ejemplo, aplicó una resolución que permitió persecución y abusos de poder sobre la base de la consigna de corregir las “irregularidades del proceso”⁵⁰ en contra de las servidoras y servidores judiciales. Así era sancionado una servidora o servidor judicial que aplicó el Código Penal en vez del Civil, o tomó en consideración alguna interpretación o aplicación que pugna con la ideología jurídica dominante, lo que se conoce informalmente como “aberraciones jurídicas”⁵¹. En el fondo fue una forma descarada de control ideológico y de fomento del clientelismo.

Empero, eso no quiere decir que los ejemplos de “aberraciones jurídicas” no lo sean en esencia, sino que éstos no constituyen actos externos al proceso y no pueden ser controlados con sanción por el órgano disciplinario. Por ejemplo, en el caso de haber cometido dicha “aberración”, aplicar el Código Penal en vez del civil, en un caso de duda sobre si es daño moral o injuria; existen las formas de revisión procesal (apelación, casación y acción extraordinaria de protección), en tanto es un acto interno al proceso. Ahora, eso no obsta que si el error es muy grave o evidente por falta de conocimientos técnicos del juez en este caso hipotético, esto no pueda ser incluido para su evaluación, lo cual le podría significar la remoción o su no ascenso en las categorías de la carrera judicial respectiva⁵². Por último, este error puede tener como consecuencia la necesidad de establecer programas de capacitación dentro de su formación continua⁵³. Si es el caso, luego de demostrado un acto de corrupción, entonces, es susceptible de sanción.

50 Consejo Nacional de la Judicatura, Rs. *s/n Competencias de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura para conocer irregularidades, quejas y denuncias e imponer sanciones*, RO 611: 4-jul-2002, Art. 2.

51 “Aberraciones jurídicas” fue como llamaron algunos vocales del Consejo de la Judicatura en una reunión informal a cuestiones que debieran ser revisadas a través de un recurso jurisdiccional y no mediante la aplicación del régimen disciplinario. Un caso interesante, no documentado lamentablemente, es el caso del juez Carlos Poveda, el cual fue hostigado por abstenerse de conocer un caso que había sido conocido por autoridades de la justicia indígena. El juez aplicó la Constitución directamente y el Convenio 169 de la OIT, y decidió que había operado autoridad de cosa juzgada.

52 Código Orgánico... Arts. 50, 88, 89, 122.3.

53 *Ibid.*, Art. 86.

En definitiva, se conforma una tríada entre activismo, responsabilidad e independencia a través de un régimen disciplinario que pone al alcance de las servidoras y servidores judiciales, las herramientas para decidir su gestión en un conflicto determinado. La intervención judicial debe ser evaluada al caso concreto, tomando en cuenta el entorno político, los límites a su independencia, formales e informales, lo que le permitirá a la servidora o servidor judicial jugar entre los extremos de la intervención y la automoderación⁵⁴.

El COFJ incorpora en el perfil de las servidoras y servidores judiciales estos postulados: experiencia en el servicio de la justicia, trayectoria personal éticamente irreprochable, vocación de servicio público, compromiso con el cambio institucional de la justicia⁵⁵.

El tema de la ética judicial en referencia al ideal de que las servidoras y servidores judiciales tengan una “trayectoria personal éticamente irreprochable” no lo voy a desarrollar en este ensayo, pues escapa del ámbito de la independencia judicial interna. Sin embargo, se encuentra relacionado con el perfil creativo y activista; y, por supuesto, con la legitimidad de la actuación judicial.

3.3. Legitimidad del activismo transformador

Todo lo que he tratado en esta parte del ensayo se refiere a la que se puede denominar “legitimidad de función”, es decir, aquella que se da a través de la actuación judicial continua y permanente. Ahora, me referiré a la “legitimidad de origen” o representación, es decir a la que se da al momento de asumir las funciones judiciales. Esta legitimidad de origen se halla revestida de un sinnúmero de condiciones que escapan de los fines de este ensayo, tales como las herencias institucionales, la estabilidad del sistema político. Sólo quiero hacer referencia a aquella condición que otorga la normativa y los procedimientos formales de la representación.

Así, la legitimidad de origen de servidoras y servidores judiciales no es electiva, es decir, su representación no proviene directamente del voto po-

54 Christian Curtis, *op.cit.*, p. 64.

55 Código Orgánico... *op.cit.*, Art. 37.

pular. Éste ha sido uno de los argumentos para negar su espacio de decisión, su creatividad y convertir en peyorativo el activismo judicial. Un activismo transformador de servidoras y servidores del siglo XXI no tiene otro instrumento democrático de legitimación que no sea un régimen permanente de méritos, puesto que su labor, sin negar su politicidad, no deja de ser técnica.

Este régimen de méritos tiene dos grandes pilares: el concurso público de méritos y oposición, y la evaluación permanente sobre la base de los méritos⁵⁶. Estos mecanismos acercan y democratizan el acceso a las y los aspirantes a las carreras judiciales, y le otorga legitimidad de origen. De esta manera, se logra balancear el principio democrático que se presenta como objeción al activismo judicial, puesto que las servidoras y servidores judiciales tiene una delegación implícita del legislador para hacer normas particulares, pero esa delegación no la hace el pueblo directamente⁵⁷.

Lo que se busca es que la Función Judicial esté conformada por las y los mejores⁵⁸. Los problemas vinculados a la distorsión que pueden sufrir los concursos es siempre un peligro con o sin ellos, y su aseguramiento requiere voluntad y compromiso por el cambio, y una alta dosis de madurez y responsabilidad política, cuya previsión escapa del COFJ que estamos comentando.

En todo caso, el COFJ favorece al surgimiento de las servidoras y los servidores del siglo XXI, que en su texto desarrolla la institucionalidad judicial horizontal establecida en la Constitución de 2008⁵⁹, donde el criterio de jerarquía es funcional al ejercicio de la jurisdicción en los procesos judiciales. Sin embargo, la institucionalidad acumula una pesada herencia que se yergue todavía como una Espada de Damocles sobre la justicia:

La naturaleza vertical y altamente autoritaria de los poderes judiciales en América Latina significaba que los jueces que trataban de ejercer su independencia y cuestionar las acciones del Estado fueran alineados rápida-

56 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

57 Michel Troper, “El poder Judicial y la democracia”, en *Poder judicial y democracia*, *op.cit.*, p. 80.

58 Raúl Eugenio Zaffaroni, *Dimensión política de un poder judicial democrático*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, 1992, p. 23.

59 Constitución del 2008, Art. 170.

mente. Esta triste historia debilitó cualquier legitimidad pública de que hubiera podido gozar el poder judicial, sin importar su fortaleza institucional⁶⁰.

A pesar de esto, quiero identificar los mecanismos que trae el COFJ para asegurar el perfil de las servidoras y los servidores judiciales del siglo XXI:

(1) El perfil de las servidoras y servidores que se requiere es propuesto dentro del régimen de carreras judiciales⁶¹. Cada frase de este perfil tiene un sentido demoledor respecto de la transformación radical de la justicia, por lo cual me permito transcribirlas casi textualmente, pues resume la línea argumental de la segunda parte de este ensayo: i) sólida formación académica; ii) con capacidad para interpretar y razonar jurídicamente; iii) trayectoria personal éticamente irreprochable; iv) experiencia en el servicio de la justicia; v) vocación de servicio público; vi) iniciativa, capacidad innovadora, creatividad y compromiso con el cambio institucional de la justicia.

Por otra parte, relacionado con este perfil transformador, el COFJ garantiza la independencia en el origen de la nominación y permanencia y todo un sistema de selección, promoción y evaluación permanente de las servidoras y servidores judiciales: las carreras judiciales. Destacamos los criterios para el cambio de categoría dentro de las carreras judiciales, que incluyen elementos cuantitativos y cualitativos, sobre una base meritocrática. El sólo paso del tiempo ya no es suficiente⁶². Esto, sin duda, resulta innovador respecto del principio de independencia y a través de ésta de la garantía del acceso a la justicia, pero también se constituye en una garantía de seguridad para las servidoras y servidores judiciales, para quienes se cambiaba los criterios de evaluación con dedicatoria a algún sector que se consideraba reaccionario o para propiciar el ingreso de gente cercana a los nominadores. El reto aquí se constituye en generar indicadores de gestión judicial que faciliten el ingreso y la evaluación permanente, finalidad que se

60 Margaret Popkin, "Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa", en Germán Burgos Silva (ed.), *op.cit.*, p. 172.

61 Código Orgánico... *op.cit.*, 37.

62 *Ibid.*, Art. 50.

verá facilitada por la integración mayoritaria del Consejo de la Judicatura por expertos en administración pública⁶³.

Estos indicadores serán indispensables, además, para la determinación de las políticas de justicia, que tienen como uno de sus finalidades la garantía de la independencia judicial⁶⁴.

(2) Se separa la actividad técnica de la administrativa⁶⁵. Esto es el fundamento de las carreras judiciales (técnicas jurisdiccionales, fiscales y defensoriales, y administrativas). Con este diseño se busca asegurar el control de la decisión técnica de los procesos, impidiendo que sean funcionarios administrativos los que realicen el trabajo técnico en detrimento de la calidad del servicio de justicia. Es necesario alejarse del entendido de que los órganos jerárquicos están delegando ilegítimamente en los inferiores sus funciones, bajo el pretexto de la congestión de causas⁶⁶.

La delegación de funciones de quienes hacen labor judicial técnica (juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores) en las funcionarias y funcionarios que se encargan de lo administrativo es bastante común. De esta manera, es posible que una sentencia haya sido hecha por el amanuense, bajo el pretexto del exceso de trabajo. Es posible que sí exista una carga procesal fuerte, pero eso sólo es indicativo de que es necesario aumentar el número de juezas y jueces. La delegación puede afectar la calidad del servicio de justicia y desplaza la responsabilidad sobre la decisión. La separación de la actividad técnica de la administrativa ayuda, sin duda, a impedir esta delegación⁶⁷.

Se garantiza también la responsabilidad en la decisión técnica de los procesos, que deberá recaer sobre las juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores. Esto se relaciona con la dedicación exclusiva a la administración de justicia que es un imperativo constitucional desarrollado por el COFJ⁶⁸. La tarea pendiente en esta parte es incluir en las carreras judiciales un sis-

63 *Ibid.*, Arts. 257 y 258.

64 *Ibid.*, Art. 3.

65 *Ibid.*, Arts. 40 y 42-46.

66 Margaret Popkin, "Iniciativas para....", *op.cit.*, p. 179.

67 Véase en esta obra, Alberto Binder, "La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial".

68 Código Orgánico... *op.cit.*, Arts. 16 y 200.

tema de incentivos para la permanencia voluntaria en la Función Judicial y que no sea un trabajo desprovisto de toda incidencia y compromiso sociales.

(3) La fuente normativa de legitimación es ampliada, por lo cual las servidoras y los servidores judiciales no están sometido únicamente a la ley, sino que lo están al derecho, por lo cual pueden tomar como fuente la Constitución, los instrumentos internacionales y la ley. Este cambio sin parangón en las legislaciones comparadas⁶⁹, no sólo amplía las fuentes de legitimidad, sino que representa el toque de avanzada para la servidora o el servidor judicial para el cambio de la cultura de legalidad a la cultura de la constitucionalidad, del Estado legal al Estado constitucional, y lo que es más importante, del “servidor de la legalidad” al “servidor de la constitucionalidad”. Y, a través de este nuevo paradigma, a la opción creativa por las personas excluidas.

Éste es el ámbito de lo que se puede llamar independencia moral, es decir, “el espacio necesario para resolver conforme a su entendimiento de la ley y del derecho. La independencia moral no la puede imponer el derecho, porque es personal, pero la debe posibilitar el derecho”⁷⁰. No voy a profundizar sobre este tema de la independencia moral, puesto que su abordaje es más pertinente desde un enfoque de ética judicial que escapa de los limitados fines de este ensayo. No obstante, diré que ésta se relaciona con la exigencia del perfil de las servidores y servidoras judiciales propuesto por el COFJ: trayectoria personal éticamente irreprochable”⁷¹.

IV. Finalidad democratizadora de la integralidad de la justicia

La integralidad de la justicia se refiere a la conjunción institucional de todos los órganos que tienen que ver con la administración de justicia con una finalidad funcional, con lo cual se busca dar organicidad a la Función Judicial, puesto que, a diferencia de las otras funciones, ésta es menos cen-

69 Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “Función Legislativa y Función Judicial: la sujeción del juez a la ley”, en José Malem y otros (comps.), *op.cit.*, p. 51.

70 Raúl Eugenio Zaffaroni, *op.cit.*, p. 21.

71 Código Orgánico... *op.cit.*, Art. 37.

tralizada, puesto que está conformada por un sinnúmero de órganos con cierto nivel de autonomía funcional que emiten actos independientes en los cuales no han participado los demás órganos⁷².

El ideal de integralidad fortalece la independencia judicial, pues garantiza una justicia coordinada, integrada y de calidad para asegurar el acceso a la justicia. Esto es suficiente para afirmar que la integralidad de la justicia también fortalece la independencia interna de las servidoras y servidores judiciales, puesto que la integralidad termina con las diferencias institucionales que se reflejaban en el proceso (una Fiscalía gigante frente a una Defensoría y jurisdicciones enanas). Afecta, además, a las estructuras de las jerarquías autoritarias, al someterlas a un organismo de gobierno externo a todos los órganos judiciales, por lo cual no extraña la resistencia a este cambio transformador. Es, por tanto, una medida de equidad y, por consiguiente, democratizadora: la integralidad fortalece, por tanto, la legitimidad social de la actividad judicial.

Además, la integralidad no sólo atañe a la organicidad de la justicia y a su finalidad democratizadora, sino también al ejercicio de los derechos relacionados con ésta. De tal manera, a pesar que en el texto constitucional aparecen los principios y derechos al acceso a la justicia y la independencia judicial tratados como cuestiones separadas, se debe considerar que están íntimamente relacionados entre sí con el fin de garantizar el debido proceso. En otras palabras, no es posible el acceso a la justicia sin independencia de la servidora o servidor judicial ni tampoco se puede hablar de independencia sin que haya un mínimo de igualdad de acceso al proceso. Este postulado teórico ha sido acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias opiniones consultivas y sentencias⁷³.

El COFJ recoge la integralidad de la justicia en el sentido expuesto. Resaltamos algunas ideas desarrolladas en sus disposiciones:

- (1) Todos los órganos de la Función Judicial ejercen la potestad de administrar justicia en nombre del pueblo⁷⁴. Esta disposición que transcribe lo determinado en la Constitución vigente⁷⁵ ha sido ampliamente criticada,

72 Michel Troper, *op.cit.*, p. 59.

73 Alirio Abreu Borelli, *op.cit.*, pp. 641.

74 Código Orgánico... *op.cit.*, Art. 1.

75 Constitución del 2008, Art. 168.

puesto que en nuestra tradición y práctica jurídica se confunde la función de administrar justicia con la de ejercer jurisdicción. Es necesario entender que una es la potestad de ejercer el poder judicial (juzgar, acusar y defender, todo como un servicio integral de justicia) y otra es la de juzgar, cumplir y hacer cumplir lo juzgado. Se entiende la confusión de acuerdo a la época en que fue concebido el concepto de jurisdicción (principios del siglo XX en Italia), cuando los países del sistema románico continental no habían establecido los mecanismos de acusación en nombre de la sociedad ni las defensas públicas de manera estructurada. Hoy, la potestad de administrar justicia es más compleja y no sólo la realizan las juezas y jueces. El desafío, no obstante, es realmente integrar a los órganos de la Función Judicial, pero sin totalizarlos u homogenizarlos o, lo que es peor, propiciar una absorción por parte de la judicatura de las labores técnicas de la Fiscalía y la Defensoría. En este sentido, la independencia interna juega un rol de gran valía como límite y equilibrio de la potestad integradora de la justicia.

(2) Las condiciones laborales, presupuestarias administrativas, remunerativas de las servidoras y servidores judiciales se homologan. Este postulado es parte del contenido esencial del COFJ⁷⁶. La historia institucional de la Función Judicial ha permitido constatar un sistema de privilegios entre las organizaciones de la justicia (judicatura, Fiscalía y Defensoría) y entre las servidoras y servidores judiciales dentro de ellas. Esto no sólo que los deslegitima, sino que desestimula su permanencia en la Función Judicial, pues degrada su papel de defensores de la constitucionalidad, afecta la calidad de su trabajo y su compromiso por el cambio; y, los vincula al clientelismo y a una ilegítima defensa gremial. En este punto, las políticas de justicia y las políticas generales a cargo del Consejo Consultivo, aparato de coordinación de los organismos judiciales, encuentran aquí un terreno fértil.

(3) Se establecen espacios de coordinación, eventuales y permanentes. En los espacios eventuales se garantiza la coordinación de los órganos autónomos en la elaboración de los perfiles para las carreras judiciales; y, en los permanentes, se crea el Consejo Consultivo para coordinar permanentemente

76 Código Orgánico... *op.cit.*, Arts. 3, 264.27 y 267.

las políticas del sector justicia. No es cierto el manido argumento de que se afecta el funcionamiento de los órganos autónomos de la Función Judicial⁷⁷.

V. El tránsito hacia una nueva cultura jurídica

Si consideramos a la independencia judicial interna en su versión más primigenia, como un ejercicio de libertad de las servidoras y servidores judiciales, es indispensable que se piense que, para asegurarla, se consideren, tanto mecanismos formales o institucionales, como informales o culturales. Los mecanismos formales pudieran ser mucho más relevantes al momento de garantizar un poder judicial democrático⁷⁸, puesto que la cultura es anterior a la institucionalidad y está inmersa en un proceso que da por entendido que los mecanismos institucionales operan sobre valores que ya existen en la judicatura. Estos valores, no se debe perder de vista, que pudieran ser *antivalores* que se presentan como serios obstáculos invisibles y enemigos silenciosos para la transformación de la justicia.

En la práctica, la vulnerabilidad de la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la lesión a la independencia externa, puesto que los poderes formales e informales suelen tener interés sólo en ciertos conflictos; mientras que la jerarquía institucional, al intentar mantener su poder, impone una “dictadura interna, suelen usar su poder para satisfacer sus rencores personales, sus intereses palaciegos, su egolatría, sus mezquinos intereses y cuestiones que se toman análogas a las intrigas de cualquier oficina pública”⁷⁹.

En esta parte, voy a analizar varios ámbitos en los cuales la independencia judicial interna puede ayudar a transitar hacia una nueva cultura judicial: (1) cambio de patrones culturales y de exclusión; (2) fomento de la cultura constitucional; y (3) la comunicación de la actuación judicial.

5.1 Patrones culturales y de exclusión

La nueva realidad del derecho y sus complejidades implican la emergencia de servidoras y servidores judiciales distintos. La cultura judicial no hace sino

77 *Ibid.*, Arts. 56 y 267.

78 Peter Schuck, *op.cit.*, p. 150.

79 Raúl Eugenio Zaffaroni, *op.cit.*, p. 21.

reproducir los patrones de la cultura general de la sociedad, de la cual es fiel reflejo. De allí que se entiende la resistencia al cambio por parte de las servidoras y servidores judiciales, puesto que esto implica desconocer patrones de comportamiento que son socialmente aceptados, aunque no necesariamente justos, tales como la intolerancia racial o de género, el autoritarismo o la violencia⁸⁰. En otras palabras, se piensa que ir en contra de estos patrones pudiera generar rechazo y desaprobación popular. Estos patrones tienen especial relevancia en la actuación judicial, ya que distorsionan, muchas veces, los fines de las normas jurídicas o no permite dirigir la actividad judicial hacia las necesidades sociales sobre las cuales se crean. La aplicación de estos patrones es automática y en la mayoría de las veces es inconsciente.

Por supuesto, la apoliticidad que se ha endilgado al derecho y la institucionalidad judicial napoleónicos como un dogma en supuesta defensa del derecho no ha hecho más que ser un instrumento que acentúa la resistencia al cambio, puesto que blinda las prácticas judiciales viciosas –lo hace ver como atentados contra la estabilidad gremial–, desde “la acrítica y la dócil integración en experiencias autoritarias”⁸¹. Opera de igual manera sobre la renuencia de implementar ideas de un derecho plural y tolerante, y la integración de nuevo valores como la igualdad, la equidad, el laicismo, el género, etc., al debate judicial.

El ritual de iniciación de las servidoras y servidores judiciales a esta forma de cultura se da con el ingreso a la Función Judicial, en el cual se les imprime una marca indeleble de sacralidad profesional y gremial, y no necesariamente la asunción objetiva de la necesidad de transformar y asimilar una nueva cultural constitucional y de garantía de derechos. El juez no asume su rol de creador y su nueva función social⁸². Aún en los países donde se han implementado escuelas judiciales y programas para la formación permanente de las servidoras y servidores judiciales, el razonamiento sigue siendo formal y poco crítico, generando un hilo de continuidad de la vacía formación legalista de las abogadas y abogados en las facultades de derecho⁸³.

80 Véase en esta obra, Elizabeth García, “Prácticas judiciales, garantía de derechos y carrera judicial”.

81 Perfecto Andrés Ibáñez, *op.cit.*, p. 36.

82 *Ibid.*, p. 37.

83 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”.

Por esto, se ha vuelto normal que en la Función Judicial –también en otras agencias estatales y no estatales– se reproduzcan fuertes patrones de exclusión, intolerancia y autoritarismo que minan el éxito de cualquier tipo de reforma⁸⁴. La gente quiere seguir haciendo lo que siempre ha hecho, fuera y dentro de la institucionalidad judicial, pues la investidura judicial no rompe el encanto de la servidora o servidor judicial ante la seducción de la cultura general. Por esto, tampoco, las servidoras y servidores judiciales logran conectarse con los problemas sociales y, en el mejor de los casos, su actuación es una especie de monólogo o de diálogo entre los entendidos del derecho. En consecuencia, la sociedad ve a la actividad judicial lejana y como una forma de intromisión toda forma de intervención judicial. Esto, sin duda, tiene efectos deslegitimadores.

existe un problema en la consideración de los intentos por aplicar la ley que son percibidos por el público como interferencias en el orden natural de la sociedad [...] El gobierno no ha suministrado a los jueces las herramientas para educar al público sobre el derecho y cómo debe ser aplicado a fin de garantizar una sociedad civil⁸⁵.

La independencia judicial interna puede ser un instrumento eficaz para romper estos patrones culturales de exclusión social, puesto que ataca directamente a las estructuras judiciales reproductoras de las prácticas viciosas que siguen un patrón cultural, y privilegia la libertad de quien tiene la potestad de administrar justicia. Puede conectar, además, a la actividad judicial con la transformación de la realidad. Sin embargo, este rol de independencia puede no ser muy popular en un primer momento, puesto que decidir contra los patrones culturales está en contra de lo establecido socialmente.

Piénsese, por ejemplo, en la sentencia sobre “Postinor”, la píldora del día después. Resultó en este caso, desconcertante el razonamiento simplón del Tribunal Constitucional y totalmente incoherente la resolución del caso. El Tribunal no pudo ceder, a pesar de la actuación procesal de quienes defendían el uso de la píldora, debido a que detrás de la parte accionante estaba la Iglesia

84 Elizabeth García, *Informe final sobre el diagnóstico de aplicación de la ley orgánica de la función judicial*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

85 Luz Estella Nagle, *op.cit.*, p. 243.

Católica y, detrás de ésta, los valores de la clase dominante, a la larga, la cultura aceptada. En este caso, las formas de la interpretación judicial cedieron a la fuerza del patrón dominante⁸⁶. Cualquiera de los jueces que hubiere fallado a favor del uso de la píldora, sin lugar a dudas hubiese sido tildado de abortista y sobre él hubiera operado, seguramente, una especie de excomunión social.

No obstante, los efectos nocivos para la servidoras o servidor judicial pudieran transformarse en conquistas sociales a largo plazo, donde la legitimidad de la actividad judicial puede verse fortalecida. Un ejemplo de esto, puede ser el famoso caso fallo *Brown vs. Junta de Educación* (1954) que terminó con la doctrina antes mencionada en aplicación de la protección legal de la Cuarta Enmienda que cambió la doctrina de la justicia norteamericana de “iguales pero separados” que surgió de la sentencia *Plessy vs. Ferguson* (1896) y que establecía asientos especiales para blancos y para negros en el ferrocarril⁸⁷.

Esta sentencia, que fue ampliamente criticada, no hubiera sido posible sin un mínimo de independencia judicial interna. En la actualidad se la ve como un ejemplo de activismo judicial en pro de los derechos humanos: los patrones culturales fueron modificados por esta sentencia y a través de las políticas públicas posteriores.

5.2. La cultura constitucional

La Constitución del 2008 nos trae nuevos contenidos y formas que, en conjunto, podríamos decir impone al Estado y propone a la sociedad el ejercicio de una cultura constitucional. Las servidoras y servidores judiciales son sus garantes por mandato constitucional a través de la sujeción de su actuación al derecho y no sólo a la ley⁸⁸, tal como ya lo analizamos líneas atrás. Esto los obliga, *a priori*, a “conocer las disposiciones y la pertinencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto para sus propias decisiones como para garantizar su independencia”⁸⁹. La cultura constitucional propone

86 Tercera Sala del Tribunal Constitucional, caso 0014-2005-RA, Fernando Rosero-Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” (expediente y sentencia).

87 Oficina de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Semblanza... *op.cit.*, pp. 26-28.

88 Constitución del 2008, Art. 172.

89 Margaret Popkin, “Iniciativas para...”, *op.cit.*, p. 196.

la superación del modelo del “servidor judicial legal” por el del “servidor judicial constitucional”, en el que su libertad política no esté condicionada únicamente a la predictibilidad de las leyes y al derecho formal, sino también a dejarse conmovir por la realidad social a través de un uso sistémico y estratégico del derecho en beneficio de las personas excluidas⁹⁰.

Para esto, se necesita un cambio radical en la cultura de las servidoras y servidores judiciales, principalmente desde el ejercicio de la jurisdicción. En primer lugar, respecto de que no puede existir norma infraconstitucional que no esté en armonía con la Constitución; y, en segundo lugar, que la aplicación de la interpretación constitucional, “interpretación armonizante”, no significa interpretar la Constitución, sino interpretar desde la Constitución⁹¹. Es decir, no importa saber qué dice el texto constitucional, sino, desde los principios constitucionales, qué deben decir las normas inferiores.

Por su parte, la independencia judicial interna es importante para poder emprender el tránsito hacia la nueva cultura constitucional, pues no sólo rompe la estructura formal que permite una actividad judicial discriminatoria, intolerante y autoritaria; sino que, además, promueve la igualdad entre las servidoras y servidores judiciales y la democratización de la Función Judicial.

La independencia judicial permite a la cultura constitucional incluir contenidos concretos en los programas de formación respecto del constitucionalismo, los derechos humanos y la interculturalidad, ampliando el nivel de tolerancia y el acceso a modelos-patrones de comportamiento más justos y fundamentados en valores democráticos compartidos; mientras, permite equilibrar el discurso optimista de los textos constitucionales desarrollados como el nuestro, frente al ejercicio real de los derechos y las esperanzas de cambio social concreto. La actuación judicial debe asumir como suya la narrativa garantista de la Constitución⁹².

Esto les impone el deber de ir más lejos que simplemente aprehender el conocimiento sobre los contenidos y las formas constitucionales y, a través

90 Michel Troper, *op.cit.*, p. 65.

91 Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, T. I-A, Ediar, 2000, p. 372, citado por, Néstor Sagüés, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, LexisNexis S.A., 2005, p. 35.

92 Mauricio García Villegas, *op.cit.*, p. 481.

de éstas los derechos humanos, sino que es una provocación para asumir una actitud de vida, una militancia comprometida frente a las nuevas prácticas judiciales que esto implica: tolerancia, horizontalidad y reconocimiento de la otra, el otro, las otras y los otros. Las garantías jurisdiccionales pueden ser un instrumento formidable de emancipación y legitimación social⁹³, su relación intrínseca con valores democráticos es favorable para que la actividad judicial siga el rumbo hacia las personas excluidas⁹⁴.

Sin embargo, la sola positivación de la independencia judicial interna no asegura la indemnidad de este principio, puesto que la actividad judicial está sometida a prácticas sociales de difícil verificación.

Se han dado a conocer ejemplos que demuestran la gravedad de la situación, muchos relacionados con prácticas aparentemente inocuas como llamadas telefónicas que aparentan ser saludos de cortesía, pero que tienen una intencionalidad de injerir en las decisiones de las autoridades judiciales inferiores. Mencionan tanto las presiones internas desde los superiores o el temor a las acciones administrativas del Consejo de la Judicatura, que se percibe como que ha desnaturalizado su rol y ha dirigido su accionar a controlar la actividad jurisdiccional.

Estos aspectos mencionados conllevan el compromiso de que se establezcan estrategias adicionales a partir de todo lo comentado. Por ejemplo, no debe descuidarse, al momento del diseño institucional de la independencia judicial interna, que toda iniciativa al respecto debe apoyarse en algunos elementos de la cultura, como las expectativas gremiales, las opiniones de los sectores académicos y el influjo de los medios de comunicación con el fin de alcanzar legitimidad. Vale decir, se debe legitimar hacia dentro y hacia fuera.

93 Perfecto Andrés Ibáñez, *op.cit.*, p. 42.

94 Margaret Popkin, "Acceso a la justicia, gobernabilidad democrática y sociedad civil", en Carlos Codovez, *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2007, p. 187.

5.3. La comunicación de la actuación judicial

Para asegurar la legitimidad de la actuación judicial, las servidoras y servidores, además, deben mejorar su comunicación con la sociedad. Aquí el lenguaje cumple un papel fundamental, puesto que la tradición jurídica ha permitido que las servidoras y servidores judiciales estén atados a las formas jurídicas y a un metalenguaje que no es entendido por la sociedad⁹⁵. Aquí una especial referencia al epígrafe de este ensayo tomado de Kafka.

De la mano de lo anterior, el lenguaje judicial tiene que ir a la par con los procesos formativos de las servidoras y servidores judiciales. De esta manera, las sentencias deben estar en un lenguaje comprensible y, en la medida de lo posible, al alcance de las personas y colectividades. Esto implica, también, modificar el patrón de la argumentación simplista y rutinaria, aplicando en la medida de lo posible los estándares internacionales con el fin de fomentar una cultura de debate de las sentencias. Esto permitirá legitimar el activismo responsable de los jueces. Es importante también el acceso al contenido sustancial de las sentencias y no sólo a los extractos, como se acostumbra a través de medios electrónicos, para garantizar la participación y el control social de la actividad judicial.

Otro elemento relacionado con la comunicación y que no he desarrollado debidamente, es lo relativo a la interculturalidad. Para efectos de este ensayo, la considero dentro de lo que hemos denominado como cultura constitucional⁹⁶. No obstante, reconocemos su propia identidad como concepto por fuera de la cultura constitucional.

La interculturalidad atraviesa transversalmente la Constitución del 2008 y propone una nueva forma de Estado, de organización de la institucionalidad estatal, y de formas distintas de relacionamiento entre Estado y sociedad. Desde el punto del derecho y la cultura jurídica concibe una diversidad de sistemas jurídicos en un plano de igualdad sistémica, puestos al diálogo intercultural, democratizador y emancipador⁹⁷.

95 Juan Monroy Gálvez, "La independencia del juez y del abogado", en Diego García-Sayán (ed.), *Poder judicial y democracia*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 52.

96 Constitución del 2008, Arts.. 1, 2, 16.1, 23, 27, 28, 57, 83.10, 95, 156, 217. 249, 275, 340, 343, 347.9, 358, 375.3, 378, 416.10, 423.4,

97 Luis Fernando Ávila Linzán, "La Constitucionalización...", *op.cit.*, p. 244.

Este diálogo entre sistemas de derecho –indígena, mestizo y otros– puede generar aprendizajes mutuos, con el *plus* de que puede ser un viento renovador de las viejas estructuras del derecho mestizo (estatal), abriendo así el camino hacia una nueva cultura jurídica⁹⁸. Esto amerita el establecimiento de nuevos canales de comunicación entre estos sistemas⁹⁹. que, a su vez, presentan el reto de establecer nuevos lenguajes de relacionamiento.

La comunicación de estos lenguajes se verá facilitada a través de la independencia judicial interna. La comunicación de los nuevos lenguajes y de los antiguos en clave social legitima la actividad judicial.

El COFJ incorpora algunos elementos que abren la puerta al tránsito hacia una nueva cultura jurídica, desarrollando la cultura constitucional ideada en Montecristi el 2008.

Considero que aquí es válido lo dicho sobre el perfil de las servidoras y servidores judiciales, y sobre la ampliación de la fuente de legitimación normativa, en la que el elemento cultura es manifiesto. Voy a mencionar otros elementos del COFJ que propician la emergencia de una nueva cultura jurídica:

(1) El principio de acceso a la justicia se construye sobre la necesidad de superar las barreras culturales que, en la realidad cotidiana, violan los derechos de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas¹⁰⁰. Esto guarda estrecha relación con el principio de interculturalidad, que propone la apertura de un espacio de encuentro entre los sistemas de derecho, y la consideración de elementos de la cultura para el desarrollo de la actividad procesal ordinaria¹⁰¹.

La independencia judicial interna aquí cumple una doble función: por una parte, fortalece el acceso a la justicia; y, por el otro, crea nuevos

98 Luis Fernando Ávila Linzán, “Acceso a la Justicia”, *op.cit.*, p. 205; y, Luis Fernando Ávila Linzán, “La Constitucionalización...”, *op.cit.*, pp. 241-244.

99 Carolina Silva Potero, “¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución?”, en Ramiro Ávila (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 125; y, Nicole Pérez, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”, en Ramiro Ávila (ed.), *Constitución del 2008... op.cit.*, p. 220. No hay que perder de vista, incluso, el concepto del *sumak kawsay* incluido como principio de equilibrio y armonía en la convivencia social, y las alternativas al desarrollo.

100 Código Orgánico... *op.cit.*, Art. 22.

101 *Ibid.*, Art. 24.

canales de comunicación que permite el surgimiento de una nueva cultura judicial.

(2) Se incorporan como elementos obligatorios de los programas de formación inicial general y permanente dentro de las carreras judiciales, el género, las diversidades y la interculturalidad¹⁰². Es indispensable incluir a estos programas a personas mujeres, indígenas y de varias formas de diversidad, tanto docentes como postulantes, lo que permitirá abonar la tolerancia y la ampliación de un espacio de encuentro intercultural. Indudablemente, esta medida sensibilizará y dará diversas posturas desde la experiencia a las servidoras y servidores judiciales que serán herramientas esenciales para la actividad judicial. Estos nuevos lenguajes pueden ampliar las posibilidades de legitimar la actuación judicial desde la independencia judicial.

(3) Por último, se desarrolla la justicia intercultural¹⁰³. Se aclara que aquí no se desarrolla la justicia indígena, ni tampoco se establece el espacio de encuentro de los sistemas de justicia que impone el ideal de la interculturalidad a través de una ley de cooperación y coordinación entre la jurisdicción indígena y ordinaria, tal como lo ordena la Constitución vigente¹⁰⁴. Lo que regula esta normativa son tres cuestiones fundamentales desde el sistema jurídico mestizo: i) principios de interpretación intercultural; ii) deber de abstención en caso de casos en conocimiento o decididos por autoridades de la justicia indígena; y, iii) guía para las políticas de formación para la inclusión de perfiles interculturales¹⁰⁵.

Esta normativa amerita un análisis mayor que nos llevaría a otro ensayo, sin embargo, quiero resaltar que ésta puede generar un cambio importante respecto del aprendizaje de nuevos elementos culturales que, en algunos casos coincidirá con la cultura constitucional, en otras la enriquecerá; o, tal vez en otras, emprenderá su propio vuelo superándola. La gran tarea es incorporar en las políticas judiciales un enfoque intercultural y sensibilizar

102 *Ibid.*, Arts. 69 y 246.

103 *Ibid.*, Arts. 243-246.

104 Constitución del 2008, Art. 171.

105 Véase en esta obra, Fernando García, "La Jurisdicción Indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad".

a los jueces sobre la necesidad de mirar más allá de los cánones del derecho que conocemos mediante la educación formal en las facultades de derecho. Otra tarea será incidir en los programas de estas facultades.

VI. Conclusiones

Al final de este trabajo, creo que la conclusión más importante es que no son suficientes los “arreglos institucionales” desde la visión formal de la reforma respecto de la independencia judicial interna. Es indispensable mirar otras posibilidades para asegurar dicha independencia, tales como las normas informales, las prácticas judiciales, las condiciones políticas y los factores de conducta de las servidoras y servidores judiciales¹⁰⁶.

Es iluso, además, pensar que el COFJ sea suficiente para la transformación de la justicia, como una forma de constitucionalizar su acceso sustancial. Este cuerpo legal genera, tal como lo he mantenido a lo largo de este trabajo, más compromisos, desafíos y retos que verdades absolutas. Esta normativa hay que ubicarla en el contexto de la reforma judicial de una manera estratégica, lo cual lleva a la conclusión que es una tarea ineludible la construcción de políticas de justicia que incorporen una nueva cultura jurídica, la integridad democratizadora de la justicia y de la regulación de su politización.

No obstante, la desconfianza continúa sobre la actividad judicial, lo cual lleva a pensar que la legitimidad tiene como frontera las propias limitaciones de las funciones políticas del juez, quien no puede desconocer el amplio espacio de lo político. Por otro lado, las servidoras y servidores deben analizar hasta qué punto deben intervenir. Estas intervenciones, a largo plazo, deben ser evaluadas globalmente en tanto y en cuanto hayan logrado contribuir a la democratización del Estado y la sociedad¹⁰⁷.

Por otra parte, el déficit de representatividad democrática de que se acusa a las servidoras y servidores judiciales se desvanece al diferenciar entre la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio, lo cual permite entender de que si bien no tienen origen democrático electivo, pues el voto no les

106 Terri Peretti, “Una evaluación normativa del conocimiento científico social sobre la independencia judicial”, en Germán Burgos Silva (ed.), *op.cit.*, p. 98.

107 Rodrigo Uprimny, *op.cit.*, 2001, p. 315.

garantiza representatividad; su aceptación social está determinada por los resultados de la gestión concreta en pro de la justicia¹⁰⁸. Sin embargo, ellas y ellos no deben olvidar que se les está dando más poder, aún más si se piensa que no pueden ser sustituidas y sustituidas fácilmente; por lo cual se espera un actividad judicial responsable, con el fin de que sea justificado el sacrificio de reducir el espacio público donde, por naturaleza, la discusión de los temas adquieren mayor legitimidad democrática¹⁰⁹.

Luego, sin llegar a sacralizar la función de las servidoras y servidores judiciales, éstos deben ser, tal como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional español: “cada juez individualmente considerado, y todos en su conjunto, titulares de un poder constitucional difuso, omnipresente e inaprensible”¹¹⁰. Esto es, en resumen, lo que se espera de las servidoras y servidores judiciales en el ejercicio de su independencia judicial interna. Es un pequeño paso, pero importante para legitimarse ante la sociedad.

Frente a esto, la cultura jurídica constitucional y los conceptos emancipadores de la Constitución del 2008 pueden jugar a favor de esta legitimidad en la medida que servidoras y servidores judiciales logren conectarse mediante éstos, con la realidad social.

Aún existe mucho por hacer para apuntalar y asegurar los cambios propuestos por las reformas judiciales en los últimos quince años en América Latina. Una de las cosas urgentes es construir confianza sobre el sistema judicial¹¹¹. Esta realidad exige cambiar las estrategias. Debemos girar la mira sobre las verdaderas necesidades de los beneficiarios de la administración de justicia, de manera especial, las personas excluidas. Debemos ver hasta qué punto estas reformas han mejorado sus condiciones de vida dentro del marco de los planes estatales generales; o, si por el contrario, éstas han jugado en su contra.

Al momento de escribir estas conclusiones respecto de la legitimidad social y las reflexiones acerca de la independencia judicial interna, vienen a

108 Christian Courtis, “Legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, en Rodolfo Vásquez (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Distribuciones Fontamara S.A., 2007, p. 65.

109 Jesús Orozco, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, en Rodolfo Vásquez (comp.), *op.cit.*, p. 99.

110 Alejandro Nieto, *El desgobierno judicial*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 75.

111 Margaret Popkin, “Acceso a la justicia, *op.cit.*, p. 178.

mi mente las palabras de monseñor Leonidas Proaño, hombre que comprendió que sólo es posible el cambio luchando junto a los “pobres de la tierra”. Palabras que no escuché directamente de su boca ni leí en ningún libro, sino que me vino en la adolescencia como una especie de tradición oral. El compañero que nos trasmitió sus palabras había participado en un encuentro en Riobamba y nos contaba cómo “taita Leonidas” concebía la sociedad ecuatoriana:

“El Ecuador es un gallinero, donde las gallinas que están arriba cagan a las que están abajo”.

En efecto, al hablar de la legitimidad es de la realidad judicial de lo que, en el fondo, se trata. No debemos perder de vista su íntima relación con una estructura social de exclusión e inequidad que opera también fuera de los tribunales y juzgados. La reforma judicial, política, o de cualquier índole no es suficiente si no va acompañada de una acción revolucionaria comprometida con el cambio y una lucha constante por la transformación social que rompan las cadenas de la opresión.

VII. Bibliografía

Libros y revistas

- Abreu Borelli, Alirio, “Independencia judicial. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- Aguiló Regla, Jorge, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en Germán Burgos Silva (ed.), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, “Acceso a la justicia y emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Ávila Linzán, Luis Fernando, “La Constitucionalización de la administración de justicia”, en Ramiro Ávila (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Baxi, Upendra, “El Estado de Derecho en la India”, Red Universitaria de Derechos Humanos SUR, No. 6, 2007.
- Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Jorge Malem y otros (comps.), *La Función Judicial. ética y democracia*, Barcelona, Gedisa S.A., 2003.
- Burgos Silva, Germán, “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”, en Germán Burgos Silva (ed.), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003.
- Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1995.
- Correa Sutil, Jorge, “Reformas judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in) efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- Coicaud, Jean-Marc, *Legitimidad y política. Contribución al estudio del derecho y la responsabilidad política*, Rosario, Homo Sapiens Ediciones, 2000, pp. 21-36.
- Courtis, Christian, “Legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, en Rodolfo Vásquez (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Distribuciones Fontamara S.A., 2007.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en José Malem y otros (comps.), *La función judicial. ética y democracia*, Barcelona, Gedisa S.A., 2003.
- Fernández, Alberto, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Semblanza del sistema jurídico de EE.UU.*, 2004.
- Fernández de Córdova, Pedro, *Estudios de Derecho Comparado*, Quito, PUDELECO, Editores S.A., 1997.

- Fiss, Owen, “El grado adecuado de independencia”, en Germán Burgos (ed.), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003.
- García, Elizabeth, *Informe final sobre el diagnóstico de aplicación de la ley orgánica de la función judicial*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- García Villegas, Mauricio, “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia jurídica de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”, en Boventura De Sousa Santos, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, T. I, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001.
- Graniola, Carlos, *El poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Buenos Aires, EDISAR, Editorial Distribuidora Argentina SRL, 1976.
- Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Santillana Ediciones, 1999.
- Ibáñez, Perfecto Andrés, “Legalidad, jurisdicción y democracia”, en *Poder judicial y democracia. Jueces demócratas o democracia de los jueces*, Bogotá, Fundación para la Investigación y la Cultura FICA, 2005.
- Mendoza Cánepa, Raúl, *Independencia judicial: el juez, ¿un modelo para armar?*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2005.
- Monroy Gálvez, Juan, “La independencia del juez y del abogado”, en Diego García-Sayán (ed.), *Poder judicial y democracia*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991.
- Nagle, Luz Estella, “La cenicienta del gobierno: reforma a la justicia en América Latina”, en Germán Burgos Silva (ed.), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003, p. 243.
- Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Orozco, Jesús, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, en Rodolfo Vásquez (comp.), *Cortes, jueces y política*, México, Distribuciones Fontanamara S.A., 2007.
- Pérez, Nicole, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”, en Ramiro Ávila (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Popkin, Margaret, “Acceso a la justicia, gobernabilidad democrática y sociedad civil”, en Carlos Cordovez, *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2007.
- Popkin, Margaret, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, en Germán Burgos Silva (ed.), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003.
- Projusticia, *Evaluación social del proyecto de acceso a la justicia y equidad*, 2008.
- Sagüés, Néstor, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, LexisNexis S.A., 2005.
- Sánchez Baquerizo, Luis, *Independencia judicial en el Ecuador*, www.goberna.org.
- Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”, en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas (comps.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- Santos, Boaventura De Sousa, “Derecho y democracia. La reforma global de la justicia”, en Boaventura De Sousa Santos y García Villegas (comps.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- Schuck, Peter, “El poder judicial en una democracia”, en *Poder judicial y democracia. Jueces demócratas o democracia de los jueces*, Bogotá, Fundación para la Investigación y la Cultura FICA, 2005.
- Simon, Fariht, “Investigación sobre acceso a la justicia en la República del Ecuador”, en José Thompson (coord.), *Acceso a la justicia y equidad*, Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo BID e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- Silva Potero, Carolina, “¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución?”, en Ramiro Ávila (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Terri Peretti, “Una evaluación normativa del conocimiento científico social sobre la independencia judicial”, en Germán Burgos Silva (ed.),

- Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003.
- Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia”, en *Poder judicial y democracia. Jueces demócratas o democracia de los jueces*, Bogotá, Fundación para la Investigación y la Cultura FICA, 2005.
- Viquez Cerdas, Cristina, “Independencia judicial y su relación con la responsabilidad disciplinaria y civil del juez”, en *Justicia, libertad y derechos humanos*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH, 2003
- Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”, en Boventura De Sousa Santos, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, T. I, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2001.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Dimensión política de un poder judicial democrático*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, 1992.
- Zeitune, José, *Los estándares internacionales sobre administración de justicia*, Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional (LASISL-SLADI), Perspectivas No.3, 2008, <http://www.lasil-sladi.org/perspectivas3.pdf>.

Normativa nacional

- Código Orgánico de la Función Judicial, RO-S 544: 9-mar-2009.
- Constitución del Ecuador del 2008, RO 449: 20-oct-2008.
- Consejo Nacional de la Judicatura, Rs. *sln Competencias de la comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura para conocer irregularidades, quejas y denuncias e imponer sanciones*, RO 611: 4-jul-2002.

Jurisprudencia nacional

- Tercera Sala del Tribunal Constitucional, caso 0014-2005-RA, *Fernando Rosero-Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Inquieta Pérez”*.

Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina

Luis Pásara

Sumario:

I. Introducción. II. Las reformas y sus contenidos. III. Dónde está Ecuador. IV. Desafíos pendientes. 4.1. A quién seleccionar y cómo. 4.2. Contenidos de la formación inicial. 4.3. ¿Qué se evalúa, cómo se evalúa y quién evalúa? V. Conclusión. VI. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El resultado del trabajo del sistema de justicia –que integran jueces, fiscales, abogados, policías y cárceles– constituye un aspecto clave del proceso democrático. La razón de ello estriba en que es a través de las decisiones de la justicia –sea que se refieran a conflictos entre particulares, sea que resuelvan pleitos en los cuales el Estado es parte– que derechos y obligaciones formalmente prescritos en la ley son efectiva y concretamente reconocidos y sancionados. En definitiva, desde el punto de vista del ciudadano, sólo cuando una ley recibe aplicación en un caso concreto puede decirse que realmente está vigente. Y es el terreno de la justicia el ámbito privilegiado para que la ley alcance efectividad.

Sin embargo, en América Latina, los sistemas de justicia han desempeñado, en términos generales, un papel poco relevante para el funcionamiento

democrático. La tradición regional difícilmente puede reclamarse heredera efectiva del concepto de “pesos y contrapesos” (checks and balances), que en los regímenes democráticos de los países desarrollados es esencial en la relación funcional entre legislativo, ejecutivo y judicial. En la mayor parte de la región, el aparato de la justicia ha adoptado un perfil institucional más bien discreto desde el punto de vista político, no obstante los esporádicos escándalos que ha generado. Incapaz de ejercer control legal efectivo sobre fuerzas políticas y económicas, el juez ha ocupado claramente un lugar bastante más reducido y menos importante que aquél que le aparece adjudicado en los textos constitucionales. De allí que, en términos generales, las instituciones del sistema de justicia hasta hace poco recibieran poca atención¹.

Sin embargo, a lo largo de los últimos veinte años, el escenario tradicional de la justicia ha cambiado bajo el impacto de diversas demandas. De una parte, la exigencia de que las violaciones de derechos humanos sean juzgadas y sancionadas; de otra, el requerimiento de que los jueces desempeñen un papel protagónico en la construcción de una economía de mercado. En adición, en varios países se espera que el aparato de la justicia condene el creciente y extendido fenómeno de la corrupción.

El tema está presente en el discurso de actores sociales muy diferentes. La suma de tales planteamientos consiste en que la democracia, el mercado y la paz requieren de una justicia en serio. Los analistas políticos sostienen que no hay democracia de veras si no hay una autoridad judicial que, con independencia, controle y sancione los excesos en que incurran quienes están a cargo de los otros órganos del Estado. Los consultores económicos advierten que no hay mercado genuino si no hay una autoridad capaz de aplicar, de manera razonada, todo el peso de la ley sobre aquél que incumpla

1 El tema judicial, como objeto de reflexión de la sociología institucional, ha ocupado el interés de muy pocos investigadores en la región; las cuestiones vinculadas a la judicatura no han constituido materia de análisis y estudio dentro de los planes de formación en derecho; y la reforma judicial no ha convocado la preocupación académica sino bastante recientemente. Más grave aún, puede decirse que acerca de este tema, como en otros que conciernen al funcionamiento del derecho en nuestros países, la carencia de investigación empíricamente sustentada es sumamente aguda. En el conjunto de asignaturas pendientes habría que incluir, entre otros asuntos: el examen de los contenidos de la enseñanza del derecho, el análisis sistemático de flujos y sentencias judiciales, la demanda real y potencial de resolución de conflictos y las interrelaciones entre las instituciones de la legalidad y las condiciones de la ilegalidad en nuestras sociedades.

un contrato libremente pactado. Las organizaciones internacionales anticipan que no habrá paz si el sistema de justicia no es capaz de procesar eficazmente y solucionar aceptablemente el torrente de conflictos sociales irresueltos que estas sociedades padecen.

La mayoría de los países latinoamericanos han conocido ya algún intento de reforma de la justicia, como respuesta a las crecientes demandas, planteadas desde diversas perspectivas y con agendas diferentes. No obstante éstas, las principales coincidencias entre los esfuerzos de reforma corresponden a la exigencia a la justicia latinoamericana para que resuelva de manera razonable los conflictos entre particulares y ejerza respecto de los abusos de poder el control constitucional y legalmente prescrito.

Si bien es verdad que bajo la etiqueta “reforma de la justicia” pueden colocarse agendas no sólo distintas sino contradictorias, se debería concordar en que la reforma no se busca en beneficio de los jueces ni de los abogados. Podríamos añadir –en vista de lo mucho predicado al respecto– que transformar el sistema de justicia no tiene como beneficiarios a los inversionistas ni, como objeto principal, la prosperidad de los negocios. Una nueva justicia tiene como destinatarios a los ciudadanos –sean ricos empresarios o pobres moradores–, que no son verdaderamente tales sino en tanto sus derechos y obligaciones sean reconocidos por un tercero imparcial, facultado socialmente a ello en virtud de un encargo efectuado en razón del interés público. De ahí que la justicia sea un servicio y el objetivo de la reforma tenga que ser el de mejorar el producto que ofrece. Todo lo demás es instrumental con relación a ese objetivo.

La profundidad de la reforma necesaria se halla en razón directa de la distancia existente entre ese objetivo y la situación de un país dado. Existe en casi todos nuestros países una incomunicación entre la conflictividad social, que requiere de un servicio público que la atienda, y el mundo del derecho, que mantiene sus propios referentes dentro de un universo cerrado. Este mundo, del cual son protagonistas jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes, no opera en torno a la prestación de un servicio público sino, más bien, constituye una manera específica de uso del poder en vía de autoridad.

El desencuentro entre las necesidades sociales de justicia y el aparato destinado a administrarla acaso sea la mayor fuente de insatisfacción ciu-

dadana en este tema². Si la reforma del sistema adopta un carril operativo, que ignora u olvida ese desencuentro raigal, sus resultados serán de corto alcance y de nula legitimidad. Esto es, precisamente, lo que ocurre con una porción significativa de las acciones de reforma del sistema de justicia en América Latina. De allí la importancia de tener, como objetivo central de cualquier reforma, el acercamiento entre realidad social y funcionamiento de la justicia³.

El presente texto pasa revista a los principales contenidos de las reformas efectuadas en la región, intenta ubicar en ese proceso los cambios normativos en curso en Ecuador, a partir de la Constitución del 2008, y plantea los principales desafíos pendientes en torno al tema crucial de la carrera judicial.

II. Las reformas y sus contenidos

El tema de la reforma del sistema de justicia –en ocasiones restrictivamente denominado reforma judicial, como si sólo de los jueces se tratara– apareció en la región en la década de los años sesenta, de la mano de proyectos revolucionarios en Cuba, primero, y en Perú, después. Pero su generalización, a partir de los años ochenta, fue inicialmente impulsada por Estados Unidos, que propuso situar el asunto en la agenda pública luego del cambio en la política exterior de Washington que, con el gobierno del presidente Jimmy Carter, a fines de los años setenta, restó énfasis a los apoyos a ejércitos y policías para abrir el terreno de la cooperación con las instituciones del sistema de justicia. Jueces, fiscales y defensores públicos eran quienes debían lidiar, en condiciones democráticas, con demandas y conflictos, en vez de que a éstos se siguiera dando una respuesta meramente represiva. El Salvador fue el primer país latinoamericano donde se cambió la orientación de la ayuda estadounidense.

Algunos años después de que US-AID empezara a buscar vías para colocar el tema bajo la atención gubernamental, llegó la banca multilateral. Para

2 En ningún país latinoamericano la satisfacción con la justicia existente es compartida por la mitad o más de la población. En algunos países, por el contrario, los niveles de aprobación de la justicia son inferiores a la cuarta parte de los entrevistados por diversos sondeos de opinión.

3 Véase en esta obra, Santiago Andrade Ubidia, “Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008”.

el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, inicialmente, no era tanto la gobernabilidad democrática el motivo de su interés por la reforma de la justicia; la necesidad de un funcionamiento aceptable del espacio institucional para dirimir conflictos provenía del establecimiento de mecanismos de mercado adecuadamente respaldados por el funcionamiento del Estado. Si los contratos —o, mejor dicho, su incumplimiento— no encontraban un lugar creíble para su resolución coactiva, el implantamiento del mercado no contaría con un ambiente institucional adecuado.

Ciertamente, las carencias de los sistemas de la justicia en la región eran conocidos desde muchos años antes —en muchos casos, podría decirse que las debilidades del aparato acompañaron al país durante toda la etapa republicana—, pero los proyectos de democracia y mercado lograron instalar el tema como una necesidad lo suficientemente importante como para merecer atención de la cooperación internacional y, en consecuencia, de los gobiernos nacionales. Como consecuencia, en toda América Latina se ha intentado enfrentar el tema de muy diversas maneras, que han conocido fuertes resistencias, severos entrampamientos y tercos reinicios. Curiosamente, en medio de procesos de reducción y debilitamiento del Estado, se ha logrado mantener la atención sobre la reforma del sistema de justicia, aunque los resultados sean desiguales y, en cierta medida, insatisfactorios.

Se han producido dos grandes oleadas de reforma (Fuentes, 1999). Los primeros intentos, correspondientes a los años ochenta, trajeron esfuerzos tentativos y desordenados de implantar cambios que, casi siempre, renunciaron al requisito de contar con diagnósticos previos y se dirigieron espasmódicamente a uno u otro objetivo, en general carentes de una estrategia⁴. La cooperación internacional dio atención prioritaria a aspectos de infraestructura que, como la introducción de computadoras o la construcción de locales, eran vistos como cuestiones clave en la modernización de las vetustas organizaciones de la justicia. Otro rubro al que se dedicó cuantiosos recursos fue la capacitación. En esta dirección, la cooperación internacional —en abierta competencia unas agencias con otras— ofreció anualmente decenas de cursos en diversos países.

4 El problema de la carencia de estrategia fue oportunamente advertido en el trabajo de Blair y Hansen (1994). Sin embargo, la ausencia de planteamientos estratégicos se mantuvo aún durante algunos años en diversas agencias de cooperación internacional.

Las propias agencias de cooperación han preferido evitar evaluaciones serias y sistemáticas de su trabajo⁵. No se dispone, entonces, de un balance preciso y completo sobre el derroche de recursos en materia de capacitación dirigida a jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes cuyas severas carencias y limitaciones intentaban ser remediadas mediante actividades de transmisión de información. Ausentes tanto una exigencia rigurosa que incluyese evaluación de lo aprendido, como una metodología adecuada para formar a operadores de la justicia, estas actividades distrajeran al personal del sistema de sus responsabilidades laborales, estimulando una competencia insana por acumular antecedentes para el currículo personal. Los destinatarios de la capacitación, reclutados mediante mecanismos generalmente inadecuados, revelaron una alta impermeabilidad respecto de los propósitos de reforma que, según se suponía, estaban en la base de tales esfuerzos.

Durante esta primera etapa, la falta de diagnósticos —o su reemplazo por encuestas en las que se pedía a los integrantes del sistema que autodiagnosticaran sus males— permitió que no se percibiera, precisamente, uno de los problemas básicos del sistema de justicia en la región: la falta de correspondencia entre las calidades necesarias en jueces y fiscales, y los sistemas de nombramientos utilizados. En muchos países de la región prevalecían nombramientos que según la ley debían ser renovados periódicamente y, de hecho, eran renovados según criterios políticos luego de cada elección presidencial y legislativa. Adicionalmente, en muchos casos se mantuvo el recurso a las ratificaciones periódicas que, a menudo aplicadas sin el debido proceso, se convirtieron en purgas instrumentadas arbitrariamente.

Como resultante del funcionamiento de tal sistema, la falta de independencia se convirtió en usual; jueces y fiscales debían el favor del nombramiento a algún poderoso, a cuya disposición quedaban en el ejercicio del cargo, salvo excepciones. Una segunda consecuencia —menos obvia que la primera pero igualmente grave— fue la pérdida de prestigio de la función y, por consiguiente, la mediocridad severa de quienes, bajo tales condiciones, aceptaban desempeñarse en el sistema de justicia. En términos del estado de

5 No obstante, algunas importantes excepciones deben ser destacadas. En la década de los años noventa, expertos de USAID produjeron un conciso y agudo informe sobre la inversión hecha por esa agencia en Honduras (Hansen et al., 1993). El BID publicó una evaluación de su trabajo en materia de justicia en América Latina, que resulta de interés (Biebesheimer y Payne, 2001).

derecho republicano, la suma de falta de independencia y mediocridad profesional anuló una de las funciones más importantes que son propias de la justicia: actuar como contralor legal del ejercicio del poder.

La segunda oleada de reformas, en los años noventa, se benefició de la constatación de los errores cometidos en la primera. Este segundo enfoque prefirió acudir a la formulación de diagnósticos y estrategias, en las cuales se intentó cubrir diferentes áreas de la reforma a ejecutar. Sin embargo, en la fase de ejecución no siempre se ha alcanzado la integralidad correspondiente a diagnósticos y diseños. En los hechos, debido a diferentes “velocidades” de los actores institucionales participantes y a la distribución de responsabilidades entre las entidades de la cooperación internacional, se han producido desniveles muy grandes en los avances logrados, que corresponden tanto a temas como a instituciones.

La cuestión de los actores es un aspecto en el que la debilidad de los protagonistas nacionales en el proceso de cambio resulta contrastable con la iniciativa y fortaleza de los actores internacionales. Con cierta frecuencia, la iniciativa de las reformas ha sido manifiestamente asumida por actores internacionales, desde el supuesto de que el proceso de ejecución de las mismas habría de generar el surgimiento de líderes y organizaciones nacionales que se hicieran cargo del recambio. Los resultados de este proceso son diversos⁶: en un extremo, proyectos enteros han fracasado bajo el peso de su falta de raíces locales; en el otro, procesos que empezaron con una marcada debilidad pudieron nuclear en torno suyo a actores gubernamentales y no gubernamentales para producir algunos resultados de importancia. Pero en cada caso nacional, el peso relativo de actores nacionales e internacionales ha alcanzado diferentes balances que, por lo demás, fueron variando a través del tiempo.

Acceso a la justicia, independencia judicial y eficacia de las instituciones son los tres ejes en torno a los cuales se ha desarrollado los mejores esfuerzos. Aunque no en todos los países se ha echado mano a la formulación y ejecución de planes maestros, alentada principalmente por la asistencia técnica proporcionada por la cooperación internacional, en muchos casos

6 Para los casos de El Salvador, Guatemala y Honduras resulta de importancia la evaluación efectuada por el US General Accounting Office (1999), a propósito de la asistencia prestada a esos países por Estados Unidos en esta materia.

aparecen en la reforma del sistema de justicia cinco grandes temas incluidos, en diversos grados y formas:

Acceso universal e igualitario. Se persigue, mediante un conjunto de nuevos mecanismos institucionalizados, garantizar que todo ciudadano pueda comparecer en condiciones de igualdad ante el sistema de justicia. Este tema incluye, principalmente: cobertura territorial completa, en aquellos países donde no existía; establecimiento de defensorías públicas dotadas de personal y recursos en cierta magnitud; y servicio de traductores para atender a la población de lengua no castellana.

El ambicioso objetivo ha encontrado facilidades y límites propios de cada país; en ciertos casos, las barreras existentes resultan sumamente difíciles de superar. Entre ellos destacan aquellos países donde a los obstáculos de índole territorial se suman la pobreza de un sector muy grande de población, que le impide contratar los servicios profesionales de un abogado, y la presencia de más de una lengua de uso masivo.

Reclutamiento y promoción con base en los méritos. Se busca proveer de personal al sistema que sea seleccionado a partir de concursos abiertos y mecanismos de evaluación transparentes, de modo de producir una mejora cualitativa de importancia en la aptitud profesional de jueces, fiscales, defensores públicos y funcionarios⁷. Dada la tradición existente, quizá éste sea el rubro en el cual se ha producido cambios de mayor envergadura y alcance. En muchos de los países de la región la carrera judicial ha sido establecida y los mecanismos objetivos de selección funcionan, aunque con grados de transparencia variable. Tratándose de los fiscales, los logros son menores, dado que el funcionamiento de los Ministerios Públicos se mantiene más ligado al control político. Pese a todo, y al incremento de remuneraciones que ha acompañado estas reformas, el nivel profesional de una proporción

7 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

apreciable de jueces y fiscales sigue siendo insatisfactorio; en parte, este resultado se debe a que quienes ejercían cargos en razón del sistema de reclutamiento previo no han sido removidos sino cuando se ha comprobado la comisión de una falta grave en el desempeño de la función⁸.

Organización y gestión administrativa y de despachos. Diversas fórmulas de reingeniería institucional han buscado, especialmente en el caso judicial, la separación de funciones entre las responsabilidades administrativas y las jurisdiccionales. En muchos casos se ha redefinido la organización de tribunales y fiscalías, creando en cada institución servicios compartidos y centros de apoyo y gestión comunes que han dejado atrás las estructuras feudalizadas a cargo de juez o fiscal. En algunos países se ha logrado también una mejora cualitativa en el personal a cargo de la administración, que ha conducido a mayores niveles de eficiencia.

Asignación de recursos y autonomía presupuestal. Se ha pretendido no sólo el incremento del financiamiento disponible al sistema de justicia sino un manejo propio de los recursos asignados. Aunque no en todos los casos, se ha formalizado en la constitución o la ley un porcentaje del presupuesto nacional dedicado a las instituciones del sistema de justicia, de hecho los fondos dedicados a él se han multiplicado en todos los casos. Esto ha permitido sustanciales mejoras de remuneraciones que, en varios casos, hacen competitivo el cargo de juez o el de fiscal en el mercado profesional⁹. A los fondos estatales hay que sumar los obtenidos de la cooperación internacional, como

-
- 8 Aunque el sistema de purgas, tantas veces utilizado por razones políticas, no deba ser reeditado, en la mayoría de los países de la región permanece como un problema serio mantener como sector de peso en el sistema de justicia a quienes fueron reclutados bajo criterios tradicionales y “educados” en las prácticas conservadoras de las respectivas instituciones, que precisamente varias reformas buscan desterrar.
 - 9 Pese a las mejoras producidas, cierto reivindicacionismo compara el nivel salarial de jueces y fiscales con los ingresos de los mejores profesionales en el mercado. Esta comparación –que resultaría igualmente desventajosa en cualquier país del mundo– carece de sentido, puesto que para optar por la función jurisdiccional es preciso tener una vocación de servicio público que no es requisito para el ejercicio profesional como abogado.

donaciones y como préstamos, destinados principalmente a obras de infraestructura en el caso del Banco Interamericano de Desarrollo y a diversos proyectos institucionales en el caso del Banco Mundial.

Introducción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC). Aspecto éste insistentemente auspiciado por agentes de la cooperación internacional, se propone establecer alternativas a la prestación de justicia por el Estado. Valiéndose de mediación, conciliación y arbitraje, principalmente, el espectro que se busca cubrir mediante esta oferta de justicia no estatal abarca desde los conflictos económicos importantes entre grandes empresas hasta los litigios entre vecinos o de carácter familiar, en el nivel comunal¹⁰. En la fundamentación y el diseño de las diversas propuestas se superponen dos lógicas distintas: una atiende, principalmente, a la necesidad de descargar de conflictos menores al aparato estatal de justicia y otra sostiene que los ámbitos no estatales son más idóneos para resolver determinados conflictos. En todos los países se ha producido una ampliación en el uso de estos mecanismos, en algunos casos bajo el impulso legal o el patrocinio estatal, aunque no se cuenta con información suficiente para evaluar sus resultados en términos de calidad del producto ofrecido¹¹ y satisfacción del usuario.

Un error cometido, sobre todo en los inicios del proceso, consistió en centrar el cambio en reformas legales. Como derivación de diagnósticos superficiales —sobre todo, en la primera ola de reformas—, se planteó a menudo que los problemas de la justicia en la región tenían origen y explicación en la normatividad legal existente. En algún caso se aconsejó incluso una revisión completa de la legislación nacional; pero lo más frecuente fue emprender proyectos destinados a reformar profundamente códigos procesales y sustantivos, desde el entendido de que era la norma legal el impedimento clave para lograr una mejor justicia. La expresión paradig-

10 Véase en esta obra, Juan Carlos Andrade, “Justicia de Paz”.

11 Aunque la información es fragmentaria, en Colombia y Guatemala se ha dado a conocer públicamente preocupantes casos de violaciones de derechos humanos, impuestas por instancias comunales de resolución de conflictos.

mática de esta tendencia se halla en la reforma procesal penal que, bajo patrocinio de USAID, ha sido entronizada en dos terceras partes de los países de la región. La sustitución del sistema inquisitivo por el sistema acusatorio fue anunciada como el advenimiento de una justicia distinta y, desde varios puntos de vista, en efecto lo es. Sin embargo, algunas de las evaluaciones disponibles (Riego 2005, 2007; Pásara, en prensa) sugieren que determinados problemas se mantienen luego del cambio de sistema.

La preferencia por adoptar cambios legales como la fórmula principal de transformar la justicia se asienta en una cultura jurídica que, como la latina, centra el contenido y la realidad del derecho en la ley. La enseñanza del derecho en América Latina –que, pese a varios intentos de reforma, se mantiene en buena medida imantada por el estudio de la ley– es el lugar donde se reproduce esta cultura jurídica que desatiende la consideración de las realidades que dan vida a un texto legal, cargándolo de significados en una aplicación que a menudo permanece inalterada aún cuando la norma sea modificada.

Un corolario derivado de este mismo error consiste en el trasplante de instituciones. Se parte de una visión de las normas según la cual resulta posible utilizarlas en diferentes contextos nacionales sin que tengan por qué producirse resultados distintos. Dado que es la ley la que “produce” la realidad, en esta visión parece factible que una institución como el ombudsman o el tribunal constitucional, den como fruto, en la práctica, resultados equivalentes a aquéllos alcanzados en el país de origen. En materia de reforma de la justicia, el “trasplante” ha sido facilitado tanto por la cooperación internacional como por las nuevas relaciones sur-sur. Si bien algunos países han aprendido críticamente de la experiencia de otros, en ciertos casos se ha seguido produciendo un traslado acrítico de fórmulas respecto del cual se ha producido luego el previsible rechazo en la realidad.

El cuadro general del cambio del sistema de justicia en la región es difícil de resumir, tanto por su heterogeneidad como por su relatividad. De una parte, algunos cambios significativos diferencian a las instituciones del sistema de los rasgos que tradicionalmente las caracterizaron. De otra, los resultados alcanzados han sido lentos, caros, parciales e insuficientes.

En el lado positivo del balance provisional que puede hacerse debe incluirse, en la mayoría de los países de la región, los siguientes aspectos:

- el concepto de reforma del sistema de justicia ha sido aceptado y es política pública;
- se ha extendido una concepción del cambio que va más allá de las normas legales;
- la crónica falta de recursos para atender el problema ha quedado atrás;
- se selecciona jueces en concursos públicos y se vigila socialmente el nombramiento de jueces de las altas cortes; y
- la independencia judicial se ha empezado a abrir paso¹².

Del lado negativo, la lentitud y los altos costos de los cambios producidos apuntan a una cierta desproporción entre recursos invertidos y logros alcanzados. Los proyectos de reforma han consumido enormes sumas de dinero y los resultados son limitados, en los mejores casos. Esa insuficiencia explica que, en el escenario de elecciones periódicas y regulares que –desde la década de 1990– ofrece la región, en la mayor parte de ella convivan gobiernos legalmente elegidos con violaciones llamativas de los derechos humanos.

Cada proyecto de reforma tiene una base nacional débil y, a la vez, es portador de contenidos, protagonistas e intereses diversos que, en la medida en que el proyecto se desarrolla, comprometen su ejecución. Por lo mismo, el papel de los agentes externos ha sido, en muchos casos, decisivo al promover –y, en ocasiones, imponer–, además de financiar, los cambios. Los resultados de las reformas son desiguales pero en ningún país de la región ha ocurrido una transformación institucional de la justicia de gran envergadura.

Los sondeos de opinión pública indican que la percepción social de la justicia no ha cambiado de manera significativa al cabo de estos años de reforma; allí donde la percepción era relativamente positiva, se mantiene o ha desmejorado ligeramente; allí donde era negativa –como en la mayoría

12 Esto último ocurre, principalmente, a través del surgimiento de aquello que podría llamarse “jueces disidentes”; esto es, personajes que –más en los órganos judiciales que en los Ministerios Públicos– han redefinido su función, dotándola de independencia respecto de las necesidades del poder y definiéndola como un servicio público. Este sector no constituye la mayoría de la judicatura pero cuenta con interlocutores en las organizaciones sociales que siguen el tema de la justicia, y ha alcanzado reconocimiento en los medios de comunicación. Si este núcleo existente en casi todos los países podrá ser capaz de constituirse en la masa crítica del proceso de reforma, hasta su culminación, es algo que sólo se demostrará en los hechos mismos.

de países— sigue siéndolo sin que cambios de envergadura, como los realizados en la justicia de varios de ellos, hayan podido alterarla. En la mayor parte de la región, los resultados de esas exploraciones trazan el rostro de una justicia que sigue siendo cara, lenta y corrupta, además de mantenerse identificada con los poderes de este mundo. Sea porque el producto que ofrece el sistema de justicia —esto es, la calidad de juicios y sentencias— no ha cambiado dramáticamente, sea porque las expectativas sociales se han impacientado —quizá en consonancia con el crecimiento de los índices delictivos en toda la región—, no parece haber conciencia de la existencia de un proceso de reforma institucional que, en un plazo razonable, debe dar como resultado una justicia distinta.

Sin embargo, sigue siendo cierto que de la capacidad para avanzar en dirección a una transformación de la justicia depende, en América Latina, no sólo la calidad del servicio que los ciudadanos reciban al someter a los jueces un conflicto por resolver. El riesgo mayor proviene de los efectos que, para el régimen político democrático, tendría el reconocimiento ciudadano de que no es factible transformar profundamente el sistema de justicia. Relegar al aparato de justicia a constituir la instancia donde se fija pensiones alimenticias, se ordena embargos contra pequeños deudores y se condena a delinquentes menores —en medio de trámites lentos, costosos y a menudo incomprensibles para el ciudadano— equivaldría a renunciar a la posibilidad de contar con uno de los ejes de funcionamiento de la democracia.

Luego de los años de esfuerzos realizados para reformar la justicia, aceptar ese desenlace sería también renunciar a contar con un Estado de todos y para todos, que en consecuencia administre justicia en nombre de todos sobre aquellos casos que justifican la presencia del interés público en su resolución. Tal renuncia acaso implique resignarse a que estas sociedades no pueden ser organizadas de modo tal que resulte factible convivir en ellas bajo el imperio de leyes y autoridades que puedan ser reconocidas como propias.

III. Dónde está Ecuador

En relación con la justicia, Ecuador tiene una trayectoria cuyos rasgos no pretenden ser abordados en los límites de este trabajo. En el campo de los

diagnósticos, uno de los más conocidos internacionalmente fue publicado en la década de los años noventa (Chinchilla y Schodt, 1993). En términos de reformas, desde el 2000, Ecuador forma parte del grupo de países –que en 2008 eran 16– que han adoptado el procedimiento penal acusatorio; el conocimiento de los resultados producidos por este cambio es insuficiente¹³, aunque alguno de los trabajos disponibles sostiene que “El Poder Judicial de Ecuador, con motivo de la reforma al proceso penal, no experimentó ninguna modificación sustancial en cuanto a su estructura jurisdiccional y administrativa, infraestructura y personal” (“Informe sobre Ecuador”, 2005: 105).

Pero, en la situación que se encontró el país al ser gestada la Constitución del 2008, lo más resaltante de la justicia ecuatoriana probablemente fueran los sucesivos conflictos ocurridos en torno al control de la Corte Suprema. Como se recuerda, con frecuencia, en trece años, el país ha tenido tres cortes supremas como resultado de las pugnas político partidarias para controlar al poder judicial. En ese marco, ciertamente, no puede decirse que Ecuador sea un caso que destaque por la independencia de sus jueces.

Pese a no servirse de términos como “reforma de la justicia”, la Constitución del 2008 ha instituido ciertos criterios, bastante altos e innovadores, para el desempeño jurisdiccional. Uno de los más importantes surge del art. 11, 3 cuando establece que “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”. Ese mismo artículo (numeral 8) encarga a la jurisprudencia desarrollar “el contenido de los derechos [...] de manera progresiva”. Estas disposiciones demandan del juez una formación profesional, una cultura jurídica y una actitud en la función distintas a las que han prevalecido en la mayor parte de América Latina. Dicho en otras palabras, es preciso que se produzca una transformación en el sujeto juez encargado de hacer efectivo el mandato constitucional. Se requiere un juez que, como ordena el texto constitucional, vea en el proceso no un fin en sí mismo sino “un medio para la realización de la justicia” (art. 169).

13 El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), que ha efectuado el seguimiento de la reforma procesal penal en varios países, tiene varios trabajos parciales sobre el caso ecuatoriano: Riego, 2007; Zalamea, 2005a y 2005b, además del que se cita en este texto.

Aparte del detallado catálogo de derechos y garantías que trae el texto constitucional, en cuanto al diseño de la función jurisdiccional, se ha optado por situar a la cabeza del sistema a dos órganos: la Corte Constitucional, como “máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia” (art. 429), cuyas decisiones tienen fuerza obligatoria sobre los demás tribunales, y el Consejo de la Judicatura, como “órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina” del sistema (art. 178). Éste último es el encargado de nombrar a los jueces, mediante concursos públicos.

Las cúpulas del sistema surgen de procedimientos distintos. La Corte Constitucional es designada “por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana” (art. 434). El Consejo de la Judicatura es designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (art. 208, 12), una instancia cuyos siete miembros provienen de un concurso público realizado por el Consejo Nacional Electoral “entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía” (art. 207). Así, la Corte Constitucional procede de un mecanismo más bien político, mientras el Consejo de la Judicatura es seleccionado a través de un procedimiento manejado por una entidad de perfil algo impreciso, que sólo en los hechos alcanzará nitidez y significado.

A partir de esa arquitectura constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial define y elabora algunos asuntos de importancia, a los efectos de colocar o no al país en una ruta transformadora del servicio de justicia. Uno de esos asuntos, que tiene un papel central, es lo relativo a la independencia judicial, a la cual la ley se refiere de manera precisa, no sólo para comprender en ella explícitamente la independencia frente a otros órganos jurisdiccionales —que ha pasado a ser en América Latina el costado desde el cual recaen más presiones sobre el juzgador— sino para establecer responsabilidades por la violación a ella. Por esta vía, la ley diferencia bien entre la independencia del órgano y la del juzgador, que es la que en definitiva interesa, siendo la primera un medio para alcanzar la segunda, puesto

que es ésta la que hace posible la imparcialidad de quien decide en el caso concreto¹⁴.

Otro asunto de trascendencia es la selección y formación unificada de jueces, fiscales y defensores públicos. La selección a través del mismo proceso debe conducir a alcanzar estándares de calidad profesional similares en los distintos actores públicos del enjuiciamiento, objetivo importante del cual se está bastante lejos. La formación unificada en la misma institución y probablemente con un tronco común de estudios debe cumplir un rol extremadamente importante para la transformación de la justicia, cuando es preciso alterar —a través de procesos formativos— la cultura jurídica tradicional, componente clave de las falencias del sistema de justicia heredado.

La ley establece el eslabonamiento de concursos públicos, para seleccionar no jueces o fiscales sino candidatos, con la formación de éstos a la que, a partir del proceso de aprendizaje, seguirá una evaluación cuyos resultados tienen fuerza vinculante para el nombramiento en el cargo. Esta concepción de la selección debe tener un gran impacto, primero, en la calidad de los reclutados¹⁵ y, luego, en el nivel y la aptitud de los jueces, fiscales y defensores que emerjan del proceso. De hecho, la introducción de concursos públicos ha superado, en América Latina, el nombramiento a partir de relaciones personales que luego debe ser pagado por el beneficiado en el desempeño de su cargo, en detrimento del servicio de justicia. Pero, en rigor, una calificación de aptitud para ser nombrado juez, fiscal o defensor, a partir de pruebas aplicadas a quienes no han sido sometidos a un proceso de aprendizaje de las calidades necesarias para el cargo, es insuficiente. Los resultados obtenidos en ese proceso formativo provisto por el sistema conducen, en el modelo por el cual ha optado el texto legal, al reconocimiento debido a través del nombramiento, sin sujetar a éste a una decisión que, ignorando el rendimiento alcanzado por el candidato, puede ser arbitraria.

14 Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”.

15 Como demuestra la experiencia de otros países latinoamericanos, el prestigio del cargo se incrementa cuando el seleccionado es reconocido como alguien que ganó mediante concurso y no a través de un torneo de amistades personales y relaciones políticas o sociales. Este cambio en el reconocimiento social invita a que mejores profesionales estén dispuestos a desempeñarse como jueces, fiscales o defensores públicos.

La carrera judicial, organizada en términos equivalentes para los diferentes actores de la Función Judicial, constituye así un paso importante en la profesionalización del servicio de justicia. En ella, la evaluación —a cargo del Consejo de la Judicatura— debería desempeñar un papel clave. Es un desafío organizar un sistema de evaluación de desempeño que, a partir de elementos tanto cuantitativos como cualitativos, dé cuenta de la calidad del trabajo realizado por jueces, fiscales y defensores. Pero si no se cuenta con una evaluación relativamente certera, la idea de la carrera queda seriamente debilitada.

IV. Desafíos pendientes

Organizar la carrera judicial supone resolver una serie de asuntos tan importantes como complejos: entre ellos, la selección, la formación inicial y la evaluación. En lo que sigue se sintetiza lo aprendido en torno a estos temas a través de la experiencia de otros países.

4.1. A quién seleccionar y cómo

Todo sistema de selección pretende escoger a las personas más idóneas para los cargos que deben ser provistos. El caso del sistema de justicia, a este respecto, no constituye una excepción, pero la pregunta específica a responder sobre él corresponde a una interrogante que no siempre se hace explícita: qué debemos entender por idoneidad en la magistratura.

En el discurso más generalizado sobre el tema, se reconoce la necesidad de una doble condición en quien postula a un cargo: profesional y moral. Esto es, tanto un manejo jurídico solvente como una trayectoria personal que asegure rectitud en el desempeño de la función. No obstante, en las experiencias disponibles en América Latina aparece un tercer tipo de elemento, referido a la personalidad del juez/fiscal/defensor público, que atiende a la necesidad de que el perfil psicológico del candidato no salga de ciertos límites aceptables, en sus diferentes facetas, contrastadas con las necesidades propias del cargo. Se constituye así más en un criterio eliminatorio que en un elemento conformador de un perfil.

Un cuarto tipo de elemento –menos claramente plasmado en el caso latinoamericano– es el que reclama del candidato una postura político-social comprometida con ciertos valores fundamentales, generalmente referidos al sistema democrático. Así, en el Libro Blanco de la Justicia (1997: 45), del Consejo General del Poder Judicial en España, se propone: “lograr un tipo de juez que, con los suficientes conocimientos jurídicos, sea capaz de integrarlo en los valores de la sociedad en la que vive; respetuoso con las libertades, la igualdad y el pluralismo y alerta frente a los abusos del Derecho y las desviaciones del poder”.

Debe subrayarse que los cuatro aspectos señalados permiten todavía márgenes de definición muy amplios que, en las circunstancias de un país determinado, deberían ser objeto de opciones claras. De no darse este paso, lo que se hace, en los hechos, es diseñar instrumentos de selección que calladamente expresan determinadas definiciones que nunca fueron discutidas y adoptadas por quien correspondía. Por esta vía, los instrumentos terminan por definir las políticas, siguiendo una ruta inversa a la que es propia de un proceso transparente.

En la definición de la *capacidad jurídica requerida* en el candidato, la experiencia de muchos de los sistemas de selección establecidos revela una atención preferente por los conocimientos legales adquiridos. En algunos casos se pone atención extrema a la memorización de las normas y en otros se mira también al manejo de las instituciones jurídicas. Por esta segunda vía, se ha introducido con fuerza creciente no sólo el examen de la cultura jurídica general del postulante sino, sobre todo, la verificación de su capacidad argumental o calidad de razonamiento jurídico, utilizándose al efecto casos reales e hipotéticos¹⁶.

Como en otros aspectos del proceso de selección, la búsqueda de una medición objetiva de la capacidad jurídica parece eliminar el riesgo de arbitrariedad en la calificación pero, al mismo tiempo, empobrece la medición de la capacidad de los candidatos. En particular, las mediciones objetivas resultan particularmente poco aptas para verificar la calidad del razonamiento jurídico.

16 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”.

En cuanto al *perfil ético o la calidad moral* para el cargo, se ha echado mano en varios países –Argentina, República Dominicana, Guatemala, Honduras y Panamá, por ejemplo– a fórmulas de evaluación social que reposan en personas y organizaciones de la sociedad civil en condiciones de dar testimonio acerca de la trayectoria del candidato. Esta participación puede revestir un carácter más espontáneo –mediante aperturas de espacio que pueden ser usadas o no por los ciudadanos– o formas más organizadas –esto es, recabando necesariamente a través del proceso la opinión de entidades y gremios, como el de abogados, por ejemplo–. En cualquier caso, esta intervención atingente al perfil moral del candidato es una de las principales vías de vigilancia social sobre el proceso de nombramientos. En la experiencia comparada ha cobrado peso, sobre todo, a los efectos de la designación de las altas cortes.

Los rasgos de *personalidad del candidato* y su adecuación o no a las necesidades propias de la función pueden ser evaluados mediante la aplicación de tests o la realización de entrevistas, a cargo de profesionales especializados. Allí donde se utilizan, como se señaló antes, usualmente son aplicados más en términos negativos que positivos; esto es, no como un criterio destinado a buscar la personalidad ideal para la función sino, más bien, para descartar personalidades no idóneas debido a alguna razón específica.

La introducción del requisito referido a la *postura político-social* es, al mismo tiempo, atractiva y riesgosa. En efecto, la posibilidad de que este requisito sea aplicado en un sentido ideológico o con un alto riesgo de arbitrariedad es muy alta. Pero, a la vez, su presencia responde a una concepción política de la función de la magistratura, que es necesario plantear seriamente en contra del mito de su apoliticidad. Tal vez se puede traducir este requisito –para aplicarlo preservándolo de contaminación de la arbitrariedad– en la medición de la capacidad del razonamiento crítico y la creatividad propositiva del candidato en relación con el estado actual del sistema de justicia y su reforma. Aunque no figure explícitamente en la ley, en algunos países, este aspecto es uno de los componentes principales de la entrevista que es parte del proceso de selección.

4.2. Contenidos de la formación inicial

Tratándose de países donde la formación jurídica dada en las universidades es de cierta calidad, la formación inicial del candidato o el recién nombrado puede centrarse en una preparación específica para las funciones a desempeñar. Sin embargo, en la mayor parte de América Latina ése no es el caso, dadas las carencias universitarias, agravadas por el hecho de que, usualmente, quienes postulan a cargos en el sistema de justicia no se hallan en los escalones de mayor rendimiento universitario y mejor calidad profesional.

En razón de ello, muchas escuelas judiciales dedican una parte importante del esfuerzo de formación inicial a reforzar los conocimientos jurídicos de candidatos o flamantes jueces. Complementariamente, en casos como el de Chile y Brasil, se sigue el modelo español, en el que la formación inicial pone énfasis en la participación guiada del candidato o juez/fiscal/ defensor público en tareas diversas dentro del sistema de justicia, bajo mecanismos de tutoría.

La oportunidad del nombramiento tiene efectos sobre los contenidos de la formación inicial, que no tiene que estar circunscrita a un área especializada. Colombia sigue el modelo español, en el cual anual o bianualmente salen a concurso cierto número de plazas, que no corresponden a determinadas vacantes en particular sino a la previsión sobre la necesidad de operadores del sistema de justicia en el período siguiente. De modo que los postulantes o candidatos no concursan para ocupar una plaza específica e incluso, cuando aprueban el concurso, son declarados aptos para un nombramiento, pero no son nombrados efectivamente sino cuando se presenta la necesidad de llenar una plaza. Esta opción tiene varias consecuencias concretas, una de las cuales se refiere al tipo de formación inicial que se ofrece desde esta perspectiva, que no está constreñida a una especialización sino que prepara para el desempeño de cualquier cargo.

4.3. ¿Qué se evalúa, cómo se evalúa y quién evalúa?

La evaluación del desempeño en la función es uno de los aspectos más importantes y más difíciles de afrontar. De ella depende la calidad del funcionario y, en consecuencia, del sistema. Pero no es sencillo determinar cómo hacerla.

Lo primero que debe advertirse es que el objetivo de un proceso de evaluación no conduce principalmente a determinar una sanción ni consiste en reunir elementos para justificarla. Su principal objetivo debe propiciar la mejora en el desempeño, mediante:

- mecanismos capaces de identificar las limitaciones y deficiencias existentes, cuyos resultados estén abiertos a los evaluados, de modo que ellos puedan beneficiarse del ejercicio efectuado;
- estímulos que incentiven y premien el mejor desempeño; obviamente, el ascenso es un estímulo pero no tendría que ser el único; y
- sanciones a quienes exhiben estándares ubicados por debajo de los mínimos aceptables.

Las dos principales dificultades existentes en la experiencia comparada, en el momento de diseñar mecanismos de evaluación, se refieren a cómo evaluar sin

- reposar en indicadores meramente cuantitativos, que no atiendan a la calidad del servicio prestado; ni
- interferir en la función jurisdiccional o imponer al juez/fiscal/defensor público un modelo de interpretación de la norma.

El propósito de hacer una evaluación “objetiva” ha llevado a privilegiar indicadores cuantitativos (como el número de causas “salidas”, respecto al nivel de causas tramitadas) que no sólo desatienden la calidad del trabajo del operador de justicia sino que inducen comportamientos perversos, como el deshacerse pronto del mayor número de causas en atención a cuestiones de forma, lo que evita al operador de justicia entrar en el fondo del problema a su cargo.

De un carácter silenciosamente impositivo fue la evaluación existente en Chile hasta antes de la reforma del sistema. El tribunal “superior” evaluaba el desempeño del “inferior”, sin exponer los motivos y produciendo anualmente cierto número de despidos de la función debido a razones que el evaluado no conocía. De manera menos grosera, en varios países se usa rutinariamente el número de sentencias revocadas por la instancia superior como forma de eva-

luar el grado de “acierto” del juez. De esa forma, quien innova en su desempeño jurisdiccional y en ello discrepa de la instancia superior, siempre obtendrá una mala evaluación. En el caso de varios estados de México, los consejos de la judicatura toman las resoluciones revocatorias como un elemento de cierta importancia en la evaluación. El resultado de esta política no sólo es el del anquilosamiento de la jurisprudencia sino el de la pérdida de independencia de criterio del juez que, para ser evaluado positivamente, prefiere seguir el criterio del “superior”, aunque no lo comparta profesionalmente.

El principal desafío consiste en evaluar la calidad del producto del trabajo del operador de justicia, lo que necesariamente lleva a examinar sus resoluciones, dictámenes o recursos. En ello debe prevalecer una comprensión amplia del uso normativo, a fin de no descalificar aquellas soluciones posibles dentro de la ley pero por las que el evaluador no hubiera optado.

Colombia es el país donde se ha avanzado más en materia de evaluación, con excelentes resultados en términos de mejora de la productividad de jueces y fiscales. Son cuatro los aspectos que son materia de evaluación en ese país: (i) calidad, para lo que se analiza el rol del operador de justicia en el proceso y el contenido jurídico de la decisión; (ii) eficiencia; (iii) organización del trabajo; y (iv) publicaciones. La evaluación se realiza anualmente para los jueces de primera instancia y bianualmente para los de otras instancias.

Debe observarse que la medición de productividad supone la creación de índices sofisticados de medición para diferenciar el rendimiento del juez/fiscal/defensor público, según la complejidad del caso que enfrenta.

Finalmente, queda el problema de quién debe evaluar. Parece desaconsejable que lo haga el tribunal de alzada, por las razones examinadas y dado el importante riesgo de eliminar la independencia judicial interna. Estas consideraciones llevan a la necesidad de que la evaluación sea externa a los tribunales. De lo cual surgen dos posibilidades: evalúa el Consejo de la Judicatura o evalúa una entidad académica comisionada por éste.

V. Conclusión

La transformación del sistema de justicia es, en América Latina, una asignatura pendiente desde hace mucho. En las últimas tres décadas, el proce-

so de cambios ha producido resultados que, en general, han sido tan costosos como insuficientes. Aunque no debe menospreciarse los cambios producidos, acaso lo más importante sea lo que se ha aprendido a través de los esfuerzos por adelantar reformas que han encontrado enormes resistencias, especialmente provenientes de las propias instituciones del sistema.

En el caso del Ecuador, país en el que se había realizado algunas reformas parciales, la Constitución del 2008 instituye una función judicial que tiene altas exigencias y responsabilidades, entre ellas, la de hacer efectivos los muchos derechos ciudadanos que el texto constitucional detalla. El Código Orgánico de la Función Judicial provee una elaboración que se encamina a que jueces, fiscales y defensores públicos enfrenten esas responsabilidades desde condiciones institucionales y personales fortalecidas. En particular, la carrera judicial –desde la selección mediante concursos públicos y una formación inicial, hasta la evaluación en el desempeño– se constituye en una base de importancia para alcanzar el objetivo de que Ecuador tenga una justicia distinta a la que ha prevalecido en el país.

La experiencia latinoamericana en materia de selección, formación y evaluación puede ser aprovechada si se la examina críticamente, para aprender de sus fracasos y sus logros.

VI. Referencias bibliográficas

- Biebesheimer, Christina y Payne, Mark J., IDB Experience in Justice Reform: Lessons Learned and elements for policy formulation, Sustainable Development Department, Technical Paper Series, Washington D.C.: Inter-American Development Bank, 2001.
- Blair, Harry y Hansen, Gary, “Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs”, *USAID Program and Operations Assessment Report* n° 7, Arlington, Virginia, USAID, 1994.
- Chinchilla, Laura y Schodt, David, *The Administration of Justice in Ecuador*, San José, Costa Rica, Miami: Center for the Administration of Justice, Florida International University, 1993.
- Fuentes, Alfredo (ed.), *Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Sanfa Fe de Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.

- Hansen, Gary et al., *A Strategic Assessment of Legal Systems Development in Honduras*, Arlington, Virginia, A.I.D. Technical Report No. 10, USAID, 1993.
- “Informe sobre Ecuador”, en Juan Enrique Vargas (ed.), *Reformas procesales penales en América Latina: resultados del proceso de seguimiento*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005.
- Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- Pásara, Luis, “Papel del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena”, en *Reforma Judicial*, n° 13, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, en prensa.
- Riego, Cristián, “Informe comparativo. Tercera etapa”, en Juan Enrique Vargas (ed.), *Reformas procesales penales en América Latina: resultados del proceso de seguimiento*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005.
- (coordinador del proyecto) *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007.
- US General Accounting Office, *Foreign Assistance. US Rule of Law Assistance to Five Latin American Countries, Report to Congressional Requesters*, Washington, D.C., 1999.
- Zalamea León, Diego, “Audiencias en la etapa de investigación”, en Mauricio Duce (ed.), *Reformas procesales penales en América Latina: experiencias de innovación*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005a.
- Zalamea León, Diego, “Unidad de depuración de denuncias”, en Mauricio Duce (ed.), *Reformas procesales penales en América Latina: experiencias de innovación*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005b.

Dimensión política de un Poder Judicial democrático*

Eugenio Raúl Zaffaroni

Sumario:

I. Poder judicial democrático. II. La democracia en peligro. III. ¿Democracia para aniquilar a la democracia? IV. ¿Del estado de derecho “legal” vamos hacia el “constitucional” o hacia el “decretal” o de “bandos”? V. ¿Poder judicial? VI. La independencia judicial. VII. La imparcialidad judicial. VIII. El entrenamiento profesional de los jueces. IX. Modelos de magistratura en el derecho comparado. X. La selección y promoción de magistrados en los modelos empírico-primitivos latinoamericanos. XI. Tendencias deteriorantes en las magistraturas empírico-primitivas. XII. La tendencia al deterioro partidizante. XIII. La tendencia al deterioro degradante. XIV. La tendencia deteriorante del modelo de magistratura tecno-burocrática. XV. Hacia la superación del modelo tecno-burocrático. XVI. El marco histórico del surgimiento de los consejos europeos. XVII. Los modelos originarios de consejos de magistraturas. XVIII. Las enseñanzas de la comparación: el gobierno judicial. XIX. Los consejos “engañosos”. XX. Los argumentos “folkloristas”. XXI. La racionalidad del poder republicano.

* Ensayo tomado de la publicación realizada por la Corporación Latinoamericana de Desarrollo (CLD, 1992). Agradecemos a su autor la autorización de la reproducción en esta obra.

I. Poder judicial democrático

No habría disenso si se afirmase que no es posible una democracia sin un poder judicial democrático, es decir, sin una estructura institucional que permita el *jus dicere* (ejercicio de la jurisdicción o decisión judicial de conflictos) en forma democrática. Pero las coincidencias terminarían en el mero enunciado, pues ante la pregunta acerca de cómo debiera estructurarse el poder judicial democrático o acerca de cuál es la forma democrática de ejercer la jurisdicción, nos hallaríamos con una enorme disparidad de respuestas y, lo más curioso es que, en realidad, la mayoría de ellas no pasarían del mero nivel intuitivo.

Esto tiene su causa en que la teoría política de la jurisdicción en América latina casi brilla por su ausencia, salvo muy contadas y honrosas excepciones.

América Latina presenta un caos de estructuras judiciales, con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherente y fatales invenciones vernáculas, al ritmo que les marcaron los intereses sectoriales y corporativos que más cerca han estado de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial. El resultado es un panorama poco alentador: nos hallamos con magistraturas análogas a las europeas de la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas europeas de finales del siglo pasado. La responsabilidad de este atraso institucional, por supuesto que, en primer lugar, incumbe a nuestros políticos, pero es justo reconocer que buena parte de la misma debe cargarse a la cuenta de nuestros doctrinarios.

El tremendo descuido de la teoría política y constitucional del poder judicial nos conduce a una cruel paradoja: 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 con-

sagración 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.

Más aún: las propias constituciones caen en el absurdo al descuidar los capítulos judiciales, pues quiebran la regla de su primacía jurídica —de su carácter de “norma de normas”— cuando en la parte institucional no estructuran adecuadamente un poder judicial independiente, con autoridad y poder para imponerla por sobre cualquier decisión mayoritaria coyuntural parlamentaria o sobre cualquier acto u omisión arbitrarios del poder administrador.

En nuestras universidades es mínimo el tiempo que se dedica a la enseñanza de la normativa del poder judicial y en cuanto a investigación, es muy poco lo que se ha hecho en los aspectos sociológicos y en la teoría política. Investigar sociológicamente a los jueces o analizar su función desde la perspectiva política, con frecuencia se considera poco menos que un desacato.

Además, la función judicial en América Latina no tiene historia. Si bien la historia de nuestros países es rica en períodos y crítica, y hay países que tienen su historia social muy bien estudiada, no se ha investigado la función que ha cumplido la jurisdicción en cada uno de esos momentos. No sabemos cuál ha sido ésta en el “Porfiriato” mexicano, en el período revolucionario de los “generales”, en el de los “licenciados”, etc. Tampoco disponemos de un estudio que nos explique su protagonismo en el Brasil imperial, en la República “Velha”, en el “Estado Novo”, en la dictadura, etc. En el caso de Ecuador no tenemos un análisis de su función bajo García Moreno, con el “Alfarismo”, en el período posterior hasta 1944, bajo el “Velasquismo”, etc. Y es muy difícil tener claridad acerca de la jurisdicción en el momento actual, como acerca de cualquier fenómeno de poder político, si no se conocen los momentos de la sombra que lo gestan, porque los fenómenos de poder no “nacen de incubadora”, sino que se gestan históricamente y del mismo modo se explican. La historia no es una colección de hechos pasados, sino una visión de la gestión de los hechos presentes, que nos permite su comprensión

Creemos que hoy hay bastante acuerdo acerca de que los discursos no deben interpretarse sólo a la luz de lo que dicen, sino también —a veces fundamentalmente— a la luz de lo que callan, o sea, en su función frente a la realidad, como develación y ocultamiento simultáneos. Desde esta dimen-

sión interpretativa contextual, la escasa referencia latinoamericana a la función jurisdiccional resulta altamente significativa. La teoría latinoamericana teorizó un deber ser omitiendo la teorización de la institución que lo debe hacer.

En el plano ideológico-político también la reflexión sobre la función jurisdiccional fue omitida. Por lo general, los políticos latinoamericanos del *establishment* (o de los sucesivos *establishments*), han tratado de instrumentar o de utilizar a la función jurisdiccional o, al menos, de lograr que ésta no oponga obstáculos al ejercicio de su poder. Como es lógico, cualquier desarrollo de la teoría política del judicial fue visto por ellos con desconfianza, como una tentativa de limitar su poder, siempre empeñado en cálculos inmediatistas. Pero, por el otro lado, los contestatarios, los ideólogos de la izquierda latinoamericana, también han contribuido a ese silencio, porque al agotar su crítica en personas o al afirmar dogmáticamente que la jurisdicción y el derecho, en general, constituyen una “superestructura ideológica”, han despreciado la reflexión sobre el tema.

El caso más demostrativo de la enorme pobreza ideológico-política sobre la jurisdicción lo proporciona el instrumento más importante que se ha producido en los últimos años en la región, como expresión de un fenómeno político altamente positivo y alentador. Nos referimos a los acuerdos de Chapultepec, que pusieron fin a once años de guerra civil en El Salvador. Pues bien: en ese instrumento hay solo media página referida a la jurisdicción, en términos vagos e imprecisos, que poco o nada proponen.

De este modo, llegamos a la conclusión de que 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.

II. La democracia en peligro

No obstante, nadie detiene la historia y, conforme lo afirmasen los funcionalistas, las cuestiones a decir pueden pasar de órganos políticos o administrativos a judiciales y viceversa,

Según convenga a un sistema en un momento. De este modo, la solución de un conflicto puede transferirse del plano político-administrativo o legislativo, al judicial, pero no creemos que esto suceda siempre porque dentro del “sistema” allí se resuelve mejor –como parecería pretenderlo Luhmann-, sino que con frecuencia se lo transfiere porque se sabe que allí no se lo resuelve.

Nuestros políticos, de todas las ideologías –y allí incluimos a los militares, que por décadas fueron responsables políticos– tratan de manipular, utilizar o depreciar a la jurisdicción, pero al mismo tiempo, con su clásica ductilidad manipuladora, cambian bruscamente el discurso y proclaman su irrestricto respecto a la jurisdicción, cuando consideran que es conveniente en esa coyuntura derivarle un problema político o social, que no tienen solución o que la solución que se le podría deparar afectaría a su clientelismo político. Estos problemas derivados son, con frecuencia, bienvenidos por los mismos jueces, que en su ingenuidad política, se consideran protagonistas importantes y creen que, de este modo, refuerzan su imagen pública.

Lo cierto es que, como bien lo percibían los políticos –mucho más hábiles que los jueces en estas lides– los jueces no pueden resolver el problema y, cuando esto se hace manifiesto, los políticos se encargan de demostrar a la jurisdicción, destrozando su imagen pública, aprovechar la ocasión para aniquilar cualquier resistencia dentro de ella y someterse aún más a sus designios de momento. El más claro ejemplo de este fenómeno es el reciente caso peruano

Estos mecanismos no pueden tomarse en consideración como meras escaramuzas anecdóticas o coyunturales, aunque los políticos y aun algunos juristas se queden en semejanza superficialidad, sino que es uno de los caminos más cortos para debilitar y aniquilar a nuestras democracias. Ante la falta de una jurisdicción que imponga mínimamente la supremacía constitucional y que opere con cierto grado de eficacia en la decisión y solución de conflictos, cada vez serán menos los obstáculos al ejercicio arbitrario del poder, las mayorías coyunturales y los políticos se burlarán cada día más de los límites constitucionales a su poder, no habrá un acotado espacio de juego democrático, sino una selva de disputas con cualquier medio y a cualquier precio, la demagogia y la irracionalidad triunfarán cada día más sobre la racionalidad y la serenidad, y nuestras débiles democracias serán

cada día más dictaduras en envase democrático, hasta acabar despreciando la forma y, lo que es más grave aún, hasta que los mismos pueblos desprecien a las democracias, porque en su experiencia histórica concreta no la perciban más que como una máscara encubridora de la arbitrariedad. Las palabras también se “gastan”, y es muy grave cuando por abuso se gasta la palabra “democracia”.

Por otra parte, una justicia deteriorada resulta inútil en su aspecto de servicio, porque no sirve para resolver los conflictos. El consiguiente desprestigio afecta seriamente las posibilidades de desarrollo económico, porque sin seguridad no hay inversión, salvo que se compense la inseguridad derivada con un margen de renta mayor, lo que favorece al capital pirata y especulativo en detrimento de la inversión productiva y razonable.

Este problema sólo muy mínimamente puede compensarse con mecanismos de tipo arbitral, alternativos a la jurisdicción. Si bien tales mecanismos son prácticos y útiles, no pueden suplir toda la función jurisdiccional, especialmente frente al Estado y, además, convierten a la jurisdicción en el receptáculo inútil de los conflictos que afectarán a las clases medias y que no pueden acceder a los mecanismos alternativos.

Creemos que, de este modo, hemos subrayado suficientemente que el debate sobre la jurisdicción no es periférico de lo político, sino que es nuclear, que forma parte de la centralidad de la problemática política latinoamericana en este momento, como que es vital para sus democracias.

III. ¿Democracia para aniquilar a la democracia?

El escaso desarrollo teórico y un alto grado de confusión que proviene de la misma situación política de la Revolución Francesa, tienen por efecto extraer de este contexto ciertos argumentos, convirtiéndolos en proverbios que confunden a muchas personas, incluso muy perspicaces en temas difíciles.

Lo que se acerca de la magistratura y la Revolución Francesa no es comprensible si no se conoce cómo era la situación borbónica que se proponían revertir. Usualmente, se afirma que la jurisdicción estaba sometida al poder real, lo que no es verdad, porque el poder real estaba muy limitado por el

poder de los llamados “parlamentos”, que peleaban por su competencia –que era fuente de ingresos– todo lo cual había generado un caos de competencias y jurisdicciones. Se trataba de un ejercicio de poder que competía con el real y lo superaba, dejándolo reducido a las causas de interés político, pero que desorientaba al usuario del servicio. Ésta era la situación que la Revolución Francesa quiso revertir, haciendo del juez un funcionario estatal, sometido por completo su función al poder del Parlamento y prohibiéndole toda interpretación que no fuese exegética y creando la casación como forma de corregir a los jueces que se apartaban de la letra de la ley. La ficción dominante era que la ley “hablaba” por la boca de los jueces.

Es obvio que con el Imperio, no le fue difícil a Napoleón consolidar una magistratura vertical, en la que los jueces debían limitarse a consagrar la voluntad imperial. De este modo, la verdad histórica es que lo que suele atribuirse a los Borbones es Napoleón y, paradójicamente, el modelo bonapartista de poder judicial verticalizado y jerarquizado, burocratizado, el que cundió en Europa en el siglo XIX.

De este contexto se han extraído frases hechas y proverbios que, fuera de marco, no hacen otra cosa que introducir confusión. Entre éstos, uno de los más ridículos es la famosa bandera de la “dictadura de los jueces”. Pocas frases son tan absurdas frente a la realidad latinoamericana, donde los jueces tienen tan poco poder, en razón de su escasísima y paupérrima independencia, que es ridículo que se pretenda teñir cualquier tentativa de reivindicación de la independencia judicial con la amenaza de una dictadura. Históricamente, además, no se conoce ningún caso de “dictadura de los jueces”.

Por una vía análoga circula el sonsonete del “origen aristocrático de los jueces”, aunque parece provenir del contexto británico, donde la observación es más frecuente y relativamente fundada. La resistencia a reconocer la independencia judicial en función de supuesto origen “no democrático” de la magistratura es tan insustancial, que se responde observando que los jueces pueden o no tener origen “aristocrático” o “no democrático”, dependiendo eso claramente de cuál sea el sistema que se instrumente para su selección y promoción.

Como producto de esta confusión y de la reiteración de éstos y otros proverbios, cobra cuerpo, a veces, la observación de que la jurisdicción no podría tener a su cargo el control constitucional de las leyes, especialmente

cuando se trata de un control centralizado que hace perder fuerza a la ley, pues se trata de una función netamente política.

Aunque la discusión acerca de la naturaleza del control de constitucionalidad pueda ser atendible –pese a que en ocasiones se torna bastante bizantina– esto no autoriza a sostener la innecesaria o inviable de un mecanismo de control constitucional de las leyes por medio de un cuerpo independiente. Justamente esta posición fue sostenida por Carl Schmitt en los años veinte, afirmando en plena época prenazi que el custodio de la constitucionalidad de las leyes no era el Reichsgericht, sino que la Constitución de Weimar debía ser custodiada por Hindenburg, el presidente de la República. En este aspecto, fue Schmitt el gran contradictor de Kelsen en cuanto a la necesidad de implementar el control constitucional sobre el modelo que hoy es corriente en Europa continental. La posición autoritaria de Schmitt es ampliamente conocida y no requiere demostración. (Últimamente se ha sostenido que después de ser el Kronjurist del Dritte Reich fue marginado por su falta de ortodoxia, pero esto no pasa de ser el fenómeno usual con cualquier intelectual de cierto nivel de abstracción puesto al servicio de una dictadura, cuyas elaboraciones jamás pueden ser lo necesariamente dúctiles para permitir su constante adecuación a las mutables arbitrariedades del régimen).

La tesis de Schmitt, en su versión folklorista latinoamericana, se responde, simplemente, observando que a nadie que detente el poder se le puede asignar la función de controlar su propio poder, porque ello implica concederle un poder ilimitado.

Una república –y con más razón una república democrática– consiste, en última instancia, en un sistema de controles recíprocos, y la pretensión de que el control sea “auto-control” es un mesianismo contrario a la condición humana y a la competitividad intrínseca a la naturaleza de la actividad política. Sin control constitucional de las leyes, la constitución alcanza el máximo de flexibilidad, que se identifica con su desaparición material. Esto lo decía en 1803 el famoso Chief Justice Marshall en el no menos famoso y citado caso “Marbury vs. Madison”:

O bien la Constitución es una ley de superior importancia, invariable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel que los actos legislativos ordi-

narios y es alterable cuando a la legislatura le place hacerlo. Si fuese verdadera la primera parte de la anterior alternativa, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería una ley; si la segunda parte fuese verdadera, entonces las Constituciones escritas serían absurdas tentativas del pueblo por limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Si desde Marshall el argumento de Schmitt está respondido, no es admisible la invocación de la democracia para aniquilar a la democracia. Una república democrática requiere de instituciones que preserven su constitución de las decisiones de mayorías coyunturales. No vale aquí la invocación de ejemplos extraños a nosotros como el británico, pero nos vemos obligados a mencionarlo, porque suele invocárselo en medio de esta confusión argumental: la verdad es que, si bien en Inglaterra no existe propiamente una constitución escrita, hay una tradición más firmemente arraigada que un texto escrito y, por ende, más rígida que muchas constituciones que hacen alarde de tales. En nuestros sistemas de constitución escrita e inflexible, si no se dispone de un sistema que garantice su hegemonía con un adecuado control de la constitucionalidad de las leyes y de cualquier acto u omisión del poder, la constitución es un simple papel sin importancia.

IV. ¿Del Estado de derecho “legal” vamos hacia el “constitucional” o hacia el “decretal” o de “bandos”?

Comparemos el curso institucional de América Latina con el de Europa. En líneas generales, las últimas décadas nos están mostrando que los países europeos, culturalmente más próximos a nosotros, van marchando del Estado de derecho “legal” al Estado de derecho “constitucional”, quedando relegado el anterior a un modelo de pro-guerra. Las cortes constitucionales, partiendo del modelo de Kelsen para Austria, con mayores o menores retoques, dieron vida a una copiosa jurisprudencia constitucional que impulsa y dinamiza la actividad legislativa. Alemania, Italia, España, Portugal, Austria, etc., se han encaminado decididamente en este sentido, para no mencionar sino algunos ejemplos que no son discutibles.

América Latina, lamentablemente, parece encaminarse en dirección opuesta. Por efecto de las leyes delegadas en los estados de excepción y también por el constante avance de los poderes administradores que, incluso fuera de esos estados de emergencia, tienden a legislar por decreto cuestiones de clara competencia parlamentaria, aunado a la endeblez política de la jurisdicción y a su dependencia y pauperismo, puede afirmarse que en América Latina el estado de derecho “legal” tiende a degradarse en estado de derecho “decretal” o de “bandos”, con algunas aisladas excepciones, como Costa Rica. Sea esto dicho con la salvedad de que no estamos muy seguros acerca de si un Estado “decretal” o de “bandos” puede ser muy Estado de “derecho”¹.

V. ¿Poder judicial?

Cabe preguntarse si es correcto hablar hoy de “poder judicial”, pues se ha puesto seriamente en cuestión esta denominación y, lo que es peor, se confunde la discusión sobre la denominación con su contenido material y político. En la doctrina francesa-Duguit y Hauriou, principalmente, sostuvieron que no se trata de un “poder” y hoy se postula la sustitución del “poder judicial” por el “servicio judicial”.

Preferimos no caer en simplismos ni en disputas innecesarias: que el “judicial” sea un “poder” o que no lo sea, depende de qué se entiende o de cómo se define un “poder”.

Por otra parte, aunque se sostenga que se trata de un “servicio” o de una “función” –como pretenden otros–, será un servicio o una función que, por sus particularidades, presupone la imparcialidad, porque sin ella, es decir, sin un ente “supra partes” que decide, no hay judicialidad, y la imparcialidad sólo puede instrumentarse mediante la independencia, que necesariamente importa un ámbito de poder público. No se trata, pues, de una cuestión de palabras, sino de una cuestión material.

Lamentablemente, la cuestión formal o de palabras se tornó material en algunos países de la región y comenzó a hablarse de “función” o de “servicio”

1 Nota de los editores: al momento de escribir este ensayo (1992), en los países de la Región no se habían implementado sistemas de justicia constitucional ni de control de la constitucionalidad.

y de “división de funciones” en lugares de “división de poderes”, con la intención de someterse a los jueces a los poderes políticos y, principalmente, a los ejecutivos. El fenómeno fue propio de los países en que arraigó más la llamada “doctrina de la seguridad nacional”, pero superó a la misma y la sobrevivió.

Fuera de este contexto y de esa ideología y de sus secuelas, hablar de “función” y de “servicio” en lugar de “poder” es una cuestión de definiciones previas, pero en el fondo existe y no puede negarse una cuestión de “poder”.

Lo que creemos que es necesario reafirmar sólidamente es que hablando de “poder”, de “función”, de “servicio” o de cualquier otra cosa, esto no puede ser un pretexto ni una racionalización para limitar la independencia de los jueces, porque debe existir un ámbito de poder que se deriva de una independencia, en razón de que esa independencia es necesaria para imparcialidad y, sin imparcialidad, no hay jueces y, sin ellos no se concibe ninguna “función” ni ningún “servicio” que pueda llamarse “judicial”. Si la cadena conceptual “poder”, “independencia”, “imparcialidad”, “jueces” se quiebra, la disyuntiva estará entre un poder, función o servicio “judicial” o una rama burocrática de funcionarios parcializados que realizan sumisamente lo que otros poderes les ordenan².

VI. La independencia judicial

Lo lamentable también es que la propia “independencia” judicial suele convertirse en una expresión hueca, casi un slogan que se asocia inmediatamente a lo “judicial” sin preocuparse mucho por su contenido. En cuanto se procura profundizar el mismo, suele incurrirse en contradicciones derivadas de la complejidad de la idea misma de “independencia judicial”.

No nos detendremos aquí en las múltiples clasificaciones que se han intentado para clarificar el concepto de “independencia judicial”. No obstante, al menos una de ellas resulta inevitable: la que distingue entre independencia “externa” e “interna”, La independencia externa es la que garantiza al magistrado su autonomía respecto de poderes ajenos a la propia estructura institucional

2 Véase en esta obra, Santiago Andrade Ubidia, “Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008”.

jurídica; la independencia interna es la que le garantiza su autonomía respecto del poder de los propios órganos de la institución judicial.

En líneas generales, puede afirmarse que un juez independiente —o quizá un “juez” a secas— no pueda ser un empleado del poder ejecutivo o del poder legislativo, pero tampoco puede ser un empleado de la corte o tribunal supremo.

Un poder judicial no es una rama más de la corte o tribunal supremo. Un poder judicial no es una rama más de la administración y, por ende, no es admisible que sea una corporación jerarquizada en la forma de un ejército. La independencia jurídica del juez —especialmente en América Latina— presupone la independencia del ejecutivo, pero poco se ha observado respecto de la igualmente necesaria independencia del juez respecto a los órganos colegiados del propio poder judicial. No obstante, ambas formas de independencia son necesarias para posibilitar la independencia moral del juez, es decir, para otorgarle el espacio necesario para resolver conforme a su entendimiento de la ley y del derecho. La independencia moral no la puede imponer el derecho, porque es personal, pero la debe posibilitar al derecho.

La lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la lesión a la independencia externa, al menos en la práctica. En efecto: el ejecutivo y los políticos suelen tener interés solo en ciertos conflictos, pero los cuerpos colegiados que imponen una dictadura interna, suelen usar su poder para satisfacer sus rencores personales, sus intereses palaciegos, su egolatría, sus mezquinos intereses y cuestiones que se tornan análogas a las intrigas de cualquier oficina pública.

La independencia interna solo puede garantizar una magistratura en la que se reconozca que todos los jueces son, en principio, iguales y que las únicas diferencias que median entre ellos son las derivadas de sus distintas funciones en razón de las distintas asignaciones de competencia. Esta magistratura “horizontal” se opone, frontalmente, a las magistraturas verticalizadas, cuyos modelos más perfectos los brindan, originariamente, la magistratura napoleónica y, modernamente, la magistratura fascista.

Creemos que bastan estas consideraciones para demostrar que una magistratura independiente no puede estar compuesta por personas que dependan del poder ejecutivo (que no merecerían el nombre de jueces, sino del empleados públicos) y tampoco por personas que dependan del órgano

supremo del judicial (que tampoco merecerían el nombre de jueces, sino de amanuenses del órgano supremo)³.

VII. La imparcialidad judicial

El juez requiere independencia —externa e interna— para ser imparcial, es decir, para poder ser un tercero sobre las partes y, por ende, para ser juez. Pero, por regla general, esta imparcialidad tampoco es bien comprendida, pues suele identificársela con una imagen estereotipada del juez concebido como una persona sin ideas y desvinculada de los problemas de su comunidad, es decir, lo que alguna vez hemos llamado el “juez aséptico” y que algún autor ha satirizado como el “juez eunuco”.

Está claro que el juez no puede responder a las órdenes o conveniencias de un partido político, pero esto no significa que el juez no sea un ciudadano, que no tenga un sistema de ideas, una comprensión de la realidad, una concepción del mundo. No solo no hay juez que no la tenga, sino que no hay hombre que no la tenga, por simple que sea. El “juez eunuco”, realmente, es una ficción absurda, una imagen inimaginable, una imposibilidad de hombre, una aberración humana.

¿Cómo garantizar la imparcialidad por parte de hombres que, como tales, son “parciales”? Es la vieja paradoja de Carnelutti y, por cierto, que en un sistema autoritario esto sería imposible, aunque, como es lógico, el sistema autoritario no se preocupa por la imparcialidad de sus jueces; por el contrario, le molesta la imparcialidad y demanda parcialidad. Sin embargo, en una democracia —que es a la que realmente le interesa la imparcialidad— ésta se logra a través del pluralismo ideológico propio de la misma, es decir, cuando la estructura de la magistratura es tal que permite la disparidad de ideas, el debate interno, las tentaciones propias de los diferentes modos de concebir al mundo y al derecho.

En la democracia no hay otra forma de imparcialidad que la que resulta del pluralismo y del control recíproco entre los distintos agrupamientos espontáneos dentro de su estructura.

3 Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”.

Más aún: diríamos que ésta es la única garantía de imparcialidad, por lo cual, sin democracia, no hay imparcialidad y tampoco judicialidad.

El juez ideológicamente “aseptico” no es más que una construcción artificial, un producto de retorta ideológica, un homúnculo que la realidad no admite. Lo que la triste realidad nos ofrece cuando se promueve este estereotipo, son jueces que pretenden ser imparciales cuando en realidad son altamente subjetivos y arbitrarios, porque partiendo de la tesis de que sus criterios son “objetivos”, lo que hacen es pretender imponer a todos sus valores subjetivos, o bien, esta promoción engendra jueces que se entrenan para ocultar su ideología o que se acostumbran a sostener puntos de vista incompatibles, según la marcha y el ritmo de los intereses de turno. No son jueces sin ideología, sino jueces que ocultan su ideología o que asumen públicamente cualquier ideología, lo que no solo es sumamente peligroso, sino también denigrante para la persona y para su derecho humano a la identidad.

VIII. El entrenamiento profesional de los jueces

Hasta aquí hemos destacado la necesidad de la independencia judicial como presupuesto para su imparcialidad, lo que equivale a su judicialidad. No obstante, hay un presupuesto elemental e indispensable en una magistratura profesional (que es de la que estamos hablando aquí): su nivel técnico o entrenamiento profesional. Históricamente, como veremos, es un requisito que se cumplimentó antes de perfeccionar su independencia⁴.

La magistratura debe cumplir una función y prestar un servicio, ambos con una importante función política y social, pero básicamente debe hacerlo en forma técnica. El puro título habilitante profesional no puede ser el requisito que califica para cualquier función judicial. Como toda función que requiere un alto grado de profesionalidad, la función judicial debe estructurarse en forma tal que las personas con más alta calificación técnica tengan acceso a ella.

A nadie se le ocurre que cualquier médico sea jefe de cualquier servicio hospitalario ni que practique intervenciones de alta complejidad. Si esto

4 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

sucede con la salud, no hay razón para suponer otra cosa en la magistratura, donde se trata de seleccionar a profesionales que tendrán en sus manos la libertad, el honor y el patrimonio de los ciudadanos, e incluso su salud y su vida, que muchas veces dependen de la correcta solución jurídica de sus conflictos.

El concurso público de antecedentes y oposición es el único procedimiento democrático conocido para seleccionar los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiere un alto grado de profesionalidad. Es el único método que garantiza el control público y que si bien no garantiza siempre que accedan los mejores, por lo menos excluye con certeza a los peores.

Por otra parte, es el procedimiento que impulsa la superación de los niveles jurídicos del país: impulsa la emulación, la investigación y la producción jurídica, etc. Nadie investigara ni perderá sus horas y sus años en estudios jurídicos, cuando sabe que eso no sirve para litigar (en razón del bajo nivel técnico de la judicatura) y que tampoco sirve para acceder a la función judicial.

El concurso de antecedentes y oposición, como procedimiento eminentemente democrático, tiene los mismos defectos de la democracia y puede deformarse y defraudarse como a ésta: hay deformaciones fraudulentas de los concursos, como las hay de la democracia, pero lo importante será evitar los fraudes (nadie pretende suprimir las elecciones populares porque las haya habido fraudulentas) y reducir sus defectos, porque al igual que aquella, hasta ahora no conocemos un sistema mejor.

El concurso, como cualquier otro procedimiento democrático, ha sido objeto de críticas falaces. Entre las más corrientes, suele afirmarse que el juez, además de conocimientos jurídicos, requiere “dotes de personalidad y honestidad”, que el concurso no garantiza. En principio y además de que esas dotes no las garantiza hasta hoy ninguno de los métodos de selección arbitrarios que se vienen practicando (y a las pruebas me remito en toda la región), cualquier función pública de origen popular requiere dotes de honestidad y personalidad, comenzando por los presidentes y los legisladores y, sin embargo, esas dotes no las garantiza la elección popular, sin que se lo ocurra a nadie —salvo a los críticos de la democracia, es decir, a los totalitarios— proponer que se renuncie a la elección popular para elegir a los presidentes y a los legisladores. Todo esto sea dicho, sin contar con que una

persona puede ser sumamente prudente y honesta, pero no puede ser juez si no sabe derecho.

La honestidad es una falta en la conducta funcional de los jueces que debe ser corregida mediante los procedimientos de remoción adecuados, pero nada tiene eso que ver con la garantía que requiere el usuario y la propia democracia, de que el juez tenga en elevado nivel técnico-jurídico. Cualquiera protesta ante la autoridad escolar que calificase como deficientes los conocimientos de su hijo por faltas de disciplina. La misma lógica debe regir en la selección de los magistrados.

La otra forma de entrenamiento profesional de magistrados es la llamada “escuela de la magistratura”. En la medida en que la mencionada “escuela” tenga por función perfeccionar a los jueces que acceden por concurso a la magistratura y en materias que no se impartan en los concursos de grado y de posgrado de las universidades, las creemos necesarias y útiles. Pero si esas “escuelas” pretenden reiterar o suplir lo que ya hacen las universidades o lo que éstas pueden hacer, nos parece que a la postre conduce a un “ghetto” judicial que tiende a entrenar a los jueces en una carreta cerrada que ya hoy no se recomienda ni para los sacerdotes ni para los militares.

El entrenamiento de los jueces debe ser básicamente jurídico y, como es obvio, debe ser provisto, fundamentalmente, por las universidades, siendo los concursos públicos de antecedentes y oposición abiertos a todos los profesionales en cualquier orden de tribunal en que se produzcan la vacante que se quiere cubrir, puesto que la magistratura no puede ser un estamento cerrado o elitizado. Todo ello sin perjuicio de que una “escuela judicial” pueda completar el entrenamiento en materias específicas como: organización judicial, reglamentos, manejo administrativo, de personal, de presupuesto, etc.

Suele observarse que el requerimientos del nivel técnico para el ingreso a la magistratura tiene el inconveniente de presuponer un largo y costoso proceso de aprendizaje que sólo pueden pagar las personas de estratos sociales acomodados.

En una democracia hay becas y otras formas de estímulo a la superación técnico-jurídica que si bien no neutralizan diferencias sociales que son estructurales, son útiles para acortarlas, permitiendo que personas de menores recursos puedan acceder también a ese entrenamiento.

IX. Modelos de magistratura en el derecho comparado

Si dejamos de lado modelos de magistratura que por su tradición son muy extraños a nosotros y que presentan sus problemas especiales (básicamente el modelo británico y el de elección popular de los jueces), podemos decir que entre los países en cuya tradición jurídica se inscriben los nuestros, constituyen también tres estadios de la evolución política de la magistratura: a. magistratura empírico-primitiva; b. magistraturas tecno-burocráticas; y c. magistraturas democráticas de derecho.

- a) En las magistraturas empírico-primitivas, la arbitrariedad selectiva no garantiza ningún nivel técnico mínimo, como no sea el que se desprende del mero título profesional habilitante y de algunos requisitos formales. El resultado de este modelo —que corresponde a un primer estadio o momento de organización política de los países—, cuando se prolonga en el tiempo, es la inseguridad, la total falta de estímulo al progreso jurídico, el empobrecimiento de la cultura jurídica del país, la inadecuación del país para inversiones responsables y con rentas razonables y, en general, el empobrecimiento del estado de derecho. El marco jurídico general, en efecto, corresponde a un estado de derecho “legal” (en el mejor de los casos) con tendencia deteriorante.
- b) En las magistraturas tecno-burocráticas, el proceso de selección de los jueces tienen ciertos recaudos que garantizan un nivel técnico mínimo. Esta garantía puede ser débil o fuerte; es débil cuando la ley o la tradición imponen un “escalafón” interno (entrenamiento predominantemente burocrático) y es fuerte cuando por imperio legal se impone un sistema de concurso público de antecedentes y oposición o bien el egreso de una “escuela” (con los inconvenientes que señalamos para esta última forma de selección).

Su efecto general es impulsar la profundización de la investigación jurídica exegética, con escaso nivel de crítica y de abstracción constructiva. Corresponde, en general, al modelo de Estado “legal” de derecho (que aun no alcanzaron el nivel de los modernos Estados constitucionales de derecho). No obstante, en el caso de la garantía fuerte del mínimo técnico, revela un considerable grado de consolidación institucional en el país.

La garantía débil tiene la desventaja de privilegiar, por regla general, el aspecto burocrático en detrimento del técnico y, en caso de responder solo a pautas legales (no constitucionales) y más aun cuando están impuestas por mera tradición, se halla constantemente sometidas al riesgo de un retroceso a la etapa empírico-primitiva.

Cabe señalar que si bien el modelo teco-burocrático es muy superior al empírico-primitivo, tiene el inconveniente de corresponder a una estructura jerarquizada de la magistratura, de tender a una “carrera” muy militarizada y, por ende, de lesionar la independencia interna del juez (generalmente, si bien la promoción dentro de la “carrera jerarquizada al estilo militar es por concurso, éstos son controlados por los “superiores”).

- c) En las magistraturas democráticas de derecho, además del aseguramiento del nivel mínimo tecno-jurídico asegurado mediante garantía fuerte (concurso público de antecedentes y oposición), se satisface mucho más ampliamente la independencia (interna y externa) de los jueces mediante la transferencia del gobierno del poder judicial a un órgano diferente del ejecutivo y del supremo judicial, integrado en forma equilibrada por una mayoría de jueces que representan a todos sus colegas y una minoría de juristas independientes designados por la representación popular.

Se trata de un modelo que quiebra la jerarquización militarizada de la magistratura de modelo bonapartista, la horizontaliza, opera un formidable fortalecimiento de la independencia interna y, al mismo tiempo, refuerza la independencia externa, evitando la elitización del judicial y admitiendo la intervención de la representación popular.

Este modelo corresponde a democracias fuertes y desarrolladas, con estados constitucionales de derecho que promueven el avance del conocimiento y cultura jurídicos, mediante la integración teórica de los principios constitucionales y generales del derecho.

En líneas generales, puede observarse que el modelo empírico-primitivo fue superado en Europa a fines del siglo pasado (los jueces españoles son designados por oposición desde 1870 y los italianos desde 1890, por ejemplo). En América Latina, el único caso de garantía fuerte de profesionalidad lo hallamos en Brasil. Existen otros modelos tecno-

burocráticos –con garantía débil–, pero en general, predomina el modelo empírico-primitivo con algunas tendencias a lo tecno-burocrático. En cuanto a los modelos de magistraturas democráticas de derecho, corresponden a la última posguerra europea y no existe ninguna magistratura latinoamericana que haya alcanzado ese estadio.

X. La selección y promoción de magistrados en los modelos empírico-primitivos latinoamericanos

Hemos visto que la independencia (externa e interna), la imparcialidad y la capacidad técnica son los tres pilares en que se asienta el buen funcionamiento de la jurisdicción.

En el modelo empírico-primitivo, por definición, falta el último, pues la selección de los jueces no responde a ningún procedimiento que lo garantice. Las nominaciones, por ende, son arbitrarias y provienen de fuentes de poder que, por sus características, afectan la independencia externa o la independencia interna o ambas.

- a) *Nominación política*: en la región hallamos algunos sistemas de designación política pura, en que las nominaciones pueden provenir del poder ejecutivo, del poder legislativo o de facultades convergentes de ambos poderes.
- b) *Co-optación*: otro procedimiento de nominación, minoritario en la región, es la nominación por el órgano supremo del poder judicial, que también llena sus propias vacantes.
- c) *Nominación mixta*: el órgano supremo del judicial es nominado políticamente y los jueces de segunda y primera instancia son nominados por co-optación por el órgano supremo, o bien los de segunda instancia por el supremo y los de primera instancia por los de alzada. Estas formas de nominación dentro del modelo empírico-primitivo, van acompañadas por variables que es menester tomar en cuenta a la hora de diagnosticar las falencias de cualquier magistratura en concreto, puesto que pueden agudizar o morigerar las características propias del modelo empírico-primitivo o lesionar en mayor o menor medida la independencia judicial. En este sentido es necesario tener en cuenta:

- Si la nominación es vitalicia o por períodos (inamovilidad relativa) y, en este último caso, si los períodos son más o menos prolongados (en caso de períodos muy cortos puede considerarse cancelada la garantía de inamovilidad).
- Si la remoción por inconducta es política o si radica en el órgano supremo y, en cualquier caso, de qué garantías está rodeada (la primera afecta la independencia externa, la segunda a la interna y la medida de las afecciones la proporciona el grado de indefensión del juez, que puede llegar a la cancelación de la garantía de inamovilidad).
- Si los respectivos órganos políticos o supremos son asistidos por algún órgano técnico (generalmente llamados “consejos”, pero que nada tienen que ver con los “consejos del modelo democrático de derecho) o si se prescinde de cualquier intervención técnica (Esto permitirá saber si se incorporan algunos elementos del modelo tecno-burocrático o si es un modelo empírico-primitivo más puro).

Esta clasificación nos muestra claramente que en los modelos empírico-primitivos no sólo se afecta el nivel técnico-jurídico por no garantizarse ningún procedimiento selectivo racional que lo preserve, sino que, en concreto, es un modelo que lesiona gravemente la independencia interna y externa de los jueces. Las variables referidas son simples indicadores del grado de lesión a la misma.

En cuanto al sistema de nominación política, tarde o temprano desemboca en la designación de personas que son más adictas o simpáticas a los políticos de turno. Provoca los inevitables y consabidos “agradecimientos” a quienes promovieron la nominación o bien la nominación tiene lugar condicionada por acuerdos previos, cuando no con el especial encargo de resolver favorablemente ciertos casos planteados o inminentes.

En el mejor de los casos, provoca la nominación de personas incompetentes o que han tenido la habilidad de disimular su ideología o su personalidad gris (pasar desapercibidos por su mediocridad).

La nominación por co-optación pura elitiza al poder judicial, desembocando en la “familia judicial”, destruye toda independencia interna de la magistratura, el juez queda sometido a los criterios superiores y la función jurisdiccional queda, en definitiva, en manos de una corporación jerarquiza-

da que tiende a hacerse hereditaria. Es posible que tenga cierto nivel técnico superior al de mera nominación política (por autoconservación de la propia élite), pero no produce jueces independientes ni imparciales, sino que tiende a producir jueces elitistas, clasistas, prejuiciosos, alejados de la comunidad y de sus problemas, refractarios a cualquier innovación progresista, la función jurisdiccional termina congelándose y cualquier creatividad se erradica.

La nominación mixta (política y por co-optación) tiene la rara virtud de reunir los inconvenientes —o la mayor parte de los inconvenientes— de ambos sistemas combinados. El poder judicial termina desapareciendo, porque los jueces son meros empleados de las cortes o tribunales supremos, es decir que nos hallamos con un órgano supremo designado conforme a las simpatías e intereses de turno y un conjunto de empleados sumisos o despedidos.

XI. Tendencias deteriorantes en las magistraturas empírico-primitivas

Hemos visto que existen tres modelos básicos o estructurales de magistraturas (empírico-primitivo; burocrático; y democrático de derecho), que son también tres estadios en la evolución política de las magistraturas dentro de la tradición jurídica europeo continental. Hemos destacado que la mayoría de las magistraturas latinoamericanas corresponden al modelo empírico-primitivo, estadio que fue superado en Europa continental en el siglo pasado, y que la única magistratura tecno-burocrática con selección fuerte es la brasileña. En estas magistraturas empírico-primitivas de América hemos destacado que la selección no democrática (no realizada por la vía del concurso público de oposición y antecedentes) se lleva a cabo por vía política, por vía de co-optación o por combinación de ambas y que los caracteres empírico-primitivos se marcan, más o menos, según que la movilidad y la dependencia sean más o menos acentuadas.

Resulta de este modo que, dentro del modelo empírico-primitivo, hay magistraturas que responden a distintas realidades que, a su vez, condicionan en las personas que las integran, diferentes grados y formas de deterioro de la imagen pública y de deterioro de la auto-percepción o auto-estima.

Ahora bien: el modelo tecno-burocrático también tiende a un general deterioro en los tres sentidos mencionados, que es el juez burocrático. Como los modelos reales rara vez se dan en sus formas puras y dentro del modelo empírico-primitivo existen grados de profundización de sus caracteres propios, hay algunas magistraturas empírico-primitivas que por atenuación de sus características estructurales provocan cierto grado de burocratización: el deterioro en forma de burocratización tiende en aumentar en la medida en que disminuye la aceptación de los caracteres empírico-primitivos. Por el contrario, en la medida en que los caracteres empírico-primitivos demarcan más, predomina el deterioro de la forma de degradación. De allí que:

- a) En los modelos empíricos-primitivos se combinan, en cierta medida tres formas de deterioro de la imagen pública, de la auto-percepción y de la personalidad de los jueces: la partidización directa y la degradación, con cierto grado de burocratización, que si bien es un deterioro propio del modelo tecno-burocrático, penetra en el modelo empírico-primitivo en la medida en que éste debilita sus caracteres.
- b) En los modelos tecno-burocráticos tiende a predominar el deterioro en forma de burocratización. En estos modelos, en la medida en que se debilitan sus caracteres propios y se refuerza la selección fuerte, tienden a aparecer algunos caracteres de jueces democráticos de derecho, aunque no predominen. La selección fuerte y la elevación del nivel técnico da lugar a que varios jueces inquietos rechacen las pautas burocráticas y se cuestionen su función, aspirando a mayores niveles de integración de los principios generales y de perfección del Estado de derecho.

A estas alturas de nuestra exposición, debemos formular una aclaración: una institución es una estructura de poder que se reproduce, es decir, que “cría sus pichones”, los entrena y modela sus actitudes e imagen. Se trata de estructuras de poder que, como cualquiera, tienden a internalizarse mediante un sistema de “matricería humana” y, por lo tanto, en el caso del judicial, generan “estilos de jueces”. Por supuesto que como el hombre es un ente complejísimo por excelencia, no siempre la “matricería” tiene éxito. De este modo, surgen las excepciones y los héroes, a veces callados y anónimos

y otras conocidos y contestatarios. Pero los héroes no abundan en ningún lado y las instituciones no pueden modelarse sobre su imagen, porque perderían sentido los altares y los monumentos. En el grueso de los casos, la “matricería” resulta y los disidentes permanecen como excepción o son directamente marginados o expulsados, según sea el grado de poder vertical o de militarización de la institución.

Es cierto que las instituciones las hacen los hombres, pero una vez hechas, son éstas las que hacen a los hombres, los modelan y reproducen. Resulta hartamente ridículo el espectáculo de políticos que se rasgan las vestiduras criticando a los jueces, cuando son ellos los que permiten o sostienen —con tal de nombrar a sus amigos o parientes— estructuras institucionales que condicionan para la incapacidad técnica, para la dependencia y para la parcialidad, cuando no para la corrupción y la domesticación; no están haciendo más que criticar la obra de su glotonería de poder inmediato.

Es necesario reflexionar esto para obviar las críticas puramente personales que, por justificadas que sean, no conducen a nada y menos a impedir la reproducción del fenómeno. Si se pretende resolver el problema, lo que debe hacerse es impulsar la institución en el sentido de su progreso político mundial. No pretendemos que exista una fatalidad, una “matricería perfecta”, porque no sería verdad.

Pero no es menos cierto que así como la familia patológica tiende a gestar un niño que será un adulto patológico, así como los padres imparten continuamente órdenes contradictorias a sus hijos tienden en general a ser esquizofrénicos, así como las familias autoritarias tienden a generar personalidades autoritarias o desquiciadas, las instituciones o los cuerpos con poder tienden a generar personas con características acordes con las pautas que se derivan del poder o de la forma de ejercerlo o evitarlo, por ello es ridícula la crítica de los políticos a “los jueces que tenemos”, como si los jueces proviniesen de Laponia o llegasen en OVNI, como si no fuesen un producto de la sociedad y de su poder, y si los políticos demagogos lo único que pretenden es dominarlos y controlarlos, tenerlos sometidos y obedientes, son los que menos autoridad tienen para quejarse cuando no responden a sus intereses o protagonizan algún escándalo del que el político, por puro clientelismo, pretende alejarse; si nuestros políticos, en lugar de sus bajos intereses corporativos e inmediatos o de sus poco claros intereses personales

profesionales, asumiesen su responsabilidad de conductores sociales demostrando que no están incapacitados para algo más que pensar en el poder y la ventaja inmediata, los jueces serían diferentes porque las instituciones los moldearían de modo diferente.

En una sociedad nadie nace por generación espontánea: ni los jueces, ni los policías, ni —por cierto— los políticos. Si cada uno de ellos tiende a ser como es, es porque así tiende a moldearlo la institución en que se enrolan, con las excepciones que toda matricería humana reconoce, para bien o para mal, y que son las que impulsan la dinámica.

XII. La tendencia al deterioro partidizante

Se trata, como hemos dicho, de una de las formas del deterioro de la imagen pública, de la persona y de la auto-percepción y auto-estima, propias del modelo empírico-primitivo de magistratura, caracterizada por el sometimiento directo a los dictados cambiantes del poder político o de grupos de presión política. Su forma más pura se observa en las dictaduras en que, además del servilismo y de la obsecuencia, se demandan expresiones ideológicas de identificación expresa. Fuera del contexto dictatorial, estas expresiones suelen tener menor importancia, cobrando primordial sentido el acatamiento a las instrucciones para resolver los conflictos que interesan al poder o los grupos profesionales vinculados al poder. En general, fuera del contexto dictatorial, la partidización directa tiende a combinarse con la degradación.

Cabe acotar que no siempre una dictadura se maneja con una magistratura de modelo empírico-primitivo. En Europa, las dictaduras que entre guerras se encontraron con magistraturas tecno-burocráticas y se manejan con ellas. La menor docilidad de estas magistraturas de estadio medio de evolución política determina que las dictaduras traten de reforzar el verticalismo, asegurarse el dominio de las cúpulas y crear tribunales especiales (orden público, seguridad pública, etc.). Algo parcialmente parecido tuvo lugar en Brasil con la dictadura militar.

XIII. La tendencia al deterioro degradante

Esta forma de deterioro se caracteriza por un notoria caída de las remuneraciones, que coloca a los jueces en situación de límite de necesidad, genera un amplio espacio para la corrupción y, en definitiva, provoca un proceso de selección inverso, porque van sobreviviendo los más corruptos y los más inhábiles para ganarse la vida fuera de la función. La corrupción –en éste como en cualquier otro ámbito– es un claro factor de sometimiento incondicional al poder, o sea, que es funcional al reforzamiento de la dependencia, dado que el corrupto es siempre más vulnerable al poder; se trata de una estructura que corresponde al deterioro que generalmente se hace padecer a las políticas, a las que se les paga mal, instigándolas de este modo a corromperse y, además, corrompiéndose se hacen más vulnerables y son sometidas más férreamente al poder de turno, denunciando o removiendo a quienes son renuentes en el acatamiento servil y diligente de las instrucciones impartidas.

Sin duda, que se trata de un modelo que fomenta actitudes personales tan deterioradas que, prácticamente, hace a los que la sufren irrecuperables para el ejercicio de la función. No es posible, en este caso, hablar de ideologías porque, simplemente, son actitudes que si no caen en la tipificación penal, deambulan por los bordes de la misma. Las variables son múltiples, porque la degradación no conocen límites. Se proyectan la imagen pública deteriorada del juez corrupto, que pasa a integrar un estereotipo popular y, por ende, a devolverse hacia todo el grupo con el consiguiente abatimiento de quienes resisten al condicionamiento institucional y la constante agresión a sus reparos morales.

XIV. La tendencia deteriorante del modelo de magistratura tecno-burocrática

En la medida en que una magistratura es menos empírico-primitiva y más tecno-burocrática, disminuyen las otras tendencias deteriorantes y aumenta la tendencia al deterioro por burocratización. El modelo tecno-burocrático garantiza un nivel tecno-jurídico mínimo, pero no garantiza la independen-

cia judicial. La burocratización es, justamente, una reacción defensiva frente a la subordinación o dependencia, sea interna o externa. En el condicionamiento de esta actitud operan varios y dispares factores, como son la jurisprudencia obligatoria formal, el peligro en la estabilidad funcional o movilidad, la promoción o “carrera”, el ataque político, la injuria y la difamación, las sanciones administrativas, las presiones políticas, los “consejos” policiales, etc.

El mecanismo de defensa que llamamos “burocratización” consiste en la asunción de un ritualismo que lleva a cumplir de modo reiterativo, obsesivo y sumiso con las mismas formas, olvidando por completo los contenidos u objetivos de la función.

Las actitudes que estos marcos de poder generan en los jueces frustran cualquier originalidad, anulan su creatividad, detienen los impulsos para perfeccionarse, terminan el interés en cualquier cosa que pueda sacarlos de la rutina y, en definitiva, denostan la actividad en sí misma, el tema salarial sume la centralidad de sus discursos, etc.

Para ahorrarse conflictos y sobrevivir les es necesario ocultar su ideología o hacer alarde de la que no comparten y, en el fondo, cuando han internalizado completamente las actitudes burocratizantes, terminan por no tener más ideología que un sistema de defensa que les permite subsistir dentro del marco institucional en que se hallan insertos. Con el paso del tiempo y el progreso del deterioro personal que estas actitudes condicionan, pueden llegar a los tribunales cupulares y desde ellos orientar el proceso reproductor de las mismas actitudes condicionantes de rol. La imagen pública que proyectan y reproducen es la del juez “aséptico”, a que ya nos hemos referido.

Dentro de este marco o modelo de magistratura, es posible hallar jueces en los que aún las pautas burocratizantes no se han internalizado completamente; otros que todavía ofrecen ciertas resistencias a las mismas y, por último, los que ya padecen una asunción del rol difícilmente reversible y altamente peligrosa, incluso en términos de salud mental.

La supervivencia de quienes no internalizan completamente la burocratización del grado de arbitrariedad para la remoción y ascenso que permita el sistema, aunque siempre son candidatos a la deserción, salvo que el sistema sea tan abierto que posibilite la evolución hacia un modelo democrático de derecho.

Aunque en las estructuras con tendencia burocratizantes interesan más las actitudes que las ideologías, siempre existen la tendencia a ocultar las últimas, aunque esto da lugar a fenómenos que merecen mencionarse. Para la estructura burocratizante, por lo general, no se considera una manifestación ideología toda aparición pública que identifique o refuerce la pertenencia del juez al stablishment, en tanto que lo es cualquier otra aparición pública considerada como “desubicada”: reuniones con opositores, vínculos con el sindicalismo, contactos o participación en grupos progresistas, en manifestaciones artísticas criticables por los sectores mojigatos, etc. En general, el burócrata, cuando debe exteriorizar su ideología porque no le resta alternativa, tiende siempre a hacerlo hacia las posiciones más elitistas y reaccionarias o antidemocráticas, no por ideología, sino por las dudas, aunque sin pecar de exageración peligrosa.

Esta actitud de “fascista moderado por las dudas”, que asume el burócrata, ha dado lugar a que se extienda el estereotipo y se afirme, como una verdadera fatalidad, que “los jueces son conservadores”. Esto es totalmente falso en dos sentidos:

- a) En principio, no se puede identificar una actitud de resistencia a cualquier cambio con “conservadorismo”, que suele ser una posición política respetable como cualquier otra.
- b) En segundo lugar, la resistencia al cambio y el ocultamiento de lo que se piensa –si es que se piensa– bajo el citado “fascismo moderado por las dudas”, no es más que el resultado del condicionamiento de la actitud burocratizante, es decir, que es parte del mecanismo de defensa inconsciente que se le hace introyectar dentro de este modelo de magistratura. Toda burocracia es resistente a cualquier cambio progresivo, porque el comportamiento obsesivo y reiterativo solo la habilita e incluso condiciona a los literatos a la reiteración de lo mismo, lo que se coloca en peligro con cualquier alteración de sus pautas. Jamás puede confundirse esto con una autentica ideología conservadora.

Cabe acotar que el juez burocratizado sufre una fuerte agresión de su identidad que, en muchos casos, no puede dejar de observarse en la forma de grave neurosis con serias consecuencias orgánicas. Existe, en el caso, una

grave violación del derecho humano a la identidad. La imagen “aséptica” que alguien, como vimos, la ridiculiza como la imagen del “eunuco judicial”, también hemos visto que es imposible, que es una aberración humana, pero lo cierto es que resulta estereotipada y le es devuelta por los mecanismos de interacción social que hoy mismo son bastante conocidos. En definitiva, el mismo interaccionismo simbólico nos explica la tendencia que todos tenemos a asumir los roles que se nos demandan conforme a los estereotipos y a responder positivamente a esas demandas, lo que es altamente peligroso en éste y en otros casos, para la propia salud, pues se termina sin poder acallar totalmente la culpa que genera no ser lo que nadie puede ser.

Si bien es cierto que en los modelos tecno-burocráticos con selección fuerte tienden a darse estos perfiles en forma más pura, también es verdad que la fortaleza de la selección y el parejo fortalecimiento de los vínculos verticales internos genera situaciones conflictivas generadoras de reacciones que impulsan a la asunción de actitudes del modelo democrático de derecho. El propio reforzamiento de la “matricería” burocratizante impulsa a la superación del modelo.

No obstante, puede suceder lo contrario, cuando por razones ajenas a la misma magistratura tecno-burocrática, el modelo tiende a deteriorarse hacia el modelo empírico-primitivo, o bien, cuando en un modelo empírico-primitivo con caracteres debilitados, se refuerzan los caracteres empírico-primitivos. En tales casos, no es raro hallar algunas situaciones simbióticas de deterioro burocratizante y de partidización directa, que suelen ser más peligrosas que los productos separados de ambos deterioros. El juez burocratizado que, por presión del poder político se ve obligado a identificarse externamente con una ideología sectaria, pierde la seguridad que le brinda su “asepsia” burocrática y, en algunos casos hay quienes procuran compensar esa inseguridad con una verdadera radicalización ideológica sectaria y con muestras externas de obsecuencia, servilismo y obediencia que perciben como devolución de la seguridad perdida. El producto es francamente lamentable y, en el plano personal, es la más completa agresión a la salud mental de una persona.

XV. Hacia la superación del modelo tecno-burocrático

En la última posguerra se afirmó el movimiento constitucional hacia los modelos de magistraturas democráticas de derecho en Europa continental. Los modelos tecno-burocráticos europeos necesitaban ser superados mediante un sistema que, además de la mínima jerarquía técnico-jurídica de la magistratura, garantice su independencia. La magistratura europea, desde más de medio siglo antes, había alcanzado y consolidado el nivel tecno-burocrático, que correspondía al positivismo legalista en el saber jurídico. Pero ese modelo no ha sido suficiente para contener el desborde de poder de las dictaduras de entre-guerras. Se planteaba, entonces, la necesidad de pasar de un modelo de magistratura con simple nivel técnico legal, a un modelo con nivel técnico constitucional y con un gobierno independiente que garantizase su independencia externa e interna, es decir, de una magistratura capaz de protagonizar la transición del estado “legal” de derecho al estado “constitucional” de derecho.

Como órgano de gobierno de las magistraturas democráticas de derecho, comenzaron a perfilarse los llamados “consejos de la magistratura”. Como modelos originarios de consejos de la magistratura podemos mencionar el francés de la Cuarta República y el italiano de la Constitución republicana de 1948. Como veremos, no puede confundirse este organismo, que es de gobierno del poder judicial, con otros de igual nombre pero diversa función, o que no renuncian a la jerarquización militarizada del poder judicial y que son frecuentes en América Latina. La mera sinonimia no puede movernos a confusión.

Para aclarar el importante fenómeno político que significó la aparición de estos órganos de gobierno independiente del poder judicial en los países de Europa continental, nos referimos a tres modelos concretos, que son el francés, el italiano y el español. Su análisis nos permitirá comprender los avances y retrocesos en este modelo de magistratura. No obstante, antes de llevar a cabo este somero análisis, creemos necesario detenernos un instante en el contexto histórico y en las causas del fenómeno político del surgimiento de los consejos de la magistratura como órganos de gobierno independientes de los poderes judiciales y su coincidencia con la generalización de los controles centralizados de constitucionalidad.

XVI. El marco histórico del surgimiento de los consejos europeos

Si bien hay antecedentes de los actuales consejos de la magistratura europeos anteriores a la última guerra mundial, especialmente en Italia y en menor medida en España, lo cierto es que éstos se configuran por vez primera en las constituciones de Francia y de Italia de posguerra. Son resultado de experiencias penosas que enseñaron a los políticos europeos la gravedad de los problemas que genera una magistratura no democrática (tecno-burocrática) a un régimen democrático.

Volvemos a recordar que en la mayor parte de América Latina nos enfrentamos con un problema de mayor gravedad, porque ni siquiera hemos alcanzado el nivel tecno-burocrático.

Los políticos europeos no son ni fueron nunca ángeles que regalasen poder. No obstante, el desastre, el holocausto y los millones de muertos, les alertaron sobre la actitud suicida que es para una democracia la articulación de una magistratura no democrática. Además, justo es reconocer la dimensión humana que les permitió acordar, a hombres de ideologías encontradas y hasta absolutamente incompatibles, los principios para su formulación. Esta capacidad de comprensión por más que la alienten las circunstancias, requiere una considerable división política y, acertados o descaminados en sus posiciones personales, creemos que, por esta amplitud que les permitió superar los intereses mezquinos y la tentación de repartirse los poderes judiciales como botín político; deben recordarse los líderes que los posibilitaron, como Alcide De Gasperi y Palmiro Togliatti, como Suárez y González.

En el caso francés, la tercera república había conservado la jerarquizada magistratura bonapartista, con todos sus defectos y entrenamiento. Cabe recordar aquí el caso de Magnaud. En realidad, creo que pocos han leído las sentencias de Magnaud, limitándose a repetir que éste era partidario del derecho libre e inexactitudes semejantes. En realidad, leyendo a Magnaud con criterio moderno, nos percatamos de que las sentencias “buen juez” no tienen nada de derecho libre, sino que están fundadas en derecho y lo único que hacía Magnaud era considerar a las norma constitucionales (republicanas) por sobre las leyes y códigos (bonapartistas y monárquicos). En su

tiempo y quizá con escasa técnica, no hacía otra cosa que jurisprudencia constitucional. Hoy tenemos sentencias de cortes constitucionales que son mucho más aventuradas hacia el poder que las de Magnaud, pero el enfrentamiento de esta actitud con la generalizada en la corporación judicial francesa imperial le valió un verdadero escándalo y el desprecio de casi todos sus colegas. Esa misma magistratura corporativa bonapartista no tuvo muy lucida actuación en el caso “Dreyfus” y, décadas después, no fue del todo brillante su actuación durante la ocupación alemana y bajo el régimen de Vichy.

Si observamos lo que ocurrió en Alemania, veremos que la República de Weimar se quedó con la magistratura imperial.

El partido socialdemócrata alemán renunció a su programa de elección popular de los jueces y no supo cómo reemplazarlo, terminando por confundir la independencia judicial con la inamovilidad de los jueces del káiser. Esa magistratura de burócratas de las clases acomodadas, igualmente entrenados en la aplicación literal de las leyes, fue considerablemente complaciente con los movimientos radicales de derecha e implacable con los agitadores de izquierda. De este modo, el partido nazi gozó de amplia libertad para minar las bases, democráticas de Weimar y, finalmente, con una mayoría relativa, adueñarse del poder y desbaratar las instituciones de la República. El grueso de esa magistratura siguió operando burocráticamente bajo el nazismo hasta el final de la catástrofe y cabe recordar aquí las reflexiones de Radbruch, que los consideraba poco menos que inimputables debido a su entrenamiento.

En Italia, al igual que en los dos países anteriormente mencionados, la magistratura había alcanzado cierto grado de tecnicismo en virtud de su sistema de selección fuerte. Incluso se había ido un poco más lejos que en los otros países, por la vía de un incipiente consejo de la magistratura. Con el advenimiento del fascismo se cortó completamente esta relativa autonomía, procediéndose primero a una depuración de todos los elementos no fascistas y reduciéndola luego a un ejército jerarquizado en once categorías y mal pagado, con jefes que dependían directamente del ministro de justicia. El consejo de la magistratura pasó a ser un simple organismo asesor del ministro de justicia y la magistratura fascista —es decir—, el resto de los burócratas sobrevivientes a la depuración — se refugiaron en la exégesis y en el tecnicismo-jurídico.

Después de estas experiencias, ante la necesidad de reorganizar los estados, los políticos europeos se hallaron en situaciones algo semejantes a las de los políticos latinoamericanos, especialmente cuando esa reorganización se impone después de largas dictaduras. No obstante, no debemos perder de vista las diferencias, entre las cuales cabe mencionar las siguientes:

- a) las catástrofes europeas fueron resultados de regímenes internos y de guerras internacionales; las latinoamericanas, si bien se enmarcaron en contextos internacionales, no son percibidas como resultado de esos conflictos;
- b) los políticos europeos provienen usualmente de partidos con mayor coherencia ideológica; los latinoamericanos, frecuentemente, muestran una ideología nebulosa o son producto de acuerdos coyunturales sin programas;
- c) las magistraturas de los países europeos habían alcanzado mucho antes el nivel del modelo tecno-burocrático; las latinoamericanas, con la excepción del Brasil y alguna otra de selección débil, se mantienen en el nivel empírico-primitivo más o menos marcado.

Habida cuenta de las citadas diferencias y de otras no menos importantes de marco general, lo cierto fue que en el contexto de las catástrofes a que habían contribuido magistraturas no democráticas, se pensó en el perfeccionamiento de la independencia judicial mediante los consejos de la magistratura como órganos de gobierno de las mismas.

Tal fue lo que sucedió en Francia y en Italia y treinta años después en España y Portugal. Este movimiento, insistimos, coincide con la adopción generalizada de las cortes constitucionales de control centralizado que ya hemos hecho referencia. Es menester insistir en esto, porque pone de manifiesto que la idea del moderno Estado constitucional de derecho en la Europa continental, nace apoyada en dos instituciones: las cortes constitucionales y el consejo de la magistratura.

XVII. Los modelos originarios de consejos de magistraturas

- a) La Constitución de la Cuarta República Francesa, había establecido un consejo de la magistratura que era un verdadero órgano de gobierno de la misma, pese a algunos defectos. La Constitución de 1958, por su parte, retrocedió organizando un Consejo Superior de la Magistratura que se reduce a un órgano de asistencia dentro del gobierno, pero que no ejerce el gobierno del poder judicial. En este sentido, la independencia judicial se mantiene hasta hoy a nivel relativamente bajo.

El Consejo Superior de la Magistratura francés, creado en 1958 está presidido por el Presidente de la República, el ministro de justicia es su vice-presidente y lo integran nueve miembros elegidos por el Presidente de la República, entre los cuales seis deben ser magistrados de una lista que propone el órgano supremo judicial –casación– en tanto que los tres restantes son dos extraños a la magistratura y uno de entre los miembros del consejo de Estado. Su función es la de expresar su parecer acerca de los candidatos a jueces propuestos por el ministro de justicia, aunque tiene derecho de veto en las candidaturas a magistrados de casación. En una comisión especial en que lo preside el presidente de la casación, impone sanciones administrativas a los magistrados.

Como es dable observar, no se trata de un órgano de gobierno del poder judicial, y, sin duda, inspira a todos los organismos con análoga denominación que en Latinoamérica se limitan a ser organismos auxiliares. Su composición parece dominada por la corte de casación o tribunal supremo y su función parece ser la de combinar la co-optación con la nominación política, o bien atenuar la nominación política con elementos co-optativos, pero teniendo en cuenta la previa selección fuerte que, de cualquier manera, impone un mínimo de tecnicismo jurídico.

- b) El consejo superior italiano está compuesto por el Presidente de la República, el primer presidente y el procurador de la casación y por otros treinta consejeros, diez de ellos electos por el parlamento en sesión común de las cámaras y veinte electos por todos los magistrados, en elección por listas y sistemas de cociente electoral. Cabe observar que aquí los magistrados que integran el consejo no son producto de una elección del poder judicial, puesto que no se reconocen jerarquías inter-

nas en la magistratura, sino electos por todos los jueces, cada uno de los cuales, sea del tribunal y de la instancia que fuere, tiene un voto; esto provoca los agrupamientos; nadie puede ser “aséptico” en este sistema. El consejo italiano tiene claras funciones administrativas y dado que ejerce el gobierno y la representación de toda la magistratura, ha tendido siempre a ampliar sus poderes, lo que le ha generado frecuentes conflictos con el gobierno y con el Presidente. Es, sin duda, el órgano de gobierno independiente más poderoso conocido en el derecho comparado. Su efecto ha sido un extraordinario impulso a la legislación y a la jurisprudencia.

- c) El Consejo del Poder Judicial español fue creado por la Constitución de 1978 y está presidido por el presidente del Tribunal Supremo e integrado por veinte consejeros, ocho de los cuales los elige el parlamento entre reconocidos juristas y los restantes doce son magistrados.

Según la ley orgánica de 1980, estos últimos eran elegidos como en Italia, pero conforme a la ley orgánica de 1985 pasaron a ser elegidos también por el parlamento, con lo que el consejo perdió una buena parte de su poder y cesaron los conflictos que, análogicamente a Italia, comenzaban a producirse en España; sus funciones son análogas a las del consejo italiano y, pese a la grave alteración en su composición que señala la ley de 1985, lo cierto es que continúa siendo un órgano de gobierno del poder judicial bastante independiente. Es dable suponer que el retroceso de 1985 será pasajero, según los esfuerzos que en el plano político sea capaz de realizar la magistratura española.

Estos tres ejemplos nos bastan para reflexionar sobre las dificultades que conllevan la instalación de un órgano independiente de gobierno del poder judicial. El ejemplo francés, con el notable retroceso que implica la Constitución de 1985, deja al consejo reducido a un órgano bastante auxiliar que en poco altera la situación anterior y, en definitiva, no nos sirve como modelo para resolver nuestros problemas.

Tengamos en cuenta que, tal como lo hemos observado, en nuestros países, salvo Brasil y algún otro en menor medida, no nos basta superar modelos tecno-burocráticos de magistratura, sino que ni siquiera hemos alcanzado ese nivel, dado que nos movemos en el nivel empírico-primitivo,

con jueces elegidos arbitrariamente por los cambiantes gustos del poder de turno o del “superior” en el seno de una corporación mutable o de una “familia” enquistada. El ejemplo francés en América Latina ha contribuido a confundir las ideas y a pretender que se había optado por un “consejo” como sistema, cuando en realidad no se trata más que de un control corporativo atenuado de las nominaciones que realiza el ministro de justicia.

Por otra parte —y pese al retroceso español de 1985— podemos hablar de un modelo “italo-español”, en el que tenemos verdaderos órganos de gobierno del poder judicial. A juzgar por los resultados que pueden observarse, especialmente en el país con más larga práctica, el modelo ha funcionado con gran efectividad. Podemos señalar los siguientes aspectos que creemos dignos de ser valorados:

- a) La magistratura italiana se ha enfrentado al terrorismo y lo ha desbaratado.
- b) La magistratura italiana ha denunciado y desbaratado organizaciones que pusieron en peligro la estabilidad democrática del estado y que estaban enquistadas en los mismos cuerpos de seguridad del Estado.
- c) Los políticos italianos tienen grandes y frecuentes conflictos con ella, porque sienten el peso de su poder controlador.
- d) La magistratura italiana es pluralista; existen organizaciones de magistrados demócrata-cristianos, socialistas e izquierdistas que disputan en su seno y se controlan y denuncian recíprocamente, lo que posibilitan un amplio control público de su actividad.
- e) La magistratura italiana se ha enfrentado y continúa haciéndolo, contra la mafia y la criminalidad organizada en general, a costa de la vida de sus propios jueces.
- f) El nivel técnico-jurídico de la magistratura italiana es altísimo, sus sentencias son de alta calidad, su control de constitucionalidad es fino y complejo, al menos en comparación con lo que usualmente conocemos en América Latina, a excepción de la jurisprudencia constitucional de los últimos años en Costa Rica, algunas sentencias de los tribunales supremos del Brasil, de Colombia y unos pocos ejemplos más.
- g) En la magistratura italiana, al erradicarse la “asepsia”, se ha impulsado la jurisprudencia y la crítica a la jurisprudencia y a la ley, promovien-

do un importantísimo movimiento de retroalimentación entre jueces y doctrinarios, con un notable impulso al nivel jurídico general del país.

- h) La integración del consejo por mayoría de jueces electos por todos los jueces del país, reduce o anula la dependencia interna y hace realidad el precepto con el que la Constitución de la República italiana de 1948 reaccionó frente a la jerarquización corporativa de la magistratura fascista: “ los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones ” (artículo 107, inc.2).

En síntesis:

1. En el pasado, Europa abandonó el estadio de la magistratura empírico-primitiva, pasando a la etapa tecno-burocrática, con lo cual superó el nivel paupérrimo de las magistraturas que son resumideros de todos los demandantes de “premios consuelo” en lo político o bien, de la elitista “familia judicial”.
2. Europa supo reconocer en la posguerra el peligro que implica la magistratura no democrática y las fallas en el control de la constitucionalidad.
3. Conforme a ello, produjo dos instituciones: las cortes de constitucionalidad –separadas de las de casación o “supremos”– y los concejos de la magistratura, como órganos de gobierno de los poderes judiciales.
4. Entre estos últimos, en tanto que el francés fue casi decapitado por la constitución de 1958, el español de 1980 fue limitado al modificarse la forma de elección de los magistrados que lo componen y, el que más lejanamente llegó en su autonomía fue el italiano, con gran beneficio para el progreso institucional y jurídico del país.

XVIII. Las enseñanzas de la comparación: el gobierno judicial

La comparación que hemos realizado nos muestra que, en general, en la región estamos en la etapa que Europa continental superó hace un siglo o más. No es fácil, en medio del aquelarre ideológico que criticamos, de la confusión en la que suelen caer los mismos teóricos, de los intereses corporativos y de la miopía y glotonería de nuestros políticos, comenzar a supe-

rar la situación, especialmente cuando ni siquiera llegamos a una etapa tecno-burocrática.

En principio, debemos replantear seriamente el problema del gobierno del poder judicial: ¿quién debe gobernar en una magistratura independiente?⁵

La idea bonapartista de la magistratura jerarquizada, militarizada, que se prolonga hasta el fascismo y que sufre el primer revés importante en la reacción antifascista que se concreta en la Constitución de la República Italiana, se nos ha metido muy dentro. Nos cuesta percibir que una magistratura independiente lo es, tanto de los poderes extremos como de las dictaduras o autoritarismos internos. Nuestros tribunales o cortes supremos, a la inveterada costumbre de defender espacios de poder como feudos, retienen o pretenden monopolizar el gobierno judicial. Esto redundará en perjuicio de nuestras magistraturas en dos sentidos: a) Por un lado, lesiona frontalmente –como lo hemos reiterado– la independencia interna de los jueces. b) Por otro lado, nuestros tribunales supremos cumplen muy defectuosamente sus funciones propias, como el control de constitucionalidad o la unificación de jurisprudencia, por la vocación llamativa pero entrañable que tienen hacia el ejercicio del poder interno. Tienden a considerar a los jueces como sus subordinados, no sólo en el plano administrativo, sino en el jurisprudencial, injurian y ridiculizan a los jueces que se apartan de su criterio, usan su poder o su peso político para presionarlos y para obstaculizarles los “ascensos”. En general, subordinan sus funciones a las administrativas y pierden la mayor parte del tiempo en estas cuestiones, por no decir en estas intrigas, pues frecuentemente derivan en ello.

Un juez constitucional debe ser un juez constitucional, un juez de casación debe ser un juez de casación, y ninguno de ambos debe perder su tiempo en comprar bombillos de luz o en reparar ascensos, en administrar una fábrica de muebles o un depósito o una empresa constructora. El pueblo les paga para que juzguen y quiere un buen servicio de justicia.

Debe quedar claro que la confusión entre las funciones de control de constitucionalidad y de casación con las de administración y gobierno judiciales, tiene el doble efecto de lesionar la independencia interna de los jue-

5 Véase en esta obra, Francisco Iturralde Albán, “Sector justicia y gobierno judicial”.

ces y de perjudicar seriamente las funciones de más alta calidad técnica e importancia política a cargo de los poderes judiciales.

Sólo el convencimiento de que los jueces son y no hay entre ellos otra jerarquía que la derivada de la condición de juez, puede aclararnos esta confusión. No puede haber “superior” ni “inferior” entre los que “dicen el derecho”. Un juez de alzada no es “superior” del de primera instancia, sino que simplemente cumple una función diferente, tiene una competencia diferente, y nada más. Ordenamientos judiciales incuestionablemente democráticos, como el italiano y el español, nos enseñan hoy esta premisa, que es el modelo exactamente contrario al de una corporación jerarquizada. Dentro de la función jurisdiccional, el juez no sólo no puede ser empleado ni dependiente de nadie: desde el juez de paz hasta el juez constitucional, todos son jueces y tienen la misma jerarquía “judicial” con diferentes competencias.

Nos permitimos observar que es falso desde el punto de vista del servicio, que los tribunales superiores deban tener mayor jerarquía por la “importancia” de sus funciones. El usuario puede verse perjudicado por las decisiones de un juez de primera instancia que por las de un tribunal colegiado.

Si pensamos, por ejemplo, en las facultades de nuestros jueces de instrucción, veremos que una resolución del mismo puede ser corregida por un tribunal de alzada o incluso por uno supremo, pero el daño será irreparable, porque la corrupción llegará cuando ya se ha materializado, cuando el delincuente o las pruebas han desaparecido o cuando la persona ha estado indebidamente privada de libertad un tiempo considerable. Esto basta para probar que no se trata de una jerarquización por la “importancia” de las funciones, sino simplemente porque “gobiernan”, lo que por otra parte favorece también la dependencia externa, dado que a los poderes políticos les es mucho más sencillo controlar un pequeño grupo constitutivo del órgano paupérrimo que controlar a la totalidad de la magistratura. De este modo, los gobiernos en los supremos no sólo afectan la independencia interna, sino que medianamente favorecen la dependencia externa.

Para materializar esta idea, la primera premisa es que el gobierno judicial debe estar a cargo de un organismo judicial diferente de los órganos supremos o de últimas o extraordinarias instancias. Este organismo, como es natural, debe estar prioritariamente compuesto por jueces, pero aquí es

donde debe imperar el criterio democrático: si la magistratura no es un ejército, cada juez debe tener un voto para elegir su representante al consejo y el sistema más democrático es el de lista completa y cociente electoral u otro que garantice la representación proporcional de los diferentes grupos de magistrados. De este modo, los jueces se asociarán de acuerdo con sus percepciones de la realidad o sus comprensiones del mundo y estarán representados proporcionalmente mediante comicios en los que voten todos los jueces del país.

¿Y las “camarillas”? ¿No habrá jueces que se enquisten y se dediquen exclusivamente a ser “consejeros”? La solución es simple y está consagrada en los sistemas comparados: se prohíbe la reelección de los consejeros jueces, salvo que haya uno o dos periodos intermedios, lo que fuerza a la rotación.

¿Y la representación popular? ¿Los diputados, como representantes del pueblo no tienen nada que hacer en el gobierno judicial? La respuesta negativa no sería correcta. Lo correcto sería pensar que el órgano de gobierno judicial debe componerse de jueces en forma mayoritaria, pero en su seno deben oírse las voces de las diferentes corrientes políticas por las que vota el pueblo. De allí que sea importante que una minoría del consejo se integre con juristas extraños a la jurisdicción. Esto es lo que hacen los consejos europeos, en los que una minoría (tercera parte) se compone de destacados juristas nombrados por el Parlamento en proporción a las respectivas representaciones parlamentarias. De este modo, los partidos con representación parlamentaria tienen sus representantes en el órgano de gobierno de la magistratura, pero en proporción razonable y por medio de técnicos que comparten su filiación política.

Este órgano de gobierno equilibrado, debería tener a su cargo las siguientes funciones:

- a) Las generales de administración y superintendencia que hoy, por lo general, tienen los tribunales o cortes supremos.
- b) Las funciones disciplinarias que no impliquen remoción ni suspensión de magistrados.
- c) Las necesarias para elaborar y ejecutar su propio presupuesto (autarquía financiera) conforme a un porcentaje razonable del presupuesto nacional que se le asigne anualmente.

- d) Las de convocar a los concursos para proveer las vacantes. Las leyes deberán regular la materia en forma que garantice que los jurados de los concursos públicos de antecedentes y oposición estén integrados por los mejores especialistas y catedráticos del país en la materia de que se trate.
- e) La de desestimar in limite las denuncias infundadas contra magistrados, como también la de sancionar a los denunciantes irresponsables.
- f) La de convocar al jurado de enjuiciamiento de magistrados en caso de denuncias fundadas que puedan dar lugar a remoción o suspensión. El jurado debería estar cuidadosa y detalladamente reglamentado por ley y su integración consagrada constitucionalmente, garantizado que sea pluralista y amplia (jueces con diferentes competencias, juristas independientes, parlamentarios, jueces y magistrados retirados, etc.), como también con amplia garantía de prueba y defensa.

La inamovilidad de los magistrados implica varias condiciones que deben ser garantizadas y preservadas de la autoridad del gobierno judicial:

- a) Los jueces no pueden ser trasladados sin su consentimiento.
- b) No se deben permitir alteraciones a su competencia ni distribuciones arbitrarias de causas, salvo por reformas legales generales.
- c) No se deben permitir la disminución de su remuneración, ni nominalmente ni por privación de aumentos compensatorios en caso de inflación monetaria.
- d) Los jueces deben ser vitalicios o nombrados por períodos suficientemente prolongados con alguna garantía previsional para el supuesto de no ser reconfirmados al término del mismo. De este modo quedaría neutralizada una de las más frecuentes y razonables fuentes de dependencia, provocada por la angustia ante la proximidad del mandato.

XIX. Los consejos “engañosos”

Es necesario tener en cuenta que, con frecuencia, se disfraza una designación política, una co-optación o un sistema mixto de designación, con el

nombre de “consejo de la magistratura”, lo que es bien común en América Latina. Debe quedar claro que los consejos a que nos referimos aquí, como característicos de las magistraturas de modelo democrático de derecho son:

- 1) Órganos independientes del gobierno del poder judicial;
- 2) presuponen que el acceso a la función judicial y la promoción se realizan por concurso público de antecedentes y oposición;
- 3) no están dominados ni integrados en representación de los cuerpos políticos (serían formas encubiertas de nominación política);
- 4) no están dominados ni integrados en representación de los órganos supremos judiciales (serían formas encubiertas de nominación por co-optación);
- 5) no se reparten el dominio entre cuerpos políticos y órganos judiciales supremos (serían formas encubiertas de nominación mixta);
- 6) no admiten representación jerarquizada de órganos judiciales supremos (serían un regreso al modelo tecno-burocrático).

En síntesis:

Es necesario que quede claro que el bautismo de cualquier cuerpo orgánico como “consejo”, sea para encubrir o para facilitar las formas de gobierno o de nominación propias de los modelos empíricos-primitivos o tecno-burocráticos, no es más que la simulación o apariencia de un modelo democrático de derecho.

XX. Los argumentos “folcloristas”

No ignoramos que cualquier reforma progresista en las estructuras judiciales de la región implica un cambio de poder, una democratización del mismo, que generará las resistencias propias de cualquier reforma de este género. Lo importante, a nuestro juicio, no son las resistencias que las descontamos sino la confusión que pueden sembrar los argumentos falaces. Nos hemos hecho cargo de algunos y para redondear nuestro pensamiento sintetizamos lo medular de nuestra tesis del siguiente modo:

- 1) Existen tres modelos estructurales de magistratura que corresponden a tres estadios de su evolución política a escala mundial dentro de los países de tradición jurídica continental europea.
- 2) La mayoría de las magistraturas latinoamericanas se halla en el estadio empírico-primitivo, que es el más atrasado y que Europa superó en el siglo pasado.
- 3) Ese estadio no se superará hasta que no se introduzca la selección y promoción por medio de concurso público de antecedentes y oposición (sistema de selección técnica fuerte).
- 4) La selección técnica fuerte garantizará un modelo tecno-burocrático de magistratura que no debe confundirse con el estadio más avanzado, que es el de la magistratura democrática de derecho de la posguerra europea, que sólo se alcanza cuando la selección técnica fuerte va acompañada por un gobierno independiente mediante un organismo representativo de la magistratura y de la opinión jurídico-política, adecuadamente equilibrado y reglamentado.

Esta perspectiva quizá sea criticable por ser demasiado lineal y requiera de alguna matización, que no tenemos tiempo para desarrollar aquí, pero lo que nos resulta penoso es que se pretenda negarla frontalmente con argumentos “folcloristas”. En tanto que por “folclórico” entendemos algo sumamente respetable, por “folclorista” entendemos una caricatura de folclore y bajo este acápite caricaturesco colocamos ese género de argumentos con que, en toda ocasión y materia, se pretenden rechazar las reformas que impulsan a la democracia y que, en nuestro caso, serían las siguientes: a) que nuestros países “no están preparados”; b) que no tenemos juristas; c) que se trata de instituciones foráneas que se oponen a nuestras “tradiciones nacionales”.

- a) Nunca se define en estas ocasiones al “país preparado” para algo. Se trata de una frase hecha que oculta los mayores autoritarismos. Si de “preparación” se trata, las largas guerras civiles que ocurrieron en todos nuestros países después de la independencia, no harían más que probar que no estábamos “preparados” para ellas.
En consecuencia, los que sostienen esta posición, si fuesen coherentes, hubiesen sido realistas y combatido a Bolívar, Sucre, San Martín, etc.

Por otra parte, con demasiada frecuencia hemos oído que nuestros países “no están preparados para la democracia”, y omitimos calificar a quienes así se expresaron por obvias razones de etilo académico. Nadie está “preparado” para la democracia ni para las reformas democráticas; la “preparación” resulta de la propia dinámica de la reforma.

No lo estaba la Italia de la posguerra, saliendo del fascismo y derrotada en una guerra; no lo estaba la Francia que salía de la ocupación y de Vichy; no lo estaba la España que salía del franquismo ni Portugal que salía del salazarismo. Y ello es lógico, porque no se puede poner el carro delante de los bueyes.

- b) Si en alguno de nuestros países el nivel jurídico no es muy elevado, no creemos que pueda lograrse la elevación del mismo con una magistratura empírico-primitiva en que para ingresar y promocionar o para litigar frente a ella, sea título suficiente el compadrazgo con el político o el juez supremo de turno.

El nivel técnico y de independencia de una magistratura marcará el paso del nivel jurídico de un país y no puede aspirarse a un nivel jurídico alto con magistraturas deterioradas, empíricas y dependientes. Volvemos a colocar el carro delante de los bueyes.

- c) El tercer argumento es, en cierto sentido, el más curioso, pero al mismo tiempo, el que nos resulta más irritable; es menester confesarlo porque mezcla las nacionalidades y nuestras culturas con lo antidemocrático, con lo degradado y, en ocasiones, con lo corrupto.

¿Cuáles son nuestras tradiciones? ¿Los jueces deteriorados y las magistraturas dependientes? ¿Las designaciones arbitrarias de los amigos? ¿Acaso la corrupción es nuestra tradición? Y en cuanto a que las instituciones del modelo democrático de derecho son foráneas: ¿acaso nosotros inventamos las repúblicas? ¿No son “foráneas” las instituciones en que se inspiraron todas nuestras constituyentes? ¿Somos los autores de la Carta de Virginia o de la Declaración de 1789? ¿Nuestras constituciones no adoptan acaso instituciones europeas y norteamericanas? ¿Hemos inventado el unitarismo y el federalismo?

Creemos que el argumento no resiste el menor análisis racional, pero lo grave es que su falacia ensucia las mejores tradiciones de nuestros pueblos con la pretensión de que instituciones deterioradas y antidemocrá-

ticas enraízan con nuestras culturas. No sólo se trata de argumentos antidemocráticos, sino también gravemente ofensivos para nuestras culturas latinoamericanas y para las largas luchas de nuestros pueblos.

XXI. La racionalidad del poder republicano

La república es un ideal que procura racionalizar el poder; la democracia es otro ideal que procura encontrar en el pueblo la única fuente de poder terreno. Estos ideales se van concretando históricamente en diferentes grados y medidas.

La jurisdicción debe progresar en ese ritmo, acompañando el avance de la materialización de los ideales republicanos y democráticos. No habrá progreso republicano y democrático sin una jurisdicción que lo garantice mediante su organización y funciones. El efectivo control de constitucionalidad y el gobierno autónomo del poder judicial son los pilares en que se asientan las democracias avanzadas surgidas en la posguerra, en medio de las ruinas dejadas por los descaminos anteriores.

Las carreras
judiciales

Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia

Vanesa Aguirre Guzmán

Sumario:

I. Introducción. II. Los “componentes” de las carreras de la Función Judicial. 2.1. A quiénes se aplican las previsiones de la carrera. 2.2. El ingreso a la Función Judicial. 2.2.1. Principios y reglas aplicables al concurso de oposición y méritos. 2.2.2. La designación de juezas y jueces, conjuezas y conjueces de Corte Nacional, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública o Defensor Público General. 2.2.3. El curso de formación inicial. 2.3. Las carreras judicial, fiscal de la defensoría y las carreras administrativas. La razón de la introducción de categorías en el COFJ. 2.4. La garantía de estabilidad: concomitancia con la evaluación periódica. El régimen disciplinario y las sanciones administrativas. 2.4.1. La evaluación periódica. Factores a considerar. 2.5. La Escuela de la Función Judicial y su rol en la formación inicial y en la capacitación continua. III. A manera de conclusión. IV. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de los fundamentos o pilares del nuevo modelo de gestión judicial que propugna el recientemente promulgado Código Orgánico de la Función

Judicial (COFJ)¹, radica en el establecimiento de un verdadero sistema de carrera para sus servidoras y servidores, en los diversos estamentos que hoy son parte de dicho poder.

Es necesario reiterar en que los cambios propuestos en el COFJ tienen un eje central: la justicia debe ser vista –y no es simple redundancia– como un verdadero servicio público, cuyo objetivo final es satisfacer las necesidades de las y los usuarios, sea en el ejercicio de la judicatura, en la fiscalía o en la defensoría pública. Y una de las primeras medidas a tomar, como en cualquier organización medianamente eficiente, es una verdadera reorganización del sistema de gestión y administración del personal, que vaya creando además una conciencia de pertenencia y compromiso entre la servidora o el servidor judicial y la institución², único camino hacia una permanente superación.

Debe recordarse, en primer lugar, que la Constitución ha transformado radicalmente la estructura de la Función Judicial. Así, mientras la antigua Carta Fundamental consideraba únicamente a las cortes, tribunales, juzgados y al Consejo Nacional de la Judicatura como órganos de este poder (artículo 198), la vigente integra a la Defensoría Pública, la Fiscalía General del Estado (como órganos autónomos), y expresamente a los órganos auxiliares (servicio notarial, martilladoras y martilladores judiciales, depositarias y depositarios judiciales y los demás que determine la ley), aunque éstos últimos no son amparados por la carrera³.

En todo caso, el COFJ adopta el término “carreras de la Función Judicial”, considerándolas como un *sistema*. De esta manera, resulta insuficiente referirse únicamente al término *carrera judicial* –que se ha utilizado

1 Suplemento al R. O. 544: de 9-mar.-2009.

2 Cfr. David F. Varela, “El Banco Mundial y la reforma judicial en América Latina”, en *Reforma del Estado y Derechos Humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1999, p. 131.

3 Aunque la antigua legislación hacía ya referencia a los órganos auxiliares de la Función Judicial. V. gr., el “Reglamento de Carrera Judicial”, dictado por la ex Corte Suprema de Justicia (R. O. 564: 16-nov.-1990) señalaba que el término *servidor judicial* y la normativa de la carrera judicial comprenden a los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, síndicos, liquidadores de costas, depositarios judiciales y martilladores públicos, con las limitaciones señaladas en dicho Reglamento. En el Código, éstos no son servidores judiciales, por lo cual no rige para ellos las previsiones de la carrera, excepto en lo que tiene que ver con la exigencia del concurso público de oposición y méritos para ocupar el cargo.

comúnmente—, pues como se verá más adelante, aunque el sistema es diferenciado, integra perfectamente a todos los estamentos judiciales bajo principios que son comunes a un servicio público probo y eficaz.

Es evidente que el poder judicial, como parte de la administración pública, no es ajeno a ese propósito y requiere de funcionarias y funcionarios profesionales y capacitados, que presten un servicio eminentemente *técnico*⁴. La efectiva implementación de un verdadero *sistema de carrera* busca, precisamente, que ingresen a la judicatura, a la Defensoría y a la Fiscalía aquellas y aquellos profesionales cuyo contingente contribuya de mejor manera a estas finalidades.

Resalta en el COFJ la introducción de los principios que deben regir el sistema de carrera de servidoras y servidores de la Función Judicial. Cabe recordar que la antigua Ley Orgánica de la Función Judicial (LOFJ) no ofrecía un panorama sistemático, ya que si bien dedicaba un título (el IV) a la “carrera judicial”, en otros acápites podían encontrarse disposiciones relativas a escalafones, forma de nombramiento, ascensos y sanciones. La falta de una visión unitaria incidió para que, en la práctica, se instaurasen verdaderos regímenes paralelos entre los grupos profesionales que hasta antes del 2008 integraban la Función Judicial, perjudicando a unos y beneficiando a otros servidores, o bien se incluyese en la carrera a quien, por la naturaleza de las labores desempeñadas, no podía ser considerado estrictamente como servidor judicial. Y la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura (LOCNJ)⁵ tampoco introdujo regulaciones precisas sobre la materia, por lo cual se hacía necesario proponer un cambio radical, que defienda los derechos de servidoras y servidores, pero al mismo tiempo estableciera verdaderos principios y mecanismos rectores que posibilitasen el ingreso, evaluación, ascenso y separación de quienes integran la Función Judicial.

Lo propio cabe señalar respecto a la Fiscalía General del Estado: la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público⁶ tampoco establecía en forma metódica disposiciones sobre la carrera fiscal, y remitió al reglamento

4 Cfr. Eugenio Zaffaroni, *Dimensión política de un poder judicial democrático*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1992, p. 23.

5 R. O. 279: 19-mar.-1998.

6 Codificación publicada en el R. O. 250: 13-abr.-2006.

orgánico funcional⁷ la regulación de esta materia; y aunque este cuerpo contiene normas bastante precisas, sin embargo nada dice de las faltas administrativas o de los criterios para sancionarlas. Lo propio cabe decir del “Reglamento que regula el estatus jurídico de la Dirección Nacional de Defensoría Pública y de derechos y garantías constitucionales”⁸, en el que no se contemplan cuestiones inherentes a un sistema de carrera, quizá debido a la transitoriedad de la institución.

Desde luego, el problema no radica en que existan diversas regulaciones, sino en que no estén integradas bajo unos mismos principios o guías, y que no contemplen todos los elementos que deberían estar presentes en un verdadero sistema de carrera. Por ejemplo, quedó al arbitrio de la autoridad que dicta un reglamento la determinación de cuestiones tan importantes como las faltas y sanciones que merecen quienes las cometan, con quebranto del principio de legalidad. Así, la idea de unificar regímenes finalmente tiene como objetivo proteger a los servidores judiciales y garantizarles, en los términos señalados por la Constitución, una verdadera carrera en la Función Judicial. Debe recordarse que las políticas de justicia establecidas en el COFJ buscan “garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y los demás principios establecidos en la Constitución y este Código” y, dentro de esas políticas, las de recursos humanos tienen por finalidad –siempre relacionadas con “los grandes lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo”– consolidar “la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública”, fortalecer la Escuela de la Función Judicial, y erradicar la corrupción (artículo 3).

Se trata, por lo tanto, de que la organización y administración del personal permita no solamente contar con los mejores elementos y que funcionarias y funcionarios judiciales se vean permanentemente incentivados hacia la excelencia en el servicio público-judicial –lo que inevitablemente representará beneficio y garantía para el justiciable de un acceso a un sistema verdaderamente profesional–, sino de garantizar a servidoras y servidores judiciales un sistema de carrera que contemple elementos mínimos, como los que se verán enseguida.

7 Acuerdo 001-A-2001-MFG, R. O. 289: 21-mar.-2001, modificado por el Acuerdo 016-MFG-2007, publicado en el R. O. 93: 29-may.-2007.

8 Resolución 024-D-DP-2007, R. O. 174: 20-sep.-2007.

En definitiva, las voces que han expresado tanto temor ante un sistema que, dicen, resta autonomía o promete ineficacia por el posible entrampamiento que representaría el traslado de competencias –totalmente– administrativas a un órgano como es el Consejo de la Judicatura, concretamente en lo relativo al manejo del personal, olvidan un principio básico de administración eficaz: juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores deben dedicarse a sus tareas específicas, y no deben conservar potestades en aspectos administrativos, financieros o de manejo de personal, que restan tiempo y energías para el desarrollo de las labores propias⁹.

II. Los “componentes” de las carreras de la Función Judicial

2.1. A quiénes se aplican las previsiones de la carrera

La Constitución se refiere a las carreras judicial, de la defensoría y fiscal en los artículos 170, 191 inciso tercero y 197, respectivamente. Pero los principios aplicables a los componentes que integran la carrera son los mismos, como se verá enseguida, por lo cual no existe razón para sostener que cada estamento deba regirse por reglas particulares, salvo en lo concerniente a la formulación de los *perfiles* de la formación de cada funcionaria o funcionario, o la denominación de los cargos en cada carrera.

Es preciso advertir que el Código utiliza el término *servidora/servidor de la Función Judicial* de forma general¹⁰ para denominar a todos quienes, de

9 Éste es un punto en el que debe insistirse con fuerza: ninguna reforma rendirá frutos si no se implementa *en la práctica* una medida tan simple de “buena administración”. Así, debe coincidir plenamente con quienes señalan: “El éxito en la gestión judicial depende, en buena medida, de la existencia de estructuras adecuadas y funcionales. No existe razón alguna para hacer coincidir las instancias jurisdiccionales con las administrativas. Lo pertinente es que ambas tengan canales propios, cautelándose el carácter instrumental de las segundas”, Iván Lavados Montes y Juan Enrique Vargas Viancos, “Gestión judicial”, en *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, p. 25. La discusión, en todo caso, está claramente superada porque la Constitución señala que el Consejo de la Judicatura será el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial (art. 178).

10 Art. 38.- CONFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.- Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial:

una u otra forma, prestan su contingente a ella, exceptuándose expresamente a quienes desarrollan labores en las que prima el trabajo físico sobre el intelectual y están sometidos al Código del Trabajo.

Aunque el término “servidora/servidor judicial” sea utilizado de esa manera, esto no equivale a decir que todas las servidoras o todos los servidores judiciales pertenecen a la carrera judicial. El Código distingue en su artículo 42 dos estamentos: uno integrado por quienes ejercen las labores propias de la judicatura, la fiscalía y la defensoría, y otro integrado por quienes colaboran directamente con esas funciones. Es necesario distinguir entre ambas esferas para profesionalizar la actividad de los órganos judiciales.

Según el artículo 43, a quienes pertenecen a las carreras judicial, fiscal y administrativa, les es aplicable el COFJ, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos respectivos; quienes pertenecen a la carrera administrativa, es decir, quienes *no desempeñan funciones como juezas, jueces, fiscales, defensoras públicas o defensores públicos*, están sujetas y sujetos al COFJ y subsidiariamente a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, debido a la naturaleza *auxiliar* de sus funciones.

Nótese que el concepto “carrera administrativa” se vincula en todo momento con las servidoras y los servidores que brindan su contingente *en los despachos judicial, fiscal o defensorial*. Ni en el artículo 42 ni en el artículo 43 se incluye como parte de la carrera judicial o administrativa a quienes

-
1. Las juezas y jueces; las conjuetas y los conjuetes, y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados de primer nivel;
 2. Las juezas y jueces temporales, mientras estén encargados de la unidad;
 3. Las vocales y los vocales, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en el Consejo de la Judicatura;
 4. La Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora o Defensor Público General, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Fiscalía General del Estado y en la Defensoría Pública;
 5. Las notarias y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial; y,
- Quienes sean designados servidoras y servidores judiciales provisionales para prestar servicios en los órganos de la Función Judicial.

laboran en el Consejo de la Judicatura, por la simple razón de que estas funcionarias y funcionarios no desempeñan tarea alguna en juzgados, fiscalías o despachos defensoriales, sino en el manejo, organización y evaluación del personal como en cuestiones financieras o de administración de recursos. Su labor es, por lo tanto, instrumental. Ello no significa, desde luego, que no tengan derecho a un sistema que es común a todo el servicio público; por ello, a las servidoras y los servidores del Consejo de la Judicatura y demás dependencias administrativas les es aplicable, como a cualquier otro servidor del Estado, la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y esto es de lógica: los regímenes de quienes laboran en el sector estatal *instrumental* se deben unificar, conforme manda la propia Constitución (artículo 229)¹¹. Las disposiciones del Código les serán aplicables en lo pertinente: por ejemplo, la exigencia del concurso para el ingreso a la Función Judicial; el deber de realizar evaluaciones periódicas; no interferir a título de supervisión en los juzgados o fiscalías, etc.

Por último, el COFJ expresamente señala¹² que quienes desempeñen labores en las que predomine el esfuerzo físico, se rigen por las disposiciones del Código del Trabajo, de conformidad con lo señalado por el artículo 229 de la Carta Fundamental ya citado.

Las y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, las juezas y los jueces de la Corte Nacional de Justicia y las conjuetas y los conjuetes, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública o el Defensor Público General, las notarias y los notarios y quienes prestan sus servicios en las notarías, así como las servidoras y los servidores que desempeñan labores en que prima el esfuerzo físico sobre el intelectual, no pertenecen a

11 “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

12 Art. 44. Cabe señalar también que los trabajadores que laboran en las notarías se someten, igualmente, al Código del Trabajo y no pertenecen a ninguna de las carreras.

ninguna de las carreras de la Función Judicial¹³. Para su designación, sin embargo, rige la exigencia general del concurso de oposición y méritos con impugnación y control social¹⁴. Tampoco pertenecen a la carrera depositarias y depositarios judiciales, síndicas y síndicos, martilladoras y martilladores, liquidadoras y liquidadores, quienes forman parte de los órganos auxiliares de la Función Judicial; aun así, para integrar las listas de personas idóneas para desempeñarse como tales, las candidatas y los candidatos deben ser seleccionadas y seleccionados mediante concurso de méritos y oposición¹⁵.

2.2. El ingreso a la Función Judicial

2.2.1. Principios y reglas aplicables al concurso de oposición y méritos

El artículo 36 del COFJ señala que en los concursos de ingreso a la Función Judicial y en la promoción de las servidoras y servidores judiciales, “se observarán los principios de igualdad, probidad, no discriminación, publicidad, oposición y méritos”. La fase de oposición, a la que se habrá accedido una vez que se verifiquen requisitos fundamentales de idoneidad¹⁶, comprende la rendición de pruebas teóricas, prácticas y psicológicas; mientras que los méritos sustanciales de cada concursante se valorarán con criterios objetivos, de conformidad con el reglamento que deberá dictar el Consejo de la Judicatura. La norma establece que estos concursos se realizarán con participación ciudadana y control social, de conformidad con el reglamento que debe dictar el órgano rector de la Función Judicial.

La implementación y regulación de los procesos de ingreso es el primer paso hacia la consecución de un servicio público más o menos profesional. En el ámbito de la judicatura, bien recuerda Zaffaroni¹⁷ que en Latinoamérica los procesos de reforma judicial están intentando recorrer el camino desde un modelo *empírico-primitivo* (donde predomina la nomi-

13 Art. 42.

14 Art. 52..

15 Art. 308.

16 Especificados en los arts. 55 y 56 del COFJ.

17 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Op. cit.*, pp. 27-29.

nación sin control o posibilidad de impugnación), hacia –al menos– un modelo tecno-burocrático (donde el sistema de escalafón por méritos, aunque garantiza un nivel técnico mínimo, tiende a burocratizar el desempeño del servidor y le resta ánimo creativo). Desde luego, la meta ideal será llegar hacia un “modelo democrático de magistratura”¹⁸ y, aplicando este concepto a todos los sectores que hoy integran la Función Judicial, lograr tanto un mínimo nivel técnico y jurídico que además garantice el ingreso de personal independiente y con iniciativa, como el ascenso de quienes están verdaderamente comprometidos con institucionalización de la justicia.

Desde luego, no hay sistema de elección o de ingreso perfecto; pero la constante discusión –y tránsito de un sistema a otro– sobre cuál es el modelo que debe elegirse ha sido replanteada en innumerables ocasiones, debido a la cada vez mayor relevancia política del poder judicial en la organización del Estado¹⁹. Y el Código ha procurado transitar hacia un sistema más transparente, con reglas muy claras.

Hay algunos principios que deben considerarse, tales como los de *igualdad de oportunidades*, de *formación*, de *selección por la idoneidad*, de *independencia* de quienes resulten elegidos, y de *acceso al cargo* “por derecho pro-

18 En el que se asegura tanto el nivel técnico-jurídico indispensable para ejercer estas funciones, mediante el concurso público de merecimientos y oposición, así como la independencia de los seleccionados, mediante la transferencia del gobierno del poder judicial a un órgano distinto del Ejecutivo y del máximo tribunal de justicia, que debería estar integrado “[...] en forma equilibrada por una mayoría de jueces que representan a todos sus colegas y una minoría de juristas independientes designados por la representación popular” (Eugenio Raúl Zaffaroni, *op. cit.*, p. 29).

19 Cfr. Carlo Guarnieri, “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial español, 2001, pp. 19-39. En este sentido, precisa, *Cuadernos para la reforma de la justicia. Las escuelas judiciales*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 17, Néstor Pedro Sagüés, que “Los procedimientos de selección y de designación de jueces no constituyen instancias neutras o políticamente esterilizadas; detrás de cada sistema, en efecto, aparecen con mayor o menor nitidez planteamientos doctrinarios o ideológicos. Elegir y nombrar a un juez importa integrar un sector del Poder Judicial; y esto, obviamente, es cuestión de suma importancia para el desenvolvimiento de la vida de cualquier Estado”. Se puede encontrar una completa revisión de los sistemas de elección en los países latinoamericanos en Luis Salas y José Ma. Rico, *Carrera Judicial en América Latina*, San José, Costa Rica, Centro para la Administración de Justicia de la Florida Internacional University, 1990, pp. 9-15.

*pío*²⁰. En todo caso, así lo ha recogido el COFJ, siguiendo desde luego los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 170 y 176.

El ingreso mediante concurso público, característica que resulta ser bastante obvia si se quiere transparentar el proceso, garantiza, por una parte, que no baste el título profesional como único requisito para el ejercicio de cualquier función judicial²¹, y por otra, como tan ilustrativamente advierte Zaffaroni, excluye en teoría a los peores de la función judicial.²² Por ello, las últimas corrientes –recogidas por el COFJ– propugnan, además, la inclusión de pruebas psicológicas y prácticas que evalúen condiciones que un examen teórico nunca podría detectar.

La posibilidad de impugnar a los candidatos ha sido también prolijamente regulada en el COFJ²³, aunque en el reglamento que deberá dictar el Consejo de la Judicatura se deberá detallar el procedimiento, buscándose como finalidad primigenia el que no se presenten cargos –como ha sucedido con relativa frecuencia– con la sola finalidad de entorpecer el proceso u ocasionar daños a las y los postulantes.

El “perfil” de la nueva servidora o nuevo servidor judicial exigido por el

20 Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, pp. 30-32.

21 Eugenio Zaffaroni, *op. cit.*, p. 23.

22 *Ibid.*, p. 24.

23 Art. 66: “**PROCEDIMIENTO PARA LA IMPUGNACIÓN.**- En virtud del principio de participación ciudadana, control social, transparencia y acceso a la información pública, todo proceso de ingreso a la Función Judicial, o promoción de categoría tendrá una etapa de impugnación en la que cualquier persona podrá observar al candidato. La Comisión podrá investigar de oficio si es de conocimiento público la existencia de hechos que podrían descalificar al aspirante.

La impugnación podrá deducirse dentro del término que se señalará en cada caso, que será no menor a tres ni mayor a ocho días a contarse desde que se haga público el listado de elegibles.

La impugnación se presentará por escrito, con firma de responsabilidad y deberá estar necesariamente acompañada de los medios de prueba correspondientes. Al impugnado se le notificará con la impugnación.

El impugnante y el impugnado tendrán derecho a comparecer ante la Comisión de Administración de Recursos Humanos para explicar los argumentos que les asisten. Esta comparecencia no será conjunta.

La Comisión de Administración de Recursos Humanos resolverá motivadamente sobre la impugnación presentada, lo que será puesto en conocimiento de los interesados.

Esta resolución no será susceptible de recurso alguno.

Las denuncias infundadas darán derecho al afectado para que inicie la correspondiente acción penal o civil”.

Código es harto exigente. Dice el artículo 37 que

deberá ser el de un profesional del Derecho con una 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.

Estas capacidades, valores o aptitudes pueden evaluarse, en teoría, en la rendición y evaluación imparcial de los exámenes ya mencionados. Pero esto implica que quienes realicen esas evaluaciones *no deban ser abogados o abogados*, sino profesionales debidamente entrenados en administración y manejo de recursos humanos como de apreciación de determinadas aptitudes. Este perfil de especialización es enfatizado en el COFJ en todo momento²⁴.

Otro de los grandes cambios introducidos por el Código radica en la *obligatoriedad* de los resultados de la fase de oposición²⁵, dándoles el carácter de *vinculantes* para la autoridad nominadora, excluyéndose de esta manera la posibilidad de fraude y motivándose a los participantes a que rindan su mejor esfuerzo.

El Código, aunque reconoce la importancia de los méritos, no otorga una importancia gravitante al tema, y por una simple consideración: se ha querido evitar la presentación de títulos sin valor, o de publicaciones que no representan aporte. Han sido frecuentes las ocasiones en las que se ha privilegiado volumen frente a calidad; y, en realidad, la experiencia indica que a un buen nivel de desempeño en las pruebas de oposición no debe corresponder necesariamente una cantidad elevada de titulaciones u obras. Al menos no en el Ecuador, donde ha sido una práctica muy lamentable presentar a concurso títulos obtenidos en centros universitarios severamente cuestionados, o publicaciones que no son más que recopilaciones de infor-

24 Así puede desprenderse, por ejemplo, de la nueva conformación del Consejo de la Judicatura: tres vocales que serán abogados; tres que además de ser profesionales en Derecho, deberán tener formación en áreas de administración, economía, gestión y otras afines, y los tres restantes, con formación específica en estas materias.

25 Art. 65 (obligatoriedad de los resultados de las pruebas).

mación. En todo caso, por regla general, el nivel de titulación debería corresponderse con la calidad profesional del aspirante. Pero, reiterase, no es indicador *a priori* o garantía irrefutable de dicha calidad.

Se ha buscado implementar la perspectiva de género en el ingreso a la Función Judicial; como dice el artículo 36 ya citado, debe observarse tanto en el ingreso como en la promoción criterios de igualdad y no discriminación. Será el Consejo de la Judicatura el que deberá establecer los mecanismos para hacer efectivos estos principios; pero constituye un gran adelanto, sin duda, el que la legislación secundaria insista en el principio contenido en el artículo 170, inciso primero, de la Constitución²⁶.

Puede afirmarse, sin temor alguno, que no existe razón alguna para mantener regímenes diferenciados para el ingreso a la judicatura, a la Fiscalía o a la Defensoría, excepto en lo que concierne a la elaboración de los perfiles que deben formularse para el curso de formación inicial, por obvias razones. Como se observó, lo que se busca es el ingreso de profesionales altamente comprometidos con la mejora del sector justicia y con la prestación de un servicio excelente, en todos sus ámbitos. El Consejo de la Judicatura será el encargado de velar porque así sea en la práctica.

2.2.2. La designación de juezas y jueces, conjuetas y conjuetes de Corte Nacional, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública o Defensor Público General

Cabe recordar que para el ingreso a la Corte Nacional de Justicia no rigen las previsiones de la carrera judicial en lo que concierne a la exigencia de la aprobación del curso de formación inicial. Las capacidades que determinan idoneidad y probidad para el ejercicio de estas altas funciones son valoradas por un comité de expertos designados por el Consejo de la Judicatura (artículo 177), que considera criterios tales como –y dependiendo de la clase de experiencia que se desee acreditar– la calidad de los fallos emitidos por las o los postulantes; la calidad de su intervención profesional como abogadas y abogados en libre ejercicio; evaluaciones que hubiera merecido en caso de

²⁶ Véase en esta obra, Elizabeth García Alarcón, “Prácticas judiciales, garantía de derechos y Carrera Judicial”.

acreditar docencia universitaria en Derecho; y, calidad de las obras en ciencias jurídicas, estudios de especialización, evaluaciones de desempeño judicial y demás indicadores de excelencia. Este informe no tiene carácter vinculante, pero otorgará pautas importantes al Consejo de la Judicatura al momento de realizar las designaciones. Desde luego, conforme manda el artículo 183 de la Constitución, se debe prever un proceso de impugnación y participación social, y así se establece en el COFJ (artículo 177 *in fine*).

Las y los titulares de la Fiscalía General del Estado y de la Defensoría Pública, como las y los vocales del Consejo de la Judicatura, son designadas y designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (artículo 208 numerales 11 y 12 de la Constitución); para los dos primeros órganos, rigen las previsiones contenidas en los artículos 209 y 210 *ibid*, y en todos los casos, se exige concurso con la participación ciudadana en la fase de impugnación, lo cual, sin duda, contribuye a democratizar el proceso de designación.

El ingreso para estos niveles “máximos”, como para la designación de juezas y jueces en las cortes provinciales que no provienen de la carrera judicial, plantea ciertamente otra clase de desafíos: la previsión del concurso, ¿se garantiza, *per se*, del ingreso de los mejores? Es claro que sólo la forma en la que una persona se desempeña en el cargo para que es designado podrá contestar esta pregunta. A lo largo de los años, se han implementado diversos mecanismos de selección, pasando por el nombramiento directo por autoridades y órganos ajenos a la Función Judicial, la cooptación y el concurso público. La única conclusión es que ningún sistema de elección —ni siquiera la votación popular— garantiza *per se* (a niveles de Corte Nacional, Fiscalía General y Defensoría Pública, como de ingreso a cortes provinciales de profesionales que no provengan de la carrera judicial) la excelencia de la candidata o del candidato ni su capacidad. Su legitimación, por lo tanto, es funcional. Y quien no cumpla con las expectativas que demanda el ejercicio de tan altas funciones, debe ser separado de la institución sin contemplaciones.

2.2.3. El curso de formación inicial

Insistiendo en el perfil profesional, el COFJ incluye como otra de las fases previas al ingreso la realización de un *curso de formación inicial*, a cargo de la Escuela de la Función Judicial, que busca dotar a las y los aspirantes de

destrezas específicas para cada perfil. Es necesario reconocer que la formación otorgada en las facultades de derecho no brinda, de primera mano, capacitación para desempeñar estas labores que son bastante definidas, por la simple razón de que no se suelen contemplar a nivel de pregrado cursos de este estilo. Si bien puede argumentarse que un egresado de Derecho debería estar en capacidad para asumir un cargo en la Función Judicial, también hay que mostrarse de acuerdo con varios especialistas en reforma judicial en que la inexperiencia suele traer aparejadas vacilaciones, errores u omisiones que inciden directamente en la lesión de los derechos de los justiciables, y que es mejor –inclusive para reforzar el sistema de ingreso de los más capacitados y comprometidos con el cambio– capacitar a los futuras juezas, fiscales y defensoras, y futuros jueces, fiscales y defensores, para que adopten las decisiones más correctas y ajustadas a derecho²⁷.

Para garantizar una dedicación a tiempo completo, el Código ha previsto la entrega de una beca; el aspirante favorecido deberá rendir una garantía de reembolso en caso de que el curso no fuere aprobado por negligencia, o lo abandone o desista de él sin justa causa²⁸.

El curso comprende tres etapas: una de formación general, otra de formación de perfil específico y una tercera de práctica. La determinación del perfil se verifica una vez concluida la etapa de formación inicial; en todo caso, la o el aspirante que desee ingresar a un perfil distinto al inicialmente escogido, deberá cubrir con los gastos que represente la etapa de formación específica. Para incentivar la excelencia en el rendimiento, se prevé que quienes hayan obtenido las más altas calificaciones, tengan preferencia para

27 Cfr. Germán Hermosilla Arriagada, “Capacitación y carrera de los jueces”, en *Justicia y desarrollo en América Latina*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, pp. 96-97. En el mismo sentido, expresa: “Con todo, en la hora presente, el mayor problema parece radicar en la idoneidad profesional del aspirante y del actual juez. En palabras del argentino Néstor Pedro Sagüés, debe asumirse, por ejemplo, ‘el hecho de que un diploma universitario de abogado no garantiza de por sí las calidades necesarias para ser juez o miembro del Ministerio Público. Nuestros egresados de Derecho carecen por la mera tenencia del título de las condiciones necesarias para cumplir roles judiciales o fiscales; aquel título es, por supuesto, indispensable, pero debe complementarse con los cursos teórico-prácticos de formación, entrenamiento y capacitación especializados...’”, Raúl Tavorari Oliveros, *Tribunales, jurisdicción y proceso*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1994, p. 215.

28 Art. 68.

escoger la unidad a la que serán asignados para realizar la etapa de práctica; desde luego, esta posibilidad deberá tomar en cuenta la disponibilidad de vacantes para practicantes y las conveniencias del servicio o de la formación de la o el aspirante.

Es evidente que la capacitación que requiere un juez dista de la que precisa un fiscal o un defensor. La diferenciación en la formación radica entonces en los *perfiles* de cada servidora o servidor judicial: los programas de la Escuela deberán considerar cuáles son las capacidades que requiere una jueza o un juez (por ejemplo, aprender a motivar una sentencia comprende una serie de razonamientos que revisten cierta complejidad), las habilidades que debe desarrollar una fiscal o un fiscal (verbi gracia, habilidad para sostener una acusación sobre la base de una investigación medianamente documentada) o las destrezas que una defensora o defensor público requiere para defender determinada posición (como capacidad de argumentación y aptitud para mantener el deber de parcialidad a favor de su defendido).

2.3. Las carreras judicial, fiscal de la defensoría y las carreras administrativas. La razón de la introducción de categorías en el COFJ.

Como se había señalado, el COFJ propugna un sistema de organización lógica del trabajo, al distinguir entre las servidoras y los servidores que desarrollan la labor propiamente dicha de administrar justicia (para el caso de juezas y jueces), el impulso de las acciones penales (fiscales) o el patrocinio en las causas (defensoras y defensores públicos); las funcionarias y los funcionarios que prestan su contingente en labores auxiliares y de gestión de cada despacho, y quienes prestan servicios en los que prima la actividad física, material o manual sobre la intelectual²⁹.

Esta distinción es fundamental para *profesionalizar* la actividad judicial y retomar el eje del que se hablaba en un comienzo: el usuario es el “componente” principal y al que debe entregársele toda la atención. De hecho, algunos expertos en procesos de reforma consideran la distinción de labores como un elemento fundamental de la gestión judicial eficaz, porque el sis-

29 Arts. 42-44..

tema de manejo de personal debe estar “orientado a las finalidades que [lo] singularizan”³⁰.

Pero la realidad ecuatoriana ha presentado un panorama completamente diferente: bien sea por el manido argumento de que faltan suficientes juezas, jueces, fiscales, defensoras o defensores, o porque no hay recursos financieros para cubrir vacantes, lo cierto es que atenta contra toda lógica y vulnera el real derecho de acceso a la justicia³¹, el que las funcionarias y funcionarios cuyas atribuciones son de índole auxiliar terminen realizando el trabajo que incumbe a juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores. Los inconvenientes son múltiples. Para resumir, unos cuantos: un mal juez, fiscal o defensor se descargará de responsabilidad y de faena en el funcionario administrativo y cobrará emolumentos por un trabajo que no ha realizado, lo que desde todo punto de vista es injusto y carente de ética. O bien, los funcionarios administrativos realizan labores por las cuales no perciben una remuneración acorde con la responsabilidad que están asumiendo, medie o no su consentimiento. Se confunde y desconoce una de las finalidades de la carrera judicial, que es permitir el ascenso por categorías sin que se deba necesariamente cambiar de estamento. Se da una falsa expectativa a funcionarias y funcionarios auxiliares de que si asumen atribuciones que no les incumbe, “subirán” de categoría o tendrá la posibilidad de acceder al otro estamento de la carrera; finalmente, no permite a usuarias y usuarios del servicio “acceder” al verdadero responsable por el resultado final, sea una sentencia, un dictamen fiscal o la defensa en juicio³².

Desde luego, una de las primeras –y urgentes– medidas a tomar será el aumento de la planta de funcionarias y funcionarios, tanto de juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores, como del personal administrativo. De otra manera, todos los cambios introducidos o que se pretende implantar

30 Cfr. Iván Lavados Montes y Juan Enrique Vargas Viancos, *op. cit.*, p. 27.

31 Si, por ejemplo, la etapa de prueba es sustanciada íntegramente por un auxiliar, sin participación del juez, ¿podrá asegurarse el principio de intermediación que, finalmente, le permitirá al juzgador dictar una sentencia debidamente motivada, si se ha desvinculado de una actividad tan principal y ni siquiera la ha dirigido?

32 Véase en esta obra, Alberto Binder, “Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la Carrera Judicial”.

en la legislación procesal (en especial, la sustanciación de los juicios mediante audiencias orales) estarán condenados a un seguro fracaso.

El funcionario que conforma el cuerpo auxiliar administrativo colabora, y en forma importantísima —esto jamás se puede desconocer—, con los diversos órganos que integran la Función Judicial. Pero ello no puede comportar de ninguna manera el que este papel se confunda con el que concierne a juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores, precisamente porque las responsabilidades que atañen a éstos son muy específicas y, debe decirse, bastante más agravadas. Una servidora o servidor administrativo no debe jamás redactar sentencias, dictámenes o alegatos; sus labores, de manera general, comprenden la atención al público y la tramitación de los procesos, diligencias o expedientes del órgano al que prestan su contingente. Como su denominación indica, su misión es la de *ayudar* a quien desempeña la función propiamente dicha, no sustituirle. Por ello, el COFJ excluye, tajantemente, tal situación³³.

La inexistencia de un verdadero sistema de categorías ha sido muy perjudicial, tanto para las y los funcionarios administrativos, como para quienes tienen a su cargo la labor judicial, fiscal y de defensoría propiamente dicha. En la práctica, una servidora o servidor judicial podía conservar un mismo nivel jerárquico o remunerativo por largo tiempo, sin que tenga una expectativa certera de ascenso³⁴. Por una parte, la falta de incentivo y de un sistema de promoción con reglas claras (en donde además suelen primar intereses ilegítimos que introducen *ad hoc* reglas para “cada” concurso), conduce necesariamente a la desidia o al despecho, y muchos elementos valiosos terminan marchándose al sector privado porque consideran que su potencial no ha sido debidamente valorado, o porque los concursos son manipulados y sus esfuerzos vaporeados. Por otra, se “premia” a aquellos que por único objetivo tienen asistir al lugar de trabajo para “hacer presencia”. Casos así, en el sector público ecuatoriano, son innumerables y

33 Así, el art. 43 *in fine* dice: “A estas servidoras y servidores les está prohibido, aún por delegación, ejecutar funciones de carácter jurisdiccional, o aquellas exclusivas de fiscales y defensores”.

34 Aún cuando en el Reglamento de Carrera Judicial, por ejemplo, se establecía la obligación de incorporar a los servidores judiciales en categorías escalafonarias, con derecho a una remuneración complementaria (art. 17), sistema que no fue explícito o por lo menos explicado a los interesados para exigir, por ejemplo, un aumento en la remuneración a percibir.

son una muestra plausible del porqué de la burocratización del despacho judicial o fiscal, sobre todo en los grandes centros urbanos del país.

Entonces, ni la antigüedad ni la “acumulación” de méritos son los únicos indicadores de que una funcionaria o funcionario judicial merece, *per se*, ascender. Por ello, es necesario implementar, siguiendo el mandato constitucional, un verdadero sistema de carrera que contemple no solamente posibilidad de ascenso, sino un régimen de categorías que premie el esfuerzo y la constancia³⁵ sobre la base de indicadores que deben ser elaborados de antemano por el Consejo de la Judicatura, que contemplen, además, sistemas de evaluación predeterminados y transparentes.

El COFJ crea dos cuerpos (carreras) con perfiles perfectamente definidos. En cada carrera judicial (judicatura, fiscalía y defensoría) existen diez categorías, que se gradúan en orden ascendente del número uno al diez. Todo ingreso a la carrera judicial es a la categoría uno, salvo los casos en que la Constitución y la ley permiten el ingreso a distinta categoría (artículo 52); verbigracia: al estamento respectivo se ingresa como jueza o juez de primera instancia, agente fiscal o fiscal de adolescentes infractores y defensora o defensor cantonal³⁶. En la carrera administrativa, donde también existen diez categorías, el ingreso se verifica a la primera, con la excepción ya anotada.

Los requisitos para los ascensos y cambios de categoría han sido prolijamente regulados³⁷. Se ha buscado evitar al máximo la discrecionalidad de la autoridad que organiza los concursos y realiza las nominaciones, para garantizar la transparencia en los criterios de ingreso y de ascenso de categoría. En todo caso, la permanencia en cada categoría es de tres años; y el funcionario tiene derecho para que su expediente sea revisado de oficio o a petición de parte; será el Consejo —a través de la instancia respectiva— el que determine si la funcionaria o el funcionario debe permanecer en la misma

35 Bien recuerda que la nueva Constitución busca la implementación de un régimen meritocrático, como uno de los mecanismos necesarios para eliminar la intromisión de sectores interesados en la conformación de los órganos judiciales, que tanto daño ha provocado a la ya frágil institucionalidad en el país, Luis Fernando Ávila Linzán, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 236-237.

36 Arts. 46, 47 y 48 del COFJ.

37 Art. 50, de manera general.

categoría (lo cual supone que no ha merecido una evaluación positiva), o bien ser ascendida o ascendido a la siguiente categoría, lo que supone también un aumento en la remuneración.

2.4. La garantía de estabilidad: concomitancia con la evaluación periódica. El régimen disciplinario y las sanciones administrativas

La Constitución ha garantizado la estabilidad de las servidoras y servidores judiciales, pero la sujeta a dos condiciones fundamentales: la formación continua y la evaluación periódica (artículo 170). En realidad –y vale aclararlo– el derecho a recibir una formación continua no es sino una derivación de la permanencia en la carrera, para asegurar la profesionalización de la servidora o servidor judicial; por ello, cabe sostener que el derecho a la estabilidad tiene dos puntales: 1) la servidora o el servidor judicial no puede ser removido, suspendido o destituido de sus funciones sino únicamente con arreglo a la ley; 2) la permanencia en el cargo se sujeta a la obtención de una evaluación *positiva*, que necesariamente debe sustentarse en criterios predeterminados y estar a cargo de un órgano profesional (aquí el Consejo de la Judicatura encuentra entonces su razón de ser como órgano de *vigilancia y disciplina* de la Función Judicial).

Respecto al primer tema, es evidente su importancia para garantizar a la servidora o al servidor judicial un procedimiento que evite cualquier viso de discrecionalidad por parte de la autoridad de gobierno. Así, –y en estricto cumplimiento del principio de legalidad–, las faltas y las sanciones a imponer deben estar detalladas en la ley.

Sabido que el principio de legalidad impone la reserva de ley, en *todos los ámbitos*; en la práctica, esto implicaría, en principio, que no solamente la tipificación y sanción de infracciones penales debe constar en la ley, sino también aquellas que son impuestas en ejercicio de las potestades disciplinaria y de policía de la administración³⁸. Desde luego, parece tarea complicada tipificar absolutamente todas las faltas administrativas en las que

38 Alberto Wray, “El debido proceso en la Constitución”, en *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, enero de 2000, vol. 1, N° 1, p. 43.

podría incurrir un servidor público, y aunque podría tomarse el principio de legalidad *contrario sensu* (en el sentido de que la autoridad administrativa *no podrá imponer sanciones de índole penal*³⁹), resulta más seguro precisar en la ley cuáles son las faltas y las penas concomitantes, para evitar dejar resquicios a la potestad disciplinaria a través de, por ejemplo, un reglamento. El COFJ detalla las faltas y sanciones correspondientes, adoptando un sistema de graduación de la infracción⁴⁰ desde las leves (por ejemplo, desempeñar actividades extrañas a las funciones propias en horario de trabajo), pasando por las graves (como acudir a laborar en estado de embriaguez) hasta llegar a las gravísimas (verbi gracia, violar la independencia interna de los funcionarios judiciales a título de “supervisión”), y señalando con toda claridad cuál es la sanción correspondiente, que puede variar desde un llamado de atención hasta la destitución. En todo caso, no se deja abierta la posibilidad para que, a través de un cuerpo normativo de rango inferior, puedan tipificarse otras inconductas, garantizando de esta manera a servidoras y servidores judiciales un principio básico del debido proceso; ninguna sanción puede ser impuesta sino a través del correspondiente sumario disciplinario (artículo 114).

2.4.1. La evaluación periódica. Factores a considerar

En lo concerniente a la evaluación, y para iniciar cualquier proceso de examen o auditoría de personal que esté destinado a reubicar, promover o separar personal, sobre la base de este nuevo Código, el órgano de administración y vigilancia judicial debería partir de una pregunta (y considerando siempre las necesidades del usuario del servicio-administración de justicia): *¿son suficientes los funcionarios que atienden en determinada circunscripción territorial?* Si el

39 *Ibid.*, p. 43. Véase en este sentido, la Resolución del Tribunal Constitucional No. 033-2001-TP dictada en el caso signado con el No. 1032-RA (Secaira y Berrazueta vs. Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura), en *Gaceta Constitucional*, abril-junio del 2001, No. 3, Quito, Edición Registro Oficial - Editora Nacional). Cuando Wray señala que “Si lo que se quería era evitar abusos, bastaba, además de extender a las actuaciones administrativas los preceptos del debido proceso, establecer la prohibición de que la administración pueda imponer cierto tipo de sanciones”, se refiere sin duda alguna a sanciones de orden penal.

40 Arts. 107, 108 y 109.

número es limitado –considerado sobre la base de una estadística de causas o casos ingresados–, debería, en principio, contratarse más personal. Ya se había señalado la importancia de este aspecto para el proceso de reforma judicial.

Pero la cantidad no es el único factor a considerar. Importa determinar, con independencia de la suficiencia de ese “número”, *cuáles son las necesidades básicas del usuario*. Una auditoría sería del personal frente a este objetivo deberá establecer cuáles son las funciones que han de cumplir esas servidoras y servidores, para poder precisar si quienes integran una unidad judicial, fiscal o defensorial están debidamente capacitadas o capacitados para prestar el servicio requerido: puede suceder que el número de funcionarias y funcionarios sea en apariencia suficiente y sin embargo algunos no estén en aptitud de prestar determinado contingente frente a ciertos requerimientos del justiciable. Analizado este segundo aspecto, se podrá proceder a mantener el personal indispensable, reubicar al que no está prestando el servicio en forma adecuada o finalmente separarle en forma legal si existe una base suficiente para ello. Sería ideal contemplar este mismo sistema para reorganizar el Consejo de la Judicatura, pues actualmente existen muchas quejas respecto a la manera en la que se han venido desarrollando algunas actividades. No obstante, no puede dejarse de reconocer que el Consejo ha realizado una labor importantísima y que, ciertamente, la administración de justicia, al menos en lo que concierne a lo jurisdiccional, mejoró mucho desde su implementación.

El segundo paso, para que el objetivo del Código por la mejora constante del servicio judicial sea una realidad, es la realización de evaluaciones periódicas del desempeño de todas las servidoras y los servidores judiciales. Tan grave es esa labor, tan necesaria para la modernización y el mejoramiento de la justicia, que la falta de evaluación oportuna se considera como falta disciplinaria grave del responsable de realizar la evaluación⁴¹. Aún cuando la necesidad de una evaluación continua puede resultar bastante obvia en cualquier sistema administración de recursos humanos, en Latinoamérica la realidad ha sido otra y la evaluación *seria* del funcionario público parece una utopía⁴².

41 Art. 50 último inciso.

42 Cfr. Carlos Peña González, “Modernización de la justicia”, en *Reforma del Estado y derechos humanos, op. cit.*, pp. 101-102. Continúa este autor: “Los estados latinoamericanos han estructurado un área pública donde la evaluación por desempeño y el manejo más flexible de los recursos

Si se quiere ir hacia un modelo de gestión de personal que se sustente en el mérito y empeño de las funcionarias y los funcionarios judiciales, la primera medida es adoptar una legislación adecuada. Este paso ya ha sido dado con la expedición del COFJ, pero no es suficiente. El componente humano de la Función Judicial es gravitante y su sistema de gestión debe ser lo suficientemente flexible como para poder irse adaptando a los desafíos que imponen el crecimiento de la sociedad y el consiguiente aumento de conflictos de relevancia jurídica. Así, el sólo cumplimiento de metas numéricas no basta para evaluar a las funcionarias y los funcionarios. Parámetros como calidad en el servicio, amabilidad en la atención a los usuarios o capacidad de innovación y de respuesta frente a determinados problemas; resultados de las pruebas, cumplimiento de plazos, informes de rendimiento académico, etc., pueden y deben ser considerados al momento de la apreciación.

2.5. La Escuela de la Función Judicial y su rol en la formación inicial y en la capacitación continua

Otro componente fundamental de la carrera constituye la formación de los servidores judiciales. Según el esquema previsto por el Código, la capacitación tiene dos finalidades: por una parte, es un mecanismo de preselección de las y los postulantes a juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores y de formación para otorgarles conocimientos y destrezas necesarias para desempeñar la función según perfiles de especialización; por otra, y para todas las servidoras y los servidores judiciales, instruirles en diversas materias y actualizar sus conocimientos según lo requiera el sistema, con la finalidad de atender de mejor manera al justiciable.

Estos roles incumben a la Escuela de la Función Judicial, órgano cuya creación corresponde a una concepción estrictamente técnica. Desde ya es preciso aprovechar la oportunidad para aclarar que la Escuela no se asimila

humanos es virtualmente inexistente. El resultado es conocido: la administración pública de muchos países es el refugio de las personas con alta aversión al riesgo, que ocultan su ineficiencia bajo el reclamo de garantías. El sector estatal exhibe una cultura altamente ritualista que se esmera en el cumplimiento de normas que contemplan detalles hasta la exasperación y que descuidan el logro de resultados. El sector justicia suele ser una muestra exasperante de esos defectos”.

a una especie de “universidad” o “posgrado”, pues no se otorga al cursante una titulación de cuarto nivel ni mucho menos. Tampoco compite la Escuela con las universidades, por el simple hecho de que pertenece a un poder del Estado, y puede inclusive contar con el contingente académico de dichos centros para la realización de los cursos. Ni los cursos de formación tienen carácter remedial, porque no deberían estar destinados a suplir conocimientos básicos en derecho que debieron ser adquiridos en la facultad.

Respecto a este último punto, no deja de ser curioso el dato que aportan Salas y Rico: aunque la mayoría de universidades no han previsto cursos de formación superior en derecho judicial o fiscal, se han opuesto en algunas ocasiones a la implementación de escuelas judiciales por el temor de que este aspecto escapase de su control⁴³. Tal fue la razón para que, por ejemplo, en España se postergase el funcionamiento efectivo de la escuela judicial del Consejo General del Poder Judicial hasta 1950, aunque fue instituida en 1944. En el Ecuador, la Universidad Central ha desarrollado una maestría en ciencias judiciales (“Maestría Judicial”) y la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, a través de su curso de Especialización Superior en Derecho Procesal y Maestría en la misma materia, ha orientado sus programas de estudios especialmente a la capacitación de jueces, fiscales, defensores y demás operadores del sector justicia. No se conoce, sin embargo, de un programa universitario dedicado exclusivamente a fiscales o defensores.

No puede desconocerse que desde hace algunos años ha sido preocupación permanente, tanto del sector jurisdiccional como del fiscal, la implementación de programas de capacitación y de escuelas para sus funcionarios⁴⁴; pero la Escuela finalmente se ha institucionalizado *como órgano de la Función Judicial* con la expedición del COFJ. Desde luego, es evidente que podrá contar con el contingente de universidades y otros centros de formación, en caso de ser necesaria su participación con docentes y demás exper-

⁴³ Luis Salas y José Ma. Rico, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴ Así, el ex Consejo Nacional de la Judicatura expidió, mediante Resolución de 23.09.2003, el Reglamento Orgánico de la Escuela Judicial del Ecuador (publicado en el R. O. 189: 14-oct.-2003). En el ámbito del ex Ministerio Público, la señora Ministra Fiscal General dictó el Acuerdo No. 018 MFG-99 de 02.18.1999, que creó la Escuela de Capacitación de Fiscales, Funcionarios y Empleados del Ministerio Público.

tas o expertos en temas judiciales, fiscales o defensoriales. Así, la implementación *física* de la Escuela no es necesaria para cumplir inmediatamente con las finalidades que se describen en este acápite, ya que puede tomar algún tiempo contar con ese espacio, y en todo caso, la capacitación no debe verse postergada por falta de recursos suficientes en lo que a este aspecto concierne⁴⁵.

Para Sagüés, la escuela judicial debe cumplir con varias tareas: ser un centro de perfeccionamiento de conocimientos, de formación profesional y de entrenamiento (por lo cual se deben impartir técnicas de manejo judicial y de casos)⁴⁶. Muchos países han adoptado sistemas de cursos de *formación*, de diversa duración, a los cuales deben someterse quienes desean ingresar a la función judicial⁴⁷.

Desde luego, retomando la idea sobre el “perfil” de la nueva servidora o servidor judicial (artículo 37 del COFJ), la Escuela también debe ser pensada como un espacio para consolidar la formación ética de las y los postulantes como de las servidoras y los servidores judiciales en capacitación continua⁴⁸, como el compromiso con los valores que definen a la Función Judicial como una instancia al servicio del justiciable.

La Escuela tiene un perfil técnico, y requiere estar conformada, en su cuerpo directivo y docente, por profesionales del más alto nivel. Sobre este punto, debe destacarse que en el proyecto original del Código⁴⁹, se incorporaron requisitos más exigentes para integrar el Consejo Directivo de la Escuela, ya que es el órgano asesor encargado de elaborar los planes y contenidos de los cursos de formación inicial y continua, de seleccionar a las y los docentes, capacitadoras y capacitadores, y de programar la investi-

45 Así por ejemplo, un sistema que ya ha sido implementado por el Consejo de la Judicatura y que suple la falta de espacio físico, es el de aulas virtuales. Falta mucho por hacer y es claro que el camino todavía está por recorrerse.

46 Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, pp. 27-29.

47 Véase lo que al respecto señala María Josefina Haeussler, *Experiencias comparadas de formación judicial*, Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial-Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993, pp. 15 y ss.

48 Manuel Guzmán, “Aspectos estructurales y orgánicos de la escuela judicial”, en publicación *Seminario Nacional sobre escuela judicial*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1993, p. 90.

49 En URL:<http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/images/stories/POrgánicoFunciónJudicial.pdf>.

gación científica y de procesamiento de datos estadísticos de la Función Judicial conjuntamente con la Unidad de Estadística y Archivo Central de la misma⁵⁰. Pero el proyecto finalmente aprobado por la Comisión Legislativa y de Fiscalización, prescindió del requerimiento, que constaba inicialmente, de haber ejercido con probidad notoria la docencia universitaria por un lapso mínimo de cinco años o acreditar capacitación superior en docencia universitaria, relegándose de esta manera el perfil *profesional-capacitador* que, eminentemente, requiere la Escuela. No basta, pues, con ser abogada o abogado, porque las funciones a desempeñar demandan destrezas que corresponden precisamente a quien está especializado en docencia.

En el caso del *ingreso*, la escuela de la Función Judicial tiene un papel estelar. Habíase anotado que el egreso de una facultad de derecho no es garantía de adquisición de ciertos conocimientos que son requeridos para ejercer la judicatura, la fiscalía o la defensoría. La realización del curso de formación inicial tiene precisamente como objetivo el dotar de las destrezas que son precisas para ejercer esos cargos, las cuales normalmente no se imparten a nivel de pregrado. Así por ejemplo, normalmente no se enseñan técnicas para motivar adecuadamente una sentencia o sostener un dictamen fiscal.

El curso inicial tiene tres etapas. La primera, de formación general, busca capacitar sobre materias fundamentales como derechos humanos y administración de justicia, cuestiones de género, diversidad e interculturalidad. Superada esta fase, se efectúa un diagnóstico de perfil para la formación específica de la candidata o el candidato como jueza, juez, fiscal, defensora o defensor. La o el postulante puede escoger otro perfil, pero deberá correr con los gastos que demande la realización de la etapa de formación específica; lo mismo ocurrirá si finalizada esta etapa, decide cambiar de perfil. Concluida esta etapa, viene una tercera de práctica, que se realizará en la unidad a la que fueren designados los cursantes (artículo 69).

La exigencia de aprobación del curso además genera un compromiso para la o el postulante: debe concluirlo con éxito y con una nota equivalente a “notable” para poder aspirar a su designación definitiva. Esta motivación

50 Art. 82.

introducida por el COFJ apunta, sin lugar a dudas, hacia la excelencia, e impulsa a los participantes a realizar su mejor desempeño⁵¹.

El sistema adoptado por el COFJ es novedoso en comparación con otros sistemas en los que la formación inicial no suele contemplar a todos los operadores del sistema de justicia, sino y por lo general, únicamente a las y los aspirantes a la judicatura. En países como Alemania y Japón, se considera que la formación inicial en su primera etapa debe comprender la participación simultánea de las futuras juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores, para enriquecer la experiencia de los cursantes que intercambian criterios entre sí y fomentan la discusión desde visiones diversas⁵². Este ejemplo demuestra que puede ser erróneo considerar a los tres estamentos como completamente separados, cuando la aplicación del derecho, aún cuando precise de especialización, a momentos requiere de una visión más global (sobre todo para una jueza o juez), que se nutra de diversas opiniones. Precisamente, debe concebirse a la administración de justicia como un verdadero sistema en el que intervienen diversos actores, cuyas actuaciones se *complementan* entre sí. La diferenciación vendrá, como ya se dijo tantas veces, con el perfil de especialización.

La formación *continua*, destinada a todas las servidoras y los servidores judiciales, deberá estar no sólo orientada a la actualización de conocimientos; ciertamente que es deseable experiencia y profesionalismo en el uso de la norma, de la doctrina o de la jurisprudencia; pero es fundamental que desarrollen su “razonar jurídico”, para de esta manera, como tan categóricamente afirma Tavolari, “escapar a las expropiaciones que imponen las modificaciones legales, y asegurar la permanente adecuación del juez —añádase también a fiscales, defensoras y defensores como a funcionarias y funcionarios auxiliares— a los tiempos y a los valores sociales”⁵³. Es obligación y derecho de la servidora y servidor, en cuanto los cursos permiten esa permanente adecuación con las necesidades del sistema, así como su aprobación

51 El art. 70 *in fine* dice: “En ningún caso, la nota mínima para aprobar los cursos será inferior al ochenta por ciento”.

52 Cfr. María Josefina Haeussler, *Experiencias comparadas de formación inicial*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria - Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial, 1993, p. 16.

53 Raúl Tavolari, *Op. cit.*, pp. 207-208.

es valorada para los concursos de oposición y méritos o bien para la promoción de categoría (artículo 86).

III. A manera de conclusión

En general, las propuestas del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial parecerían ser en un inicio bastante arriesgadas: mucho se ha dicho que la expedición de una ley, por moderna que sea, no bastará para arreglar la situación de la justicia en el Ecuador. Es preciso, en lo fundamental, un cambio de actitud hacia lo que significa ser parte de la Función Judicial. Como lo debería ser para cualquier funcionaria o funcionario público: un honor y una responsabilidad muy grave.

Sabido que este es uno de los sectores más problemáticos del Estado, es menester reconocer que ningún cambio podía implementarse con una ley que databa del año 1974, producto de un gobierno dictatorial y que, obviamente, estaba desfasada con la nueva Constitución. Ésta además incluyó a la Fiscalía General del Estado y a la Defensoría Pública como órganos de la Función Judicial.

Dado el primer paso –dictar una normativa acorde con los cambios de la estructura de la Función Judicial conforme manda la Constitución–, el segundo será que se implemente una visión real de cambio por parte de quienes integran el poder judicial, y sin dudar, de un verdadero respeto de su independencia por parte de los demás órganos del Estado.

En lo que concierne a las servidoras y servidores judiciales, el término “carrera” no existía verdaderamente, aunque se hayan desarrollado algunos esfuerzos por parte del ex Consejo Nacional de la Judicatura o del ex Ministerio Público para intentar implementar el sistema. La falta de reglas claras o de previsiones expresas ha generado los problemas que han sido expuestos anteriormente, perjudicando en especial a las propias funcionarias y funcionarios.

Es evidente que la responsabilidad que ahora asume el Consejo de la Judicatura es muy grave, al constituirse en la cabeza de la organización judicial. Por ello, es preciso que asuma y lleve a cabo con toda entereza los cambios que deban realizarse en la administración de personal de la Función

Judicial, pues de poco servirá que el Código contenga previsiones modernas o técnicas para su manejo.

Si, como se dijo en un inicio, no se adoptan medidas para reorganizar el sistema de gestión y administración del personal judicial, fundamento de la organización de este poder del Estado, toda reforma quedará en el papel. Sólo cuando el funcionario judicial asuma un verdadero compromiso con la justicia, con el servicio a la comunidad, la transformación del sector judicial podrá comenzar en serio.

IV. Bibliografía

- Ávila Linzán, Luis Fernando, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 227-283.
- Guarnieri, Carlo, “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial español, 2001, pp. 19-39.
- Guzmán Vial, Manuel, “Aspectos estructurales y orgánicos de la escuela judicial”, en *Seminario Nacional sobre escuela judicial*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1993, pp. 89-92.
- Haeussler, María Josefina, *Experiencias comparadas de formación inicial*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria - Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial, 1993.
- Hermosilla Arriagada, Germán, “Capacitación y carrera de los jueces”, en *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, pp. 89-114.
- Lavados Montes, Iván y Vargas Viancos, Juan Enrique, “Gestión judicial”, en *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, pp. 17-33.
- Peña González, Carlos, “Modernización de la justicia”, en *Reforma del Estado y derechos humanos*, pp. 97-111.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Cuadernos para la reforma de la justicia. Las escuelas judiciales*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

- Salas, Luis y Rico, José Ma., *Carrera Judicial en América Latina*, San José, Costa Rica, Centro para la Administración de Justicia de la Florida Internacional University, 1990.
- Tavolari Oliveros, Raúl, *Tribunales, jurisdicción y proceso*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1994.
- Valera, David F., “El Banco Mundial y la reforma judicial en América Latina”, en *Reforma del Estado y Derechos Humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1999.
- Wray, Alberto, “El debido proceso en la Constitución”, en *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, enero 2000, vol. 1, N°. 1.
- Zaffaroni, Eugenio, *Dimensión política de un poder judicial democrático*, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1992.

La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial*

Alberto Binder

Sumario:

I. Introducción. II. La adaptación al sistema judicial. III. Rigidez y cristalización de la formación: la tradicional ausencia de capacitación. IV. Los consejos de la judicatura o magistratura. V. Los empleados del sistema judicial: la delegación de funciones y la distorsión del oficio judicial. VI. Compromisos en la función judicial: la idea de servicio al ciudadano. VII. Prestigio y desprestigio de la función judicial: la mirada externa. VIII. La carrera judicial. 8.1. Clientelismo político e inestabilidad. 8.2. Arbitrariedad y control interno. 8.3. Las familias o tribus judiciales. 8.4. Otras razones de debilidad (discriminación, pauperización, condiciones de trabajo, etc.). IX. Mujeres en el sistema judicial: un equilibrio creciente. X. Rebeldía y sumisión: el movimiento asociacionista y la carrera judicial. XI. Los operadores del sistema judicial: entre la parálisis y el estupor; XII. Primer debate: ¿es necesaria la carrera judicial? XIII. Segundo debate: el papel de los operadores del sistema judicial en los procesos de reforma. XIV. Tercer debate: ¿han funcionado las escuelas judiciales? XV. Cuarto debate: evaluación del trabajo e independencia judicial. XVI. La relación entre la capacidad personal y el sis-

* El ensayo titulado originalmente “Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial”, fue tomado del libro de Alberto Binder, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, (Buenos Aires, Ad-Hoc ediciones, 2004). Los editores agradecemos al profesor Alberto Binder su generosa colaboración para este libro..

tema organizativo. XVII. El problema de mal juez: responsabilidad del sistema judicial y control externo. XVIII. Importancia y límites de la formación: la necesidad de una trama abierta y compleja.

I. Introducción

La profesión jurídica nutre diversos oficios que no siempre se reconocen entre sí como provenientes de un adiestramiento común o de una misma carrera profesional. El ejercicio de la judicatura en distintos niveles, las funciones del fiscal, el ejercicio privado de la abogacía —ya sea como profesional independiente o integrado a la estructura empresarial—, los defensores públicos, el asesoramiento a entidades oficiales, los funcionarios públicos de los ministerios o los asesores parlamentarios, la enseñanza del derecho o la investigación jurídica, son sólo diferentes formas de ser abogado, aunque hoy aparezcan como actividades que no se relacionan mucho entre sí, como producto del fraccionamiento de la profesión jurídica.

Esta fragmentación produce una notable incomunicación entre estos distintos oficios, generando incompreensión acerca de las distintas funciones del derecho. Además, la enseñanza universitaria no distingue entre los distintos oficios que deberá desempeñar en el futuro el estudiante y con ello ayuda a la incompreensión y a la incomunicación.

Por otra parte, al interior de las instituciones judiciales se produce el mismo fenómeno pero de un modo inverso. No se diferencian de un modo claro los distintos oficios y todos ellos quedan englobados en una misma “carrera judicial”. De este modo, quien actúa como secretario de un tribunal, como fiscal, defensor de oficio —e, incluso, quienes cumplen funciones de administración en los tribunales— entienden que su actual oficio es sólo un paso para acceder a otro dentro de la judicatura, ya que ésta se encuentra, finalmente, en las escalas superiores del prestigio y la remuneración. De este modo, ya por la fragmentación o por la uniformidad de la carrera judicial, la profesión jurídica tiene una indeterminación inicial que genera efectos importantes tanto sobre la visión del sistema judicial, como sobre el papel que se le exige a cada uno de esos oficios y sobre la cultura dominante

dentro de las organizaciones. A la vez, su reflejo sobre la enseñanza universitaria provoca una desorientación inicial en el joven profesional que lo lleva a asumir con mayor rapidez y ansiedad las rutinas y los roles predeterminados por las propias instituciones.

Esta realidad básica –todavía muy poco estudiada– debe ser mencionada, ya que es un condicionante básico de los perfiles, las herramientas y las actitudes de los hombres y mujeres del sistema judicial. Generalmente, ellos han tenido que completar la formación que les exige el oficio de un modo autodidacta y esforzado, nutriéndose de las reglas que impone la organización desde su propia cultura, sin dirección ni ayuda. Este factor inicial de indeterminación tendrá una gran influencia sobre la posterior selección de los recursos humanos, el diseño de nuevas formas de capacitación, las actitudes de los operadores judiciales frente a ellos, la repercusión de las reformas judiciales en los otros oficios “no judiciales”, etc. No obstante, poco se ha tomado en cuenta esta base estructural de la profesión jurídica, y cabría preguntarse si ello no ha sido una de las causas de las enormes dificultades que la reforma judicial ha encontrado en este campo específico¹.

II. La adaptación al sistema judicial

Como ya hemos señalado, esto influye en la actitud básica de quien debe ingresar a un oficio directamente vinculado al funcionamiento de las instituciones judiciales. Generalmente, el ingresante está más que dispuesto a tirar por la borda todo lo que pudo haber aprendido –mal o bien– dentro de las escuelas de derecho para absorber lo más pronto posible las rutinas, los trámites y los “secretos” de la organización a la que ingresó. Él intuye –no sin razón– que su estabilidad laboral y su éxito dependerán mucho más de ese conocimiento y de su capacidad de adaptarse a él y admitirlo como la cultura oficial.

Una de las razones más fuertes de la resistencia de los sistemas judiciales al proceso de reforma judicial proviene de esta circunstancia. Un conjunto

1 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”; Juan Pablo Morales, “¿Asistencia jurídica transformadora o consultorios jurídicos para pobres?; Wendy Reyes Chiriboga, “La función social en el ejercicio del Derecho”.

de elementos tales como las formas de evaluación, los compromisos adquiridos al ingresar al sistema, la fuerte estandarización de las formas de trabajo, la sobrecarga endémica de trabajo, etc., coadyuvan para que el reclamo de adaptación del sistema sobre el ingresante sea muy fuerte. Esta estructura asegura no sólo una permanente reproducción de las reglas informales de funcionamiento de todo el sistema, sino una cuota importante de adhesión interna que sólo en los últimos tiempos comenzó a resquebrajarse, en gran medida, por los reclamos externos de la reforma judicial.

De este modo, se produce una segunda degradación de la formación jurídica que profundiza, a veces irremediamente, los defectos iniciales de la formación del abogado. Tradicionalmente, en las escuelas de leyes ya se ha producido una primera degradación de la formación jurídica, ya que la enseñanza del derecho ha quedado convertida en la transmisión de la práctica forense. Esto se ve agravado por el hecho de que tal conocimiento no se presenta como un saber artesanal o práctico, sino como un discurso científico, aunque no pueda ocultar sus evidentes connotaciones morales o políticas. Un punto importante dentro de ese tipo de formación jurídica es el adiestramiento, formal o informal, de los modos de adaptación al sistema judicial (como “ganar” un caso), con el mandato implícito de hacerlo.

El abogado que defiende intereses particulares no tiene por qué sacrificarlos por su actitud “crítica” frente al sistema judicial, pero la indeterminación de la formación jurídica convierte esto en un patrón de todos los oficios jurídicos, que no tienen razón para seguir esa regla. El mandato de adaptación que introduce la enseñanza universitaria cumple una función importante en las actitudes que se desarrollarán a lo largo de la carrera profesional.

De ese modo se completa el círculo: la fragmentación-uniformidad de los oficios jurídicos —es decir, su indeterminación— genera inseguridad y la necesidad de aprender el oficio prácticamente sin tomar en cuenta la enseñanza previa, obligando al rápido e intenso aprendizaje de aquello que asegure una inserción no traumática en las instituciones judiciales, a costa, inclusive, de la formación jurídica. El mandato implícito de adaptación escondido tras el predominio cultural de la práctica forense prepara al ingresante para una inserción de ese tipo. Indeterminación-inseguridad y adaptación-sumisión son los binomios que encuadran gran parte del desa-

rollo profesional. Frente a ello la pregunta qué derecho enseñar y para qué enseñarlo sigue siendo un tema pendiente de la reforma judicial.

III. Rigidez y cristalización de la formación: la tradicional ausencia de capacitación

La situación reseñada se ve agravada por el hecho de que no ha podido romper con la idea dominante en el interior de las organizaciones acerca de los conocimientos necesarios para llevar adelante los distintos oficios jurídicos o judiciales. Al contrario, la proyección de las necesidades ya señaladas convierte el juego de indeterminación-adaptación en toda una cultura dominante que sabe, con absoluta claridad, qué es lo que se necesita para ser un buen juez, un buen fiscal o un buen defensor.

La cristalización de la dinámica de adaptación y su conversión en un saber que se transmite de generación en generación, le otorgan una rigidez muy grande a todo el sistema judicial.

En una primera etapa, que todavía se extiende en algunos países, ello se manifestó no sólo en la ausencia de un programa de capacitación sistemático, sino en la convicción de que ello no era necesario, ya que el saber de adaptación se encontraba en la misma rutina del trabajo. Asimismo, los criterios de selección y nombramiento, así como las reglas de ascenso en las distintas carreras, estaban totalmente imbuidos de esta filosofía, de modo que el peor estigma para el ingreso o el ascenso ha sido, en muchas ocasiones, el hecho de no manejar bien el despacho o los trámites.

Afortunadamente, poco a poco, este conjunto de ideas (que conforman una de las estructuras de la ideología judicial) se han ido debilitando. Pero ello no significa que hayan perdido toda su fuerza e influencia. Al contrario, comienza a reaparecer en dos instituciones cuyo destino es aún incierto en el marco del proceso de reforma. Nos referimos a las escuelas judiciales y a los consejos de la magistratura o judicatura.

IV. Los consejos de la judicatura o magistratura

Nadie niega ya que las distintas instituciones judiciales deben tener un sistema permanente y consistente de formación y capacitación. Sin embargo, el consenso que existe y la sencillez de esa idea no han rendido todavía sus frutos. Sin duda, han existido y existen muchas circunstancias que han contribuido a esta debilidad inexplicable de las escuelas judiciales: falta de presupuesto, falta de profesores o de libros, etc. Sin embargo, creemos que uno de los factores principales es que todavía se descrea, en un nivel profundo, que sea necesario algún otro tipo de capacitación que no sea el conocer los trámites y las rutinas de los despachos. La persistencia de la falta de políticas de control de la sobrecarga de trabajo, que hacen que el esfuerzo de capacitación sea una carga extra, no siempre reconocida por otros sectores del sistema judicial, ha contribuido también a la falta de consolidación de la idea de capacitación.

Por tal razón, los planes de capacitación suelen quedar atrapados en la ratificación de la cultura interna o en la enseñanza de un saber “externo” que podrá ser apreciado pero es considerado un lujo que el sistema judicial, por sus urgencias, no está en condiciones de asumir. No está claro aún, inclusive, si ello no tiene una gran influencia en las formas organizativas que se proponen. Por ejemplo, las formas autogestionarias de la capacitación no sólo sirven para aprovechar los recursos de las propias instituciones judiciales, sino como un sistema de capacitación integral en distintos niveles. Pero también se convierten en fórmulas absolutas de preeminencia de la cultura interna. Lo mismo ocurre con los planteles permanentes de profesores o los modelos de administración. Son pocas, en realidad, las experiencias de sistemas de capacitación estructurados sobre tramas abiertas (v. gr., Chile). Las dificultades propias de la formación en épocas de transición organizacional, la falta de una evaluación compleja de este problema, el excesivo énfasis en la discusión de modelos (basados en la primacía de algún instrumento -cuando, en realidad, se deben utilizar todos e integrarlos de un modo armónico-), la utilización del problema de la falta de capacitación para esconder actitudes reaccionarias al cambio y, en especial, la ausencia de un debate profundo sobre la función de las escuelas judiciales, que supere lo obvio o ya aceptado, es uno de los modos como reaparece la vieja idea de los sistemas judiciales: “no hace falta profundizar la formación, la capac-

itación es un lujo insostenible en estas épocas, todo funcionaría mejor si cada uno supiera hacer bien la parte del trámite que le corresponde”.

Algo similar ocurre con los consejos de la judicatura en cuanto ellos funcionan como instituciones de selección y nombramiento. Pensados como un mecanismo que permitiría superar los principales vicios del nombramiento y selección de los operadores judiciales han ido demostrando que ellos no sólo no son inmunes a esos vicios, sino que los adoptan con llamativa facilidad. La adopción acrítica del perfil tradicional de esos operadores, la rápida incorporación de la idea de que las instituciones judiciales requieren gente que “conozca” el oficio, más cierto rechazo a la apertura de las carreras institucionales, abren un interrogante acerca de su función en el proceso de reforma judicial, que requiere sin duda una profunda renovación de los planteles judiciales o una fuerte política de capacitación sobre bases nuevas.

No se puede desconocer, sin embargo, que también existen experiencias del trabajo de estos consejos, que han producido una renovación importante de los antiguos operadores, que han llamado la atención sobre la deficiencia de la formación (y la han tenido en cuenta en sus nombramientos) o han producido impacto en las necesidades de capacitación al reclamar requisitos de formación más estrictos. El debate sobre el funcionamiento de estos consejos en el proceso de selección está aún abierto, pero será necesario esperar para analizar si los nuevos planteles profesionales nombrados con estos mecanismos realmente producen un cambio cualitativo en el perfil profesional y en el servicio que se presta al ciudadano.

V. Los empleados del sistema judicial: la delegación de funciones y la distorsión del oficio judicial

Sin embargo, existe otro fenómeno básico que se debe analizar si no se quiere que la discusión sobre los recursos humanos en el sistema judicial tenga una alta cuota de artificialidad. Se trata de la delegación de funciones en empleados subalternos, entendiendo por éste el desempeño de tareas que, por ley, son indelegables o forman parte del núcleo central del oficio de que se trate, por parte de empleados administrativos que realizan esta tarea con mayor o menor autonomía. Se ha pretendido siempre ocultar este

tema o considerar que se trata de una necesidad del sistema judicial de equilibrar el trabajo ante una demanda que no tiene control y que, si no se utilizara el mecanismo de la delegación de funciones, llevaría a las instituciones a una crisis sin solución. Sin duda ello es así, pero no debe ser aceptado ya que se trata de unos de los principales y peores síntomas de las deficiencias del sistema judicial².

Esta delegación de funciones adquiere en algunos países características dramáticas. Por ejemplo, empleados administrativos se hacen cargo de los principales actos de instrucción de las causas penales, toman decisiones importantes vinculadas con la libertad de las personas, son apenas controlados por los jueces, preparan proyectos de sentencias que esos mismos jueces no tienen tiempo de revisar, seleccionan las actas que los jueces leerán para tomar sus decisiones, asisten casi con exclusividad a las audiencias de testigos o declaraciones de imputados o de las partes, realizan audiencias de conciliación y otras muchas prácticas de similar importancia que varían según las características de cada uno de los sistemas procesales. Esta delegación de funciones se realiza en todos los niveles. Incluso en muchos tribunales superiores existe un elevado nivel de delegación hasta el punto que casos que tardaron años en llegar a esa máxima instancia de resolución, y que buscan una decisión que muchas veces compromete interpretaciones judiciales, se fallan sobre la base exclusiva de “anteproyectos” realizados por una legión de relatores, asistentes, etc.

No es posible seguir analizando el problema de los recursos humanos en el sistema judicial sin considerar la delegación de las funciones como un problema central. En primer lugar, porque una distorsión tan básica afecta a la totalidad del funcionamiento de cada una de las organizaciones y también distorsiona profundamente el sistema de necesidades de capacitación. En segundo lugar, porque produce un dilema que se ha planteado en numerosas ocasiones: si se capacita a los funcionarios en sus tareas específicas, en lugar de las distorsionadas por la delegación de funciones y, al mismo tiempo, no se modifica el entorno organizacional o el sistema procesal, se aumenta la disfunción del sistema en su conjunto, por lo que la

2 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

capacitación no podría ser evaluada desde el punto de vista de mejoramiento de la eficiencia. Es decir, se revierte el proceso de adaptación, lo que es deseable desde el punto de vista de la reforma judicial, pero se debe asumir que en el corto plazo puede aumentar la disfunción del sistema, salvo que este cambio vaya íntimamente ligado a otros procesos de transformación. Por el contrario, si se asume como una constante la delegación de funciones y la distorsión de los roles internos, entonces esa capacitación no estaría ayudando al proceso de cambio. La búsqueda de un equilibrio en el marco de este problema ha sido más bien una aspiración que una realidad que produjera una metodología específica.

Por otra parte, se produce otra distorsión en sentido inverso. La delegación de funciones ha sido uno de los principales obstáculos para la creación de una verdadera carrera administrativa dentro de las principales instituciones judiciales, carrera que permita una genuina especialización y tecnificación de los auxiliares de los tribunales. Ya sea porque no existe la especificidad de ese conocimiento (diluido en la amplia gama de habilidades que debe tener un empleado judicial que van desde “coser” un expediente a redactar una sentencia) o porque el empleado judicial tiene mayor interés en prepararse para cargos judiciales futuros que en desarrollar una carrera puramente administrativa.

De este modo, muchos programas de capacitación han fluctuado entre hacer de los empleados pequeños jueces, o especializarlos en las tareas propias de un auxilio administrativo. Tampoco en este aspecto se ha encontrado un punto de equilibrio que permita avanzar en la transición hacia nuevos sistemas judiciales. Incluso el problema de la carrera administrativa dentro de los sistemas judiciales no ha adquirido todavía un lugar relevante en los procesos de reforma judicial, pese a que ha sido señalada como uno de los problemas existentes.

VI. Compromiso en la función judicial: la idea de servicio al ciudadano

Para completar un conjunto de elementos que nos permitan considerar el tema del sistema judicial en un contexto más amplio, es necesario agregar

dos dimensiones más: la primera va del interior hacia el exterior del sistema judicial y que tiene que ver con el trato al ciudadano. La segunda es la inversa, es decir, la mirada externa sobre los operadores del sistema judicial.

Una crítica que se repite a menudo y ha formado parte de los diagnósticos, que en el contexto de la reforma judicial se han hecho sobre el componente humano, señala que no existe una consideración adecuada dentro del sistema judicial del trato al simple ciudadano, ni un compromiso claro con la idea de que la administración de justicia es un servicio para él.

Esta actitud general se expresa en acciones concretas. Por ejemplo, el trato que se le da al testigo dentro de las instituciones judiciales. Existe una práctica bastante arraigada de tratar de un modo descuidado –y, a veces, hasta irrespetuoso– a quien concurre a los tribunales a prestar el auxilio de brindar información. Ya sea porque se considera que el testigo le presta un “servicio” a una de las partes, o por la prepotencia con que muchas veces se llevan adelante las investigaciones penales, lo cierto es que se lo hace concurrir varias veces sin motivo, se lo hace esperar, se toma su declaración haciéndole sentir que está bajo sospecha. Jamás se agradecen sus servicios, rara vez se compensan sus gastos y nunca se le comunica el resultado del pleito al que ayudó a definir. Esto se repite con las víctimas o con los jurados en aquellos países donde existen, y mucho más aún con las personas que simplemente necesitan averiguar algo o realizar alguna gestión.

Todo ello es indicativo de una visión muy particular al interior del sistema judicial, marcada por la despersonalización y la pérdida del sentido de las funciones judiciales. La falta de intermediación en los procesos, el carácter sacramental de las actas y los expedientes ayudan, además, a que la idea de prestar un servicio concreto a las personas y respetar a los litigantes como los actores privilegiados del sistema judicial, no formen parte de la conciencia corriente de los operadores judiciales.

Asimismo, la ausencia de un compromiso con la idea del servicio judicial refuerza el carácter egocéntrico de las instituciones judiciales y contribuye aún más a la rigidez de sus prácticas y costumbres. Incluso la arquitectura judicial refleja este proceso de deshumanización ya que el espacio se organiza más desde la lógica del traslado de expedientes que desde la posibilidad del encuentro humano.

En consecuencia –y, por supuesto, con un grado de generalización que no podemos eludir– el ambiente de los sistemas judiciales es deshumanizado. Desde el desarrollo de los programas de capacitación también se han debatido poco sobre todos los procesos de deshumanización insertos en las organizaciones judiciales y su influencia sobre los perfiles de los hombres y mujeres que trabajan en ellos. Más bien, se ha pretendido encarar este tema desde la ética, sin considerar los innumerables factores, aparentemente menores pero de gran influencia, que fortalecen este proceso. Un contexto deshumanizado es, pues, una de las características centrales del medio ambiente en el que se desenvuelven los planes de formación y el desarrollo de la carrera profesional. La influencia de estos factores, tanto sobre cada una de las personas como sobre los procesos de cambio, todavía no ha sido estudiada con profundidad desde un instrumental más rico que las apelaciones morales o la expresión de finalidades vagas o reclamos generales.

VII. Prestigio y desprestigio de la función judicial: la mirada externa

El reflejo de esta actitud interna, más o menos generalizada, es el modo como se estigmatiza a los funcionarios del sistema judicial desde el “exterior” de ese sistema. Si la identidad se construye tanto desde la autopercepción como desde la señalización externa, el problema de la identidad y el perfil de los nuevos operadores judiciales está marcado también por la rigidez de esa consideración externa. Por una parte, la figura del juez ha sido y sigue siendo unos de los arquetipos en las tradiciones morales y por ello conserva un valor, mezcla de respeto, miedo y sentido de lo sacro. Por la otra, la memoria y la constatación casi cotidiana de muchos de los defectos del sistema judicial generan una imagen de insensibilidad, crueldad y corrupción que también se ha convertido en un patrón fuerte de nuestra cultura, incluso a través de su utilización recurrente como personaje literario o cinematográfico. La indeterminación de los oficios jurídicos ayuda a que este patrón –de un modo u otro, siempre rígido– se difunda hacia otros sectores de la profesión jurídica. Si le agregamos a ello las miradas (también

complejas) del abogado particular, podemos concluir que los operadores del sistema judicial deben enfrentarse a un proceso de estigmatización fuerte y arraigado que, sin duda, dificulta su inserción en procesos de cambio.

El hecho de que estos patrones externos no sólo provengan del presente, sino que estén influidos por elementos culturales de larga data, hace que no sea fácil enfrentarse a ellos porque su modificación no tiene una relación inmediata (ni lógica ni temporal) con la modificación concreta de actitudes y formas del trabajo. Esto se ha constituido en un factor de desaliento de no poca importancia, que dificulta el protagonismo de los operadores del sistema judicial en el proceso de cambio. Esta circunstancia se ha visto agravada por la creciente preocupación de los medios masivos de comunicación por el sistema judicial y la mayor difusión de juicios públicos que permite –afortunadamente– conocer el desempeño de muchos funcionarios judiciales. Sin embargo, la imagen que pueda transmitir por esos medios un funcionario judicial, en especial cuando ella es negativa, se extiende con una rapidez y fuerza antes desconocida. De este modo, asistimos a un refuerzo del factor de desaliento que influye de un modo determinante en la actitud de muchos operadores judiciales hacia la redefinición de sus propios perfiles o los empuja irremediamente hacia el interior del sistema judicial, cuya cultura endogámica le ofrece refugio y comprensión, agravando uno de los elementos más nocivos del sistema judicial (la cultura del secreto) y ahondando la incomunicación con el resto de la sociedad.

Todos los factores señalados que buscan sentar las bases de una comprensión más compleja del conjunto de problemas que el proceso de reforma judicial plantea respecto de los recursos humanos, muestran, a nuestro juicio, que poco se ha avanzado en una nueva comprensión de este tema. Al contrario, la mayoría de las acciones que se desarrollan en este campo siguen atrapadas en visiones reduccionistas, aparentemente más “pragmáticas”, pero ineficaces para integrar esta dimensión en el conjunto del proceso de transformación para hacer de ella un factor de cambio con mayor impacto que el observando hasta el momento.

VIII. La carrera judicial

8.1. Clientelismo político e inestabilidad

El marco de referencia desarrollado puede ser sintetizado del modo siguiente: la indeterminación de la formación profesional genera un grado de inseguridad, producto de la incertidumbre que provoca en el ingresante un grado de vulnerabilidad, ya que debe aprender las reglas del oficio con muy poco apoyo en su aprendizaje anterior. Sin embargo, esa formación anterior bajo el predominio de la práctica forense sí introduce un fuerte, aunque implícito, mandato de adaptación que en el contexto del tipo dominante de organización de las instituciones judiciales, se convierte en una rápida sumisión a la cultura organizacional. Por otra parte, la rigidez de las imágenes interna y externa sumada a una práctica generalmente insensible y distorsionada, terminan por conformar un cuadro de deshumanización del operador judicial que encuentra grandes dificultades para modificar sus roles y para insertarse en los programas de reforma judicial. Esta plataforma no ha sido tomada en cuenta en los programas de capacitación, no sólo por falta de profundidad en el diseño y en el debate, sino por la pervivencia de esa misma cultura organizacional que arrastra a sus integrantes a un aprendizaje de la mano del desarrollo mismo de las rutinas y los trámites. Las condiciones adversas de trabajo y la falta de inversión en este campo agravan esta situación y llevan a que el problema de los recursos humanos gire en falso o no avance lo suficiente, en especial respecto de las grandes expectativas que se ponen en él.

Este marco de análisis permite introducirnos en el problema de la “carrera judicial”. No utilizamos aquí el término en el sentido más específico de la carrera de los jueces, ya que en muchos países ella comprende formalmente también a fiscales, defensores, peritos, etc. Por lo tanto, entendemos aquí “carrera judicial” como en conjunto de mecanismos institucionales relacionados con el ingreso, promoción y control de distintos tipos de funcionarios vinculados a las principales institucionales judiciales.

Por otra parte, tampoco utilizamos el concepto de “carrera judicial” en un sentido exclusivamente formal. Es cierto que, en un sentido, ella significa solamente la existencia de esos mecanismos institucionales, pero también es

cierto que en muchos países en los que no existe dicho funcionamiento, los planteles de las principales instituciones judiciales son relativamente estables.

El primer elemento que se suele poner en consideración es la inestabilidad de los funcionarios judiciales producto de la dependencia de su nombramiento de los sectores políticos. “El amiguismo y el clientelismo político-senatorial han sido los elementos determinados en la conformación de nuestro aparato judicial, que ha perdido por ende su verdadera condición de servicio público, alejando a los sectores de menores ingresos de su campo de acción y creando la incertidumbre entre aquellos que pueden acceder a él”³. Esto se agrava en aquellos países en los que el nombramiento judicial se debe ratificar en un período relativamente corto (cuatro o seis años), vinculando esos nombramientos de un modo más directo aún al ritmo electoral. Se ha señalado que ello es uno de los factores esenciales de la dependencia política del sistema judicial y que por ello se debe buscar mecanismos de nombramiento desvinculados totalmente de esos sectores políticos⁴.

Este fenómeno se repite sin duda en muchos países y ha sido reconocido ampliamente como un factor de dependencia muy visible. Sin embargo, es necesario realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, pese a estos ritmos de nombramientos periódicos no siempre se producen cambios muy grandes entre las personas que ocupan esos cargos. Más bien, el fenómeno que ha provocado es el del acercamiento permanente de sectores profesionales a los sectores políticos. Además, esta forma de clientelismo (que a veces es muy estable) ha servido más para impedir el ingreso de nuevos profesionales que para dejar afuera a quienes ya están formando parte de las instituciones. La lógica corporativa y el carácter cerrado de las instituciones judiciales lograron adaptarse a este mecanismo de inestabilidad convirtiéndolo en un refuerzo de su carácter excluyente.

Frente a la fuerte crítica hacia esta realidad se buscan formas de nombramiento desvinculadas totalmente de esos sectores políticos. Sin embargo, aquí aparecen nuevos y no menores problemas. En primer

3 Milton May Guevara, “Fundación, institucionalidad y justicia”, apart. “La importancia de la justicia para la democracia y el desarrollo”, en *Hacia el mejoramiento de la justicia*, vol. III, Santo Domingo, República Dominicana, 1996, p. 69.

4 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

lugar, la adopción de criterios puramente técnicos (no políticos en sentido amplio) no siempre significa la desaparición de la lógica corporativa. Al contrario, puede estar al servicio de su intensificación y favorecer aún más las políticas de exclusión de otros profesionales. Por otra parte, una desvinculación tajante de los sistemas de nombramiento vuelve a poner sobre la mesa el problema de la legitimidad de los funcionarios judiciales, que ya ni siquiera son nombrados por quienes son representantes del pueblo. Este debate se intensifica, por un lado, cuando el sistema político está en crisis y toda la clase política sospechada y, por el otro, cuando se trata de jueces de alto nivel, vinculados a interpretaciones de tipo constitucional.

Lo cierto es que la relación entre el grave problema del clientelismo político que afecta el nombramiento y la independencia de los funcionarios judiciales (no siempre su estabilidad, al contrario) y la adopción de criterios “técnicos” o “neutros” de nombramiento y promoción no son tan directos ni tan claros. La relación entre los hombres y mujeres del sistema judicial que ejercen funciones de gobierno (a través de sus funciones específicas) y el resto del sistema político debe todavía ser explorada con mayor profundidad y, posiblemente, cuando se vayan superando las políticas de emergencia fuertemente influidas por la crisis del sistema judicial, las ideas sobre el tema adquirirán nuevas dimensiones y una mayor profundidad.

8.2. Arbitrariedad y control interno

La fragilidad de la carrera judicial (este concepto parece mucho más pertinente que el de “inestabilidad”) no sólo proviene de sus defectos iniciales, vinculados a los modelos de selección y nombramiento, sino que se intensifica a lo largo de su desarrollo y se agrava al llegar el funcionario a las instancias superiores de las instituciones. Esto se logra mediante dos mecanismos que muchas veces se combinan: uno, la presión interna que produce un control arbitrario y sin reglas claras, y otro, la presión externa que produce el vínculo entre los grupos de funcionarios (tribus o familias judiciales) con sectores externos, generando otra fuerza de control arbitrario. Un funcionario judicial está generalmente sometido a ambos tipos de arbitrariedad, sin mayor (o ninguna) protección.

El primer mecanismo se vincula a las formas de control disciplinario y evaluación del trabajo. En primer lugar, es bastante común que se pretenda realizar políticas fuertes de evaluación sin establecer con claridad cuáles son los criterios que se utilizarán. Tampoco se han desarrollado en general criterios de evaluación, que combinen las exigencias cualitativas y cuantitativas de un modo armónico. De este modo, la evaluación depende de criterios difusos (por más que estén formalizados en leyes o reglamentos) que se vuelven más difusos aún en manos del evaluador. Por último, no suele quedar claro el papel que cumplirán tales evaluaciones en el desarrollo de la carrera profesional del evaluado.

El proceso de reforma judicial, urgido en muchas ocasiones por las fuertes críticas a la corrupción o a la deficiencia en la formación de los recursos humanos, ha recurrido con demasiada facilidad al mecanismo de sistemas de control altamente centralizados. Superintendencia de los tribunales, oficinas de control interno, inspectores judiciales, etc., generalmente con un vínculo muy fuerte con los tribunales superiores, han intensificado este tipo de control interno, sin cambiar sustancialmente las razones de la arbitrariedad. Los criterios siguen siendo difusos, las facultades de esos inspectores muy amplias (llegan, incluso, a servir de modos indirectos de vigilar el desarrollo del caso desde los tribunales superiores) y las reglas de actuación demasiado informales o fácilmente sustituibles por actuaciones personales, que no respetan las reglas elementales de un proceso justo (p. ej., en las actuaciones disciplinarias).

Ello no quiere decir que no deban existir mecanismos de control muy fuertes: pero el diseño de esos mecanismos no se puede realizar por fuera del contexto general de la institución y con una visión reduccionista o ingenua que desconoce o cierra los ojos frente a las funciones reales que ese control puede realizar. Otras veces se pretende justificarlo en algún tipo de “despotismo ilustrado”, muchas veces alentado por la cooperación internacional, entusiasmada con la existencia de algún funcionario bien intencionado o claramente honesto que promete políticas de “depuración” sin caer en la cuenta (o sin querer hacerlo) que de ese modo se fortalece unos de los mecanismos centrales de la fragilidad de la carrera judicial que, justamente, se quiere remediar para hacerla independiente.

8.3. Las familias o tribus judiciales

Los jueces no sólo están sometidos a este tipo de disciplinamiento interno sino que, para el desarrollo de su carrera profesional, es bastante común que se integren más o menos activamente a grupos internos de las instituciones que por distintas razones (ideológicas, generacionales, religiosas, amistad, etc.) se forman y mantienen con bastante duración. Se los suele conocer como “familias” o “tribus” judiciales y tienen un control importante en el nombramiento o la promoción de sus propios miembros.

Estos grupos, que aparentemente brindan protección y ayuda a quienes los integran, representan, en realidad, otra forma de dependencia y fragilidad. En primer lugar, porque ellos también ejercen alguna forma de control interno, pero, antes que nada, porque tales grupos mantienen vínculos con algún sector externo que puede ser político, empresarial o profesional.

Estas familias o tribus judiciales suelen ser mixtas, formadas por integrantes que ahora se encuentran en el interior de algunas de las instituciones judiciales y por otros que antes lo estuvieron pero ahora forman parte de oficinas de abogados, de sectores profesionales dentro de algún grupo empresarial o político (muchas veces ambos) o de otras instituciones del Estado.

Estos grupos mixtos aprovechan deliberadamente esta situación. Es común, inclusive, que muchas oficinas de abogados recluten deliberadamente a miembros de estos grupos para asegurarse un tipo de acceso a los despachos de los funcionarios o un tratamiento privilegiado. También se pueden llegar a dar estructuras más complejas, en las que un mismo sector ocupa, de un modo más o menos consciente o articulado, espacios de diverso tipo (algunos son funcionarios judiciales, otros asesores políticos, otros abogados privados) generando una circulación de influencia, prestigio y recursos económicos que aseguran la estabilidad y el crecimiento de la tribu judicial. El temprano ingreso a estos grupos, de estudiantes superiores o jóvenes graduados asegura un permanente reclutamiento y el perfeccionamiento cualitativo del grupo.

Un funcionario independiente que quiere desarrollar su carrera sin compromisos o que quiere ingresar libremente a las instituciones judiciales, se encuentra con obstáculos más complejos y más extendidos que el simple y nefasto clientelismo político. Los modos y formas de la dependencia de

los funcionarios judiciales forman también una estructura compleja que el proceso de reforma judicial no logró todavía afectar con profundidad.

8.4. Otras razones de debilidad (discriminación, pauperización, condiciones de trabajo, etc.)

Finalmente, un conjunto de factores, aparentemente menores, completan el cuadro de fragilidad al que están sometidos la gran mayoría de los funcionarios judiciales. El primero de ellos surge de las propias condiciones de trabajo. La sobrecarga de trabajo no sólo produce una grave deficiencia en el servicio, sino que pone a los funcionarios en un alto grado de vulnerabilidad. Ellos, por la misma presión del trabajo, no pueden cumplir siquiera con muchas de las normas que regulan su labor. No pueden asistir a las audiencias; no pueden cumplir con los plazos, aunque ellos sean perentorios; no pueden fundamentar precisamente las decisiones, aunque ello las torne inválidas; y no pueden dejar de delegar sus funciones esenciales, aunque ello esté expresamente prohibido. Prácticamente, ningún funcionario judicial en América Latina y el Caribe –inclusive los miembros de los tribunales superiores– lograría superar positivamente una evaluación que tomara en cuenta el estricto cumplimiento de la ley. Ello genera debilidad, incertidumbre y temor; en definitiva, dependencia.

Un segundo factor de fragilidad proviene de las propias condiciones económicas a las que están sometidas las instituciones judiciales. No sólo bajos salarios, sino falta de materiales elementales, carencia absoluta de recursos para gastos extraordinarios, etc. Esto no sólo genera problemas en el servicio, sino una cierta situación ya estructural de resignación que se manifiesta, incluso, en el escaso uso que muchas veces se hace del presupuesto existente. La debilidad económica, en especial de los tribunales y funcionarios de inferior jerarquía, es también un signo evidente de la falta de relevancia de la función que se traslada fácilmente a la figura del funcionario.

Finalmente, fuertes corrientes de discriminación dentro del sistema judicial: hacia sectores con determinadas ideas, hacia sectores raciales (en aquellos países cuya población tiene un fuerte componente de los pueblos indígenas) e, incluso, religioso. Estos factores de discriminación están íntimamente vinculados a la existencia de los grupos internos, cuyo predo-

minio en épocas o sectores determinados, puede influir en las prácticas de discriminación. Vemos, pues, que si un objetivo importante del proceso de la reforma judicial es lograr que los funcionarios judiciales puedan ejercer sus funciones con estabilidad, sin presiones externas, sin asumir compromisos espurios, sin manifestar debilidad sino fortaleza, de modo tal que cada uno pueda desarrollar del mejor modo sus habilidades y conocimientos, sin estar sometido a preocupaciones que nada tienen que ver con su ejercicio profesional, el camino no sólo está en sus etapas iniciales sino que corre el riesgo de no ser recorrido jamás con profundidad. Para hacerlo no basta con declamar la importancia de la independencia judicial y la necesidad de una carrera judicial que asegure los beneficios de la estabilidad y la promoción por mérito. Hace falta asumir la estructura compleja y fuertemente arraigada de la dependencia y sumisión judicial, y atacarlo con diversas acciones, desde diversos ángulos. Pareciera, sin embargo, que la proclamación de la importancia de este tema no ha alcanzado aún una parigual preocupación por la profundidad de las acciones. Sin embargo, el desarrollo de ideas realizado hasta aquí estaría muy incompleto si no se diera cuenta de algunos otros fenómenos que comienzan a influir de un modo decisivo en el problema de los recursos humanos dentro del sistema judicial.

IX. Mujeres en el sistema judicial: un equilibrio creciente

El primero de ellos tiene que ver con la modificación de la tradicional exclusión de las mujeres del sistema judicial. Progresivamente se fue modificando esta situación, primero, admitiendo que las mujeres ocuparan puestos de mayor importancia en áreas consideradas de su “natural” incumbencia como son las de familia o menores. Luego, en las defensorías públicas, también por el carácter tutelar de esa función. Sin embargo, el protagonismo de las mujeres en todos los sectores del sistema judicial y, en los últimos años, en puestos importantes dentro de las instituciones judiciales está en aumento. Asimismo la matrícula de las escuelas de derecho muestra un crecimiento notorio de las estudiantes mujeres. No es objeto de este punto analizar las causas del cambio de tendencia, sino reflexionar si ello produce algún impacto dentro del problema de los recursos humanos del

sistema judicial y su conversión hacia nuevas prácticas, tal como pretende la reforma judicial⁵.

Sería muy difícil analizar, sin caer en lugares comunes, los efectos de la creciente incorporación de las mujeres en lugares de protagonismo dentro de las instituciones judiciales. Además, ello llevaría a generalizaciones sobre “las mujeres” que suelen ser falsas e irritantes. Lo que aquí interesa es que esa incorporación significa la aparición dentro del sistema judicial de un grupo nuevo y que como tal, por el hecho de ser nuevo, tiene mayores posibilidades de incorporar los nuevos valores y actitudes que pretende el proceso de reforma judicial. Además de ser un grupo nuevo y masivo en algunos sistemas judiciales, se trata de un sector más permeable a comprender las situaciones de vulnerabilidad, ya que él mismo se encuentra en gran medida en una situación de ese tipo. Por lo tanto, los factores de deshumanización pueden tener menor influencia, sin perjuicio de que las condiciones de indeterminación y sumisión están tan presentes en hombres como en mujeres, ya que provienen del tipo de formación profesional.

Más allá de algunos estudios puntuales sobre este tema, no se ha investigado con profundidad —y, mucho menos aún, debatido— el papel que este nuevo sector puede cumplir dentro de la reconversión de los recursos humanos del sistema judicial. A su vez, la reforma judicial debería aprovechar en términos estratégicos su creciente incorporación y desarrollar mecanismos que mitiguen los reclamos de adaptación hacia él. La adopción de fórmulas de discriminación positiva en algunos casos (v. gr., cupos reservados en los tribunales colegiados) puede ser un mecanismo productivo. De todos modos, lo que sí debe quedar claro es que, como todo sector nuevo, tiene potencialidad para ser un factor favorable al cambio, pero nada impide que asuma rápidamente los principios, valores y rutinas de la vieja organización y les dé también un renovado impulso que consolide las viejas estructuras.

5 Véase en esta obra, Elizabeth García Alarcón, “Prácticas judiciales, garantía de derechos y carrera judicial”..

X. Rebeldía y sumisión: el movimiento asociacionista y la carrera judicial

Tampoco estaría completo el cuadro si no se destacaran otras actitudes de los operadores del sistema judicial, que día a día toman mayor importancia. Se trata de aquellos funcionarios que asumen el costo de la ruptura con muchos de los valores establecidos por las organizaciones, y llevan adelante su trabajo con independencia de criterio y, muchas veces, con altas cuotas de sacrificio y valentía personal. Estos casos no sólo deben ser destacados por su valor personal, sino porque cumplen un papel importante dentro del proceso de cambio.

Por una parte, muchas veces ellos constituyen una muestra de que es posible realizar las tareas de un modo diferente (v. gr., cumpliendo estrictamente las leyes fundamentales) y son un estímulo para sus colegas, en especial los más jóvenes, que pueden entonces resistir mejor el reclamo de adaptación. Otras veces, sin embargo, ellos son mostrados o se muestran a sí mismos como una prueba de que no es necesario realizar reformas profundas dentro del sistema judicial, ya que éste puede funcionar de un modo diferente. Es decir, se olvida el carácter excepcional y los costos de una actitud de este tipo.

Generalmente, estas actitudes han sido aisladas o asumidas por grupos muy minoritarios dentro de las instituciones judiciales, carentes de mayor apoyo. Sin embargo, ellas han nutrido formas asociativas de jueces muy activos. El movimiento de asociación de jueces, es decir, la formación de asociaciones profesionales que representan sus intereses y defienden a sus miembros, se ha ido acrecentando en los últimos años. No sólo en cada uno de los países sino a nivel regional (la Federación Latinoamericana de Magistrados, p. ej) y mundial. Ello representa un cambio importante en la estructura altamente jerarquizada de las instituciones judiciales.

No obstante estas asociaciones todavía enfrentan problemas. En primer lugar, ellas generan en los algunos países cierto rechazo en los tribunales superiores, ya que se las ve como una merma del tradicional poder de éstos frente a los jueces inferiores. Esto se ha intensificado cuando estas organizaciones o un sector de ellas han reclamado una mayor democratización interna del manejo de las instituciones judiciales. En segundo lugar, ha encontrado cierta resistencia entre los propios integrantes al asumir otros temas

diferentes de los estrictamente gremiales (tales como salarios, etc.). De este modo, ven mermada su capacidad de acción para luchar contra otras formas de dependencia judicial, en especial cuando se trata de formas y estructuras arraigadas. La existencia de sectores minoritarios, pero a veces muy activos (Magistrados para la Democracia, p. ej.) ha servido para dinamizar en su conjunto al movimiento asociacionista, que debe crecer, no obstante, en un ambiente bastante generalizado de sumisión a las reglas del control interno verticalizado.

El movimiento de reforma no ha prestado suficiente atención a este fenómeno. Resulta llamativo el hecho de que, si bien se proclama la imprescindible participación de los operadores judiciales en el proceso de cambio, rara vez se apoyan las iniciativas de ellos para mejorar su situación concreta. No sólo estas asociaciones suelen carecer de apoyo de parte de las propias estructuras judiciales, sino que la misma cooperación internacional ha prestado poca atención al movimiento de jueces, mucho menos aún a los sectores que son minoritarios pero adhieren con mayor fuerza al proceso de cambio.

Esta falta de atención debe ser revisada porque se pierde la oportunidad de fortalecer los canales de participación que han surgido de la propia iniciativa. El hecho determinante que hace que los programas de cooperación internacional no les presten atención es que ellos prefieren establecer vínculos fuertes con los tribunales y autoridades superiores y no generar conflictos con ellos. De este modo, en lugar de fortalecer la independencia judicial y de otros funcionarios y la carrera judicial, se fortalece uno de los mecanismos más fuertes de sometimiento que es el control interno a través de la estructura verticalizada.

XI. Los operadores del sistema judicial: entre la parálisis y el estupor

Este cuadro de conjunto genera una situación compleja para los operadores del sistema judicial, que hoy se encuentran tensionados por reclamos difíciles de satisfacer, incongruencias en el diseño de los planes de reforma y una crisis general que los deja con poco margen de maniobra o directamente paralizados.

Por un lado, existe un reclamo en crecimiento de independencia, capacitación técnica, honestidad y dedicación al trabajo⁶. Sin duda, todos ellos son exigibles a los funcionarios y jueces. Sin embargo, existe también una muy escasa disposición de aceptar las consecuencias de una actuación de este tipo por parte de ellos. Por ejemplo, los medios de comunicación y, a veces, el conjunto de la sociedad, reaccionan de un modo airado cuando un juez sentencia de un modo diverso al de la opinión pública, aun cuando no exista ninguna sospecha de venalidad. O se reclama que los funcionarios tengan mayor contacto con la sociedad y luego se critica cuando tratan de hacerlo de un modo masivo.

Por otra parte, las expectativas negativas también han adquirido rigidez y existe poca disposición a reconocer los cambios que se van realizando. Así, pese a los esfuerzos que puedan hacer muchos operadores del sistema judicial sienten que no tienen forma de revertir la imagen negativa, mucho más aún cuando un solo caso de corrupción o dependencia vuelve a ratificar esa imagen para todos ellos.

Asimismo, las contradicciones no provienen de la sociedad, sino del interior mismo de las organizaciones y sus autoridades. En muchas ocasiones, por ejemplo, se les pide a los funcionarios una participación directa en los asuntos y que rechacen la delegación de funciones, pero no se modifican las condiciones de sobrecarga de trabajo. O se asumen cambios importantes en las estructuras procesales, pero luego no se hace nada para implementarlas.

Esta contradicción está instalada en los propios programas de cooperación y ayuda internacional que establecen como eje prioritario la independencia judicial pero luego excluyen a los funcionarios de la verdadera gestión de esos programas, que quedan instalados en el nivel de las cúpulas, quienes así ven reforzado su poder. Lo mismo se podría decir de la dirigencia política, que proclama la necesaria fortaleza del sistema judicial pero luego no está dispuesta a aceptar las consecuencias de esa fortaleza; o de los académicos, que sostienen una visión crítica sobre el sistema judicial pero luego mantienen la enseñanza o las estructuras universitarias en la misma

6 Véase en esta obra, Elizabeth García Alarcón, “Prácticas judiciales, garantía de derechos y Carrera Judicial”.

situación anterior, sin asumir la influencia de ese sector sobre el funcionamiento de todo el sistema judicial. En fin ¿qué camino les queda, entonces, a quienes quieren participar del proceso de cambio o, incluso, ser actores relevantes de él? ¿Qué es lo que, en realidad y sin hipocresías, se espera de los operadores del sistema judicial?

Estos interrogantes han sumido a muchos funcionarios y jueces en una situación de parálisis que los convierte en espectadores no muy entusiastas del proceso de cambio. A otros los ha llevado a una situación de estupor que, poco a poco, se puede ir convirtiendo en un renovado rechazo a la reforma judicial que ha tenido capacidad para desnudar sus deficiencias, pero todavía no ha diseñado una adecuada participación de esos operadores en los proyectos de reforma.

Todo esto no debe ser entendido como si ellos fueran las víctimas de todo este proceso. Las víctimas son los ciudadanos que por décadas –incluso siglos– no han contado con un sistema judicial eficiente, que resuelva sus problemas más básicos. Pareciera, entonces que no queda otro camino que asumir estas incongruencias y modificar todas aquellas en que las exista alguna posibilidad de hacerlo. La confianza de la sociedad y la normalización de sus expectativas, por el contrario, requerirá tiempo y buenos resultados del sistema judicial. Pero no debemos olvidar que los ciudadanos siempre han tenido buenas razones para no creer –y hoy para dudar– respecto de sus sistemas judiciales.

XII. Primer debate: ¿es necesaria la carrera judicial?

Sobre las bases analizadas en este artículo nace el primer debate sobre este tema. Si entendemos por “carrera judicial” la creación de mecanismos que fortalezcan la independencia, la idoneidad, la dedicación y la honestidad de los funcionarios del sistema judicial, ¿es éste el momento de hacerlo? ¿O ello consolidaría las burocracias mezquinas, poco dispuestas al cambio, con altos grados de sumisión, que aprovecharían estos nuevos mecanismos para encerrarse nuevamente sobre sí mismas, sin modificar profundamente su dependencia e ineficacia? ¿No es preferible, durante la transición hacia nuevas estructuras judiciales, tener sistemas más flexibles, que preparen

mejor el ingreso de nuevos funcionarios, que cambien sustancialmente los planteles y avances en el cambio de otras reglas de juego, y que debiliten los reclamos de adaptación?

Para algunos, consolidar a los actuales planteles de funcionarios del sistema judicial equivale prácticamente a condenar a muerte al proceso de reforma judicial, ya que ellos trasladarán las viejas prácticas y rutinas a los sectores que se hayan modificado y serán el principal factor de recomposición del actual sistema. La carrera judicial es un objeto a construir, pero antes es necesario provocar un cambio importante en las personas, incluso generacional.

Por otra parte, se sostiene que esa posibilidad no sólo entraña graves problemas legales y constitucionales, sino que, en el fondo, tampoco existen en la gran mayoría de los países muchos profesionales de recambio. Además, al conjunto de factores de inestabilidad se sumaría el de una burocracia nueva e inexperta (para otros esto es una virtud no un defecto, ya que pueden asumir con mayor libertad los nuevos valores del sistema) lo que generaría una situación de ineficiencia prolongada inadmisibles para las expectativas a corto plazo de la sociedad. Este debate ha influido de un modo muy concreto a la hora de establecer los criterios de selección propios de los nuevos organismos de nombramiento y selección de funcionarios, aunque no se puede decir todavía que exista una tendencia clara en alguno de los dos sentidos.

Este debate se refleja en otro tema, que tiene mayores sustentos teóricos y se ha dado ya en diversas circunstancias. Se trata de la conveniencia de que los jueces sean vitalicios -es decir, conserven su puesto mientras dure su buena conducta- o si ellos deben tener un plazo para el ejercicio de la función. Quienes sostienen la conveniencia del carácter vitalicio señalan que éste es uno de los mecanismos más concretos para que el juez pueda ser independiente, ya que no tiene que establecer contactos con ningún sector. Para los contrarios, la situación es inversa: ella consolida a jueces que ya pueden tener compromisos y la estabilidad les permite cumplir con esos compromisos sin que los mecanismos de control puedan efectivamente llegar a evitarlo. En una época donde el sector profesional no se halla preparado para el funcionamiento de los nuevos sistemas, la falta de idoneidad puede ser una hipoteca sobre toda una generación. Existen, sin embargo, posiciones intermedias que proclaman un carácter vitalicio que se adquiere luego de un

tiempo (ratificación del parlamento, evaluación del Consejo de la Magistratura, etc.).

También ha aparecido algún debate, aunque sin mayor intensidad, sobre la conveniencia de legitimar el nombramiento de algunos funcionarios del sistema judicial con elecciones populares. No tanto respecto de la totalidad de ellos sino respecto, por ejemplo, de fiscales, jueces de paz, o municipales. Este debate suele quedar atrapado en categorías generales y, por lo tanto, encuentra argumentos ya agotados sobre la conveniencia de un sistema u otro (como sucede, p. ej., con los jurados). No obstante, si se diversifica el problema y se argumenta de un modo diferente cuando se trata de la elección del fiscal general o de los funcionarios judiciales vinculados al poder local o de algunos de los miembros de los consejos de la Magistratura, la discusión adquiere una nueva riqueza. Este debate no ha sido estimulado por el proceso de reforma judicial, que ha puesto más énfasis en los aspectos técnicos y éticos de las magistraturas. Sin embargo, contiene una gran riqueza de matices y vuelve a introducir, sanamente, el problema de la legitimidad de las funciones judiciales.

XIII. Segundo debate: el papel de los operadores del sistema judicial en los procesos de reforma

El segundo debate, cuya importancia y límites quedan más claros en este punto, se relaciona con la importancia de la variable de los recursos humanos en el proceso de cambio. Para algunos, ella es la principal y determinante, ya que todos los otros cambios serán puestos en marcha por hombres y mujeres concretos, que si no modifican sus patrones de conducta, volverán ilusorias las otras innovaciones. Por lo tanto, el problema y la solución es básicamente un problema de personas. Si ellas no cambian su “mentalidad”, entonces no habrá reforma judicial.

Desde otros sectores se contesta sosteniendo que nadie desconoce la importancia de esta dimensión, pero las personas actúan en organizaciones complejas y deben cumplir reglas, rutinas y adoptar valores que no son emanación de su propia y exclusiva personalidad. El proclamado cambio de “mentalidad” -que es una realidad netamente subjetiva- no se dará por una

reconversión de estilo religioso a los valores de la reforma judicial. Lo que debe cambiar son los modos de interacción entre los sujetos y las reglas que regulan o influyen de muchas maneras en esa interacción. A su vez, el contexto organizacional actúa como la matriz básica del tipo cultural que cobija todas las interacciones personales dentro del sistema judicial. Por ello la dimensión de los recursos humanos es incapaz por sí sola de producir algún cambio ya que resulta altamente dependiente de patrones culturales y organizacionales muy rígidos, que moldea la “mentalidad” en el proceso de adaptación⁷.

Se han buscado fórmulas de armonización ya que existe consenso acerca de que, de todos modos, la actuación sobre el recurso humano es siempre relevante. Sin embargo, a la hora de definir estrategias, que a su vez influyen de un modo directo sobre las prioridades y sobre el uso de los recursos, este debate reaparece en su versión más lineal. No se ha construido todavía una fórmula de consenso que permita integrar de un modo armónico estas dos versiones y, mucho menos aún, se han logrado acuerdos en el plano estratégico.

La falta de resolución de este debate es otro de los factores que contribuyen a dejar poco clara la expectativa de participación de los operadores del sistema judicial en los procesos de cambio. O se espera todo de ellos (y esto se constituye en una pesada carga) o les corresponde una cuota en el cambio que nadie ha logrado explicar con precisión. Dada la enorme importancia que este punto tiene sobre el diseño de los planes de reforma y las ambigüedades que los propios programas de cooperación tienen al respecto, se hace necesario ahondar una discusión que desde hace tiempo ha quedado anclada en sus términos originales.

XIV. Tercer debate: ¿han funcionado las escuelas judiciales?

Pareciera que si se reconoce de un modo unánime la importancia de la variable de los recursos humanos en el proceso de cambio y, además, se recomienda generalmente una modificación estructural y profunda del sis-

7 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

tema judicial, la rápida creación de los modelos intensivos de capacitación y su organización e institucionalización en escuelas judiciales, debería haber sido una prioridad del proceso de cambio o, por lo menos, ya deberían existir modelos y resultados concretos para evaluar con profundidad.

Lo importante es destacar que en el mundo actual, teniendo en cuenta la experiencia de muchos países, la escuela judicial surge como alternativa más seria y de mayores posibilidades para ir en busca de un más eficiente e idóneo servicio de justicia. Según Néstor Pedro Sagüés, en un proceso de mejoramiento de las técnicas sobre la materia, la escuela judicial está llamada a desempeñar un papel decisivo, casi imprescindible sea como mecanismo de selección, centro formativo y de entrenamiento de los futuros jueces, o como ente de perfeccionamiento profesional, su implementación -en un mundo jurídico cada vez más complejo y especializado- vendrá a ser necesaria⁸. Contra estos argumentos hay quienes opinan que esta tarea que se pretende encomendar a las 'escuelas judiciales' es una función que compete a las universidades.

El tema de las escuelas judiciales ha estado presente desde el inicio de los distintos procesos de reforma judicial. Se han invertido sumas considerables, se han establecido contactos con otros países que cuentan con sistemas probados, se han estudiado los distintos modelos, pero todavía las expectativas puestas en las escuelas judiciales no se han satisfecho, ni por su adopción masiva -como era de esperar- ni por su calidad -como es imprescindible-. No es éste el lugar para analizar las razones para ello, sino para rescatar el debate que estos relativamente escasos resultados han reavivado.

De algún modo, este debate es tributario del anterior, aunque tiene algunos puntos específicos. En primer lugar, para algunos, las escuelas judiciales no han dado el resultado esperado porque el problema central se halla en la formación profesional básica que imparten las escuelas de leyes y ellas prácticamente no han hecho modificaciones acordes con el proceso de reforma judicial. Es más, la necesidad de creación de estas escuelas reside, muchas veces, en la ausencia de cursos en las facultades de derecho rela-

8 Antonio Tellechea Solís, "Escuela judicial", en Seminario sobre sistemas de nombramiento y promoción de magistrados, judiciales y el Ministerio Público; Asunción del Paraguay, 1993. pp. 23-24.

cionados con la práctica y función judicial. De este modo se pretende especializar a quien no tiene elementos básicos. Se busca construir el techo de la casa antes que sus cimientos⁹. Sólo se deben utilizar los recursos en llevar adelante programas de capacitación de emergencia, para evitar la inmediata distorsión de las nuevas instituciones y concentrar esfuerzos en la reforma de la enseñanza básica de la profesión, asumiéndola como un tema prioritario del proceso de reforma.

Desde otras opiniones se contesta que, si bien es cierta la crítica a la enseñanza profesional básica-que en algunos países se ve agravada por las deficiencias de los otros niveles de la educación- y se reconoce la necesidad del cambio en las universidades, postergar el tema de la capacitación permanente o subordinar a ello la creación de las escuelas judiciales, introduciría unos plazos y otros problemas que finalmente paralizarían los cambios en uno y en otro nivel. Lo que se debe hacer es asumir estas deficiencias, tratar de repararlas mediante planes de nivelación o buscar algún tipo de integración con las universidades (ya sea en el nivel de posgrados o en los tramos finales de la carrera) que permita, si no solucionar el problema, paliarlo hasta que la universidad reaccione y haga su propio proceso de cambio.

Una segunda dimensión de este debate señala que en realidad los resultados, menores a los esperados, tienen que ver con el hecho de que se ha puesto más énfasis en la creación de estructuras que en el desarrollo de planes de capacitación. La estructura de la escuela judicial podrá ser necesaria, pero lo importante en momentos de transición es el desarrollo de amplios y generosos planes de capacitación, que rápidamente les den a los operadores judiciales herramientas para manejarse en las nuevas situaciones. El pensamiento centrado en la estructura de la escuela judicial ha impedido que se diseñen planes de capacitación más creativos y diversificados, más amables para los operadores judiciales y con mayor capacidad para recoger una rápida experiencia del ensayo y el error.

Se contesta a esta posición que lo peor que le podría suceder al proceso de cambio es realizar planes de capacitación intensos pero espasmódicos. Además, la asimilación de nuevos conocimientos, el desarrollo de nuevas

9 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, "Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial".

actitudes y la maduración de los nuevos roles, reclaman permanencia y estabilidad en los planes de capacitación. Ello se logra mediante la creación de instituciones que asuman esta tarea de un modo permanente, en especial cuando las instituciones judiciales son todavía propensas a dejar de lado las tareas de capacitación o a realizarlas exclusivamente cuando tienen apoyo de la cooperación internacional.

XV. Cuarto debate: evaluación del trabajo e independencia judicial

Otro conjunto de discusiones gira alrededor del problema del control y la supervisión del trabajo de los jueces y del modo de organizar a quienes deben realizarlo.

Para algunos, el estado de corrupción, falta de idoneidad y compromiso con sectores políticos del sistema judicial es tan grande, que todos los cambios podrían ser afectados si no se realiza una política fuerte de control interno. Mucho más cuando el proceso de transición los efectos de los casos de deshonestidad o idoneidad manifiesta producen efectos, tanto al exterior como al interior. Al exterior, porque la sospecha se extiende a la totalidad de los funcionarios y demora el aumento de credibilidad que necesita con urgencia el sistema judicial, entre otras cosas para repotenciar y darle sustentabilidad al propio proceso de cambio. Al interior, porque la impunidad genera en estos casos un gran desaliento, mucho más aún cuando se proclaman épocas fundadas en nuevos valores o se exigen mayores sacrificios a los operadores judiciales. La independencia judicial no puede ser un privilegio que ampare al funcionario corrupto o incapaz.

Se contesta esta argumentación señalando que si bien es cierta la importancia de evitar estrictamente casos de ese tipo, las variables para controlar esa situación o provocar el efecto deseado son otras, muy distintas de una política de control interno fuerte. Por ejemplo, la publicidad de los juicios y otras etapas del proceso, los cambios organizacionales que quiten las oportunidades de corrupción, el mayor rigor en el nombramiento, etc. Las políticas de control interno fuerte suelen ser centralizadas y dependientes de alguna de las autoridades superiores de la institución, lo que aumenta la

situación de temor y dependencia, que es una de las causas de los problemas que se quiere evitar.

Además, suele ocurrir con demasiada frecuencia que estos sistemas de control interno son utilizados por los litigantes para extorsionar a los jueces –muchas veces a los jueces más independientes– o son manipulados por las distintas familias o tribus judiciales para ganar espacios en las instituciones. De una forma u otra, es una política de dudosa eficacia, contradictoria y siempre peligrosa.

Finalmente se discute, desde otra perspectiva, si el control debe ser el resultado de la adopción de determinados valores morales sin los cuales todo mecanismo institucional fracasa irremediablemente. Se contesta que, sin menospreciar la importancia de las reglas éticas que regulan los distintos oficios jurídicos y las necesidades de esclarecer su contenido y educar en ellas, el problema del control de la corrupción y la falta de idoneidad tienen raíces tan complejas que no pueden ser resueltas por la moral. No basta con capacitar a nuestros funcionarios en el aspecto técnico. Debemos diseñar y lograr un nuevo perfil para los custodios de los bienes y servicios de la república, agentes que trabajen y participen con una nueva mentalidad, aplicando dos sistemas de valores complementarios: unos muy prácticos, que obliguen a trabajar de forma rápida y diligente, y otros de amplia responsabilidad social, que eviten el abuso del poder conferido por la investidura de un cargo público. En otras palabras, un primer nivel de exigencias que prevengan atrasos en los servicios y propicien el desarrollo; y un segundo nivel de exigencias que, utilizando diferentes mecanismos, permitan al funcionario actuar correctamente evitando delitos o abusos que generen desconfianza en él o en el sistema. No es posible dignificar la posición del burócrata judicial o ejecutivo sin darle seguridad, mediante un servicio civil o una carrera judicial adecuada y efectiva. Es necesario que el funcionario se considere seguro para que pueda dar seguridad. El funcionario debe ser capacitado, no en materia de moral, sino en cuanto al conocimiento de los reglamentos disciplinarios, al conocimiento de su sistema de promoción, conocimiento de las características del trabajo dentro de un grupo, dentro de una secuencia interdependiente, dentro de una sociedad. La seguridad que se procura nunca se podrá conseguir sin un cambio en nuestro funcionario público (y privado) en estas dos dimensiones. Se trata, antes

bien, de un problema político, institucional, organizacional y de base cultural, que excede las posibilidades de la ética¹⁰.

XVI. La relación entre la capacidad personal y el sistema organizativo

El conjunto de problemas, situaciones y debates que giran alrededor del papel que deben desempeñar los hombre y las mujeres del sistema judicial nos muestra una estructura compleja, que todavía no ha sido estudiada en profundidad y que se agrava de modo notorio en aquellos países que adolecen de una mayor pobreza o debilidad institucional.

Asimismo, las expectativas que el proceso de reforma judicial en la región ha puesto en ese papel, con las variaciones que hemos reseñado, son siempre muy grandes, sin que ello haya significado mayor claridad, ni en el plano conceptual ni en el estratégico ni, mucho menos aún, en las acciones concretas que se han llevado a cabo hasta ahora.

Se suele señalar la existencia de muchas actividades de capacitación como un signo de avance del proceso de reforma. Sin embargo, pocas veces se evalúa el impacto real de esas actividades o su sustentabilidad.

Se debe llamar la atención sobre los efectos negativos que un activismo superficial y acrítico, muy frecuente en este campo, puede tener sobre el conjunto del proceso de cambio. Diseñar planes de capacitación sobre bases más firmes, provocar un debate profundo –especialmente al interior de las instituciones judiciales– sobre el nuevo papel, las expectativas y las posibilidades concretas de aporte de los operadores judiciales es un camino que todavía debe ser recorrido con mayor firmeza.

Ni siquiera se ha llegado a lo que podemos denominar el punto de arranque de una verdadera redefinición del papel de los operadores judiciales en los nuevos sistemas. Es decir, lograr que las organizaciones no sólo sean claras en definir el perfil del buen funcionario, sino que lo ayuda realmente a serlo. Todavía el contexto organizacional empuja con fuerza

10 Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”.

al funcionario a ser un operador mediocre —que pasa desapercibido— o francamente malo —cuyos réditos suelen ser más altos—. Poner a las organizaciones judiciales en ese punto de arranque no solucionará la gran mayoría de los problemas, pero permitirá *construir una plataforma institucional para realzar la variable personal* y que ésta no quede atrapada por estructuras y patrones que lo arrastran irremediablemente a la masificación y el anonimato. Las instituciones judiciales han sido crueles con sus propios miembros y han ahogado su capacidad personal (salvo, claro está, quienes tienen especiales condiciones de resistencia); por ello, la tarea prioritaria es modificar ese funcionamiento institucional para que desde allí comience a gestarse un nuevo papel para las mujeres y hombres de esas instituciones.

Los planes de capacitación que no asumen este contexto o las escuelas judiciales que se integran a él —y, a veces, rápidamente repotencian la voracidad y crueldad de estas organizaciones— sin tomar en cuenta el apoyo personalizado que deben brindar a los buenos funcionarios, no sólo consolidan uno de los peores males del sistema judicial, sino que nos dejan sin instrumentos imprescindibles para el desarrollo de la reforma judicial.

XVII. El problema del mal juez: responsabilidad del sistema judicial y control externo

Pero así como no se ha resuelto el problema de buen funcionario y de cómo liberar y potenciar su participación personal y su influencia en el sistema judicial, tampoco se ha avanzado demasiado en la neutralización del mal funcionario.

En este sentido, las instituciones judiciales todavía conservan innumerables recovecos y pliegues que permiten al mal funcionario esconderse y pasar desapercibido, mucho más aún en el marco de organizaciones que, en líneas generales, sospechan de quien sale de lo común (reclamo de adaptación).

Por ello, todavía es muy grande la responsabilidad de las estructuras organizativas en la existencia de funcionarios malos o francamente corruptos. Ellas todavía los encubren, los protegen y les brindan casi “en bandeja”, las oportunidades de sacar provecho de su actuación y permanecer impunes. Por ello, trabajar sobre ese contexto organizacional, volverlo transparente, abrir las

puertas del sistema judicial a otros sectores, establecer una relación no traumática con los medios de comunicación, etc., son caminos que todavía no se han explorado suficientemente como formas de poner en evidencia al mal funcionario. Se ha confiado excesivamente en los métodos de vigilancia personal, sin tomar en cuenta que la organización compartía en gran medida las responsabilidades por la mala actuación de esos funcionarios.

Ello no significa que se deba prescindir de todo tipo de control interno. Al contrario, en el marco de estas imprescindibles modificaciones estructurales y de la apertura y transparencia del sistema judicial, se pueden potenciar las formas de control interno. Pero para ello no sólo se necesita un buen cuerpo de supervisores o inspectores, sino, antes que nada, el establecimiento de reglas claras sobre los criterios de evaluación y sobre las formas y procedimientos para evaluar, con un especial cuidado en no convertir estos sistemas en formas de extorsión o desencadenar políticas de terrorismo interno¹¹.

La creación de instancias de evaluación y control disciplinario autónomas que no dependan de las autoridades superiores, aparece como un camino que todavía debe ser explorado con mayor fuerza. Además, estas instancias autónomas de control, evaluación y disciplina deben estar al servicio del proceso interno de democratización del sistema judicial (según las características propias de cada una de las instituciones) que no sólo servirá para evitar la manipulación de los sistemas centralizados, sino para generar un mayor compromiso de todos los niveles de la institución con el control de gestión.

La rápida y superficial adopción de una política fuerte de control interno asegura sin más que no existan jueces corruptos o ineptos, la persistencia de políticas autoritarias que proclaman “mano dura” no sólo para toda la sociedad, sino también al interior del sistema judicial, o la adopción por sectores proclives al cambio de fórmulas de despotismo ilustrado con similares cuotas de concentración de poder, son factores importantes que han impedido resolver el problema de un adecuado control de la gestión de las instituciones judiciales y debilitan la capacidad del proceso de reforma judicial para detectar los defectos provenientes de la actuación personal y ajustar las nuevas instituciones.

11 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

XVIII. Importancia y límites de la formación: la necesidad de una trama abierta y compleja

El desarrollo de este artículo ha estado orientado a mostrar, por una parte, la importancia que, en más o menos, todos los sectores reconocen a la dimensión de los recursos humanos en el proceso de cambio. Mucho más aún en una región que parte de planteles de funcionarios con graves defectos de formación y compromiso con los principales valores del sistema judicial.

Sin embargo, por otra parte, se ha señalado con insistencia que, pese a este reconocimiento, los frutos que han dado hasta ahora los programas de capacitación en general y la creación de escuelas judiciales no son tan importantes como se esperaba o como necesita el proceso de cambio. Esto suele quedar encubierto tras el activismo y el entusiasmo que genera el hecho indudable de que se ha avanzado en este campo y hoy las instituciones están dispuestas a realizar actividades que antes no admitían.

Se ha destacado, asimismo, que esta importancia no puede significar que la variable de los recursos humanos puede resolver por sí misma los graves problemas de los sistemas judiciales de la región. Al contrario, sostener esa forma de reduccionismo ha sido uno de los obstáculos importantes a vencer, porque esa visión suele ir acompañada de una actitud escéptica sobre la posibilidad del cambio de “mentalidad” de los operadores judiciales.

Por último, hemos visto cómo los integrantes de las instituciones judiciales se encuentran ante una situación compleja, novedosa, atravesada por grandes expectativas y viejas limitaciones, frases grandilocuentes y realidades mezquinas, grandes esperanzas y frustraciones cotidianas, agravada esta situación por las ambigüedades y contradicciones de los programas de reforma y de la propia cooperación internacional en este campo.

Frente a este cuadro es difícil sostener una sola idea o una sola estrategia. Más bien, se debe dar respuesta a esa complejidad con soluciones también complejas y de trama abierta, que permitan diversificar e intensificar acciones idóneas tanto para capacitar a los funcionarios judiciales como para liberar las energías de quienes tienen mucho que aportar al proceso de cambio. Además, una trama abierta y compleja permite aprender del ensayo y del error inevitable. El conceptualismo o una discusión cerrada de modelos puede ser en esta área mucho más contraproducente que en otras.

Ello no significa abandonar una consideración estratégica, olvidando que los recursos son siempre escasos y las prioridades ineludibles. Desde esa perspectiva, volver a pensar las escuelas judiciales no tanto como estructuras rígidas, administradoras de la formación en organizaciones estabilizadas, sino como centros con capacidad estratégica, íntimamente vinculadas al proceso de cambio, administrando esta trama abierta de actividades y manteniendo la capacidad para aprender y darle sustentabilidad a estos programas para que no caigan en el olvido institucional, puede ser un camino más productivo que el recorrido hasta ahora. Lo cierto es que la gravedad del problema y su influencia en todos los sectores de la reforma judicial obligan a repensar lo hecho hasta el presente, analizar sus resultados y proyectar acciones más decididas hacia el futuro para lograr, finalmente, que los sistemas judiciales cuenten con una nueva generación de hombres y mujeres, dispuestos no sólo a mejorar cualitativamente el servicio judicial, sino a cargar sobre sus hombros una parte importante del mismo proceso de transformación.

Prácticas judiciales, garantía de derechos y carrera judicial

Elizabeth García Alarcón

Sumario:

I. Introducción. II. Derechos humanos y función judicial. 2.1. Los estándares. 2.2. Las normas internas. 2.3. El acceso a la justicia y la independencia judicial. 2.3.1. El acceso a la justicia. III. Prácticas que obstaculizan el acceso a la justicia. 3.1. El deber ser de la administración de justicia. 3.2. Trato discriminatorio por condición económica. 3.3. Trato discriminatorio por género. 3.4. Sometimiento y obediencia por criterio de jerarquía. 3.5. Influencia de agentes externos. IV. Las carreras judiciales: hacia el cambio de las prácticas judiciales. 4.1. Los parámetros del cambio. 4.2. Los cambios particulares. 4.2.1. La selección e ingreso. 4.2.2. La promoción. 4.2.3. La evaluación. 4.2.4. La formación. 4.2.5. La disciplina judicial. 4.2.6. Igualdad de oportunidades. V. Conclusiones. VI. Bibliografía

I. Introducción

El presente ensayo se fundamenta en el análisis de los principales hallazgos de la investigación denominada “Diagnóstico de la aplicación de la Ley Orgánica de la Función Judicial¹”, que se realizó bajo consul-

1 Entró en vigencia por el Decreto Supremo 891, R.O. 636: 11-sep.-1974 y fue derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial en el 2009.

toría² contratada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para conocer sobre las percepciones que, sobre la aplicabilidad de la mencionada ley, tenían las servidoras y servidores judiciales, profesionales del derecho y usuarias o usuarios del sistema. A partir de estas percepciones³, aunque no se puedan hacer generalizaciones, se lograron identificar algunas buenas y otras inadecuadas prácticas en la justicia ecuatoriana que merecían ser consideradas a propósito de la normativa secundaria que reforma al sistema judicial.

De este modo, los resultados de la investigación ofrecieron también elementos válidos para justificar la propuesta de reforma legal sobre la materia. El recientemente aprobado Código Orgánico de la Función Judicial - COFJ⁴, adecuándose a la Constitución vigente, organiza el funcionamiento de la Función Judicial, dando, en gran medida, soluciones a las principales problemáticas identificadas en la investigación y señalando el camino para una adecuada formulación y aplicación de políticas judiciales que permitan modificar las prácticas que no garantizan derechos.

Argumentar la importancia de impulsar una profunda reforma sobre el sistema de justicia es prácticamente innecesario, pues la generalizada desconfianza en el mismo y la falta de satisfacción por los servicios ofrecidos, determinaban por sí solos que el sistema debía reorganizarse. Sin embargo, el diagnosticar sobre la aplicabilidad de la ya derogada Ley Orgánica de la Función Judicial permitió identificar algunas prácticas que garantizan y varias otras que amenazan o que vulneran derechos en la administración de justicia⁵.

Estos hallazgos resultaron útiles para no perder de vista que, a pesar de que se implemente cualquier reforma legislativa, por novedosa que fuera,

2 El equipo técnico que realizó la consultoría entre octubre y noviembre del 2008, estuvo conformado por Patricia Calero, Danilo Sylva y Carlos Arroba, bajo la coordinación de Elizabeth García.

3 Conocimiento, idea o comprensión que se basa en la sensación interior que resulta de una imagen o impresión material externa hecha en nuestros sentidos, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de 1992.

4 R. O. 544: 9-mar.-2009.

5 El diagnóstico no partió de un análisis normativo ni teórico sino que se caracterizó por ser más bien un estudio socio-jurídico, que desde la cotidianidad del funcionamiento del sistema judicial, refleja la realidad a partir de la perspectiva de quienes trabajan en él o de quienes acceden a éste servicio. Se aplicó una metodología de investigación participativa que permite integrar en el proceso a los miembros de la comunidad en estudio, como investigadores activos.

todo sistema judicial conserva procesos no formales, generalmente negativos y lesivos de derechos, que son difíciles de erradicar y, por tanto, terminan desnaturalizando los objetivos de las reformas. De esta manera, cuando se concentraron los esfuerzos de la investigación en identificar las mencionadas prácticas dentro del servicio judicial pero desde las percepciones de informantes calificados⁶, fue para confirmar aquellos aspectos que están arraigados en el sistema judicial ecuatoriano, como también lo aprecia Luis Pásara al comentar sobre sistemas judiciales latinoamericanos:

...normas de nivel constitucional y normas de origen internacional, vigentes internamente, que se contradicen con otras normas de menor jerarquía pero más conocidas, cuya vigencia se ha hecho sentido común en la práctica. En una medida importante [...] divulgar el contenido de las primeras con el objeto de poner fin a la pervivencia viciosa de las segundas⁷.

Intentaré identificar las prácticas judiciales que lesionan derechos humanos e impiden el acceso a la justicia de las personas y colectividades. Sostengo que el régimen de carreras judiciales establecido en el COFJ contiene normas que pueden ayudar al cambio de dichas prácticas. Estas normas responden a una adecuada lectura de las percepciones de las servidoras y servidores judiciales encontradas en la investigación cualitativa referida.

Este ensayo se divide en cuatro partes: la primera contextualiza lo relativo a los derechos humanos en la Función Judicial, la segunda aborda las prácticas que obstaculizan el acceso a la justicia, la tercera sobre las limitaciones en la independencia judicial y la cuarta sobre la importancia de una carrera en el sistema.

6 Opiniones de 25 personas entrevistadas y un número similar de personas que participaron en reuniones de validación, quienes con enfoque crítico describieron la situación actual dentro del sistema judicial, su quehacer cotidiano. Todas las opiniones son válidas desde la experiencia y las percepciones personales. La investigación se desarrolló en el período de transición a partir de la aprobación de la nueva Constitución Política del Ecuador, cuando el país inició un proceso de reforma política y jurídica que trajo consigo a los actores del sistema incomodidades e incertidumbres propias de un proceso de cambio que inciden de manera especial en la Función Judicial.

7 Luis Pásara, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 22.

II. Derechos humanos y Función Judicial

2.1. Los estándares

El centro de este análisis es el derecho a la justicia que, aunque de manera aislada, ya fue reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y en el mismo año se comienza el desarrollo de sus elementos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸. Posteriormente, el contenido de los derechos relacionados con la justicia lo desarrolla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala cuáles son las garantías judiciales y lo que es el derecho a la protección judicial. A partir de ahí, la obligación de los estados es organizar sus sistemas judiciales en base a los estándares fijados por esta normativa internacional y otros instrumentos legales que se conocen como *soft law*.

El estado ecuatoriano también tiene respecto de los titulares de derechos las mismas obligaciones, que son positivas y negativas, pues están dirigidas a facilitar y no impedir el acceso a la administración de justicia para solicitar protección ante la amenaza o restitución ante la vulneración de un derecho. Garantizado el acceso, por interdependencia de derechos, el estado debe también asegurar un debido proceso que incluso le garantice una defensa gratuita. En este mismo sentido, deben aplicarse otros estándares como la gratuidad de los servicios judiciales, la tutela efectiva, la independencia judicial, entre otros.

Para profundizar en el análisis sobre la manera en que se aplica una norma jurídica, se debe partir del reconocimiento que todo ordenamiento jurídico responde a una realidad social determinada. En relación al sistema jurídico ecuatoriano, esto lo ha enfatizado Alberto Wray, catedrático universitario y ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, al decir:

8 Art. XVIII: “Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo, puede disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

...todo fenómeno jurídico, aunque complejo, es único y no se agota en la legislación: las formas normativas son inseparables de los valores que las inspiran, de las conductas destinadas a regular y de la distinta significación que valores y conductas tienen en cada formación social y en cada momento histórico⁹.

Los derechos humanos, que se constituyen en derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana, son exigibles y justiciables precisamente en el sistema de administración de justicia. Los derechos humanos también guían y orientan de manera obligatoria las políticas públicas y de esta manera contribuyen al fortalecimiento de las instituciones. En este sentido, se debe garantizar su pleno ejercicio y goce en condiciones de igualdad y sin discriminación.

2.2. Las normas internas

La legislación que organiza el sistema judicial, su desarrollo y aplicación, debe atender con eficacia y eficiencia las necesidades de protección al ejercicio de derechos, en casos de amenaza o vulneración de los mismos. Sólo el adecuado cumplimiento de esta condición permite a todos los titulares de derechos acceder al sistema de administración de la justicia para exigirlos.

Es por ello indispensable revisar con frecuencia el funcionamiento del sistema judicial desde una visión humana que, con base en sus valores y conductas dan vida al derecho. Esta necesidad se relaciona con promover el mejoramiento del sistema para lograr justicia en condiciones de igualdad y equidad para todas y todos.

No se conocen estudios o análisis de la producción legislativa de la época en que se expidió la LOFJ (1974) pero se presume que la misma no obedeció a parámetros de derechos humanos, sobre todo porque la teoría aún no había alcanzado los niveles de evolución actual. Al respecto, es también pertinente e ilustrativo el comentario de Alberto Wray en el estudio introductorio sobre el Pensamiento Jurídico Ecuatoriano:

9 Alberto Wray, "El sistema jurídico ecuatoriano" en: *La Nueva Historia del Ecuador*, Vol. 13, Quito, Corporación Editora Nacional, Grijalvo, 1995, p. 173.

Los cambios producidos en la realidad normativa y en la concepción del Derecho y del Estado, precisamente a raíz de los esfuerzos desarrollistas, pasaron desapercibidos para la reflexión jurídica. El formalismo logró levantar cimientos sólidos en la mentalidad de los juristas, de manera que, junto a la separación inconsciente entre “derecho” y “realidad”, como si el primero no formara parte de ésta, se consolidó también un abierto desprecio por la reflexión teórica, reproducido y reforzado diariamente por el quehacer de los abogados y de los jueces y por la estructura y la orientación de la enseñanza en las Facultades de Derecho¹⁰.

Posteriormente, con la intención de darle operatividad al sistema de justicia, la derogada LOFJ fue permanentemente reformada¹¹ y luego se expidieron otras leyes, desarrollando la norma constitucional de 1998, que provocaron en algunos casos contradicciones, como se apreció entre los hallazgos del diagnóstico mencionado.

La vigente Constitución del 2008, en su primer artículo, define al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y de justicia y en el artículo 3 consagra como deber primordial del Estado garantizar, sin discriminación, el efectivo goce de los derechos humanos, refiriéndose a los constitucionales y a los de instrumentos internacionales. En esta nueva Carta Política la administración de justicia y la justicia se han constitucionalizado¹² y en el nuevo diseño del sistema judicial los jueces son creadores de derecho y garantes de los derechos a través de una justicia restaurativa y distributiva¹³.

10 Alberto Wray, “Pensamiento Jurídico Ecuatoriano”, *Biblioteca Básica del Pensamiento Ecuatoriano*, Quito, BCE y CEN, 1997, p. 46.

11 Luis Ávila, *Estándares internacionales de Justicia y la Ley Orgánica de la Función Judicial del Ecuador*, no editado (2008), que tuvo un total de 78 reformas, de las cuales, doce eran reformas de alta intensidad, es decir, aquellas que mandan derogar, aumentar o modificar el texto de la LOFJ; diecisiete reformas de intensidad media, pues operaban sobre otras leyes, pero modificaban algunas disposiciones de la LOFJ, como las del Código de Procedimiento Penal; y las restantes cuarenta y nueve reformas de baja intensidad, que interpretaban resoluciones de la Corte Suprema de Justicia.

12 Cfr. Luis Ávila “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2008, p. 229.

13 *Ibid.*, p. 231.

Este importante salto cualitativo en la norma constitucional, de alguna manera, desplaza la necesidad de que los principios, normas y estándares internacionales deban estar desarrollados en una ley que organice a la Función Judicial o en las otras que regulen aspectos relacionados con el sistema de administración de justicia. En este sentido, el COFJ confirma la obligación de que las normas constitucionales y de derechos humanos sean directa e inmediatamente aplicables (artículo 5) y además refleja y desarrolla los avances normativos que el Ecuador ha consagrado a nivel de jerarquía constitucional, sobre la base del acceso sustancial a justicia, la centralidad de las personas y las colectividades frente a la actividad judicial, los derechos humanos y las garantías, la pluralidad jurídica y el acento sobre el litigio social¹⁴.

De esta manera, se restablece la confianza en que con la nueva normativa, la garantía de los derechos humanos estará siempre presente en el sistema judicial, en todos los aspectos de las relaciones jurídicas que lo atraviesan, por ejemplo, en las relaciones laborales y en la calidad y calidez de los servicios ofrecidos a las personas que lo requieren.

2.3. El acceso a la justicia y la independencia judicial

2.3.1. El acceso a la justicia

Contrario a la teoría de derechos humanos, la percepción general es que el acceso a la justicia en el Ecuador es limitado. Entre las razones que se mencionaron principalmente estaban el costo, la carencia de profesionales del derecho comprometidos con la defensa de derechos humanos y la distante ubicación geográfica de las judicaturas.

Resulta que tener la posibilidad de exigir oportuna y adecuadamente la restitución del derecho vulnerado o la protección del derecho amenazado depende, en gran medida, de la aplicación de los estándares mínimos. La teoría de los derechos humanos sostiene que no puede haber justicia sin que los titulares de los derechos amenazados o vulnerados tengan la posibilidad

14 Carolina Silva, "Garantía de los derechos ¿invención o reconstrucción?", en Ramiro Avila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

de acudir al sistema judicial y obtener oportunamente su reconocimiento, protección o reparación. El éxito de esta misión depende de diversos factores, entre ellos, que las judicaturas y tribunales deban estar organizados y distribuidos de tal manera que se constituyan en auténticos garantes de los derechos y que el costo no limite a quienes carecen de recursos económicos para plantear una acción judicial. El acceso a la justicia tiene barreras que no lo hacen posible. Voy a tratar sobre la barrera económica y la barrera técnica a partir de las percepciones de la investigación realizada.

2.3.1.1 Barrera económica

El principio de gratuidad para acceder a la administración de justicia es recogido en el artículo 168 numeral 4 de la Constitución vigente, marcando una diferencia con la norma prevista en la Constitución de 1998, que disponía que solamente se aplique la gratuidad en los casos penales, laborales, de alimentos y de menores; y, que facultaba al Consejo Nacional de la Judicatura a fijar montos de tasas por servicios judiciales¹⁵.

En consecuencia, la normativa sobre tasas judiciales era inaplicable por estar en franca contradicción con lo previsto en la norma constitucional y con el pronunciamiento que sobre este punto hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del denominado caso Cantos, que en la parte pertinente dice:

Esta disposición de la Convención [8.1] consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención...¹⁶

15 Constitución Política de 1998, artículo 207.

16 Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, citada por Víctor Abramovich, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2007, p. 15

Lo anterior es más complejo si se suma, como un elemento fundamental a considerar, los niveles de pobreza e indigencia de un gran segmento de la población ecuatoriana¹⁷. No se diga, la incidencia que tiene en el costo de acceso a la justicia que juzgados y tribunales estén localizados en lugares distantes para los usuarios. El COFJ aborda esta problemática reorganizando las judicaturas y estableciendo instancias como los juzgados de paz en poblaciones rurales o alejadas de los polos de desarrollo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas fue enfática al decir que “observa aún una insuficiente presencia de instancias judiciales y acompañamiento estatal disponible a las víctimas a lo largo del territorio nacional, lo que implica que las víctimas tengan que emplear significativos recursos económicos y logísticos propios para poder interponer una denuncia y para participar posteriormente en el procedimiento judicial¹⁸ y recomienda específicamente crear instancias y recursos judiciales idóneos y efectivos en zonas rurales, marginadas y en desventaja económica¹⁹. No solo a propósito de los casos de violencia en contra de mujeres, esta recomendación ha sido incorporada en la nueva legislación, dada nuestra realidad social, en la que como ya se ha dicho, la pobreza se está incrementando y afecta principalmente a la población indígena y afrodescendiente en zonas rurales²⁰.

2.3.1.2 Barrera técnica

No solo constituían barreras al acceso a la administración de justicia el texto de la derogada norma constitucional y la ley sobre tasas, también lo era la LOFJ que contemplaba que en los tribunales y juzgados no se admitirá

17 Cfr. al respecto el estudio de Roberto Salazar, Diseño ex ante del programa de acceso a justicia y equidad social, Projusticia 2008.

18 Citado por Víctor Abramovich, *op cit*, p. 17.

19 *Ibid.*, p. 18.

20 Aunque el Boletín 08 del INEC de agosto de 2008 señala que la pobreza nacional rural calculada por ingresos registra una disminución pues en diciembre de 2006 alcanzó el 60,56 por ciento, para diciembre de 2007 61,34 por ciento y en junio de 2008 se ubica en el 57,96 por ciento, las proyecciones estiman que esta se incrementará. De todos modos, las cifras son reveladoras de la condición de pobreza en zonas rurales.

escrito alguno que no esté firmado por un profesional inscrito en un colegio de abogados, con su número de matrícula. A este respecto, en el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2007 consta lo siguiente:

Las leyes del país requieren que las personas estén representadas por un abogado para poder tener acceso a la protección judicial. Según el sistema actual, los litigantes que no tienen los medios para contratar los servicios de un abogado de su elección deben esperar hasta que haya un defensor público disponible. Esas personas tienen que esperar a menudo por largos períodos para tener acceso a la justicia. Esto va claramente contra los dictados de la Convención Americana (...) la discriminación en el ejercicio o disponibilidad de las garantías judiciales por razones de situación económica está prohibida según las disposiciones de los artículos 1.1, 8 y 24 de la Convención Americana (...) En vista de que los demandantes deben estar representados por un abogado para poder presentar sus reclamos, debe aumentarse el número de defensores públicos disponibles para asesorarlos, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo necesite para tener acceso a la protección judicial y para defender un derecho protegido²¹.

De alguna manera, la contratación obligatoria de servicios profesionales para acceder al sistema era también un obstáculo para el acceso a la justicia pues no estaba organizado ni siquiera el sistema de Defensa Pública. El Estado tiene la obligación de brindar asistencia jurídica gratuita a las personas que no pueden costear servicios legales²². En forma acertada, la Asamblea constituyente ecuatoriana incorporó en la Constitución normas sumamente importantes para la protección de los derechos de quienes por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de defensa legal.

Se ha dispuesto que la recientemente organizada Defensoría Pública brinde patrocinio y asesoría jurídica tanto a accionantes como a accionados en todas las materias e instancias –recuérdese que hasta el momento solo se

21 Víctor Abramovich, *op.cit.*, p. 11.

22 Véase en esta obra, Ernesto Pazmiño Granizo, “Desafíos y perspectivas para la defensoría pública en el Ecuador”.

ha puesto énfasis en casos de penales²³. En la investigación se conoció que esto provocaba en algún funcionario de la defensoría pública, la percepción que de ser así deberán actuar en ciertos casos bajo un potencial conflicto de intereses, y no solo en la defensa de quienes resultan acusados o demandados, según el caso. El ya vigente COFJ señala que la asesoría y patrocinio de los accionantes la asumirán los servicios legales de las universidades o los egresados con el año de práctica obligatorio (artículo 339)²⁴.

Si bien en la Constitución se consagra el principio de que no se requerirá el patrocinio de un abogado para interponer acciones de protección²⁵ es importante considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado ciertas acciones judiciales, para cuya interposición y seguimiento, sí es indispensable la provisión de asistencia jurídica y de ser el caso gratuita, a fin de cumplir con el mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además que, en palabras de Abramovich, la Corte considera el argumento de que las acciones de inconstitucionalidad requieren arduas y complicadas cuestiones de derecho que hacen necesaria la asistencia letrada²⁶.

La decisión política para fortalecer la Defensoría Pública, no solo en lo presupuestario, es consustancial a los esfuerzos que se realicen para mejorar el acceso a la justicia, tomando en cuenta las bondades de las garantías jurisdiccionales y las acciones de protección y otras que se contemplan en las normas constitucionales y, la necesidad de proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes, mujeres, etnias, personas con discapacidad, entre otras²⁷.

En suma, el COFJ contempla normas que posibilitan desarrollar los derechos de la nueva Constitución y su cumplimiento permitirá en forma real el acceso a la justicia. En particular, será necesario determinar los casos y situaciones para la procedencia de la asistencia jurídica gratuita.

23 Constitución del 2008, Arts. 191-193.

24 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”.

25 *Ibid.*, art. 86 lit c).

26 Víctor Abramovich, *op.cit.*, p. 14.

27 Abramovich destaca la situación de mujeres afrodescendientes e indígenas marginadas y sin acceso a la justicia, *op.cit.*, pp. 39-41.

a. *La independencia judicial*

La potestad de administrar justicia emana del pueblo²⁸ y ha sido encomendada a juezas y jueces. El Estado, que se organiza a través de funciones, entre ellas, la Función Judicial, debe ofrecer un servicio de justicia de calidad. Este servicio, que es un servicio público, se constituye en un sistema que debe funcionar como tal²⁹, en el que actúan varios órganos con competencias distintas, pero vinculadas entre sí, para administrar justicia.

Una exigencia primordial constituye la independencia de todos los órganos que conforman la Función Judicial, pues sólo así puede el Estado ser garante de los derechos y estar al servicio de los sujetos de derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que para la separación de los poderes públicos es un principio la garantía de la independencia de los jueces que consiste en el derecho y la obligación de éstos, de resolver los casos bajo su jurisdicción de acuerdo con el derecho, sin temor a represalias de ningún tipo³⁰.

Desde hace muchos años se ha intentado, con varias reformas legales que en el Ecuador impere una verdadera independencia de la Función Judicial. La percepción identificada en la investigación permite decir que, a pesar de los esfuerzos aún persisten rasgos de aquella caracterización que hiciera Luis Paulino Mora al decir:

poderes judiciales débiles desde el punto de vista de su independencia funcional y económica; (con) ausencia de un auténtico control de constitucionalidad; estructuras judiciales anacrónicas y verticales; despachos judiciales atomizados y autárquicos; y carencia de políticas judiciales propia-

28 Constitución del 2008, Arts. 191-193.

29 La existencia de un sistema, a pesar de ser creado formalmente, no garantiza la actuación sistémica en la que cada organismo debe cumplir un rol determinado, en permanente coordinación con los otros, para lograr los objetivos conjuntos, pues las virtudes y falencias en la actuación de uno, favorece o perjudica la actuación en los otros.

30 Carlos Ayala Carao, Intervención sobre la independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la Región Andina, en *Memorias del Encuentro Cortes Supremas de Justicia Región Andina*, Quito, Projusticia, 2007, pp. 50 y 51.

mente dichas de cara a las exigencias democráticas de los ciudadanos de la época actual³¹.

b. Independencia interna

La Constitución de 1998 creó al Consejo Nacional de la Judicatura; en un inicio se presentó como una oportunidad de romper las estructuras jerarquizadas existentes que tenían simultáneamente funciones jurisdiccionales, administrativas y disciplinarias³². Lamentablemente, se generalizó la percepción que el Consejo Nacional de la Judicatura no consiguió en su real dimensión el propósito para el cual fue creado, pues las prácticas de control disciplinario no cumplieron principios de debido proceso y permitieron desarrollar temores o sometimientos a injerencias de superiores³³.

La Constitución vigente establece que el Consejo de la Judicatura tiene el gobierno, administración, vigilancia y disciplina de toda la Función Judicial³⁴. Por otro lado, a la Corte Nacional de Justicia el artículo 184 le asigna competencia solo para administrar justicia, por lo que se han superado los problemas que surgieron a propósito de ciertas facultades atribuidas a la ex Corte Suprema de Justicia.

Como otros juristas que han analizado la conformación de sistemas judiciales que no garantizaron independencia, Luis Paulino Mora, explica que:

Es el caso de las jerarquías estructuradas a lo interno de la Corte, que en tal condición disfrutaban de una posición privilegiada para interferir, de forma directa o velada, en las cuestiones que se someten al órgano judicial. El sistema está construido para que un grupo pequeño de personas pueda imponer sus criterios sobre las diferentes cuestiones que se abordan a lo interno

31 Luis Paulino Mora, La reorganización del poder judicial en Costa Rica, en *Justicia y sociedad hacia un mejor servicio público de justicia*, PNUD, 1999, p. 37.

32 Según Luis Paulino Mora, con todo el poder que tenían, los jueces logran realizar su voluntad a modo de soberanos indiscutidos, no sólo de las causas que juzgan, sino también de la oficina que administra. Véase Mora, *op.cit.*, p. 40.

33 Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, "Legitimidad social e independencia judicial interna".

34 Constitución del 2008, Art. 168.

del poder Judicial (es revelador en tal sentido el uso de los términos Supremo, Suprema o Superior, pues con ello se quiere significar indudablemente quién manda y quién debe obedecer. Esta estructura resulta ser completamente vertical y no admite dobleces, de modo que cualquier tentativa para democratizar la toma de decisiones e independizar la función de los jueces, es vista directamente como una amenaza al *statu quo*³⁵.

c. *Independencia externa*

A propósito de la independencia judicial, se debe considerar lo relativo a la dependencia económica que el sistema tiene respecto de las otras funciones del estado. Según el ex magistrado de la ex Corte Suprema de Justicia, Rubén Bravo Moreno, la independencia sí depende de lo económico:

La Constitución y la Ley consagran la independencia de la Función Judicial, pero jamás puede existir independencia si no existe independencia económica, si el estado no le otorga un presupuesto adecuado a sus necesidades para que lo maneje en forma autónoma. En otros países el presupuesto para la Función Judicial oscila entre el 3% y el 6%, lo cual les permite brindar un mejor servicio a los usuarios. Es necesario que se tome conciencia de que así como el estado está obligado a prestar a la colectividad los servicios de educación y de salud en forma eficiente, también debe prestar el servicio de justicia que es fundamental para la paz y armonía social. Pero mientras se asignen recursos tan exigüos no podrá cumplir esta obligación eficientemente³⁶.

De esta manera, cabe tomar en cuenta las palabras de Mora, quien afirma que para que una organización garantice calidad de la judicatura, además de asegurar la independencia del juez, es indispensable que se tenga en cuenta la adecuada selección de los funcionarios; la preparación y constante refrescamiento y mejoramiento para el ejercicio de su labor³⁷. Por ello, a continuación se desarrolla sobre lo relativo a la carrera judicial.

35 Luis Paulino Mora, *op.cit.*, p. 42.

36 Rubén Darío Bravo, "Aspectos de la Función Judicial", en *Revista Institucional Corte Suprema de Justicia*, Quito, 2007, pp. 29-30.

37 Luis Paulino Mora, *op.cit.*, p. 48.

III. Prácticas que obstaculizan el acceso a la justicia

Esta parte identifica las prácticas judiciales que son lesivas a los derechos humanos, especialmente, respecto del acceso a la justicia y la independencia judicial, en perjuicio de las personas y grupos de personas.

3.1. El deber ser de la administración de justicia

La Constitución Política incorpora normas sobre los derechos que guardan armonía con los instrumentos internacionales y estándares relacionados con el acceso a la justicia y, fundamentalmente, para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

El sistema para la administración de justicia debe obedecer a principios universales de derechos humanos, consagra el numeral 5 del artículo 11 de la Carta Política: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.

Debido a que la protección de los derechos de todo ser humano debe ser la responsabilidad principal del Estado³⁸, la organización de la Función Judicial, encargada de prestar un servicio público³⁹ de profunda trascendencia en la vida democrática, debe garantizar a toda persona el acceso efectivo a la justicia, para hacer exigibles sus derechos.

A continuación vamos a analizar varias de las prácticas judiciales –no todas– donde afectan gravemente los derechos humanos de las servidoras y servidores judiciales, que resultaron los hallazgos más importantes de la investigación realizada. En cada caso, vamos a comentar la normativa del Código Orgánico de la Función Judicial como un elemento clave para propiciar el cambio de esas prácticas y promover la transformación de la justicia.

38 Antonio Manuel Peña Freire, citado por Ramiro Ávila en: “Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo”, *Revista FORO*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007.

39 Código Orgánico de la Función Judicial, RO 544: 9-mar-2009, Arts. 15 y 17.

3.2. Trato discriminatorio por condición económica

Aunque los derechos humanos deben ejercerse plenamente, diversidad de obstáculos impiden el acceso a la justicia. Entre los principales hallazgos de la investigación en el sistema ecuatoriano, se identificó que se da trato discriminatorio y maltrato por parte de servidoras y servidores judiciales a las y los usuarios, quienes si carecen de recursos económicos dependen de servicios legales asistencialistas, de mala calidad con asesoría y patrocinio de profesionales de bajo perfil.

El COFJ ya se adecua a la trascendencia de lo que constituye y significa un “Estado Constitucional de Derechos”, en el cual predomina el respeto de la persona, cuyo parámetro es su dignidad. Es importante aquí el procedimiento de denuncia en favor de cualquier persona o colectividad por el mal servicio prestado⁴⁰. Esto desplaza la anterior normativa que únicamente se basaba en precautelar los formalismos y estructuras jerarquizadas que impedían de hecho un real acceso a la justicia. Confirmando esta visión, Víctor Abramovich recuerda que:

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es solo negativa –de no impedir al acceso a esos recursos– sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia⁴¹.

Estos criterios también los comparte la doctora Ana Abril, ex magistrada de la ex Corte Suprema de Justicia, en su reciente documento de rendición de cuentas⁴². Aunque no se refiere exclusivamente al Ecuador, aunque

40 Código Orgánico ... *op. cit.*, artículo 22, 114.

41 Víctor Abramovich, El acceso a la justicia..., *op. cit.*, 2007, p. 1.

42 Ana Abril, *Rendición de Cuentas Noviembre de 2005 a Octubre de 2008*, Quito, Gráficas Arboleda, 2008. Se aprecia favorablemente que se contó a la fecha de la investigación con un documento de Rendición de Cuentas de una de las dos únicas mujeres que estuvieron en la ex Corte Suprema de

sí a la región, la ex magistrada cita al respecto a Natalia Gerardi⁴³, quien identifica como “nudos críticos” en el ejercicio de este derecho a los costos financieros que demanda el servicio de justicia, la falta de información, el miedo y la desconfianza, pasando naturalmente por la percepción de corrupción judicial que demandará mayores esfuerzos económicos.

Las políticas judiciales deben asumir la ineludible obligación estatal de remover todos los obstáculos para el acceso a la justicia que son consecuencia de la condición económica de las personas, como puntualiza Roberto Salazar, “se torna insuficiente que la legislación confiera un sinnúmero de derechos a las personas, si el Estado no se preocupa además porque esos derechos sean reconocidos en la práctica y porque la pobreza no se constituya en una barrera que impida acceder al sistema de administración de justicia”⁴⁴.

3.3. Trato discriminatorio por género

Sobre otros obstáculos que tienen las usuarias para el acceso a la justicia, Abril denunció “haber enfrentado inequidades de género” y, al relatar sobre el desafío que le implicó el compromiso de convertir a la equidad de género en un eje transversal en la Función Judicial, textualmente refiere así:

A partir de la posición de los grupos de mujeres que expresan su inconformidad en la forma de atender las demandas, provocada, primero por la imposibilidad de llegar a la instancia jurisdiccional y segundo por la interpretación que le dan algunos operadores de justicia al contenido del Derecho. Manifiestan que al ser el Derecho una creación social, responde a la orientación tradicional que cuida los intereses, principios y puntos de vista de los hombres; y porque en la aplicación del Derecho por parte de

Justicia; resalta porque rendir cuentas de esta manera no ha sido una práctica común entre quienes han ejercido la más alta magistratura judicial. Es necesario mencionar que este aspecto se relaciona también con el ejercicio al derecho a la información.

43 Natalia Gerardi, “Acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas” en Acceso a la Justicia como garantía de Igualdad, editorial Biblos, 2006, pp. 133, 134, citada por Ana Abril en Rendición de Cuentas, op.cit., p. 52.

44 Roberto Salazar Córdova, *Diseño ex ante del programa de acceso a justicia y equidad social*, Quito, Projusticia 2008, p. 11.

algunos jueces, trasciende la diferenciación en los roles de hombre y mujer⁴⁵.

La adecuada aplicación del COFJ debe terminar con la realidad expuesta por quienes confirmaron que están excluidos de acceder a la justicia no solamente las mujeres, sino otros grupos que, de acuerdo a la norma constitucional merecen atención prioritaria, pues se discrimina a quienes “tienen el denominador común de la vulnerabilidad, como son los niños, niñas y mayores adultos”⁴⁶. Si la práctica no se cambia se seguirá cuestionando la utilidad del sistema porque siendo estos grupos los que más necesitan ejercer su derecho de acceder a la justicia, no lo pueden hacer con “igualdad”⁴⁷.

3.4. Sometimiento y obediencia por criterio de jerarquía

Los hallazgos de la investigación sobre independencia judicial interna pueden resumirse en que se la percibía limitada por un marco normativo contradictorio, que órganos de la justicia como la Fiscalía y la Defensoría Pública no se sometían al Consejo de la Judicatura y que existían interferencias de grupos de poder, de los superiores e incluso amenazas de control disciplinario del antes Consejo Nacional de la Judicatura y la ex Corte Suprema sobre la actuación jurisdiccional. No puede dejar de mencionarse que se veía también como una limitación a esta independencia la presión social de los medios de comunicación.

Merece ser resaltado que los cambios en la norma constitucional abonarán positivamente para que se continúe con el proceso de garantizar la independencia interna de los jueces, porque se rompe la percepción de jerarquías que implicaban obediencia y sometimiento al criterio de los superiores, como compartieron en confidencialidad algunos entrevistados. En esta misma línea, el doctor Santiago Andrade ha reflexionado que:

45 Ana Abril, *op.cit.*, pp. 51 y 52.

46 *Ibid.*

47 Haydee Birgin y Beatriz Cohen, “Justicia y género: una experiencia en la ciudad de Buenos Aires” en *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad*, Biblos, 2006, pp. 234, citada por Ana Abril en Rendición de Cuentas, *op.cit.*, p. 52.

se debe ser muy claro: la Corte Suprema no es el órgano “máximo” de la Función Judicial, en el sentido de ser el órgano supremo en sentido jerárquico vertical, ni que se ubique en los restantes órganos de la Función Judicial. Todos los jueces son iguales, se diferencian únicamente en razón de la materia, el territorio y los grados; todos están sometidos tan solo a la Constitución, los tratados internacionales y la ley. Con este cambio de denominación posiblemente cesará uno de los mayores conflictos internos, el de la violación de la independencia judicial por quienes, sintiéndose superiores o supremos, consideran que tienen derecho para presionar a los inferiores a que fallen en determinado sentido⁴⁸.

La percepción sobre qué tan limitada es la independencia judicial interna fue difícil confirmar a través de la investigación en cuestión. En realidad, algunos informantes, bajo estrictas consideraciones de confidencialidad, dieron a conocer ejemplos que demostraban la gravedad de la situación⁴⁹. Fue un hallazgo que se confesó estar sometidos tanto a las presiones internas desde los superiores como al temor de las acciones administrativas del Consejo de la Judicatura, respecto del cual se percibía como que desnaturalizó su rol y dirigió su accionar a controlar la actividad jurisdiccional sobre el contenido de resoluciones⁵⁰. El COFJ desarrolla la norma constitucional y elimina este potencial riesgo al eliminar las jerarquías y definir los procedimientos para sanciones⁵¹.

3.5. Influencia de agentes externos

Respecto a la independencia externa, la percepción mayoritaria hacía referencia a influencias políticas y de grupos de poder conectadas a que econó-

48 Santiago Andrade, La Función Judicial y la nueva Constitución Política de la República, *Revista FORO*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007, pp. 58-59.

49 Prácticas aparentemente inocuas como llamadas telefónicas que aparentan ser saludos de cortesía, pero que tienen una intencionalidad, la de injerir en las decisiones de las autoridades judiciales inferiores

50 Se podría constatar esta percepción en base a otros esfuerzos de investigación que adelanta el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, como el de la auditoría a las resoluciones judiciales.

51 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”; y, Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”.

micamente se depende de la Función Ejecutiva, por ello se espera que la política presupuestaria permita una autonomía real como dispone la Constitución en el numeral 2 del artículo 168.

Se reconocieron que subsisten prácticas de presión social a través de diversas vías, especialmente los medios de comunicación; que este aspecto no solo afecta a los jueces al momento de decidir, sino también al mismo acusado que pierde su derecho a la defensa cuando son “prejuizados por la sociedad”. Al respecto, el COFJ no da una respuesta directa a la problemática y constituye un reto para su implementación.

IV. Las carreras judiciales: hacia el cambio de las prácticas judiciales

Voy a visibilizar los cambios que trae el COFJ sobre carrera judicial que permitiría abrir el camino para el cambio de las prácticas judiciales. Me interesa mostrar cómo lo implementado en el COFJ coincide con las percepciones de la investigación realizada. La normativa no es suficiente. Las políticas judiciales tienen un rol indispensable para asegurar un cambio significativo de las prácticas a largo plazo⁵².

4.1. Los parámetros del cambio

La Constitución, en el artículo 170, dispone que para el ingreso de personal a la Función Judicial se apliquen criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana. Cada uno de estos principios, inspirados en la teoría de los derechos humanos, tiene importancia y trascendencia, por lo que deben aplicarse con rigurosidad y de manera conjunta. La norma suprema también consagra la garantía de carrera judicial en justicia ordinaria y profesionalización (formación continua y evaluación periódica). Quien fuera Ministro de Justicia

52 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”; Alberto Binder, “La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial”; y, Luis Pásara, “Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina”.

sobre este tema dijo que los procesos de selección o ascensos deben basarse en criterios objetivos, como capacidad, integridad, experiencia, entre otros⁵³. Merece recordarse que Popkin señala como factores para mejorar la administración de justicia: la meritocracia en la selección y la promoción de jueces, el aumento presupuestario y el aporte del procedimiento oral⁵⁴.

Por lo tanto, el COFJ ha establecido mecanismos de selección en base a criterios objetivos que privilegian experiencia, cualificación y especialidad⁵⁵. Esto permitirá superar la percepción generalizada que los reconocimientos son simbólicos pues en lo único que se aplicaba la “carrera judicial” es en el reconocimiento que se daba por cumplir cierto número de años dentro en el servicio. Establecer nuevos parámetros de selección y promoción eliminará también la percepción que se privilegiaba indebidamente en los concursos a quienes están dentro de la Función Judicial por una “manipulación política” de sus dirigentes, sin valorar a las y los servidores judiciales por su experiencia.

También se aprecia favorablemente que el COFJ distinga las carreras judiciales administrativas de las jurisdiccionales, fiscales o de defensoría pues esto responde a que requerían también estabilidad las juezas y jueces, al punto que no veían conveniente ascender por ejemplo de secretario a juez porque perdían estabilidad⁵⁶.

4.2. Los cambios particulares

4.2.1. La selección e ingreso

Sobre este tema, el hallazgo en la percepción se relacionaba con que los puntajes en concursos de merecimientos no garantizaban la selección, lo que daba lugar a “palancas” o injerencias políticas, sobre todo a nivel interno. El COFJ incorpora de manera vinculante los resultados de estos procesos⁵⁷.

53 Gustavo Jalkh, *Memorias del Encuentro de Cortes Supremas de Justicia Región Andina*, junio 2007, p. 39.

54 Margaret Popkin, citada por Jalkh en su ponencia, *op.cit.*, p. 43.

55 Código Orgánico... *op.cit.*, Arts. 35, 36, 37 y 50.

56 *Ibid.*, Art. 42.

57 *Ibid.*, Art. 65.

A propósito de criterios de selección, se visibilizó en la investigación que para mejorar el servicio debería pensarse en juezas, jueces y fiscales que tengan formación mínima sobre garantías de derechos humanos y perspectiva de género, pues se considera que actualmente la formación universitaria incluye estos temas obligatoriamente en los currículos de estudio⁵⁸. Para compensar esta situación, en el COFJ se contienen algunos elementos que incorporan en la formación a cargo de la Escuela Judicial elementos de género, diversidad e interculturalidad⁵⁹.

4.2.2. La promoción

En cuanto a promoción y ascensos, el criterio que se visibilizó es que no había reglamentación suficiente ni clara que determine los requisitos para ascensos y que eso ha provocado que funcionarios judiciales se queden estancados en la posición a la que ingresaron. Se conecta esta situación también con las oportunidades formación continua a las que no toda persona tiene acceso por recursos económicos limitados.

El COFJ desarrolla un sistema de ascensos que de aplicarse garantizará los derechos de las y los servidores judiciales, ya que el ascenso estará vinculado a la evaluación pero también señala que se aplicarán acciones afirmativas⁶⁰.

4.2.3. La evaluación

Entre los hallazgos en este tema se identificó que no se daban a conocer a las servidoras y servidores judiciales los resultados de sus evaluaciones y que éstas no consideraban elementos cualitativos. El COFJ señala que en adelante se aplicarán evaluaciones periódicas, cuyos resultados servirán para los ascensos.

58 Esta percepción sobre estudios obligatorios en derechos humanos con perspectivas de género puede cuestionarse, como lo refleja la investigación que se realizó en la PUCE sobre la materia. Véase Elizabeth García, *Entre cristales y sombras: Derechos Humanos y equidad de género en la PUCE*, Quito, Publiasesores, 2008, Código Orgánico..., *op.cit.*, artículo 69.

59 Véase en esta obra, Fernando García, “La Jurisdicción Indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”.

60 Código Orgánico...*op.cit.*, Art. 173.

Se ha evidenciado que es muy importante que las evaluaciones sean mucho más profundas en contenidos. Para implementar una política de evaluación, se debe analizar si se toma en cuenta el trabajo diario y la calidad del trabajo, en audiencias, en trato al usuario, por ejemplo. Sobre todo, porque algunas autoridades judiciales explicaron que su labor no es comparable con otras jurisdicciones en las que se resuelve en alzada, pues deben analizar todo el expediente y de sus decisiones se sientan precedentes, en estos casos, la evaluación numérica de causas despachadas no es suficiente.

Así también, se ha cuestionado el perfil profesional de quienes los evalúan. Se exige que los evaluadores sean profesionales calificados y con mucha experiencia, además de que éstos sean también estables para que den continuidad al proceso. En definitiva, la evaluación adecuada debe tener íntima relación con los ascensos y la estabilidad de las carreras judiciales. Será fundamental medir el grado de competencia para el trabajo, los conocimientos, la capacitación, el trato a la gente, y, algo muy importante, la calidad y oportunidad de los pronunciamientos, además, por supuesto de la probidad.

4.2.3. La formación

Más allá de resaltar como un hecho positivo la creación de la Escuela de Jueces, hay criterios casi uniformes de que la capacitación es escasa, antitécnica y descontextualizada. No es permanente y es impuesta y no participativa.

La exigencia de capacitación y de especialización será mucho más palpable en lo concerniente a los derechos humanos, por cuanto, todos los jueces y juezas, por mandato de la Constitución están llamados a conocer las acciones de protección. Lo propio sobre que capacitar en perspectiva de género se hace indispensable. La oferta de capacitación debe obedecer a las necesidades de mejoramiento para todas las áreas⁶¹.

Tanto para la selección como para la promoción es indispensable que se ponga énfasis en la especialización. Hay evidencia de que eso no sucede y por ello se puede afirmar abiertamente que no hay justicia especializada. En

61 Luis Mora se pregunta si resulta justificable seleccionar, preparar y estimular a un juez de modo que sea un mejor profesional en leyes, para que se dedique a revisar la validez de pagares y letras de cambio o hipotecas y haga las veces de cobrador incautando y rematando bienes, *op.cit.*, p. 46.

efecto, por ejemplo, para atender los asuntos relacionados con derechos de la niñez y adolescencia la Corte Suprema de Justicia resolvió que sean conocidos por las salas de lo civil, y lo relativo a los adolescentes infractores por las salas de lo penal⁶². A esto se suman otras resoluciones de la misma ex Corte Suprema de Justicia que transformó o modificó competencia de juzgados fiscales y de tránsito en juzgados de niñez y adolescencia⁶³.

Esto último merece una reflexión que va más allá de dejar remarcado la inconstitucionalidad de dichas acciones y que hace relación a la respuesta oportuna o inoportuna del Estado para proteger los derechos y que reitera la necesidad de tomar acciones inmediatas no sólo en lo normativo sino también en políticas públicas sobre la justicia que redunden en el acceso a la justicia que ya se comentó. En efecto, de las informaciones proporcionadas por el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Jaime Velasco, en el seno de una de las mesas de la Asamblea Constituyente y por Roberto Salazar se evidencia que la mayor demanda de justicia y de ingresos de procesos reportados cada año son asuntos relacionados con niñez y adolescencia; sin embargo, las acciones emprendidas para afrontar esta situación han sido deficientes e ineficaces.

Se visibiliza como hallazgo de la investigación que las servidoras y servidores judiciales tienen la percepción de que les hace falta dinero para capacitarse y el Consejo no da el tiempo suficiente para hacerlo, lo cual influye en la calidad del servicio judicial. Para afrontar esta problemática, el numeral 11 del artículo 97 del COFJ incorpora la licencia con remuneración por programas de capacitación relacionados con sus funciones. Esto supone varios retos: a) políticas de recursos humanos para dirigir la capacitación a los fines de la transformación de la justicia; b) incluir a servidoras y servidores judiciales en estos programas de manera participativa; y, c) establecer un sistema de incentivos para que luego de capacitarse, decidan permanecer en la Función Judicial.

62 Santiago Andrade, *op.cit.*, p. 59.

63 Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Informe Labores 2007*.

4.2.4. La disciplina judicial

Los hallazgos señalan que no se considera el debido proceso, que éstos han sido persecutorios y versan sobre las actividades técnico-jurisdiccionales. Se exigía que las faltas deban estar previstas en la ley y diferenciarse para cada órgano de la Función Judicial. El COFJ ha detallado el procedimiento para este régimen⁶⁴.

4.2.5. Igualdad de oportunidades

El artículo 176 de la Constitución, en materia de derechos con perspectiva de género, avanza inclusive a definir que debe haber paridad entre mujeres y hombres. Los entrevistados no identifican que éste sea un asunto que amerite opinar, sin embargo, llama la atención que en proporción los jueces son una mayoría frente a las mujeres, cuya diferencia era más evidente entre ex magistrados de la ex Corte Suprema de Justicia.

La Constitución también prohíbe la discriminación por discapacidad; existe en el sistema jurídico ecuatoriano una medida de acción afirmativa para asegurar el pleno ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. La Función Judicial debe tener una política de contratación para dar cumplimiento a la ley. La investigación no logró determinar si este derecho se respeta.

V. Conclusiones

El sistema universal de los derechos humanos ha desarrollado en relación a la administración de justicia una serie de estándares mínimos que deben ser considerados en el sistema judicial para garantizar a los seres humanos, comunidades, pueblos y nacionalidades, la efectiva protección de sus derechos. Esto cobra mayor trascendencia debido a que la Constitución vigente define al Estado ecuatoriano como estado constitucional de derechos y justicia. En gran medida, la efectividad de esta calidad dependerá de los mecanismos judiciales a través de los cuales los derechos son exigibles.

⁶⁴ Código Orgánico... *op.cit.*, Art. 116.

La vigencia de la Constitución del 2008 determinó, por un lado, la obligación de adecuar la legislación secundaria y, por otro lado, la oportunidad de revisar la práctica cotidiana en la aplicación de las normas jurídicas. Así, la reforma del sistema constituye precisamente esa oportunidad respecto al funcionamiento de la Función Judicial.

Los hallazgos de la investigación fueron reveladores, tanto para servidoras y servidores judiciales como para las y los usuarios a propósito de haber identificado sus percepciones. Se confirmó la existencia de diversas prácticas reiteradas, algunas positivas y otras negativas, contrastando las visiones de la realidad con los estándares de derechos humanos, lo que permite concluir que la legislación que organizaba al sistema de administración de justicia debía ser reformada, pues al Estado ecuatoriano le corresponde asegurar y garantizar el acceso a la justicia de las personas, comunidades, pueblos o nacionalidades. La justiciabilidad de los derechos cobra mayor importancia para los grupos de atención prioritaria, que no han tenido un real acceso a la justicia.

El COFJ incorpora el enfoque de derechos y la perspectiva de género, por ser una tarea indispensable para garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Se ha logrado adoptar acertadas decisiones a propósito de la reforma legal, se verifica que las propuestas garantizan a todas las personas, grupos de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, el pleno ejercicio del derecho de acceder a la justicia, en un sistema que cuando la administre lo haga enmarcado en los estándares internacionales de derechos humanos. Queda por confirmar si quienes asumen la responsabilidad de la aplicación del nuevo marco constitucional y legal favorecen la potenciación de las mejores prácticas judiciales que en el país sí existen, pero también, con la debida firmeza, logran erradicar las malas prácticas judiciales, pues de lo contrario, se podría afectar el logro de los objetivos que se proponen con la reforma legislativa.

Se ha organizado al sistema judicial de tal manera que garantice efectivamente los derechos y permita a todas las personas el acceso a la administración de justicia, eliminando los obstáculos vinculados con costos o la carencia de profesionales del derecho comprometidos con la defensa de derechos humanos, además de considerar la reubicación geográfica de las judicaturas.

Algunas prácticas judiciales reiteradas han marcado una percepción negativa sobre el sistema, no sólo por parte de los usuarios sino también de quienes son sus servidores. Ellos exigen que se cuente con los mecanismos adecuados para asegurar judicaturas independientes, eficientes y eficaces y que despachen con celeridad.

La percepción de la falta de independencia judicial, que se refleja en prácticas de intromisión en las actividades cotidianas y decisiones de los jueces debe ser combatida con acciones integrales y sostenidas encaminadas a dotar a la Función Judicial del grado de independencia interna y externa, que deberá también caracterizarse por una auténtica autonomía económica y financiera.

La definición de Carreras Judiciales diferenciadas facilitan alcanzar sus objetivos, las y los servidores judiciales se beneficiarán en los procesos de selección para ingreso, ascensos, evaluación y en procesos disciplinarios. La capacitación continua y especializada que requieren los funcionarios judiciales debe planificarse de acuerdo a necesidades específicas y contemplar lo relativo a derechos humanos y enfoque de género. Ésta debe cumplir condiciones que garanticen iguales oportunidades de acceso.

Las prácticas de acoso sexual y laboral deben erradicarse, caso contrario, terminará contaminando el proceso de reformas y continuará amenazando o violando derechos humanos.

La insatisfacción que perciben los usuarios y usuarias del sistema, debido a prácticas que distan de un servicio público de calidad, debe ser contrarrestada con un desempeño eficiente, ágil, transparente y profesional de y los funcionarios de la administración de justicia, de los auxiliares de la misma y de los que laboran en los servicios de defensa legal.

En definitiva, la implementación del régimen de carreras judiciales se convierte en un instrumento esencial para cambiar las prácticas judiciales que violan los derechos humanos e impiden el acceso a la justicia y la independencia judicial. La incorporación de estas normas en el COFJ responde a las percepciones de las servidoras y servidores judiciales, lo cual representa un reto importante de establecer un proceso participativo de construcción de las políticas judiciales.

VI. Bibliografía

- Abramovich, Víctor, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericano de Derechos Humanos, 2007.
- Abril Olivo, Ana Isabel, *Rendición de cuentas* (Noviembre 2005 a octubre 2008), Quito, Editorial Gráficas Arboleda, 2008.
- Andrade, Santiago, “La Función Judicial y la nueva Constitución Política de la República”, *Revista FORO*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007.
- Ávila, Luis, “*La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008*”, *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila, Luis, *Estándares internacionales de justicia y la Ley Orgánica de la Función Judicial del Ecuador*, Ministerio de Justicia, mimeo, 2008.
- Ávila Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y los Derechos Humanos, 2008.
- Ávila, Ramiro, “Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo”, *Revista FORO*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007.
- Banco Interamericano de Desarrollo, *Documento conceptual de proyecto ECL-1011*, 2004.
- Banco Mundial, *Ecuador, Legal and judicial sector assesment*, 2002.
- Bravo, Rubén Darío, “Aspectos de la Función Judicial”, en: *Revista Institucional Corte Suprema de Justicia*, 2007.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Informe de labores*, 2007.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Planteamientos de la Corte Suprema de Justicia para el proceso de elaboración de la nueva constitución política del Ecuador*, 2008.
- Escobar, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, CICODE, Trama editorial, 2005.
- García, Elizabeth, *Entre cristales y sombras: Derechos Humanos y equidad de género en la PUCE*, Quito, Publiasesores, 2008.
- Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el*

- Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, CDES, 2003.
- Mora, Luis Paulino, “La reorganización del Poder Judicial en Costa Rica”, en *Justicia y sociedad. Hacia un mejor servicio público de justicia*, PNUD, 1999.
- Mora, Luis Paulino, *La independencia del juez como derecho humano*, Costa Rica.
- Pásara, Luis, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008
- Salazar Córdova Roberto, *Diseño ex ante del programa de acceso a justicia y equidad social*, Quito, Projusticia, 2008.
- Tamayo y Tamayo, Mario, “La investigación”, Módulo 2, *Serie Aprender a Investigar*, 3ª Edición, Santa Fe de Bogotá, ICFES, 1999.
- Velasco, Jaime, “Los valores del juez”, en *Revista Institucional Corte Suprema de Justicia*, Año 1, número 1, 2007.
- Wray, Alberto, “El sistema jurídico ecuatoriano” en *La Nueva Historia del Ecuador*, Vol. 13, Quito, Corporación Editora Nacional, Grijalvo, 1995.
- Wray, Alberto, “Pensamiento jurídico ecuatoriano”, *Biblioteca Básica del Pensamiento Ecuatoriano*, Quito, BCE y CEN, 1997.

Otras Fuentes

- Ayala Carao, Carlos, intervención sobre “La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la Región Andina”, en: *Memorias del Encuentro Cortes Supremas de Justicia Región Andina*, Quito, Projusticia, 2007.
- Despouy, Leandro, intervención sobre “Principios de independencia judicial”, en: *Memorias del Encuentro Cortes Supremas de Justicia Región Andina*, Quito, Projusticia, 2007.
- Jalkh, Gustavo, intervención sobre “La construcción de un estándar regional de independencia judicial y acceso a la justicia”, en: *Memorias del Encuentro Cortes Supremas de Justicia Región Andina*, Projusticia, Quito, 2007.

Vargas, Jorge Enrique, presentación “La exigibilidad de los derechos humanos en las políticas públicas”, en: Evento sobre política social en el Ecuador, organizado por el Ministerio de Coordinación Social, mayo 2008.

Velasco, Jaime, intervención en las mesas Número 3 y 8 de la Asamblea Constituyente, 2008.

Órganos
administrativos

Sector justicia y gobierno judicial

Francisco Iturralde Albán

Sumario:

I. Introducción. II. Sector Justicia. 2.1. Naturaleza constitucional. 2.2. Eficiencia judicial. 2.3. Independencia judicial. III. El gobierno judicial. 3.1. Naturaleza constitucional. 3.2. Funciones de gobierno. 3.2.1. Representacion. 3.2.2. Administracion de carreras judiciales. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

Para que un Estado pueda considerarse democrático, se debe tener presente como una institución fundamental al Poder Judicial; esta idea encarna el principio de separación de los poderes del Estado.

El principio de separación de poderes invoca fundamentalmente un sistema de pesos y contrapesos en que los diversos poderes recíprocamente deben limitar sus facultades para impedir desbordes y arbitrariedades que lesionen los derechos de las personas¹

¹ Iván Lavados Montes y Juan Vargas Viancos, “Desarrollo social, políticas públicas y el Sector *Justicia*”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, p. 19.

Sin embargo, no podemos entender al principio de separación de poderes del Estado, como que cada uno de ellos pueda actuar con absoluta independencia de la estructura del estado y de los fines que éste persigue, desde la óptica de buscar el bien común. De esta manera, para que el Poder Judicial pueda cumplir con sus funciones requiere de la colaboración de otras instituciones que pueden encontrarse ligadas al Poder Ejecutivo, como es el caso de la Policía Nacional, elemento que profesional y científicamente debe colaborar con el Poder Judicial en las investigaciones; y, requiere de la colaboración del Poder Legislativo que le va a proporcionar el marco normativo adecuado, para su normal funcionamiento.

Se justifica, entonces, la existencia de un poder independiente de los otros poderes del Estado, que se encargue de la administración de justicia, debiendo incluirse en ésta a órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos; ya que, con esta perspectiva, se puede conseguir una Función Judicial perfectamente establecida y sólida, que satisfaga y cumpla las necesidades de la sociedad y que, además, justifique la existencia del estado democrático.

Dentro de este ámbito conceptual, es preciso subrayar que el Sector Justicia, debe ser entendido y analizado como un conjunto orgánico, como un sistema y no como un conglomerado, más o menos atinado, de instituciones y organismos, que suele ser la manera común de encararlo.

La ausencia de una filosofía global que abarque y trascienda a las filosofías particulares de cada uno de los sectores que lo conforman (Fiscalía, Tribunales, Jueces, Defensoría, Policía, Régimen Penitenciario, etc.), considero ha sido la principal causa de que no se haya abordado el sistema de justicia, al Sector Justicia o a la Función Judicial como un conjunto¹.

Desde este punto de vista, se justifica la existencia del Consejo de la Judicatura como un solo órgano que gobierne, administre, vigile y discipline a la Función Judicial, que asuma y cumpla con el reto que le imponen la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, para conseguir una administración de justicia ágil y oportuna; y que, además, se constituya en un instrumento para la realización de la justicia.

1 Véase en esta obra, Santiago Andrade Ubidia, "Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008".

II. Sector Justicia

2.1. Naturaleza constitucional

Bajo el régimen normativo prescrito en la Constitución de la República del Ecuador, observamos que el artículo 177, señala que: “La Función Judicial se compone de los órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos...”; y, a continuación, el artículo 178, determina cuáles son los órganos jurisdiccionales, a los cuales les entrega la potestad de administrar justicia; éstos son: a) La Corte Nacional de Justicia, b) Las cortes provinciales de justicia; c) Los tribunales y Juzgados que establezca la ley; y, d) Los Juzgados de paz. El Consejo de la Judicatura, de conformidad con la norma constitucional ya referida, es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial; y, esta Función del Estado, tiene como organismos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. También se integran como órganos autónomos de la Función Judicial, la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado.

Podemos observar, entonces, que las normas constitucionales contenidas en los artículos 177 y 178, integran a todo el Sector Justicia. Esta relación nos conduce a observar que, este sector es de absoluta necesidad en la sociedad, viéndolo como un sistema integrado, en el que todos sus elementos se convierten en actores para el mejor desenvolvimiento de la administración de justicia; lo que obliga, además, a un trabajo conjunto entre las diversas entidades –Órganos jurisdiccionales, Defensoría Pública y Fiscalía General del Estado–, las cuales, tradicionalmente, no han tenido una gestión común, ya que cada una de ellas ha desempeñado sus funciones a su propia manera y de forma muy puntual².

2.2. Eficiencia judicial

Para que funcione en forma armónica el sector justicia, solamente un organismo debe ser el encargado de su administración; así, el primer inciso del

2 Véase en esta obra, Jorge Vicente Paladines, “¿Fiscal General o General Fiscal?”

artículo 254 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial 544 del 9 de marzo de 2009, establece que: “El Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, que comprende: órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos”; norma que guarda absoluta concordancia con el mandato constitucional contenido en los artículos 177 y 178 de la Carta Política.

Observemos, entonces, a la luz de la norma de derecho invocada, que la integración del Sector Justicia, se evidencia a través de un solo órgano que gobierna, administra, vigila y disciplina a la Función Judicial.

Con la integración del Sector Justicia o de la Función Judicial, aparece su importancia; ya que se le concede la estructura de un órgano único e indivisible; aunque sus órganos autónomos, como la Fiscalía General de la Nación o la Defensoría Pública, funcionen en forma desconcentrada y tengan autonomía administrativa, económica y financiera; pero, ante todo, la integración sustenta con mucha fuerza el principio de separación de poderes del Estado, que se fundamenta, particularmente, en el principio de independencia de la Función Judicial; ésta es importante razón de la necesidad de existencia del Sector Justicia en el Estado Democrático.

En realidad, para que el sistema de justicia sea viable es necesario que un solo organismo se haga cargo de manejar la carrera judicial, entendida esta como de toda la Función Judicial, es decir, jueces, fiscales, defensores públicos, servidores judiciales y auxiliares. Este organismo debe ser el Consejo de la Judicatura³.

2.3. Independencia judicial

No obstante que el Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo de la Función Judicial, no puede tener un poder absoluto y, consecuentemente, se encuentran limitaciones en el ejercicio de sus funciones; así, el segundo inciso del artículo 254 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que:

3 Luis Fernando Ávila Linzán, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución del 2008, *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito - Ecuador, Ministerio de Justicia, 2008, p. 235.

El Consejo de la Judicatura es un órgano instrumental para asegurar el correcto, eficiente y coordinado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, autónomos y auxiliares. 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 jueces y juezas, de las y los fiscales y de las defensoras y defensores públicos.

Desde este concepto, el Consejo de la Judicatura se encuentra en la obligación constitucional y legal de poner en marcha a todo un nuevo sistema de justicia, a un nuevo modelo, que debe responder a las necesidades de la sociedad, a efecto de que la administración de justicia recupere credibilidad y que el ciudadano confíe en las resoluciones de los jueces.

Para que el Consejo de la Judicatura asegure el correcto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, autónomos y auxiliares de la Función Judicial, será su meta el conseguir una absoluta coordinación entre éstos; así, el nuevo Consejo de la Judicatura, de conformidad con la Novena Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial, se encuentra en la obligación legal de dictar todos los reglamentos que sean necesarios para la plena vigencia del Código; y, que, consecuentemente, éstos guarden total armonía para lograr un trabajo eficiente y coordinado de los órganos jurisdiccionales, auxiliares y autónomos de la Función Judicial.

Por otro lado, el mismo inciso segundo del artículo 254 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que el Consejo de la Judicatura no es un órgano jerárquicamente superior, respecto a las resoluciones de los jueces; en consecuencia, se consagra el principio de independencia; y los jueces, solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de los derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

La independencia judicial es un derecho humano constitucionalizado en la mayoría de los países, como uno de los pilares fundamentales sobre el cual descansan la justicia y la democracia misma, por lo cual trasciende la simple técnica jurídica. La existencia de tribunales independientes e imparciales constituye

el núcleo central de un sistema judicial garante de los derechos humanos en plena conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. La Constitución, las leyes y las políticas de un país deben asegurar que el sistema judicial sea verdaderamente independiente de los demás poderes del Estado⁴.

III. El gobierno judicial

3.1. Naturaleza constitucional

No olvidemos que el Consejo de la Judicatura, desde la visión constitucional, es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, y que tiene funciones específicas que las encontramos, fundamentalmente, en el artículo 181 de la Constitución de la República, desarrolladas en el Título IV del Código Orgánico de la Función Judicial.

Como órgano de gobierno le corresponde la dirección y el control de todo el Sector Justicia, de toda la Función Judicial, y como tal debe definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.

Partiendo de la premisa de que los órganos que integran el Sector Justicia -Órganos Jurisdiccionales, Defensoría Pública y Fiscalía General del Estado- han venido actuando, hasta antes de la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, en forma individualista y separada, se hace urgente que el Consejo de la Judicatura, defina y ejecute políticas para el mejoramiento del sistema judicial en su integridad; así, por ejemplo, se precisa que, como único órgano, que tiene la dirección del Sector Justicia, efectúe con regularidad periódica sondeos de opinión ciudadana, para explorar las actitudes y valoraciones de los ciudadanos, respecto de la administración de justicia; claro está que esta valoración ya no debe estar dirigida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, sino que se requiere un diagnóstico íntegro del funcionamiento del sector justicia.

Desde este punto de vista, es incuestionable la existencia de un solo órgano que dirija y gobierne la administración de justicia; recalcando que el

4 Luis Fernando Ávila Linzán, *op.cit.*, p. 252.

nuevo Consejo de la Judicatura, en el Ecuador, tiene la responsabilidad histórica de conducir un sistema de justicia nuevo e integral, que a más de ser operativo, sea confiable, transparente y eficiente; con una “administración de justicia rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido”, conforme lo prescribe el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial; siendo misión sustancial de la Función Judicial, “conservar y recuperar la paz social”, lo cual se señala en el artículo 21 del indicado cuerpo normativo..

Además, la existencia del sector justicia, como un organismo único e integrado, obliga a que se comparta la responsabilidad entre sus órganos; lo cual conduce a que, en términos del deber ser, cada uno se convierta en el protagonista de su gestión, lo que obligatoriamente contribuye al mejoramiento de la administración de justicia.

3.2. Funciones de gobierno

Al Consejo de la Judicatura le corresponde también la administración de la Función Judicial y para este efecto debe ejercer sus funciones a través de los componentes estructurales que se determinan en el artículo 261 del Código Orgánico de la Función Judicial.

No obstante que el Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, entre sus componentes estructurales aparece el Consejo Consultivo, que se encuentra integrado, según el artículo 265 del Código Orgánico de la Función Judicial, por “la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura, la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscal o el Fiscal General del Estado y la Defensora o el Defensor Público General, o quienes les subroguen”.

La integración del Consejo Consultivo del Consejo de la Judicatura es la combinación perfecta para que el Sector Justicia funcione en forma coordinada; téngase presente que entre sus funciones se encuentran, acorde con el artículo 267 del Código Orgánico de la Función Judicial las siguientes:

1. Diseñar las políticas que regirán a la Función Judicial y sus diversos órganos; 2. Coordinar las políticas de los órganos de la Función Judicial; 3.

Mantener coordinación con las otras funciones del Estado; y, 4. Diseñar las políticas de cooperación con organismos y personas jurídicas nacionales e internacionales que presten asistencia a la Función Judicial.

Hemos dicho que al Consejo Consultivo le corresponde diseñar las políticas que regirán a la Función Judicial y a sus diversos órganos; pero el Consejo de la Judicatura es el órgano obligado a dirigir las políticas diseñadas; de esta manera también se justifica la existencia de un solo organismo que abarque a todos los servidores de la justicia, quienes, en definitiva, son los llamados a aplicar y cumplir las políticas, a objeto de conseguir la correcta y eficaz administración de la justicia; por otro lado, es importante señalar que ningún órgano de los que componen la Función Judicial o el Sector Justicia, podría incumplir con las políticas que se generen y diseñen en el Consejo Consultivo; en razón de que en él se han originado, no pudiendo alegar su desconocimiento o imposibilidad de cumplirlas.

Pero también al Consejo Consultivo, como componente estructural, le corresponde coordinar las políticas de los órganos de la Función Judicial, la coordinación con las otras funciones del Estado y el diseño de las políticas de cooperación con organismos y personas jurídicas nacionales e internacionales que presten asistencia a la Función Judicial; sin embargo, siendo el Consejo de la Judicatura el órgano de gobierno, aprobará y dirigirá las políticas; esto se evidencia cuando el numeral 11 del artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que al Pleno del Consejo de la Judicatura, le corresponde: “Aprobar los acuerdos de cooperación y asistencia relacionados con la Función Judicial, con organismos nacionales o extranjeros, siempre que estos últimos no contemplen asuntos que tengan el carácter de tratados o instrumentos internacionales”; de la misma manera, el numeral 22 del mencionado artículo 11, prescribe que también le corresponde: “Coordinar con los órganos jurisdiccionales y autónomos de la Función Judicial la realización de las prácticas pre profesionales previas a la habilitación profesional”. Observamos, entonces, que resulta lógico que sea un solo organismo el que abarque a todos los servidores del sector justicia, lo cual impedirá que se dicten y apliquen políticas contradictorias entre sus componentes.

3.2.1. Representación

El artículo 268 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe que: “La Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura es la máxima autoridad ejecutiva de la Función Judicial” y el numeral 4 del mismo cuerpo normativo establece que a la Presidenta o Presidente le corresponde: “Sin perjuicio de la representación de la Función Judicial que le corresponde a la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional de Justicia, ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la Función Judicial, para ejercer las funciones de gobierno y administración”.

Resulta necesario que un órgano como el Consejo de la Judicatura, que tiene la obligación y el deber de ejercer el gobierno y la administración de todo el Sector Justicia, tenga alguien que lo represente; precisamente el Código Orgánico de la Función Judicial otorga la representación a la Presidenta o al Presidente del órgano.

Sin embargo, debe tenerse presente que la representación que se le otorga se encuentra entre otras funciones de la Presidenta o Presidente; y, sin entrar a hacer mayor análisis de las funciones, es de señalar que la primera obligación es la de 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, y las resoluciones de las comisiones especializadas del Consejo.

De lo señalado se desprende que, en todo caso, la Presidenta o Presidente deberá sujetarse al marco normativo ya existente y al que dicte el nuevo Consejo de la Judicatura, para representar a la Función Judicial.

3.2.2. Administración de carreras judiciales

El Consejo de la Judicatura, siendo el órgano de gobierno o dirección de la Función Judicial, tiene el derecho y la obligación de administrar las carreras dentro de la Función Judicial; en este sentido, es necesario tomar en cuenta la prescripción del artículo 42 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el cual encontramos que “Las servidoras y servidores de la Función Judicial pertenecen a la carrera judicial, de acuerdo a la siguiente clasificación:

1. Quienes presten sus servicios como juezas y jueces pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional;
2. Las demás servidoras y servidores judiciales pertenecen a la carrera judicial administrativa;
3. Quienes presten sus servicios como fiscales pertenecen a la carrera fiscal;
4. Las demás servidoras y servidores de la Fiscalía pertenecen a la carrera fiscal administrativa;
5. Quienes presten sus servicios como defensores públicos pertenecen a la carrera de la defensoría; y,
6. Las demás servidoras y servidores de la Defensoría Pública pertenecen a la carrera defensorial administrativa.

Además, los funcionarios de las carreras judicial, fiscal o de la defensoría, para efectos de control y de administración de las carreras por parte del Consejo de la Judicatura, se encuentran sometidos a las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, al Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y a los respectivos reglamentos.

Los funcionarios que colaboran administrativamente con los jueces, fiscales y defensores públicos, se encuentran sometidos, en el cumplimiento de sus funciones, al Código Orgánico de la Función Judicial y en forma subsidiaria a la Ley Orgánica de Servicio Civil y de Carrera Administrativa; prohibiéndose expresamente a esta clase de servidores del Sector Justicia, ejercer funciones jurisdiccionales o las que son exclusivas para los fiscales y defensores públicos.

Se establece, de la misma manera, un régimen jurídico específico para los funcionarios del Sector Justicia, que son fundamentalmente obreros y para los cuales, en su trabajo, sobresale la actividad física, material o manual sobre la intelectual, y se prescribe que estos trabajadores del sector justicia estarán sujetos al Código del Trabajo⁵.

Es importante anotar varias situaciones en cuanto al establecimiento de los regímenes de trabajo a los que se someten quienes presten sus servicios

5 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

en el Sector Justicia, el cual además se encarga a un solo órgano; en primer lugar, se establece un modelo de especialidad para cada sector de trabajadores, en este caso, debemos tomar en cuenta de que no todo trabajador tiene las adecuadas aptitudes para desempeñar determinada función; así, resulta relevante el establecimiento de perfiles profesionales y de trabajadores, lo cual va a permitir un mejor desenvolvimiento en la actividad laboral, que va a redundar en una mejor administración de justicia; en segundo lugar, el establecimiento de especialidades de trabajo va a permitir un mejor modelo de capacitación de los funcionarios y trabajadores del Sector Justicia; así, no habrá un desperdicio de recursos capacitando, por ejemplo a los jueces y secretarios de los juzgados en las mismas destrezas, en razón de que cada función requiere de habilidades diferentes y ese debe ser el sentido y la orientación que se le dé al modelo de formación y capacitación de los funcionarios judiciales; en tercer lugar, este modelo de especialización laboral, va a permitir que se preparen programas de capacitación dirigidos a todos los funcionarios y trabajadores del sector justicia, pero relacionados con su propia actividad de trabajo; en cuarto lugar, los procesos de evaluación de los trabajadores y funcionarios judiciales van a tener que ser distintos para cada área, ya que el modelo ha cambiado y las evaluaciones del desempeño en las funciones, deberán hacerse de acuerdo al perfil de actividad; para esto las evaluaciones tienen que ser muy profesionales y evitar cualquier sesgo que pudiera perjudicar al evaluado; es decir, la evaluación debe ser objetiva, incluso para no poner en riesgo la credibilidad del proceso evaluatorio; en quinto lugar, el acceso al Sector Justicia se hará de acuerdo a criterios o principios de mérito y capacidad de los funcionarios de este sector, va a permitir un modelo de función judicial con jueces, fiscales y defensores públicos profesionales, y la posibilidad de ascensos y promociones, serán inherentes a la carrera, considerando que deben primar criterios de antigüedad, mérito, capacitación, evaluaciones, etc.; en sexto lugar, se da la posibilidad de que exista un solo órgano de control o de inspección de los funcionarios judiciales, a fin de que se compruebe el funcionamiento de los servicios de la administración de justicia, con el fin de corregir las deficiencias estructurales y coyunturales que puedan producirse, debiendo cuidarse, que el control no interfiera con la actividad jurisdiccional e independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones.

IV. Conclusiones

La gran actividad y la administración de las carreras de la Función Judicial, encargadas especialmente al Consejo de la Judicatura, van a impedir que se produzca desperdicio de recursos, en virtud de que todos los procesos se encontrarán orientados y no van a ser varias instituciones las que realicen proyectos y programas de capacitación o procesos de evaluación; siendo solamente una se evitará que éstos se repitan, debiendo hacerse un seguimiento de las actividades realizadas, pero a través de un solo órgano encargado.

No obstante el encargo legal que se hace al Consejo de la Judicatura para la unificación del Sector Justicia, ésto no significa que no se produzca coordinación entre sus integrantes; ésta, por el contrario, se hace necesaria precisamente para lograr el cumplimiento del fin primordial de la Función Judicial, que es la más correcta, expedita y eficaz administración de justicia.

En nuestro nuevo modelo, contenido en el Código Orgánico de la Función Judicial, no es posible concebir un acertado, confiable y respetable sistema de administración de justicia, si no solo dentro del andamiaje que puede brindarle un solo órgano administrador; consecuentemente consideramos que se ha encontrado un mecanismo de carreras judicial, fiscal y defensoría pública, formalmente establecido y materialmente operativo.

El carácter formal de un esquema de carreras judicial, fiscal y de defensoría pública, implica la adscripción a un marco de legalidad que no sólo las legitima, cuanto que además cumple el doble propósito de garantizar a la ciudadanía, por una parte, que la sagrada misión de administrar justicia esté en manos de los más aptos -expertos en este arte-; y, por otra, que, al mismo tiempo, los jueces, los defensores públicos y los fiscales, obtienen la contraprestación de estar amparados y protegidos por un régimen profesional que los reconoce como profesionales especializados, con todas las garantías laborales que de ello se derivan.

Como consecuencia de lo anterior, el aspecto material del Juez, fiscal o defensor público de carrera, vistos desde la ciudadanía y de la opinión pública, constituyen un verdadero honor, que debe renovarse cada día, en razón de la responsabilidad que significa el trabajar con absoluta independencia, cuanto por el prestigio del mismo equipo humano que trabaja en apoyo del Juez. Lo indicado daría la posibilidad de que quienes integran las

carreras judicial, fiscal y de defensoría pública, incluso estén desprovistos de censuras y supervisiones; ya que su conciencia sería el motor de su conducta personal y el leal desarrollo de sus deberes.

Se justifica la existencia del Sector Justicia, ya que éste garantiza la existencia del Estado democrático, cuya idea fundamental radica en la separación de poderes; por lo que se concluye que la Función Judicial es independiente en el ejercicio de sus funciones.

Además, se justifica que el Consejo de la Judicatura, como órgano de gobierno, debe abarcar a todos los servidores de la justicia, por cuanto esta unidad permite la más lógica y correcta profesionalización de los funcionarios y trabajadores del Sector Justicia, producida precisamente por la creación de las carreras dentro de la Función Judicial, tendremos jueces, fiscales y defensores públicos, con formación específica para cada una de estas áreas de trabajo.

En cuanto a la capacitación, ésta se dirigirá de acuerdo a perfiles profesionales (jueces, fiscales y defensores), todos dirigidos por el Consejo de la Judicatura, evitando el desperdicio de recursos, como en los casos que aquella provenga -o provenía-, en forma indiscriminada, de cualquiera de los órganos que integran el Sector Justicia.

Por otro lado, el modelo de evaluación del desempeño a los funcionarios judiciales provendrá de un solo órgano administrador, no obstante que la evaluación se realizará en relación a los perfiles profesionales de cada funcionario judicial, el hecho de que la evaluación proceda de un solo órgano, que por cierto debe contar con una unidad muy especializada, permitirá que no se den falsos positivos o negativos, de manera que los funcionarios judiciales puedan tener la posibilidad de ascensos si la evaluación coadyuva a que esto se produzca.

La existencia de un solo órgano que abarque a todos los servidores del Sector Justicia, va a permitir detectar oportunamente sus deficiencias coyunturales y estructurales, para corregirlas oportunamente, lo que permitirá dotar de la infraestructura necesaria al sector, así como las mejores herramientas a los funcionarios y trabajadores para lograr la más eficaz administración de justicia.

Por último, quienes integren el nuevo Consejo de la Judicatura, deben tener como primordial misión la integración de todo el Sector Justicia, para

lo cual es necesario que reúnan no solamente los requisitos que establecen la Constitución y la Ley a fin de integrar este órgano; sino que, además, tendrán un amplio conocimiento administrativo de los elementos que integran al Sector Justicia; teniendo presente que el marco normativo propuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial les otorga amplias facultades que no deben ser abusadas y que, sobre todo, debe primar la absoluta independencia de la Función Judicial y de sus funcionarios para el correcto desempeño de sus actividades.

V. Bibliografía

Lavados Montes, Iván y Vargas Viancos, Juan, “Desarrollo social, políticas públicas y el Sector Justicia”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993.

Ávila Linzán Luis Fernando, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución del 2008”, *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ministerio de Justicia, 2008.

Constitución de la República del Ecuador.

Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. 544: 9-mar.-2009.

Órganos
autónomos

¿Fiscal General o General Fiscal?*

Por Jorge Vicente Paladines

Sumario:

I. Consideraciones preliminares. II. ¿Veritas o autoritas? 2.1. Sustracción del conflicto. 2.2. Defensa de falsos bienes jurídicos. 2.3. Delegación ejecutiva. III. ¿Eficientismo o garantismo? 3.1. Evasión del proceso ordinario. 3.2. Estorbo del plazo razonable. 3.3. Investigación penal mediática. 3.4. Desigualdad de armas. IV. Excursus: Respuesta judicial. V. Conclusiones inconclusas: una cuestión del poder. VI. Bibliografía.

La verdad y la justicia no representan sólo a ideales defendibles, sino, antes bien, problemas de decisión individual y escrupulosa.

Claus Roxin

* El título del presente artículo fue empleado en 1992 por Rodrigo Uprimny Yepes, a quien le debo en gratitud la cortesía de enviarme éste y otros artículos más. Agradezco también a Daniela Dávalos por sus estupendas y pacientes observaciones, sobre todo por evitar el encierro de mis opiniones.

I. Consideraciones preliminares

No solo como un problema procesal penal, sino también como un problema institucional, la Fiscalía General del Estado ha concentrado expectativas para la contención de la criminalidad en el Ecuador. De hecho, la apertura que le brindan los medios de comunicación es de tal magnitud, que cuando de fenómeno criminal se trata, no hay voz más autorizada que la del Fiscal General del Estado. Su función es dirigir la procesalidad de los problemas o conflictos que emergen de la sociedad a través de acciones que, una vez ingresadas en la investigación y acusación penal, deberán optimizar la garantía de vivir en una sociedad segura.

A través del presente trabajo proponemos entrever dos problemas por los que atraviesa la Fiscalía. El primero, consiste en analizar el dilema de si la agencia fiscal se inscribe en la búsqueda de la verdad procesal o reproduce la lógica autoritaria de la investigación y acusación en el proceso penal. Veremos si el diseño normativo permite la composición, o por el contrario, le niega a las víctimas la posibilidad de solucionar su conflicto. Esto nos lanza hacia la repotenciación de los conflictos particulares mediante la protección de bienes jurídicos penales, cuya ambigüedad en su definición dogmática podría implementar una excesiva penalización del espacio público. Ambos fenómenos a la luz de la estructura jerárquica y centralizada que se maneja en el seno institucional del principal órgano del *ius puniendi*.

El segundo, trata de explicar la legitimación de la agencia fiscal, cuando deviene de la ponderación entre un proceso penal eficiente y un proceso penal garantista. No es cuestión de menospreciar el axioma de un procedimiento penal eficiente, sino, de observar cuán perjudicial puede ser sobreponer sólo esta vía, y de descubrir los emergentes beneficios institucionales en los órganos administradores de la justicia penal. No se podrá pasar por alto cuestiones que aparentemente son de forma, pero de las que cierto uso de herramientas procesales podría lesionar la separación de poderes. Aquello también repercute en el instituto del plazo razonable, reafirmado por unos y renegado por otros. Descubriremos cuán perjudicial puede resultar el aval fiscal de las perspectivas periodísticas; así como si se cumple con el núcleo del modelo acusatorio: la realización del contradictorio en igualdad de armas.

Estos dos grandes problemas se constituirán en nuestros pilares de investigación. En ellos cotejaremos la institucionalidad de la principal agencia en la persecución del delito, tanto como un fenómeno penal como también político, lo cual nos permita conocer si: ¿es la Fiscalía General una institución autoritaria?. Sin duda, se trata de generar un debate en el marco de las reformas judiciales que involucran a esta institución, sobreponiendo los valores democráticos y garantistas de la nueva Constitución de la República.

En consecuencia, usaremos los detalles del sistema legal y las grietas del *ius puniendi* para promover una discusión que, indudablemente, atañe a una de las más polémicas manifestaciones del poder, tanto en lo formal como en lo material. Por ende, nos introduciremos en la institucionalidad de la Fiscalía General del Estado para esbozar reflexiones en la difusión democrática del sentido común de los Derechos Humanos.

II. ¿Veritas o autoritas?

Uno de los episodios más significativos en la memoria cristiana de nuestros pueblos fue, sin lugar a duda, la presentación del detenido Jesús de Nazareth ante el procurador romano Poncio Pilato, comparecencia que llevó más tarde al controvertido juicio donde se decidió, públicamente, la liberación de Barrabás y la concomitante crucifixión de Jesús¹. Este pequeño pasaje nos coloca en el debate de si el proceso penal responde a la lógica de la autoridad, o a la búsqueda de la verdad. Aunque parezca que la modernidad haya adoptado la segunda vía, la internalización de todo aquello que implemente la magistratura en la solución de incriminación no significa, necesariamente, que la verdad prime en la praxis del subsistema penal –para el caso fiscal.

La actividad –ejecutiva y judicial– de Pilato parecería reproducir el orden autoritario del Imperio Romano por sobre las personas; sin embargo, el solo hecho de someter el “juicio” a la muchedumbre –picota pública para

1 Luego de ser llevado ante Caifás, a la mañana siguiente, Jesús fue presentado ante el procurador Romano Poncio Pilato, quien no lo halló culpable después de interrogarlo. No obstante, debido a la presión de los sacerdotes del Sanedrín, éste convocó a la muchedumbre para que decidiera, prefiriendo lavarse las manos. Ver Mt 27: 11-26; Mc 15:1-15; Lc 23: 1-25; y, Jn 18: 28-19:6.

otros—, convertiría su actividad en cazadora de opiniones ajenas a su magistratura, es decir, en buscadora de la verdad. No por una cuestión de método —muy aberrante por cierto ante los ojos nuestra “civilización”—, sino, por el axioma que se implementaba entre una autoridad y esta especie de proceso penal, la diferencia de 2000 años dejará entrever que, en la realidad procesal penal ecuatoriano, aún persiste el debate entre autoridad y verdad.

2.1. Sustracción del conflicto

En el año 2000 se reformó nuestro procedimiento penal, inscribiendo al Ecuador dentro de los Estados que aplican, en su administración de justicia penal, el *sistema acusatorio oral público*, implementándose así los principios de oralidad y celeridad en los procesos². Y aunque en la praxis se adoptó una mixtura con el sistema inquisitivo, la adopción del acusatorio —traído del mundo anglosajón³— fortaleció la actividad del entonces Ministerio Público —hoy Fiscalía General del Estado—, ampliando procesalmente su radio de acción. Su función es fundamentalmente dual: por un lado, los agentes fiscales dirigen la investigación —o persecución— del delito; y, por otro, comparecen en el proceso penal como acusadores, solicitando sanciones sobre quienes se determine o considere culpables —pretensión punitiva—, sin posibilidad de regreso cuando se llegue a la etapa del juicio, como expresión del principio de *irretractabilidad*. Se separó entonces la relación entre juez e investigación, por ende, entre juez y acusación, promoviendo el desarrollo del *contradictorio*, principio que le permite a las partes debatir los hechos para que en derecho la incriminación se resuelva por la razón del juez o tribunal.

La adopción garantista del principio del contradictorio trajo consigo el recogimiento de la investigación y acusación en una sola institución y suje-

2 La Constitución Política del Estado de 1998 en su disposición transitoria vigésima séptima estableció que: “*La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema*”.

3 Sobre la influencia de la cooperación estadounidense (USAID) en la reforma procesal penal del Ecuador ver Margaret Sarles, “USAID’s Support of Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Seider (ed.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin America Studies and University of London, 2001, p. 75-76.

to procesal. El tercer título del libro primero del Código de Procedimiento Penal (CPP) instituye como sujetos procesales a: la defensa, el imputado, el ofendido y el Ministerio Público⁴. Durante muchos años, la relación de fuerzas entre las “partes” ha sido asimétrica, como el caso de la defensa y el imputado, que veremos más adelante. Empero, la situación no es menos grave dentro de la relación de fuerzas acusadoras, donde el ofendido o víctima sencillamente ha dejado de existir.

Esto nos incita a reflexionar sobre la naturaleza del acusatorio bajo la estructura triangular de agente fiscal-agente distrital-fiscal general. El *ius puniendi* y la persecución penal del Estado se encuentra instituido en la Fiscalía General como entidad guardiana de la legalidad⁵. Defender entonces el principio de legalidad resulta hoy en día de la sustracción del conflicto ciudadano envuelto ahora bajo el principio de *oportunidad*—emergente del principio de autoridad—, que faculta a la agencia fiscal a decidir qué introducir o no en el sistema penal. Las partes que en realidad participan en el conflicto no son tomadas en cuenta en el proceso penal ecuatoriano, como parte de la *entelequización* de la ciudadanía por parte del Estado⁶. La víctima u ofendido es relegada simplemente al papel de testigo, es decir, instrumentalizada para una colaboración eficaz con la justicia —*ius puniendi*—, operando de esta manera la confiscación del Estado a los problemas que naturalmente emergen de la sociedad⁷. Analicemos, en los si-

4 La reforma procesal penal de marzo de 2009 prefiere asignar la nomenclatura defensor, procesado, ofendido y actualizar la acusación en la institución de la Fiscalía General del Estado —antes Ministerio Público.

5 Roxin reflexiona sobre la institución de la Fiscalía en Berlín como conmemoración de su 150 aniversario, enfatizando en los aportes de gestores como von Savigny y von Mühler. Ver Claus Roxin, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, colección Autores de Derecho Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 13.

6 La sociedad sede su realidad al Estado, mientras que éste —la ficción— ocupa su lugar. Jorge Vicente Paladines, “Razón jurídica o barbarie, sobre la jurisdicción en la ejecución penal”, en Carolina Silva (ed.), *Ejecución penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*, serie neoconstitucionalismo y sociedad, volumen 5, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 165-169.

7 Esto lo denunció hace muchos años el recién desaparecido Louk Hulsman. Ver Louk Hulsman, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Editorial Juris, Rosario, 1993, p. 79. Aunque sin citar a Hulsman, Alberto Binder también estudia el conflicto, la violencia y el poder como presupuestos

guientes ejemplos, cómo el ofendido o la víctima tiene que someter la armónica resolución de su conflicto a la autoridad del fiscal:

- a) Artículo 37 CPP: Las acciones por delitos de acción penal pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante, *siempre que el Fiscal lo autorice*, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido... (Cursiva es mía).
- b) Artículo 62 CPP: En los procesos de acción pública en caso de desistimiento de la acusación, se *seguirá sustanciando con intervención del Ministerio Público* (Cursiva es mía).

La participación de la víctima y el Estado en el proceso penal no se yuxtaponen contra el imputado. No se trata de la aparición de un nuevo enemigo del procesado, sino, de uno que desplaza al real enemigo del sujeto pasivo del proceso penal, pues aunque la víctima decida voluntariamente perdonar, convertir o desistir de la acción penal —que legítimamente le corresponde—, el Estado seguirá procesando penalmente el conflicto a pesar que las partes hayan decidido componerlo. Esto deviene en gran medida del lenguaje prohibitivo del “no” en las leyes penales y procesales penales. Foucault decía en este sentido que:

Cuando se definen los efectos del poder por la represión se da una concepción puramente jurídica del poder; se identifica el poder a una ley que dice no; se privilegiará sobre todo la fuerza de la prohibición. Ahora bien, pienso que esta es una concepción negativa, estrecha, esquelética del poder que ha sido curiosamente compartida. Si el poder no fuera más que represivo, sin no hiciera más

del ejercicio del *ius puniendi*, al sostener que: “*El derecho penal, como disciplina normativa, debe ser muy cuidadoso a la hora de ocultar el fenómeno de esa violencia, tanto social como estatal*”. Ver Alberto Binder, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2004, p. 19. Arturo Donoso también observó este “detalle” en el nuevo proceso penal ecuatoriano, cuando señala sencillamente que la víctima está ausente. Arturo Javier Donoso Castellón, “Sistema procesal penal acusatorio”, en Antonio José Cancino Moreno (comp.), *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. Homenaje a Fernando Hinestrosa: 40 años de rectoría 1963-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 142.

que otra cosa que decir no, ¿pensáis realmente que se le obedecería?... es preciso considerarlo como una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como una instancia negativa que tiene como función reprimir⁸.

2.2. Defensa de falsos bienes jurídicos

El problema de la falta de devolución del conflicto a sus reales partícipes no solo deviene de las grietas de la instrumentación procesal, sino, de la misma tipificación jurídico-penal, es decir, de su “fase” dogmática. Los tipos penales consagran la protección de bienes jurídicos, que en palabras de Bovino, no son otra cosa que la “*víctima objetivada en el proceso penal*”⁹. De esta forma, continuando con la misma reflexión, la función del Estado frente a la víctima sería doblemente perversa:

El primero de ellos es hacerla callar cuando la víctima desea hablar. El segundo –y más terrible– es hacerla hablar cuando desea callar¹⁰.

Un claro ejemplo lo encontramos en la reserva de investigación en la fase de indagación previa, momento donde se exagera el silencio del ofendido y se somete al imputado a la autoridad de la verdad procesal. Es un momento de mucha utilidad para construir la acusación por parte del Estado, la que se lleva a cabo de manera reservada para “salvaguardar” el principio de presunción de inocencia¹¹. Se realiza nada más que una investigación secreta y a espaldas del imputado, lo que revela una vez más la falta o ausencia de control judicial en la fase investigativa fiscal¹². Al respecto, Vaca Andrade señala que:

8 Michel Foucault, *Microfísica del poder*, 3ra. ed., Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1992, p. 182.

9 Alberto Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, 1era. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 82.

10 *Ibid.*

11 El oficio del agente fiscal no será del todo imparcial, pues no podrá reducir su violencia simbólica frente al sospechado o imputado, a quien no dejará de aplicarle un *derecho penal de autor*. Sobre los recaudos que debe tomar el investigador se encuentran en las obras de Bourdieu. Ver Pierre Bourdieu, “Comprender”, en Pierre Bourdieu y otros, *Las Miserias del Mundo*, 1ra reimp., Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 2000, p. 528 en adelante.

12 Frente a este desfase, algunos países de Europa como Alemania han instituido los *jueces de investigación*, precisamente para evitar la violación de derechos fundamentales.

...Nos asalta el temor de que haciendo uso de esta disposición legal y facultad reconocida al Ministerio Público, eventualmente, los Fiscales reciban, recojan y utilicen en procesos penales “elementos” de prueba enviados de manera anónima y no siempre obtenidos siguiendo los procedimientos legales y respetando derechos constitucionales, como por ejemplo, cartas o denuncias “reservadas”, sin firmas de responsabilidad o con nombres falsos, o grabaciones de video o magnetofónicas, o conversaciones telefónicas, para lo cual no se obtuvo la autorización previa del Juez Penal...¹³.

La víctima es doblemente olvidada por la semántica del Derecho penal. Se la relega cuando el fiscal actúa en nombre del “interés o seguridad pública”; recurrida expresión penal que alude a la protección normativa de bienes jurídicos que difícilmente se los podría encontrar en el ordenamiento jurídico nacional, pero que sin duda constituirán a toda la sociedad como víctima. Bajo esta “categoría” se apresaron y condenaron a muerte a millones de seres humanos, tanto en el Medio Evo como en la Segunda Guerra Mundial, pues la fuerza de estas palabras se manifiestan por la razón del Estado. Así lo encontramos incluso en el reformado artículo 37.a (CPP) donde no se podrá convertir una acción penal pública en privada si el delito afecta al “interés social”¹⁴.

Los *bienes jurídicos penales* serían entonces como los conceptos teóricos que usamos en las matemáticas, como el valor cero que nadie puede explicar, pero que sirve, programáticamente, para la realización de otros conceptos como el uno o el tres. Su diferencia radicaría si el cero se encuentra ubicado a la izquierda o a la derecha del número. Paradójicamente, si lo comparamos con la política, del lado derecho serviría más para la reproducción del orden estatal y sus fines hegemónicos¹⁵, es decir, como categoría instrumentalizable del poder.

13 Ricardo Vaca Andrade, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal*, 2da. ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, colección cátedra, No. 5, 2000, p. 75.

14 Similar situación la encontramos con categorías como “interés público”, o lo que es peor, “intereses del Estado”. Nótese los agregados a los artículos 39.1 y 370 (CPP).

15 Para un mejor estudio del concepto de *hegemonía* ver Antonio Gramsci, “Notas breves sobre la política de Maquiavelo”, cuaderno 13 (XXX) 1932-1934, en Antonio Gramsci, *Cuadernos de la cárcel*, México D.F., edición crítica del Instituto Gramsci a cargo de Valentino Gerratana, Tomo 5, Ediciones Era y Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 1999, p. 36.

Se cree entonces que si los bienes jurídicos penales son vulnerados por comportamientos reprochables¹⁶, típicamente establecidos, serán reprimidos gracias al *auxilio de la conciencia normativa social*¹⁷, defendida desde la Fiscalía General del Estado. Bajo este paradigma parecería que toda la sociedad está interesada, a través de la agencia fiscal, en proteger los bienes jurídicos establecidos por el legislador, más aún, cuando su aparente violación resulte a la vista de todos, es decir, se constituya de manera in fraganti. Inmediatamente, el visible trasgresor del bien jurídico –o el que desafecta con su conducta la norma para ponerlo en términos jakobinos o funcionalistas– es aprehendido para que sea procesado por el sistema penal.

Sin embargo, cuando se reprocha la comisión de delitos flagrantes no se lo hace por preservar la convivencia o custodiar el interés público, sino, por defender los intereses de los ciudadanos considerados individualmente. Con ello, decimos que la percepción de flagrancia es vista desde la individualidad, es decir, desde lo privado¹⁸. Esta es la naturaleza que ha llevado a la dogmática penal a tipificar conductas bajo la sombra del *republicanismo*, aquella filosofía que posiblemente esconda en su seno una cruda y palpable forma de tipificar la exclusión social a través de la “creación” de bienes jurídicos por medio del Código Penal, cuando a éste solamente le atañe brindar de tutela penal a los consagrados en la Constitución de la República. Por un lado, bajo el republicanismo se plantea el ideal de promoción de la libertad; mientras por otro, se la autolimita con efectos negativos, convirtiendo a la detención masiva de personas en una válvula de escape del sistema político y económico dominante. De ahí que la agencia fiscal actúa en nombre de todos, pero del lado del poder ejecutivo –con independencia o no– para garantizar la coerción de la Ley sin la cual el monopolio de la violencia sería inefectivo.

16 Una disgregación al respecto sería el debate sobre los “bienes jurídicos colectivos” como fundamento material de la realidad individual en sociedad. Ver Dino Carlos Caro Coria, “Sociedades de riesgo” y bienes jurídicos colectivos”, en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Ara Editores, 2005, pp 31-56.

17 Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal parte general*, Lima, Ara editores, 2004, p. 38.

18 No es por demás reflexionar sobre las estadísticas que determinan las causas típicas de los delitos flagrantes; salta a la vista que la mayoría de ellos se suscitan por delitos contra la propiedad. Claro está que, las mencionadas estadísticas, sólo forman parte de la denominada “criminalidad conocida”. Aquí es menester señalar que la “criminalidad desconocida” se esconde en el espacio privado –como la violencia intrafamiliar. Ver Elena Larrauri, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Editorial B de F, Argentina, 2008, p. 41.

2.3. Delegación ejecutiva

Mientras al procesado se le brinda de tutela jurídica, uno de los sujetos procesales adopta el rol de representación política, que ubica al Estado también como garante de la legalidad –como diría Roxin: “*brazo prolongado del ejecutivo*”¹⁹–, pero a través de medidas procesales como las facultades de detener en delitos flagrantes (artículo. 216.6 CPP). Por esta razón, la Fiscalía General actúa como directora de la policía (artículos. 216 CPP y 3.g LOMP), quienes en la dura realidad de los casos se ven obligados a realizar mayoritariamente las investigaciones que les corresponden a sus directores. Esto es, que en la praxis del proceso penal, las investigaciones están cada vez más a cargo de la policía judicial²⁰.

Tanto en la investigación como en la acusación, el procedimiento penal se cohesionan como régimen disciplinario. Los guardianes de la legalidad, que dirigen y coordinan a su vez con la policía la investigación del delito, son controlados por el Fiscal General del Estado, con unidad de mando y control jerárquico²¹. La garantía del orden se traduce a una sola persona. Aquello no es más que la reproducción del sistema inquisitivo dentro del acusatorio, caracterizado por ser fuertemente centralizado. El *panoptismo* legal e institucional le brinda al Fiscal General la facultad de designar, delegar, sancionar, reglamentar, etc. la actividad de los agentes fiscales encargados de introducir o no en el sistema penal a las personas²². Así por ejemplo, un agente fiscal cuya actividad se desarrolle en el cantón Guayaquil fácilmente podría ser removido, o en el mejor de los casos re-ubicado al cantón El Empalme, sin mayor motivación o argumentación, retirándosele su

19 *Op. cit.*, Claus Roxin, *Pasado,...*, p. 26.

20 Esta impresión también la comparte Roxin en la praxis del proceso penal alemán. Ver Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, 3ra. Reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 70.

21 Uprimny en el caso colombiano sostuvo que: “*Mientras que la doctrina internacional ve en el sistema acusatorio ante todo un mecanismo de protección de garantías procesales, incluso a riesgo de una cierta ineficacia, en Colombia el pretendido sistema acusatorio era considerado sinónimo de consagración de la fiscalía general de la nación*”. Ver Rodrigo Uprimny, “¿Fiscal General o General Fiscal? Nuevo procedimiento penal y derechos humanos en Colombia”, cortesía del autor. Existen versiones: en Bogotá, Comisión Andina de Juristas, 1992; y, en Cali: Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Revista No. 20.

22 Artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP).

competencia en la investigación penal *ex ante* al traslado. Los agentes fiscales actúan en representación de la Fiscalía General, esto es, a órdenes de un superior jerárquico a nivel nacional: el Fiscal General del Estado.

La determinación de las potestades fiscales está más arraigada hacia el principio de autoridad que hacia la búsqueda de la verdad procesal. La investigación pre procesal y procesal de la Fiscalía se caracteriza por la fuerte preeminencia de la autoridad, como parte de la máxima hobbesiana *auctoritas, non veritas facit legem* (es la autoridad y no la verdad la que hace la Ley), que trajo consigo muchos dolores de cabeza en la Segunda Guerra Mundial, pues el decisionismo o voluntarismo en una institución –que se presume garante del *ius puniendi*–, se relega más hacia la lógica del ejecutivo que hacia la lógica ciudadana. Este decisionismo institucional fue defendido por Carl Schmitt²³, quien asoció la defensa del orden al ejercicio sumario y ejecutivo de funcionarios del Estado alemán que trabajaron en forma de *comisionados*, cuyo papel sería la devolución de la tranquilidad social para evitar la perturbación pública²⁴. De esta manera, si el delito es la negación de la paz social, la actividad de la Fiscalía General sería la negación del delito.

Queda lejos el ejercicio de un verdadero razonamiento jurídico en la investigación criminal si, administrativamente, se puede ser removido, violando la independencia cognoscitiva que debe primar en los operadores de justicia penal. Además, si no se devuelve la verdad a sus actores, difícilmente el conflicto tendrá solución, pues la incesante búsqueda de la verdad procesal no se determina, ni por la introducción y prisionización de las personas al *ius puniendi*, ni por culminación del conflicto en una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada. Por el contrario, si es la verdad y no la autoridad la que hace el juicio –*veritas, non auctoritas facit iudicium*²⁵–

23 Recordemos que Carl Schmitt fué jurista y asesor político de Adolf Hitler.

24 En una versión escalofriante, Schmitt propone que el Estado de derecho se mantendrá gracias a la *dictadura comisarial*. Ver Carl Schmitt, *La dictadura*, 1era. reimp., Madrid, Alianza editorial, 2003, p. 221 en adelante.

25 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, 5ta. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2001 pp. 33-90. La *Teoría de la Verdad*, que sirve a Ferrajoli de fundamento para construir el cognoscitivismo jurisdiccional en su Teoría General del Garantismo Penal, ha sido desarrollada primariamente por el polaco Alfred Tarski, quien después de destruir la rigidez de la perfección de ciencias exactas como las matemáticas, invita a una interesante reflexión sobre la posibilidad de dudar sobre su “exactitud”, generando ejercicios de razonamiento que determinan la posibilidad

habremos superado las barreras de un sistema penal que aporta mayor conflictividad y coloca a los aparatos judiciales, fiscales y policiales no del lado de la democracia, sino de su antítesis, lo que conduciría a la práctica recursiva de la administración de justicia penal de lavarse las manos frente a la ciudadanía.

III. ¿Eficientismo o garantismo?

Durante años se ha tratado de asociar a la justicia con el tiempo. La oralidad y celeridad en los procesos son principios que atizan muchas veces la confianza en la administración de justicia y la seguridad jurídica²⁶, como principios plenamente efectivos para la construcción y el ejercicio de ciudadanía en el fortalecimiento de las democracias²⁷. Sin embargo, interpretar estas fórmulas a la luz de un Estado constitucional de derechos (artículo 1 Constitución de la República) genera un debate complicado para el subsistema judicial, fiscal y policial, debido a que la demora, el retratamiento y la dilación indebida de los procesos —y en ella la *cosificación* del detenido a una celda y a un expediente²⁸— son prácticas muy comunes en la realidad del poder punitivo.

de descubrir la verdad por otros medios. Por ejemplo, no siempre uno más uno es igual a dos. Otro filósofo que contribuyó en el mundo de la epistemología al estudio de la verdad fue el austriaco Karl Popper.

- 26 La celeridad debe evitar el daño en la vida de los justiciables y procurar la seguridad jurídica. Mariano R. La Rosa, *Exención de prisión y excarcelación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 372.
- 27 Hay que resaltar el histórico papel que jugaron Beccaria, Howard y Marat en la humanización del derecho penal, determinando que la justicia es tal si se logra a tiempo: el primero, en el siglo XVIII con *Dei delitti e delle pene*, una entrega que confluó los sentimientos más profundos de reforma penal europea; el segundo, que recorrió y vivió la realidad carcelaria en su obra *State of prisons*; y, el tercero, que proclamó la ilegitimidad de la legislación penal incitando a los pobres a recobrar sus derechos desconociendo lo arbitrario, tal como lo dijera en su obra *Plan de législation criminelle*. Luis Jiménez de Asúa, *Lecciones de Derecho Penal*, México, Oxford University Press, volumen 3, colecciones, 2003, pp. 14-16.
- 28 Cuando los sujetos son *reificados o cosificados*, la percepción sobre el otro está disminuida, al punto de no importar el dolor o sufrimiento que padeciere. Axel Honneth, *Reificación*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007, p. 96.

Los funcionarios del sistema penal han inyectado en la comunidad el discurso de un “eficiente proceso penal”²⁹, garantizado por los principios de oralidad y celeridad, como criterios rectores que conducirían los conflictos sociales hacia una solución justa y oportuna. El principio de oralidad procura la frescura y transparencia de las diligencias y actuaciones procesales como el interrogatorio, la producción de la prueba y la misma sentencia. El principio de celeridad vehiculiza la administración de justicia penal mediante trámites sencillos y rápidos. Pero, “no por mucho madrugar amanece más temprano”. Ambos criterios que informan al Derecho procesal penal tienen que realizarse en el marco del garantismo constitucional, esto es, bajo los principios del debido proceso.

El *positivismo eficientista*, no obstante, actúa como la filosofía preponderante en los aparatos de administración de justicia penal. Parecería que la oralidad y celeridad son los únicos principios que encaminan al proceso penal, tal como lo han hecho creer las doctrinas que exaltan el modelo acusatorio.

3.1. Evasión del proceso ordinario

Si se considera a la Fiscalía como guardiana de la legalidad, también a ella le corresponderá colocarse en especial posición de garante frente al procesado. Su rol no solo será esgrimir los fundamentos de cargo, sino además de descargo, que traducen la eficacia e imparcialidad de la investigación en el marco del respeto al principio de presunción de inocencia. Por lo tanto, en un Estado garantista es deber de la acusación –Fiscalía– descubrir sustancialmente los fundamentos que postula en su acción a través de los hechos que pretenda hacer valer como pruebas dentro del juicio. Lamentablemente, el sistema acusatorio anglosajón –modelo irreflexivo del ecuatoriano– implementó otro sendero al principio del juicio previo y a la obligación de probar la acusación en el proceso penal, mediante la institución del *plea bargaining*, conocida también como procedimiento abreviado o proceso alternativo al ordinario.

29 Así lo ha manifestado el Fiscal General del Estado cuando sostiene que: “*La esencia del Código es hacer un procedimiento ágil...*” Diario *El Comercio*, “El cuello de botella está en la F. Judicial”, Quito, domingo 22 de marzo de 2009, cuaderno 1, p. 5.

El procedimiento abreviado, por un lado, promueve el discurso de buscar la verdad con celeridad –*eficientismo puro*–; mientras por otro, genera el mecanismo y la práctica de hacer un atajo a la instrucción fiscal, esto es, de llegar a la meta de la “verdad” procesal por encima de la garantía del *juicio previo* a través del generoso “acuerdo” –*plea agreement*– de rebaja o beneficencia de penas, determinado a cambio de una declaración de culpabilidad. Es la facultad que tiene el Estado para saltar a la función judicial y poner en manos de la Fiscalía la anhelada sentencia. Empero, la proclamada igualdad de armas con este procedimiento puede convertirse en un mito, debido a la fuerte presencia y ventajas que posee la acusación frente a la defensa del imputado, volviendo al sistema en no contradictorio, y estructurando un pacto de real desigualdad.

Con el procedimiento abreviado la obligatoriedad del juicio y de la acción penal no siguen su curso garantista. El contradictorio entre acusación y defensa es negado, pues no hay ni carga de la prueba, ni refutación respectivamente. Lo peor puede suceder cuando producto de la “negociación” de la pena el sospechoso o imputado tenga que decidir involuntariamente admitir una culpa, como ha ocurrido varias veces en la historia procesal penal de los Estados Unidos, país “modelo” donde más del noventa y siete por ciento de los casos penales se resuelven por este procedimiento³⁰. Vale recordar entonces las palabras que pronunció un sentenciado en el afamado *caso North Carolina v. Alford*:

Me he declarado culpable de un homicidio en segundo grado porque me dijeron que había mucha prueba en mi contra, pero yo no le he disparado a nadie...yo solo admití mi culpabilidad porque me dijeron que si no lo hacía me enviarán a la cámara de gas...no soy culpable, pero me declaré culpable³¹.

Este instituto seduce la praxis de la administración de justicia penal y, especialmente, de la acusación. Los agentes fiscales se ven tentados por terminar con celeridad la investigación penal que realizan, o mejor dicho, la carga de trabajo que tienen en sus manos. El procedimiento abreviado

30 Ver John H. Langbein, “Tortura y Plea Bargaining”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comp.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 12.

31 *Ibid.*, p. 19. *Caso North Carolina v. Alford*, 1970, Corte Suprema de los Estados Unidos.

(artículo. 369 del CPP) necesariamente tiene que pasar por la esfera de la voluntad y conciencia del imputado. Si éste no admite su culpa el agente fiscal tendrá que ponerse a trabajar para construir los elementos de convicción y producir la prueba para el juicio. Por el contrario, la reforma procesal penal creó un instituto más polémico que el anterior, denominado como *procedimiento simplificado* (agregado al artículo. 370 CPP)³². A diferencia del abreviado, en el simplificado el agente fiscal conduce al imputado, involuntariamente, a la etapa del juicio para que se lo declare culpable. Si usted fuera fiscal, con una carga de trabajo que ahoga su tiempo, ¿por cuál de estos dos institutos preferiría terminar la cuasi-investigación penal? La respuesta es sencilla, el procedimiento simplificado se constituirá en la más recurrente forma de procurar el *eficientismo penal*, aunque se haya creado un “Frankenstein” para el debido proceso y el garantismo constitucional.

3.2. Estorbo del plazo razonable

El eficientismo que propugna la Fiscalía General choca con dispositivos constitucionales como el plazo razonable. Así lo han declarado agentes de esta dependencia al decir que:

Se debe reformar la Constitución, porque todos los días es violada en nuestro país, en veinticuatro horas es imposible que a una persona se la investigue y se determine si se va a dictar una instrucción fiscal en su contra. Debe ser un plazo real, de setenta y dos horas...³³.

La fórmula del plazo razonable –que toma forma de principio– reviste mayor envergadura cuando del proceso se desprende la privación de la libertad de una persona, como un bien jurídico que debe ponderarse sólo de manera excepcional –*ultima ratio efectiva*–; de lo contrario, la detención revestiría una naturaleza incierta, atavismo muy común dentro de la evolución histórica del derecho penal. Cada vez que se prolongue una detención,

32 Las recientes reformas al procedimiento penal ecuatoriano datan del 24 de marzo de 2009, publicadas en el Registro Oficial 555.

33 USAID y Fundación Esquel, *La Evaluación del Sistema Procesal Penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad, Impresora Flores, 2003, p. 100.

sea policial o judicial, se estarán desnaturalizando e invirtiendo los principios de dignidad humana y presunción de inocencia. Así mismo, el detenido creerá que la justicia lo está considerando como culpable, sin todavía existir una sentencia condenatoria que así lo declare, pues como decía Kaufmann:

...un detenido en tal condición será atormentado día tras día por la duda acerca de si será condenado y de cuán elevada será la pena que se le aplique. La psicología explica actualmente con claridad que la incertidumbre sobre algo amenazante corresponde a uno de los daños más graves que humanamente pueden inferirse, y es tan perjudicial como la certeza respecto del comienzo de un mal determinado...³⁴.

En materia penal el plazo razonable comienza a computarse: a) desde el momento de la captura, tratándose de delitos flagrantes; b) desde la notificación del inicio de la instrucción o acusación con la que se procesó a una persona; c) desde la iniciación de los incidentes preliminares; y, d) desde la notificación de la orden de detención para promover una prisión preventiva. Todos, momentos donde se activan las garantías constitucionales.

Lo importante es destacar que sobre este principio se han construido las garantías suficientes para impedir, entre otras circunstancias, que la detención policial en nuestro caso viole su razonable duración, pues el daño que le puede ocasionar a una persona su encarcelamiento se da sobre todo por la incertidumbre en el tiempo. A pesar de ello, algunos juristas consideran que el plazo –razonable– es una medida de tiempo perentoria para que la administración de justicia evite la impunidad en la comisión de delitos. Así lo ha sostenido Zavala Baquerizo al decir que:

La investigación de la verdad no puede estar condicionada a un tiempo especial; la demora en su investigación es perjudicial para el descubrimiento de la verdad; mientras más días se dilata mayor es el peligro de la impunidad. Día y noche debe luchar el juez instructor contra el tiempo, que es el principal aliado del delincuente...³⁵.

34 Una prolongada detención impone severos daños psicológicos al detenido. Ver Kaufmann en Carlos A. Tozzini y María de las Mercedes Anqueros, *Los Procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Buenos Aires, Depalma, 1978, prólogo.

35 Jorge Zavala Baquerizo, *El Proceso Penal*, Tomo III, 3ra. ed., Bogotá, Ediciones Edino, 1990, p. 117.

Con ello se creería que el plazo razonable es un “derecho del Estado” y no una garantía penal. Al contrario, esta fórmula está dirigida para garantizar el principio de presunción de inocencia de los procesados, se encuentren o no privados de su libertad. La Constitución de la República (CR) establece –como plazo razonable– que la detención no durará más de veinticuatro horas³⁶. La detención en nuestro país se reduce a un tiempo menor en comparación con otras legislaciones de América Latina³⁷, creando un estatus más garantista, a pesar que las condiciones de *encierro provisional* reproducen las mismas lógicas de hacinamiento, precariedad y corrupción, como parte de una realidad sobrediagnosticada –pero poco considerada– en los estudios político-criminales de la región.

El plazo razonable en una detención es parte de una medida cautelar en la que se pretende investigar –en el marco del esclarecimiento de la verdad– a una persona implicada, o que se la haya implicado, en la comisión de delitos flagrantes. Se trata de arrestos o capturas cuyo “reproche” genera el deseo de evitar la fuga o impunidad de quien a la vista –“con las manos en la masa”– lesionó bienes jurídicos. Sin embargo, este plazo puede ser aprovechado por la Fiscalía para exacerbar la vergüenza y empujar a una persona, en el marco de un espectáculo informativo, hacia una impune degradación de su ser por estar sujeta a una investigación penal.

3.3. Investigación penal mediática

La Fiscalía General, que en algunas veces ha compartido la visión de los medios de comunicación para la determinación de la política criminal del país, agravó la presentación de los rostros y cuerpos de las personas aprehendidas en delitos flagrantes para la defensa de las víctimas –por supuesto, en el marco del eficientismo penal³⁸–; de forma tal que, en nombre de las víc-

36 Este es el plazo razonable del Art. 24.6 de la Constitución Política de 1998. La mencionada disposición se encuentra ahora en el Art. 77.1 de la Constitución de la República, vigente desde el 20 de octubre de 2008.

37 En Colombia la detención puede durar hasta 36 horas, en Venezuela 48, mientras que en Argentina y España hasta 72. Paradójicamente en el Perú, como consecuencia de los estatutos antiterroristas de inicios de los 90’s, la detención puede prolongarse hasta por 15 días.

38 A partir del 12 de agosto de 2008, el Ministerio de Gobierno y Policía emitió un decreto donde

timas, se podría legitimar una especie de *autoritarismo cool*³⁹. La prensa –con el eco institucional de la Fiscalía– ha influido en el sistema penal bajo formas que conducen a la sociedad a manejarse con lógicas aparentemente opuestas: ciudadanos vs. delincuentes. La lógica de entender que la política –y también la Política Criminal– se construye de amigos y enemigos es reproducida para criminalizar la pobreza⁴⁰, pues el *ejército de detenidos* generalmente proviene de las esferas más abandonadas del Estado, a la que ciertos sectores de la sociedad las catalogan como “marginales”⁴¹.

La relación del eficientismo penal –a cargo de la Fiscalía– con el eficientismo periodístico, ha desbordado en la hipótesis de asociar criminalidad con inmigración. Hoy en día se culpa a las personas de nacionalidad colombiana sobre el aumento de estos “índices”. La Política Criminal del Ecuador ha encontrado en la nacionalidad colombiana el sujeto activo determinado de los delitos suscitados dentro el país. Esto nos recuerda a la metáfora del “buen pescador”, aquel que un día decide salir al mar a pescar atunes para al final de la jornada darse cuenta que sólo encontró sardinas, culpando inmediatamente de su fracaso al mar. Si aplicamos la mencionada metáfora a esta forma de traslapar el problema de la inseguridad ciudadana a la inmigración colombiana, percibiremos que la Fiscalía General del Estado (el “buen pescador”) culpó a su vecino el mar (Colombia). ¿Será entonces culpa del mar o del “buen pescador” que éste sólo haya encontrado sardinas? La respuesta es simple, no merece detalles.

se prohibían la publicación de imágenes violentas –contentivas en accidentes, crímenes o muertes. Olvidó incorporar en un inicio la prohibición de publicación de imágenes de personas aprehendidas o procesadas penalmente, prohibición que posteriormente se extendió para estos casos. Sin embargo, el entonces Ministerio Público objetó esta medida justificándose en los altos índices de criminalidad, que para la segunda semana de octubre de 2008 habían ocupado las primeras planas de los principales medios de comunicación del país. Como consecuencia, el 23 de octubre de 2008 el Ministerio de Gobierno y Policía reculó sobre su decreto emitido meses atrás, autorizando nuevamente a la policía judicial la presentación, ante los medios de comunicación, de las personas detenidas –aprehendidas– en delito flagrante.

39 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed. y 1ra. reimp., Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 775.

40 Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985, p. 23.

41 Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 170.

Frente al flagelo de dos ciudadanos colombianos en la provincia de Manabí, el Fiscal General del Estado dedujo que la criminalidad en el Ecuador deviene de la falta de restricciones migratorias a los ciudadanos de nacionalidad colombiana⁴². A partir de ese momento se restituyó el denominado “pasado judicial” para el ingreso de colombianos al Ecuador⁴³. Sin embargo, exigir este requisito sería como presumir que todas las personas de nacionalidad colombiana son delincuentes, excepto las que ingresen *legalmente* al país. Aquello operaría como una especie de incriminación colectiva por el hecho de nacer y vivir en Colombia⁴⁴. Se refleja entonces una sociedad mediatizada por el “miedo al otro”; y, se construye seguridad en el marco de políticas públicas que *racIALIZAN* al extranjero como el enemigo de la sociedad ecuatoriana⁴⁵. Consecuentemente, la Política Criminal en el Ecuador ha encontrado la siguiente ruta:

- 1) Medios de comunicación que construyen el problema y plantean soluciones frente a la criminalidad;
- 2) Instituciones estatales que entran en dilema o contradicción en la toma de políticas públicas penales;
- 3) Fiscalía General que recibe las formulaciones de los mass media como suyas para presionar al resto del poder ejecutivo;
- 4) Ministerio de Gobierno y Policía acorralado por el discurso securitizador y eficientista vs. garantismo.

42 <http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/novedades/extracto/ano2008/agosto/ext013.htm>, 16/03/09.

43 A partir del 11 de diciembre de 2008 se restituyó el “Pasado Judicial” por decreto presidencial 1471, consistente en la requisición de antecedentes penales sobre las personas de nacionalidad colombiana para el ingreso migratorio al territorio del Ecuador. Esta figura es inconstitucional porque la vigente Constitución de la República profesa como principio la *ciudadanía universal* (Art. 416.6 CR). Además, contradice la aplicación de instrumentos internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas Discriminación Racial.

44 Daniel Pécaut, *Violencia y política en Colombia. Elementos de Reflexión*, Medellín, Hombre Nuevo Editores, 2003, p. 95.

45 El *racialismo* es una categoría con la que podemos explicar el menosprecio al *otro* por razones distintas de la “raza”, por ejemplo: la nacionalidad. Recordemos en este sentido que Durkhiem decía que: “*Cuando la sociedad sufre, experimenta la necesidad de encontrar a alguien a quien imputar el mal, y sobre él se venga de su decepción*” Citado de Yves Chevalier por Wieviorka. Ver Michel Wieviorka, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 36.

- 5) Política Criminal de “buen pescador”, basada en la complacencia a los mensajes emitidos desde la “prensa penal” y canalizados como propios por la Fiscalía General⁴⁶.

En este sentido, las políticas públicas en materia de seguridad –Política Criminal– se han considerado, preponderantemente, desde la óptica de la Fiscalía General, gracias a lo cual goza de una gran popularidad⁴⁷. Aquello también es una forma de *decisionismo* que rebasa su propia esfera institucional y, por ende, engendra la toma de decisiones de otras instituciones del Estado –como el Ministerio de Gobierno y Policía–, corporativizando al sistema punitivo⁴⁸, como un instrumento político y como un mecanismo de control social y biopolítico⁴⁹.

3.4. Desigualdad de armas

Es de “interés público” sancionar a una persona que ha delinquido. También es de interés público el no condenar a un inocente; por ende, el debate sobre la inocencia de una persona tiene que desarrollarse en el marco de una leal y equilibrada participación de los sujetos procesales para la obtención de la verdad procesal, impidiendo el impulso del proceso en disparidad de condiciones. Aquí se levanta la garantía que permite ejecutar el *contradictorio* en el marco del debido proceso: la igualdad de armas –*audiatur et altera pars*⁵⁰.

46 Jorge Vicente Paladines, Periodismo sin garantismo ¿La reaparición de la picota pública?, en Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Toledo, Universidad Castilla La Mancha, noviembre de 2008, pp. 21-22.

http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/periodismo%20sin%20garantismo.pdf

47 En similar análisis Uprimny explica la popularidad de Gustavo de Greiff, primer Fiscal General en Colombia, proclamado como hombre del año en 1992. Ver Rodrigo Uprimny, “Impunidad, Fiscalía y Garantías Procesales en Colombia”. Cortesía del autor. Existe versión publicada en Corporación Viva La Ciudadanía, *Crisis política, impunidad y pobreza en Colombia*, Bogotá, 1997.

48 La corporativización del sistema penal se manifiesta por la aplicación de políticas públicas penales diseñadas desde la perspectiva de una sola agencia.

49 La biopolítica es la administración de las poblaciones, ver Michel Foucault, “La gubernamentalidad”, en Gabriel Gyorg y Fermín Rodríguez (comp.), *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida*, Buenos Aires, Paidós, 2007, p. 212.

50 El Art. 6.1. de la Convención Europea sobre Derechos Humanos consagra el derecho de igualdad de armas.

Para limitar o contener el *ius puniendi* en el contradictorio se tiene que observar, con mayor énfasis, la efectividad de la garantía del derecho a la defensa, que opera desde el momento en que el Estado sospecha de una persona en el ámbito de la criminalidad. Esto implica el derecho a acceder a una jurisdicción sin discriminación –tutela judicial efectiva–, es decir, a que se diriman las controversias judicialmente por medio del respeto al derecho de las partes. Este principio es más amplio y considerado cuando tiene que aplicarse al campo penal, donde converge con la *prohibición de indefensión* para la “parte más débil” de la investigación penal⁵¹.

El ser defendido también consiste en el cumplimiento de los derechos a *guardar silencio y no autoincriminarse*. Empero, la no autoincriminación puede ser vulnerada no sólo por una precipitada declaración de culpabilidad por parte del detenido. También puede trasgredirse por la falta de observación en el tratamiento del Estado frente al detenido, como cuando no se garantiza la realización de un interrogatorio transparente y en asistencia de un abogado para su defensa. Así, aunque la confesión sea la “reina de las pruebas”, el hecho de guardar silencio no quiere decir que se convierta en un indicio de mala fé para una colaboración eficaz con la justicia, pues si ha de obtenerse una confesión, ésta tiene que ser por sobre todo voluntaria⁵².

Es sustancial garantizar la defensa técnica o asistencia letrada en derecho al procesado, de lo contrario, se desnaturalizaría el principio de que *nadie puede ser juzgado sin que se oiga su defensa y de que nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio*. Esta es una forma de desarrollar también el principio del contradictorio, otorgándole al juez –o a los órganos jurisdiccionales– la obligación de brindar iguales oportunidades de actuación para las

51 Para Maier, esta garantía data desde la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776. Sostiene que, si se concibiera el ser defendido como ser oído, entonces bastase con solo vertir –facultad– unas cuantas palabras. Para este autor lo importante es que a esta garantía de debe sumar la confrontación –contradictorio– con la otra parte, por ello define al derecho a la defensa como: “...la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto...”. Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Fundamentos), 2da. ed. y 3ra. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 539-552.

52 La tortura o el tormento –muy usado en la Inquisición– no solo fue una forma de auxiliar la investigación de la verdad, sino además, fue una pena y una forma de hacer retractar o abjurar la voluntad y la expresión de las personas. *Ibíd.*, pp. 675-676. Claro está, que en un sistema procesal garantista, la confesión del acusado no puede tomarse en cuenta como prueba.

partes; y, a las partes, iguales oportunidades de defensa en el proceso, como intervenir y tener uso de la palabra, presentar, preguntar y repreguntar a testigos y peritos, posibilitando el rechazo de cada una de las versiones, etc.

La capacidad económica del detenido incide en la construcción de confianza dentro de la relación defendido-defensor debido a que, generalmente, las personas detenidas que gozan de una situación económica más alta pueden contratar a su libre albedrío a su defensor –defensor privado. Todo lo contrario ocurre con quienes no pueden pagar un abogado de su elección para litigar⁵³, en virtud de lo cual, la garantía del derecho a la defensa impone a los Estados a organizarse de la mejor manera posible para promover la realización plena de este derecho, sea a través de defensores públicos o de defensores de oficio.

En cualquier caso, la actividad de los sujetos procesales debe ser proporcional, tanto en lo formal como lo material, para evitar el aventajamiento de cualquiera de los sujetos procesales. Lamentablemente en la actualidad, la Fiscalía General de Estado cuenta con 1.378 servidores públicos a nivel nacional (entre agentes fiscales, fiscales distritales, asesores, auxiliares, secretarios, etc.)⁵⁴; mientras que la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, adscrita a la Subsecretaría de Derechos Humanos y Coordinación de la Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cuenta con apenas 200 servidores públicos⁵⁵. Esto quiere decir que

53 El Art. 8, numeral 2, letra e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “...el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley...”. De igual forma, el numeral 2 del principio 17 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión reza que: “...La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo...”.

54 Fuente: http://www.fiscalia.gov.ec/index.php?option=com_docman&Itemid=4, 16/03/09. No obstante, la citada cifra se va incrementar con más de 320 funcionarios, lo cual nos daría una cantidad mínima de 1.600 funcionarios para la Fiscalía General del Estado. *Op. cit.*, Diario *El Comercio*, “El cuello de botella...”, p. 5. También ver Diario *La Hora*, “Destacan trabajo de la Fiscalía”, Quito, sábado 21 de marzo de 2009, País, B4.

55 Fuente: Director Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, 23/03/09. La referida cifra fue estimada a su techo, debido al robo de los computadores en esta dependencia, por lo que en la realidad ésta puede ser menor.

menos del 15 % de los recursos que invierte la Fiscalía son empleados por la Defensoría Pública Penal para el ejercicio de la defensa de las personas privadas de la libertad que no puedan costearse un abogado para litigar⁵⁶.

| Fiscalía General del Estado | Defensoría Pública Penal |
|-----------------------------|--------------------------|
| Personal a su servicio | Personal a su servicio |
| 1.378 | 200 |

No ha existido un sistema de pesos y contrapesos –*check and balance*– para el desarrollo del contradictorio en igualdad de armas. La fuerte presencia institucional de la acusación ha guiado la lógica del proceso penal ecuatoriano hacia la absorción prisionizante de los procesados. Ni siquiera cabe hablar de choque de fuerzas porque el debate entre los sujetos procesales no es jurídicamente igual, convirtiéndose las audiencias en momentos inoperantes frente a los derechos fundamentales. Mientras por un lado se reforzó el rol de la acusación, por otro, se debilitó a la defensa como institución jurídica. Esta es la consecuencia a la falta durante años de una Ley de Defensoría Pública que contribuya a la solución del hacinamiento e indefensión tolerada⁵⁷, evitando de esta forma la creciente ola de *administrativización* del derecho penal⁵⁸. A pesar de esto, las evaluaciones al sistema procesal penal ecuatoriano consideran que la falta de personal en la Fiscalía “*ocasiona un daño severo al sistema acusatorio oral*”⁵⁹.

Sin lugar a duda, el eficientismo –que procura de la noche a la mañana castigar a los culpables– no puede estar por encima del garantismo penal, a pesar de ser la forma discursiva de la Fiscalía. En este sentido, habría que

56 Sobre la igualdad de armas y el rol de la defensoría pública penal véase el artículo de Ernesto Pazmiño en esta obra.

57 Albán en el 2003 estableció la falta de la Defensoría Pública en la adopción del modelo acusatorio. Ernesto Albán Gómez, “La fiscalía en el proceso penal ecuatoriano”, en Antonio José Cancino Moreno (comp.), *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. Homenaje a Fernando Hinestrosa: 40 años de rectoría 1963-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 156.

58 La administrativización del derecho penal se puede presentar por falta de efectividad de las garantías constitucionales o crisis de la razón jurídica. Op. cit., Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, pp. 807-84.

59 USAID y Fundación Esquel, *Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad, Impresión Mandala, 2006, p. 47.

preguntarse si desde la adopción del sistema acusatorio y la consecuente desigualdad de armas: ¿se han reducido las cifras de presos sin sentencia?⁶⁰. Es posible que las cifras determinen lo contrario, y que no solo responsabilicemos a los jueces por el retardo de los procesos, sino también, a los agentes fiscales. De ser así, sencillamente se habría convertido a la actividad jurisdiccional en ventrílocua de la fiscal.

El poder punitivo del Fiscal tiene que ser controlado por los jueces de garantías penales, impidiendo que la lógica de éste desconstituya al proceso penal y al debido proceso. La Fiscalía General no sólo interviene con ventajas en el proceso penal, sino además, condiciona las políticas públicas que afectan al resto de la ciudadanía no-procesada penalmente. La única garantía de contener el discurso eficientista —que puede reproducir graves riesgos de autoritarismo— es inyectar de más dispositivos garantistas al sistema jurídico, como parte de su reconfiguración democrática y humanista, evitan así que la Fiscalía se estructure como un poderoso aparato de detención.

IV. Excursus: Respuesta judicial

Indudablemente, la discusión que salta de las páginas precedentes se centra en el poder que maneja la Fiscalía General, como institución y como jefatura. Existe una gran dificultad nacional para poner en cuestión esto, debido a la fuerte presencia en el sistema penal de la agencia fiscal. No obstante, a raíz del nuevo proceso político que vive la nación, se ha colocado en tela de duda la institucionalidad de la justicia en abstracto. En consecuencia, la Asamblea Nacional Constituyente impregnó en la primera disposición transitoria la necesidad de reformar la normatividad que organice la Función Judicial y el Consejo de la Judicatura.

Ciertamente, a la luz de una lectura ligera del Art.194 del la CR⁶¹, la Fiscalía General aparece autónoma y excluyente de la Función Judicial. En

60 Según el Consejo de la Judicatura, será imposible que hasta agosto de 2009 las cárceles del Ecuador se encuentren totalmente libres de presos sin sentencias. Diario *El Universo*, “Presos sin sentencias, tarea difícil para la Corte”, Guayaquil, sábado 21 de marzo de 2009, El Gran Guayaquil, p. 6.

61 El artículo dice: “La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa,

una posición mixta, la doctrina separaría sus funciones entre el poder ejecutivo y el poder judicial, como cuando Roxin señala que:

La fiscalía es una autoridad de la justicia que no puede ser atribuida ni al ejecutivo ni al tercer poder, sino que se trata de un órgano independiente de la administración de justicia que está entre ambos⁶².

Más adelante, lo que trata de decir Roxin es que las funciones del Fiscal no pueden equipararse a las del juez, enfatizando que la Fiscalía no debe ser órgano administrativo⁶³. Nadie duda en pleno Siglo XXI sobre la necesidad de tener una Fiscalía independiente –sobre todo del poder ejecutivo. Empero, con el fin de garantizar la imparcialidad en su actuación y el ejercicio de sus funciones –entendiendo que la Fiscalía es una institución al servicio a la ciudadanía, es decir, de la verdad y no la autoridad–, ésta no debe centralizar su administración interna, precisamente para evitar que el Fiscal General se convierta en un dictador. Así lo comprendió el constituyente al insertar en la Constitución la sección referida a la Fiscalía dentro del sector justicia –*Capítulo cuarto: Función Judicial y justicia indígena*–, porque actúa en la conformación o construcción del criterio penal, y porque su naturaleza es orgánica frente a la ciudadanía. De esta forma, los artículos que subsumen a la Fiscalía General como parte del servicio de justicia son los siguientes:

- a) Artículo 177 CR: La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y *órganos autónomos*. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia (Cursiva es mía).
- b) Artículo 178 CR:...El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judi-

económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso” (Cursiva es mía). Cabe destacar que la preposición “de”, de acuerdo con la estructura normativa del capítulo constitucional, no sería disyuntiva sino conjuntiva.

62 *Op. cit.*, Claus Roxin, *Derecho Procesal...*, p. 53.

63 *Ibid.*

cial. La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. *La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial. La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia* (Cursiva es mía)

- c) Artículo 181 CR: Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley: 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial. 2. Conocer y aprobar la proforma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos. 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas. 4. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial. 5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial...

El Artículo 177 de la CR despeja la duda insertando a la Fiscalía como órgano autónomo de la Función Judicial. Aquello no repulsa de la autonomía que necesita para manejarse con los demás órganos judiciales dentro de un Estado constitucional de derechos. Por el contrario, la vincula y convoca a yuxtaponerse para servir a la ciudadanía, como fin y no como medio del servicio de justicia, invocando que los aparatos judiciales, fiscales y policiales se alejen de sus magistraturas y antepongan sus funciones a la comunidad. Esto gracias a la definición del Estado como *constitucional de derechos*, inscribiendo el garantismo en la esfera de los poderes públicos —que de paso ha respondido a uno de los más grandes debates de la sociología jurídica para definir la naturaleza del Estado⁶⁴.

Enseguida, los Arts. 178 y 181 de la CR, para garantizar un sistema de pesos y contrapesos en las instituciones operadoras de justicia, equiparar la

⁶⁴ Para Locke el Estado resulta de una filosofía heteropoyética, es decir, como expresión de un medio y no un fin; sin embargo, Hegel y Luhmann refutaron estas definiciones y se lanzaron por considerar al Estado como parte de una filosofía autopoyética, es decir, como un fin para la sociedad.

igualdad de armas material en el proceso penal y fomentar la disciplinización administrativa de sus funcionarios –procurando evitar el decisionismo interno–, renuevan la estructura de control judicial con el Consejo de la Judicatura –antes Consejo Nacional de la Judicatura– e incorporan administrativamente a los servidores de la Fiscalía General. Esto no significa una invasión de poderes, pues la Fiscalía General tiene total autonomía en el tecnicismo de sus roles como son la investigación y acusación penal. Sin embargo, si no antepone el rol ciudadano de las funciones públicas de los agentes fiscales, entenderemos que su aparato burocrático se ha convertido en un para-Estado, con institucionalidad y regulaciones para concebir a la ciudadanía como el “ellos” y no estar a su servicio.

En consecuencia, la operativización del mandato constitucional, que evitó a tiempo adecuar una conducta omisiva constitucional, se plasmó en el Código Orgánico de la Función Judicial como uno de los instrumentos jurídicos más novedosos de la reforma normativa nacional e internacional⁶⁵. Así, en sus artículos 38.4 y 42. 3 y 4 se adecuan las citadas directrices constitucionales⁶⁶, incluyendo en el sistema nacional de justicia a todos sus actores bajo una dirección administrativa para el cumplimiento de su función social⁶⁷.

Estos debates fueron generados en el terreno de la discusión sobre el *poder* de quienes son partidarios, por una parte, en calificar al poder como “malo” y a la sociedad como “buena”, y de quienes, por otra, ven al poder como “bueno” y a la sociedad como “mala”. Ver Diego Camaño, “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, en Juan Pegoraro (dir.), *Delito y Sociedad*, Revista de Ciencias Sociales, Año 8, No. 13, Sección Comentarios de Libros, Buenos Aires, Editorial La Colmena, 1999, pp. 189-193.

65 Así se ha considerado en países como Paraguay y Costa Rica. Agradezco los aportes y comentarios que hiciera sobre la reforma judicial ecuatoriana el Dr. Francisco Dall’Anese Ruiz, Fiscal General de la República de Costa Rica, San José 03/02/09. Cabe destacar que Costa Rica es el primer país en América Latina en subsumir el poder fiscal al poder judicial.

66 Art. 38.4 COFJ: “Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial...La Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora o Defensor Público General, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que presten sus servicios en la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública”. Art. 42. 3 y 4 COFJ: “Las servidoras y servidores de la Función Judicial pertenecen a la carrera judicial, de acuerdo a la siguiente clasificación:... Quienes prestan sus servicios como fiscales pertenecen a la carrera fiscal... Las demás servidoras y servidores de la Fiscalía pertenecen a la carrera fiscal administrativa”.

67 La reforma judicial en el Ecuador tuvo una fuerte crítica y oposición por parte de la agencia fiscal. Esto nos recuerda cuando se decía que: “*Las críticas autoritarias al poder judicial, amplificadas por*

V. Conclusiones inconclusas: una cuestión del poder

Las constituciones políticas además de ser nuevos pactos sociales, son cartas diseñadas para que las autoridades no abusen de su poder. El poder político no sólo se ubica en el ejecutivo, legislativo o judicial. Está en cada una de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, institucionalizadas o no. Cualquiera que sea su estatus, existirá una relación de poder. Aparecerá entonces la autoridad del poder jurisdiccional (Corte Nacional de Justicia) o la autoridad del poder fiscal (Fiscal General del Estado).

La cuestión se complejiza cuando se *personaliza el poder*. No será raro encontrar a autoridades –y no precisamente a las cabezas de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial– con imponentes despliegues de seguridad, protocolos y medios de comunicación a su disposición. Aquello nos recuerda al *cuero del rey* que hablaba Foucault, el que no era una metáfora, sino una realidad política, pues con su sola presencia física ponía en funcionamiento a toda la monarquía⁶⁸. Podría colegirse entonces que el cuerpo institucional de la investigación y acusación procesal penal se encarna en una sola voluntad y persona, es decir, se materializa en quien representa a su autoridad.

La naturaleza social para la resolución del conflicto es arrebatada por la autoridad, que tiene la potestad de incitar a la prisionización de la sociedad, y además –en palabras de Foucault–, “*de ponernos en vigilancia general continua, como una nueva forma del poder político*”⁶⁹. El conflicto no es reducido, sino, judicializado sin jurisdiccionalidad, transformando el espacio público en una comunidad política construida al tenor del decisionismo penal.

los medios masivos de comunicación social, suelen traducirse en pedidos o trámites de destitución impulsado por políticos oportunistas”. Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, Pablo Vega y Gabriela Gusi, “Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina. Situación Regional”, en Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza (coord.), *Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina*, México, ILANUD, ASDI y Raoul Wallemborg Institute, Editorial Porrúa, 2007, p. 60.

68 *Op. cit.*, Michel Foucault, *Microfísica...*, p. 103.

69 Michel Foucault, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 77.

No existe mayor ambigüedad en el Derecho penal que referirse –para tutelar a los bienes jurídicos individuales– al orden social. El orden es constitutivo del momento político, donde la normalidad se observa de conformidad a lo vulnerable que pueda ser el Estado. Esto rompería la conquista universal de ver al Estado como un instrumento al servicio de la sociedad. Por el contrario, entendiendo que el “orden” o “interés público” es el discurso del *establecimiento*, la ciudadanía pasará a un segundo plano.

Es innegable que la seguridad compete a quien monopolice la violencia. De hecho, la ciudadanía representa la *complejidad* o el entorno del Estado en términos estructural-funcionalistas⁷⁰. Sin embargo, las mismas instituciones del Estado reproducen esta complejidad endógenamente. Ello es natural, porque se trata de ciudadanos –seres humanos– convertidos en funcionarios públicos que, *autopoyéticamente*, deben reproducir sus funciones en ciudadanas. El problema pasa cuando no se da esta reproducción y la actividad pública se contiene en el Estado –*in put* sin *out put*–, generando estructuras institucionales autoritarias. Por ende, la lucha contra la criminalidad podría estar a cargo de un organismo que no cuente con un sistema democrático interno y externo.

La Fiscalía General tiene incentivos normativos para zafarse del principio del juicio previo. El eficientismo ha engendrado la naturaleza del proceso penal, desviando las miradas de los operadores de justicia del garantismo constitucional. De esta forma, el sistema acusatorio atizará una instrumentación procesal para prisionizar a seres humanos de manera casi inmediata, sin reflexividad ni juicio.

En contradicción, mientras los administradores de justicia penal tratan de optimizar el tiempo procesal, extienden los plazos razonables constitucionales para holgar sus funciones y se oponen a la institución del proceso por audiencias. Esto nos da la impresión que, por un lado, se busca la oralidad, mientras por otro, se sigue escriturizando los procesos, cerrando el paso al mismo axioma eficientista que propugnan.

En los hechos opera la opción mediática del *ius puniendi* para publicitar a los detenidos y relacionar criminalidad con inmigración colombiana.

70 Para Luhmann, el sistema (Estado) tendría la función de impedir su contaminación en el entorno (sociedad). Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1988, p. 173.

Se cree que esto garantiza la presencia del Estado en la lucha contra la criminalidad, a pesar que se lo haga a costa de las personas sospechadas y de la no-discriminación por razones de nacionalidad. La publicación de los rostros y cuerpos de las personas detenidas en delito flagrante, y la atribución de la criminalidad a la ciudadanía colombiana, es una forma de institucionalizar la *picota pública* en pleno siglo XXI⁷¹. Esto sería una forma de castigo, pues:

Es la idea de los castigos al nivel del escándalo, la vergüenza, la humillación de quien cometió una infracción. Se publica su falta, se muestra a la persona públicamente, se suscita en el público una reacción de aversión, desprecio, condena⁷².

Al no existir igualdad de armas procesal, el debido proceso en el Ecuador será sencillamente indebido. El juicio se convertirá en una burla, puesto que las decisiones fiscales construidas determinantemente en el proceso se realizarán en violación de los derechos fundamentales ¿Este es el costo del viaje de efectividad de las garantías constitucionales? La excusa del eficientismo penal serán los costos para la aplicación de una estructura penal garantista, donde la jurisdiccionalidad no ocupe un papel predominante para garantizar la verdad del juicio y la libertad del inocente.

El Ecuador ha decidido revelar que la Fiscalía General también administra justicia, brindándole el estatus de fiscalía judicial. La inclusión en el ordenamiento jurídico del Código Orgánico de la Función Judicial permitirá poner en cuestión el desborde de la actividad fiscal. Es un avance en comparación con otras legislaciones de América Latina, en donde no se ha

71 La *picota pública*, consistente en la humillación y avergonzamiento de los acusados ante su propia comunidad, se suprimió en 1789 en Francia y en 1837 en Inglaterra. Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1998, p. 16.

72 Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa editorial, 4ta. ed., 1995, p. 94. Esto nos recuerda cuando Isaías Rodríguez –ex Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela– decía que: “*Los ciudadanos, y hablo en este momento, no como Fiscal General de la República, sino como simple ciudadano, somos responsables de que los medios nos hayan quitado “la condición de ciudadanos” y nos hayan colocado como “meros espectadores”, como “telespectadores” y como unos simples “convidados de piedra”.*” Ver Isaías Rodríguez, *El caso Anderson y la libertad de expresión en Venezuela*, Caracas, Ministerio de Comunicación e información, 2006, pp. 19-20.

repensado el modelo acusatorio, acusado sin reflexión alguna en el seno de sus leyes penales. No obstante, el panorama no está del todo resuelto. La *autoridad* y el *eficientismo* siguen comulgando por encima de la *verdad* y el *garantismo*, como cuando en el Art. 284.11 (COFJ) se mantuvo lo siguiente:

Compete al Fiscal General del Estado:...Preparar proyectos de estándares de calidad y eficiencia para los servicios institucionales prestados y ejecutarlos; de ser necesario *podrá crear, modificar o suprimir fiscalías, y determinar el número de fiscales*, lo que será comunicado al Consejo de la Judicatura para que realice el proceso de selección y la designación de los funcionarios requeridos (Cursiva es mía).

La interpretación de este artículo puede ser dual. Por una parte, sería el Consejo de la Judicatura el encargado de “aprobar” la creación, modificación o supresión de fiscalías. Por otra —y es la predominante—, la Fiscalía General sigue manteniendo la jerarquía para la designación de cargos fiscales⁷³. Por ende, la asimetría en la igualdad de armas no va a cambiar, pues la institución de la acusación seguirá siendo superior a la de la defensa, sin ningún control ni equilibrio.

Es tácito el poder del Fiscal General como *determinador* de la políticas públicas procesales-penales y securitarias del país. Mientras el debido proceso se debata entre un proceso penal ejecutivo y no un proceso penal judicial, el decisionismo institucional estructurará una sociedad disciplinaria y disciplinada por la autoridad. Si las estadísticas sobre la criminalidad en el país “justifican” salidas ejecutivas, entonces la constitucionalización de los principios del debido proceso no servirá para reducir los riesgos autoritarios, que en definitiva, terminarían por quebrar el mismo Estado Constitucional de Derechos al invertir la Política Criminal en una criminal política de Estado...

73 Una salida sería que el Fiscal General del Estado responda políticamente por la investigación criminal del país, organizando también democráticamente su Fiscalía. Ver Rodrigo Uprimny, “¿Un paso adelante y dos atrás? Bondades, insuficiencias y contradicciones de la reforma constitucional de la Fiscalía”, cortesía del autor. Versión inédita de 2003.

VI. Bibliografía

- Albán Gómez, Ernesto, “La fiscalía en el proceso penal ecuatoriano”, en Antonio José Cancino Moreno (comp.), *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. Homenaje a Fernando Hinestrosa: 40 años de rectoría 1963-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal parte general*, Lima, Ara editores, 2004.
- Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2004.
- Bourdieu, Pierre, y otros, *Las Miserias del Mundo*, 1ra reimp., Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 2000.
- Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, 1era. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Camaño, Diego, “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, en Juan Pegoraro (dir.), *Delito y Sociedad*, Revista de Ciencias Sociales, Año 8, No. 13, Sección Comentarios de Libros, Buenos Aires, Editorial La Colmena, 1999.
- Caro Coria, Dino Carlos, “Sociedades de riesgo” y bienes jurídicos colectivos”, en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Ara Editores, 2005.
- Diario *La Hora*, Quito, sábado 21 de marzo de 2009.
- Diario *El Comercio*, Quito, domingo 22 de marzo de 2009.
- Diario *El Universo*, Guayaquil, sábado 21 de marzo de 2009.
- Donoso Castellón, Arturo Javier, “Sistema procesal penal acusatorio”, en Antonio José Cancino Moreno (comp.), *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. Homenaje a Fernando Hinestrosa: 40 años de rectoría 1963-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, 5ta. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Foucault, Michel, “La gubernamentalidad”, en Gabriel Gyorg y Fermín Rodríguez (comp.), *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida*, Buenos Aires, Paidós, 2007.
- _____, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- _____, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1998.
- _____, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa editorial, 4ta.ed., 1995.

- _____, *Microfísica del poder*, 3ra. ed., Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1992.
- Gramsci, Antonio, “Notas breves sobre la política de Maquiavelo”, cuaderno 13 (XXX) 1932-1934, en Antonio Gramsci, *Cuadernos de la cárcel*, edición crítica del Instituto Gramsci a cargo de Valentino Gerratana, Tomo 5, México D.F., Ediciones Era y Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 1999.
- Honneth, Axel, *Reificación*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007.
- Hulsman, Louk, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Editorial Juris, Rosario, 1993.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, México, Oxford University Press, volumen 3, colecciones, 2003.
- La Santa Biblia. Antiguo y nuevo testamentos*, Colombia, Sociedades Bíblicas Unidas, 2000.
- Langbein, John H., “Tortura y Plea Bargaining”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comp.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- La Rosa, Mariano R., *Exención de prisión y excarcelación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.
- Larrauri, Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Argentina, Editorial B de F, 2008.
- Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1988.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Fundamentos), 2da. ed. y 3ra. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Paladines, Jorge Vicente, “Razón jurídica o barbarie, sobre la jurisdicción en la ejecución penal”, en Carolina Silva (ed.), *Ejecución penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*, serie neoconstitucionalismo y sociedad, volumen 5, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____, Periodismo sin garantismo ¿La reaparición de la picota pública?, en Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Toledo, Universidad Castilla La Mancha, 2008.
- Pécaut, Daniel, *Violencia y política en Colombia. Elementos de Reflexión*, Medellín, Hombre Nuevo Editores, 2003.

- Rodríguez, Isaías, *El caso Anderson y la libertad de expresión en Venezuela*, Caracas, Ministerio de Comunicación e información, 2006.
- Roxin, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, colección Autores de Derecho Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- _____, *Derecho Procesal Penal*, 3ra. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Sarles, Margaret, “USAID’s Support of Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Seider (ed.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin America Studies y University of London, 2001.
- Schmitt, Carl, *La dictadura*, 1era. reimp., Madrid, Alianza editorial, 2003.
- _____, *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985.
- Tozzini, Carlos A., y María de las Mercedes Anqueros, *Los Procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- Uprimny, Rodrigo, “¿Un paso adelante y dos atrás? Bondades, insuficiencias y contradicciones de la reforma constitucional de la Fiscalía”, cortesía del autor. Versión inédita de 2003.
- _____, “Impunidad, Fiscalía y Garantías Procesales en Colombia”, cortesía del autor. Versión publicada en Corporación Viva La Ciudadanía, *Crisis política, impunidad y pobreza en Colombia*, Bogotá, 1997.
- _____, “¿Fiscal General o General Fiscal? Nuevo procedimiento penal y derechos humanos en Colombia”, cortesía del autor. Existen versiones en: Bogotá, Comisión Andina de Juristas, 1992; y, Cali, Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Revista No. 20.
- USAID y Fundación Esquel, *Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad, Impresión Mandala, 2006.
- _____, *La Evaluación del Sistema Procesal Penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad, Impresora Flores, 2003.
- Vaca Andrade, Ricardo, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal*, 2da. ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, colección cátedra, No. 5, 2000.
- Wieviorka, Michel, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Pablo Vega y Gabriela Gusi, “Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina. Situación Regional”, en Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza (coord.), *Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los paí-*

ses de América Latina, México, ILANUD, ASDI y Raoul Wallemberg Institute, Editorial Porrúa, 2007.

_____, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed. y 1ra. Reimp., Buenos Aires, Ediar, 2007.

_____, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

Zavala Baquerizo, Jorge, *El Proceso Penal*, Tomo III, 3ra. ed., Bogotá, Ediciones Edino, 1990.

Bibliografía normativa:

Código de Procedimiento Penal y reformas de marzo de 2009.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

Constitución de la República, vigente desde el 20 de octubre de 2008.

Constitución Política del Estado de 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Europea sobre Derechos Humanos.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas Discriminación Racial.

Ley Orgánica del Ministerio Público.

Sitios web consultados:

www.fiscalia.gov.ec

www.mmrree.gov.ec

Información Cualitativa:

Entrevista personal al Dr. Francisco Dall'Anese Ruiz, Fiscal General de la República de Costa Rica, San José 03/02/09.

Entrevista personal al Dr. Ernesto Pazmiño, Director de la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal del Ecuador, Quito 23/03/09.

Desafíos y perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador

Ernesto Pazmiño Granizo

Sumario:

I. Introducción. II. Sin defensa pública se limita el acceso a la justicia. III. Necesidad de institucionalizar la defensa pública en el Ecuador. IV. La defensa pública y su papel estratégico. V. Consagración constitucional y legal de la defensoría pública penal y del derecho a la defensa. VI. Principales desafíos para adoptar un “modelo institucional” de la defensoría pública en el Ecuador. 6.1. La persistencia de modelos burocráticos de defensa pública. 6.2. El papel de la defensa pública dentro del sistema de justicia penal. 6.3. La defensa pública como un “servicio público”. 6.4. Prestar un servicio de calidad. 6.5. El problema de la prisión preventiva y los “presos sin sentencia”. 6.6. La gratuidad del servicio. 6.7. Las relaciones entre la defensoría pública y el mercado privado de servicios legales. 6.8. El servicio de defensoría pública es para todas las materias e instancias. 6.9. Orientación de la defensa a los intereses del defendido. 6.10. El derecho a un defensor de confianza. 6.11. La defensoría pública incide en el funcionamiento de la justicia penal. 6.12. Actuar en igualdad de armas con la fiscalía. 6.13. Un servicio basado en los estándares de calidad y eficiencia y evaluaciones permanentes. 6.14. Orientación, asistencia y asesoría jurídica en todas las materias. VII. Reflexiones finales. VIII. Bibliografía.

En este lugar maldito no se sanciona el delito, se castiga la pobreza.

Grafiti en la Penitenciaría

I. Introducción

En días anteriores, como feliz coincidencia, entró en vigencia el Código Orgánico de la Función Judicial, que crea por primera vez en el Ecuador la Defensoría Pública y le incorpora como un órgano autónomo de la Función Judicial, en condiciones similares a la Fiscalía General del Estado. También entraron en vigencia las reformas al Código de Procedimiento Penal, que contempla cambios sustanciales al proceso penal al regular y exigir el procedimiento oral para todo tipo de diligencias y actuaciones judiciales; establecer procedimientos especiales y alternativos al proceso penal ordinario tales como los acuerdos de reparación, la suspensión condicional del procedimiento, la desestimación, el archivo provisional y definitivo, la aplicación del principio de oportunidad en la actuación del fiscal y el procedimiento simplificado; incorporar una serie de medidas cautelares de carácter personal alternativas a la prisión preventiva que se convierte en la última razón del sistema para ordenarla. Las reformas fortalecen, definitivamente, el *modelo adversarial*, como un sistema *garantista* de los derechos de las partes, abandonando algunas disposiciones y prácticas del viejo sistema inquisitorial que aún se mantenían.

En nuestro país, sin embargo, no puede existir ninguna discusión seria sobre el respeto de las garantías o el significado final del *garantismo* si no se considera como un tema de vital importancia la implementación, funciones y el desarrollo de la Defensoría Pública.

Es urgente, previamente, superar la concepción tradicional que indica que la defensa pública es subsidiaria del sistema de justicia, construido sobre la base del defensor privado o de confianza, para reflexionar sobre una visión realista asentada en el principio de que el sistema de defensa gira, necesariamente, alrededor de la Defensoría Pública oficial.

El proceso de reforma del sistema de justicia, especialmente de la justicia penal, que se viene implementando en América Latina en los últimos

años ha significado un cambio profundo y de gran magnitud para la defensa pública. Las reformas al sistema procesal penal para incorporar uno de corte adversarial, conllevan el desafío de crear sistemas de defensa pública fuertes, independientes, autónomos, capaces de asegurar efectivamente el ejercicio de esta garantía a todos los ciudadanos, especialmente a los más pobres, y sea coherente con las exigencias de la ampliación del acceso a la justicia y permita la modernización del funcionamiento de los servicios judiciales.

La nueva dinámica instalada a través de los cambios procesales, el fortalecimiento del Ministerio Público, hoy Fiscalía General, y las expectativas sociales que tanto se preocupan por revertir la impunidad y generar condiciones de seguridad, así como evitar el tradicional abuso de poder por parte de las instituciones policiales y judiciales, van generado un clima propicio para la implementación técnica y adecuada de la Defensoría Pública en el Ecuador. Hoy estamos viviendo un régimen de “transición”, hasta octubre del 2010, para estructurar la base técnica sobre la cual se instalará la nueva institución.

En este trabajo no nos cansaremos de repetir que, para que se instale un verdadero proceso acusatorio, no sólo debemos contar con una Fiscalía o Ministerio Público sólido, que conozca e impulse las mejores estrategias de acusación, sino que es imperioso construir una Defensa Pública consistente, que pueda hacerse cargo de plantarse firmemente frente a los fiscales como genuinos interlocutores, para desplegar ante los jueces, imparciales y garantistas, el litigio¹. Es más, y no exagero al afirmarlo, el sistema adversarial no puede funcionar si no existe una defensa pública técnicamente fortalecida.

No obstante, como nos advierte Silvina Ramírez del INECIP, esta emergencia de la defensa pública como un nuevo actor del sistema de justicia penal también ha puesto en el tapete nuevos problemas y nuevos desafíos. Adecuar los servicios de defensa pública a los contenidos en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Europea sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe ser más que una expresión de voluntad. Existe la voluntad política de modernizar la justicia penal y eso nos tranquiliza y obliga a redoblar esfuerzos para culminar con esta tarea.

1 Véase en esta obra, Jorge Vicente Paladines, “¿Fiscal General o General Fiscal?”

Sólo un gobierno democrático, sensible ante los problemas de las grandes mayorías empobrecidas, pudo haber realizado tanto esfuerzo para, en tan poco tiempo, crear la Defensoría Pública como una institución con elevada fortaleza. Diremos claramente que para consolidar un Estado de Derecho es imprescindible generar las condiciones para que existan instituciones de defensa pública sólidas. Se dice que uno de los segmentos del sistema de justicia a través del cual puede hacerse una evaluación para evaluar hasta dónde se presta atención a los sectores más desprotegidos sea el de la defensa pública. Así, Eugenio Raúl Zaffaroni expresa:

...puede afirmarse que el indicador del grado de realización del Estado de Derecho en nuestra región está dado por la autonomía y el poder de la Defensoría Pública en comparación con las otras agencias del sistema penal. Poco importan códigos procesales acusatorios y jueces técnicamente formados, si carecen de defensa idónea quienes más la necesitan... el Estado de Derecho sólo podrá considerarse mínimamente respetado cuando la defensa pública –que se ocupa de los menos poderosos o de los directamente desamparados– tenga el mismo poder y la misma jerarquía que el ministerio de la acusación, pero, por supuesto, a condición de que sobre ninguno de ambos ponga su zarpa ninguna agencia ejecutiva².

Hasta que no se tenga claro cuál es el modelo de defensa pública que puede satisfacer en mayor medida las necesidades de un procedimiento equitativo, que haga de la igualdad de las partes su basamento, poco se habrá avanzado en la lucha librada contra el sistema inquisitivo y el fortalecimiento del sistema acusatorio o adversarial.

II. Sin defensa pública se limita el acceso a la justicia

Quiero recordar lo que Bennet H. Brummer, Defensor Público de Florida, decía en una conferencia. Manifestaba que los defensores públicos, en

2 Raúl Zaffaroni, en “Introducción” de *“Pena y Estado”*, Revista N° 5, Buenos Aires, Ediciones del Instituto INECIP, 2002, p. 20.

cualquier jurisdicción y lugar que trabajen, tienen mucho en común especialmente en los propósitos del trabajo. Insistía:

La policía siempre será la policía, los jueces siempre serán los jueces, los fiscales siempre serán los fiscales y los Defensores Públicos siempre seremos los Defensores Públicos. Generalmente, somos tratados como los hijos ilegítimos de la reunión familiar. Al principio de un juicio sería realista esperar que el juez pregunte: “Señor Defensor, está usted listo?” Y luego de tener una respuesta afirmativa, preguntar: “Señor Fiscal, estamos listos?”³. Si en Miami existe ese temor, en América Latina ha sido permanente el criterio de considerar al defensor público la parte más débil de la relación procesal y la “cenicienta de la familia judicial.

Ello, a más de lo que en el siguiente punto expresaremos, explica la poca importancia que en el Ecuador se dio a la creación de un sistema de defensa pública. Sin embargo por ventura las cosas van cambiando y el defensor, ahora como lo concibe nuestra Constitución, debe estar siempre motivado para lograr y alcanzar, en su gestión, honor y dignidad para los propios defensores, para sus clientes, para sus oficinas, para su institución pública y para todo el sistema de justicia.

La reforma procesal penal, con la vigencia del Código de Procedimiento Penal en el año 2001 y las amplias reformas a ese código recientemente aprobadas, que fortalecen el sistema acusatorio o adversarial, constituye un cambio radical del sistema de justicia criminal en el Ecuador y es uno de los esfuerzos más significativos por mejorar la justicia penal y, sobre todo, por acercarla a las personas, especialmente a los más pobres. En Ecuador, la mayoría de personas imputadas por delitos son pobres; la principal clientela de nuestras cárceles provienen de los barrios marginados; pobreza es sinónimo de injusticia ya que aquellos que no pueden pagar un abogado quedaban a merced del Estado y esto se evidencia en el alto porcentaje de presos sin sentencia que existen pese a que están detenidos 4, 8 y hasta diez años; el preso está preso más por pobre que por delincuente y esta margi-

3 Bennett H. Brummer, en “*Defensa pública*”, Revista de la Defensa Pública de Costa Rica, octubre del 2003. Memoria del Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas. Tema: Un Modelo Norteamericano: La Perspectiva de Miami, p. 13.

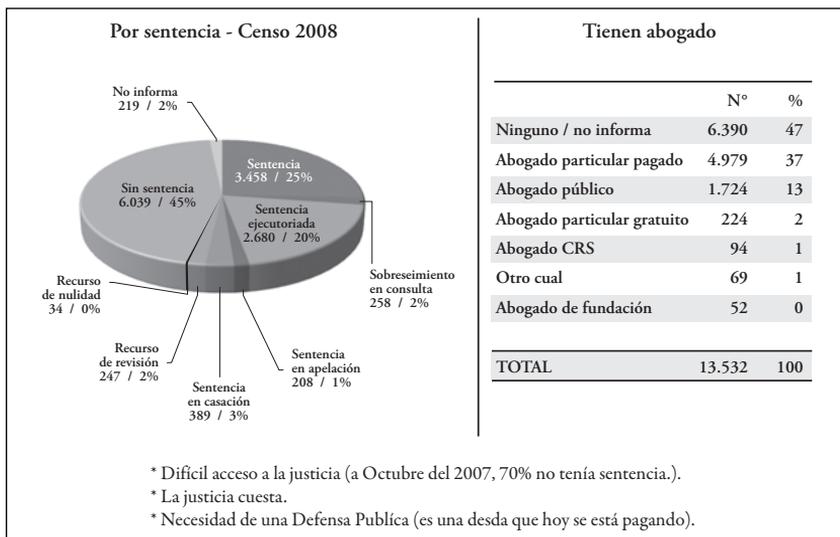
nalidad tiene consecuencias gravosas tanto para los afectados como para el Estado y la propia sociedad. Los elevados índices de pobreza en un país, obligan a establecer adecuados sistemas de defensa pública como un factor indispensable para el éxito de modelos orales o adversariales contruidos básicamente en torno a los principios de presunción de inocencia y el derecho a una defensa efectiva y de calidad, no de caridad.

Lamentablemente, en el Ecuador, la reforma procesal no vino acompañada de la necesidad de crear un adecuado sistema de defensa pública. Nunca existió una defensa institucionalizada; se designaron 32 defensores públicos dependientes de la función judicial para todo el país, pero sin ninguna organización, trabajan sin apoyo ni respaldo institucional, sin estándares de calidad ni capacitación, no hay seguimiento de su gestión ni especialización por materias. El panorama ciertamente era bastante desolador. Al no existir defensa pública en el Ecuador, el Estado no estaba garantizando a los ciudadanos el acceso a la justicia, en especial a los de menos recursos y, por lo tanto, se venía violando uno de sus derechos humanos fundamentales. Este grave problema se evidencia cuando para agosto del 2007, mes en el que inicia sus actividades la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal por decisión del Presidente de la República, la Dirección Nacional de Rehabilitación Social reportaba más de 18 000 personas privadas de la libertad a nivel nacional, de las cuales el 69 por ciento no tenían sentencia y el 60 por ciento no tenían abogado. En el censo penitenciario realizado en mayo del 2008⁴ por el Ministerio de Justicia a través de la Unidad de Defensoría Pública Penal, se estableció que existían 13 532 personas privadas de la libertad en los Centros de Rehabilitación Social del país, de las cuales el 47 por ciento es decir 6 390 no tenían abogado defensor y el 45 por ciento, es decir 6 039 aún no tenían sentencia. Las cifras disminuyeron por la participación de un “batallón” de defensores de la Unidad Transitoria que inició un agresivo programa de defensa penal gratuita a favor de los presos pobres.

Vemos que existe un excesivo número de presos en situación de prisión preventiva, en espera de que su caso sea resuelto, viviendo en condiciones

4 CENSO social-demográfico penitenciario, realizado por la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, informe final, junio del 2008.

de hacinamiento extremo y expuestos a un ambiente que no favorece su reincorporación social y genera presiones para conductas peligrosas y anti-sociales. Esta situación se debe, fundamentalmente, a la alta proporción de imputados que, por sus condiciones de extrema pobreza, no contaban con la ayuda de un defensor que impulse su proceso de manera continua, eficaz y oportuna, a más de una lenta administración de justicia penal.



La imposibilidad de acceso a la justicia por no tener dinero para contratar un abogado, era, entonces, la causa fundamental para el hacinamiento en las cárceles y para que se mantenga el elevado número de “presos sin sentencia” lo que evidenciaba un fracaso total de la administración de justicia penal y de la calidad de la prisión preventiva. La situación se agrava y complica aún más si consideramos tres elementos adicionales: (i) El sistema de represión penal-policial, con el justificativo de punir las conductas relativas a los delitos a la propiedad y seguridad ciudadana, impone políticas para garantizar la seguridad de los propietarios y comerciantes⁵; (ii) El

5 Luis Fernando Avila Linzán, “El acceso a la justicia y la emancipación de las personas excluidas en el Ecuador”, en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ramiro Ávila Santamaría (ed.), tomo 1 de la Serie Justicia y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 186.

encierro se convierte en un factor de criminalidad. Las penitenciarías son el lugar de destino de las clases marginales. Los detenidos son representantes exclusivamente de los sectores empobrecidos, del analfabetismo y la desocupación. El sistema penitenciario ecuatoriano aún es primitivo y no cumple los fines rehabilitadores de la pena. No hay políticas de rehabilitación; las cárceles son modernos campos de concentración y centros avanzados del crimen, creados como reacción social para “estigmatizar” al delincuente. El sistema penitenciario, en nuestro país, sigue siendo el instrumento clásico de represión. En palabras de advertencia el Dr. Ernesto Albán Gómez decía: “Ciertamente el problema penitenciario ha llegado en el Ecuador a una situación límite. Están puestas las condiciones para que, de aquí en adelante, en cualquier momento, pueda producirse un estallido, una tragedia. Y todos tendremos, por acción u omisión, alguna responsabilidad en su génesis”⁶; y, (iii) Los procesos de criminalización primaria son otra causa que genera indefensión y por ende sobrepoblación carcelaria. Aunque aquí no interviene la Función Judicial, si interviene otra función que participa en el proceso de dominación y que garantiza los intereses de los poderosos: la Función Legislativa. La reacción social comienza con la “creación” de delitos penales. Un análisis de los procesos de criminalización evidencia que son las clases empobrecidas y marginadas a las que van dirigidas las normas penales. La criminalidad convencional traducida de manera especial en delitos contra la propiedad como: hurtos, robos, estafas, etc., se mantienen inalterables en el Código Penal y aumentan la creación de tipos penales de conductas que no merecen tratamiento punitivo y, al contrario, no se criminaliza, pese a la exigencia de la sociedad, varios tipos de conducta propios de la delincuencia económica, corporativa, financiera como los fraudes a los trabajadores, los fraudes colectivos con las medicinas, alimentos, las evasiones tributarias como la sub-facturación y sobre facturación, etc.; y no se lo hace porque la “represión legislativa” obedecía a un criterio político que refleja las exigencias y los intereses de los grupos sociales y económicos que forman parte de una cultura dominante. ¿Son detenidos y sentenciados los contrabandistas o quienes no pagan sus impuestos? Claro que NO. Bien decía

6 Ernesto Albán Gómez, en la introducción al libro *“PRISIONES: Estado de la cuestión”*, de Santiago Arguello, Quito, editorial El Conejo, 1991, p. 13.

Zambrano Pasquel, a quien seguiremos bastante en este punto, que “para reafirmar el principio de igualdad ante la ley, deberían criminalizarse los delitos de los poderosos”⁷.

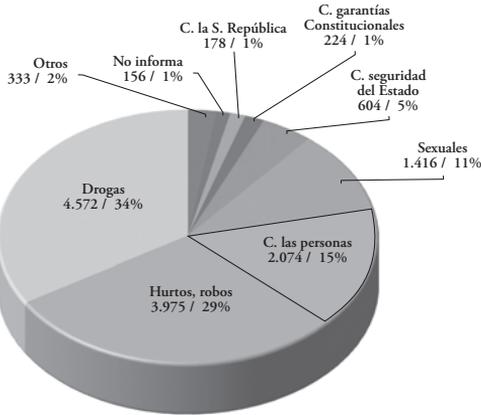
La Ley de Drogas, ejemplo de dependencia cultural pues se nos impuso desde los intereses norteamericanos y se lo aprobó como vino redactada desde afuera, es la evidencia que nuestro sistema penal responde a intereses externos poderosos y esta ley es la causa fundamental del hacinamiento o sobrepoblación en las cárceles. Antes, el mayor número de internos correspondía a los delitos contra la propiedad; sin embargo, desde la aprobación de aquella oprobiosa ley que debe ser derogada inmediatamente, las cárceles están llenas de pequeños tenedores de droga y consumidores, caen las “mulas” y se les condena a 16 años pero los dueños de la droga siguen formando parte de las oligarquías locales; el 34 por ciento de los detenidos son por droga.

En el siguiente cuadro⁸ podemos apreciar que el 63 por ciento de la población penitenciaria está acusada por delitos contra la propiedad –hurto y robos– y por el delito de drogas, lo que evidencia que las personas cometen delitos que les generan algún beneficio económico –delinquen por necesidad, por hambre–; pero no aparecen personas detenidas por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, contrabando. Lamentablemente, esta realidad nos lleva a concluir que existe una legislación y una justicia que criminaliza la pobreza y deja sin castigo a los “poderosos”. Cruel realidad.

7 Alfonso Zambrano Pasquel, *Temas de Derecho Penal y criminología*, Guayaquil, 1988, sin editorial, en el prólogo de Rosa del Olmo, p. 4.

8 CENSO social-demográfico penitenciario, realizado por la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, cuadro elaborado en base al informe final, junio del 2008.

Personas privadas de la libertad por tipo de delito
(Censo demográfico penitenciario de mayo del 2008)

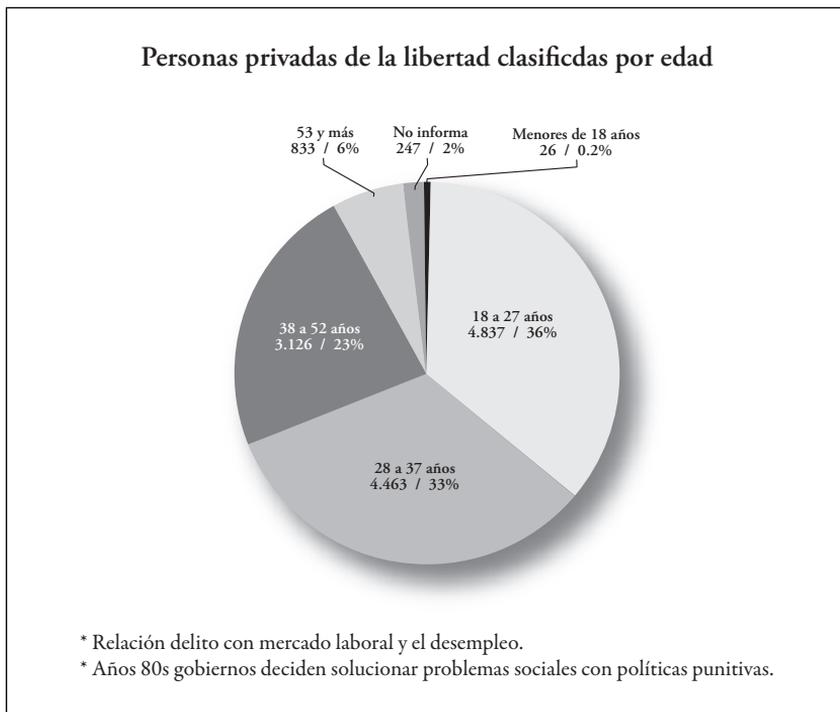


- * Consecuencia política antidrogas y penas elevadas..
- * Mayor frecuencia de delitos que generan beneficios económicos (hurtos, robos, drogas -mulas) las personas delinquen para poder subsistir (63%).
- * Es mínima la cantidad de presos por peculado.
- * Disminución de delitos violentos (contra las personas).
- * Existe una relación pobreza-delincuencia-privación de la libertad: los internos están presos más por pobres que por delincuentes.

Por lo anterior afirmo, sin temor a equivocarme y a riesgo de provocar reacciones de quienes defienden el statu quo, que el sistema penal es el instrumento coercitivo que a través del Estado utiliza la clase dominante para la preservación del orden social y económico. Sobre esto William Chambliss, en su estudio *Economía política del crimen*, afirma: "... la aplicación de la ley en el capitalismo no tiene por finalidad reducir el delito, imponer la moralidad pública, sino que hay una organización para administrar el delito colaborando con los grupos más criminales y se aplica la ley contra aquellos cuyos delitos constituyen una amenaza mínima a la sociedad".

El análisis de las personas privadas de la libertad, según la edad, que consta en el censo penitenciario antes referido, es indicativo de lo anteriormente dicho. Vemos que el 69 por ciento de los internos están en el rango

de 18 a 37 años de edad, es decir que es la población económicamente activa la que se encuentra en las cárceles, lo que evidencia una relación directa entre delito y desempleo, consecuencia de las políticas neoliberales y de la decisión adoptada por gobiernos oligárquicos de solucionar los conflictos sociales, producidos por los elevados índices de pobreza, mediante políticas punitivas.



Por lo expuesto, bien se ha dicho que: el derecho al patrocinio letrado en el proceso penal es de cumplimiento obligatorio e irrenunciable porque abarca el cumplimiento de todos los demás derechos y garantías tanto procesales, como los referidos a la correcta aplicación de la ley sustantiva y de los principios de política criminal vigentes en el país. Más aún, la participación de un defensor técnico determina el verdadero acceso a la justicia en condiciones de igualdad, cuando este es un luchador incansable en pro

de la aplicación plena de los principios constitucionales y la normativa internacional de los Derechos Humanos en cada una de sus actuaciones⁹.

III. Necesidad de institucionalizar la Defensa Pública en el Ecuador

Ecuador, de manera particular, y Latinoamérica, como bloque, se encuentran en la encrucijada de definir esquemas propios que le permitan alcanzar adecuados modelos de justicia para una sociedad fragmentada por conflictos, principalmente, de carácter ideológico, político y económico que han hecho difíciles los acuerdos para vivir en paz en un mundo regido por el Derecho. Las políticas neoliberales implementadas en las últimas décadas casi en todos los países de Latinoamérica, han profundizado la pobreza, la exclusión, la desigualdad, la discriminación, la desocupación, la disolución familiar, la inequidad en educación y salud, la corrupción, entre otros grandes problemas éticos del continente. Esto empuja a la marginalidad a una población que se encuentra en constante crecimiento demográfico; esta marginalidad se proyecta en la menor capacidad social de respuesta que hace más difícil incorporar a la gran población de jóvenes en los sectores de producción que los habiliten, tanto para alcanzar elementales niveles de educación como para conseguir mínimos ingresos para subsistir. Esto le llevó a afirmar a Amartya Sen, que “La Economía moderna ha sido sustancialmente empobrecida por la creciente brecha entre economía y Ética”¹⁰.

Ello trae conflictos sociales que generan inseguridad y la producción de delitos previamente tipificados en los catálogos punibles por comisiones legislativas para garantizar a ultranza, como ya dijimos, la propiedad y la riqueza acumulada. Nunca debemos olvidar que la redacción de los códigos penales, reitero, siempre ha estado a cargo de pequeñas elites o minorías que formaban parte de las oligarquías locales, alejadas totalmente de los sectores empobrecidos de la población; y, que siempre ha operado un poder puniti-

9 Fundación Esquel, *Modelo Integral de Defensa Penal*, Quito, con el apoyo de CHECCHI y USAID, editorial Fraga, 2005, p. 16.

10 Amartya Sen, *La agenda ética pendiente de América Latina*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 35.

vo dedicado, casi exclusivamente, al control social de masas miserables. Es necesario ir hacia un derecho penal mínimo que tipifique conductas aberrantes y elimine del catálogo de delitos decenas de conductas que pueden regularse en el ámbito civil y que no deben ser objeto de persecución penal por la mínima alarma social que producen.

En la implementación de una justicia que criminalice la pobreza y defienda la propiedad, la riqueza y el comercio, no tiene cabida la conformación de una institución pública que con dineros del Estado garantice el acceso a la justicia y defienda a los imputados de un delito que, para las clases dominantes, ponen en peligro inclusive el sistema económico del que medran. Para ellos el encierro, ojalá de por vida, es el mejor instrumento de dominación contra los pobres. Por ello se explica que, pese a lo dicho en el punto anterior, el Ecuador era el único país de la región que no contaba con una defensa pública institucionalizada y estaba muy alejado de los servicios que brindan otros países.

No debo dejar de decir que en la mayoría de países de América Latina, salvo contadas excepciones, los gobiernos se empeñan en fortalecer los juzgados penales y fiscalías para que tengan éxito en el “combate al delito” en representación de la “sociedad” que exige seguridad, pero descuidan la creación de una defensa penal pública fuerte, con recursos similares al ministerio público que brinde un servicio oportuno y de calidad; la mayoría de defensorías públicas no gozan de autonomía, están subordinadas generalmente al ejecutivo o a la propia función judicial; trabajan sin apoyo financiero suficiente, sin un modelo de organización moderno que garantice eficiencia¹¹.

Como en Latinoamérica soplan vientos de cambio y, poco a poco, los gobiernos oligárquicos son desplazados del poder dando paso a propuestas políticas renovadas que piensan en el bienestar colectivo, confiamos que se implementarán adecuados modelos de justicia en los cuales la defensa pública tenga el espacio preponderante que le corresponde en similitud de armas con los otros órganos del poder judicial. Las mentes tradicionales deben entender que el delito no se combate con el derecho penal sino con políticas públicas que conlleven a una verdadera justicia social. Es urgente

11 Véase en esta obra, Luis Pásara, “Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina”.

organizar sistemas de justicia que resistan las embestidas de fuertes sectores, poderosos económicamente, que no abandonan criterios vengativos o todavía asumen posiciones interesadas que atan a los países al pasado e impiden conformar sistemas de justicia que sean una garantía de respeto a los postulados constitucionales democráticos. Esto se debe a que estaban acostumbrados a arrastrar a los aparatos jurisdiccionales y al Ministerio Público a adoptar actitudes alejadas de la justicia, equidad e igualdad. Estos sectores, hoy van perdiendo espacio y las instituciones de justicia se están consolidando como organismos independientes, autónomos, respetuosos de los derechos humanos, de los Tratados Internacionales y de la Constitución.

Ecuador en rojo en la región

| País | Defensores públicos | Nº de defensores públicos por cada 100.000 habitantes |
|-------------|---------------------|---|
| Costa Rica | 223 | 5,73 |
| El Salvador | 278 | 4,26 |
| Guatemala | 471 | 3,92 |
| Honduras | 233 | 3,30 |
| Chile | 192 | 2,10 |
| Paraguay | 96 | 1,70 |
| Bolivia | 68 | 0,80 |
| Ecuador | 32 | 0,26 |

Frente al triste panorama planteado en el punto anterior, el gobierno actual, mediante Decreto Ejecutivo 563 de fecha 17 de agosto del 2007, creó la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal para atender, de manera emergente, a esos miles de presos que por no tener defensa aún no tienen sentencia e ir construyendo los cambios constitucionales y legales necesarios para crear la defensa pública y sentando las bases técnicas de lo que sería una futura institución que brinde este servicio. Esta Unidad es ahora la encargada de garantizar el derecho de los más pobres a

tener una defensa jurídica, técnica, oportuna y de calidad. Ésta era una deuda pendiente con la sociedad que este Gobierno la está pagando.

La inviolabilidad del derecho de defensa es la fundamental garantía con que cuenta el ciudadano ya que es el único que, a la vez, permite que las demás garantías y derechos del acusado, como el juicio previo, la seguridad jurídica, el principio de inocencia, la tipicidad, el debido proceso, el derecho a guardar silencio, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, tengan vigencia concreta dentro del proceso penal. Observamos pues, que el derecho a defenderse es un complejo que integra una serie de garantías que lo conocemos como el *derecho a un juicio justo*. “Pero la defensa no sólo comprende o integra esas garantías, sino que además permite volverlas operativas mediante su ejercicio efectivo o el reclamo oportuno ante su incumplimiento”¹². La consolidación de la democracia y del estado de derecho requiere la creación de instituciones que logren el fortalecimiento de los mecanismos que garanticen el respeto cotidiano de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El papel de la Defensa Penal Pública, en un modelo adversarial, es garantizar el acceso a la defensa de toda persona que ha sido acusada por el Estado. Es importante diferenciar de la tradicional “defensa de pobres”; en primer lugar el ciudadano tenga o no recursos, al estar en juego su libertad, tiene derecho a que se le otorgue el servicio de defensoría gratuita, aspecto que difiere de la tradicional visión. En segundo lugar, por la naturaleza del proceso penal, es un servicio distinto al general otorgado para todas las áreas, la necesidad de alcanzar calidad y especializar el servicio, ha llevado a que en el Derecho Comparado exista una fuerte tendencia a limitar este servicio gratuito universal a la materia penal, como en el caso chileno.

Es verdad que se reconoce el derecho del Estado a castigar a quienes cometen un delito, pero ese derecho, sin embargo, no es absoluto ni puede ser ejercido de manera arbitraria. Un detenido se enfrenta solo ante la maquinaria investigativa y punitiva del Estado expresado inicialmente en la actuación de la policía y la fiscalía; pero ese mismo Estado tiene la obligación de no dejar desprovisto de protección a ese individuo de manera

12 Alberto Binder y otros, *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, con CEJA y PNUD, 2005, p. 20.

que no se vea imposibilitado de defenderse. Por esta razón, como una limitación en el ejercicio del *ius puniedi*, el Estado garantiza el acceso a la justicia de todo ciudadano proveyéndole de un defensor público gratuito si por sus condiciones económicas, sociales o culturales no puede procurarse un abogado que defienda sus derechos y le asegure las garantías del debido proceso.

Sobre esto, el profesor de Derecho Procesal Penal, Raúl Tavolari nos dice:

El nivel de acceso a la justicia se ve reflejado en la creación de un ente especializado de persecución criminal que debe velar por los intereses de la comunidad... El acceso también se expresa en la creación de una Defensoría Penal Pública que entrega asesoría jurídica gratuita y de calidad a los imputados que carecen de medios para proveerse de una defensa técnica por sí mismos. El financiamiento de esta defensa es aportada por el Estado y ha permitido elevar considerablemente los estándares de calidad en la prestación de servicios de asistencia judicial en materia penal, motivando a los abogados privados a postular a los llamados que la Defensoría periódicamente hará a la comunidad jurídica a través de concursos públicos¹³.

Dadas las distorsiones que la ausencia de una institución de Defensa Pública ha causado en nuestro país, resulta de interés marcar una diferenciación clara con ciertos “modelos de defensor” que se han forjado fruto de la violación más sistemática de los derechos fundamentales que ha cometido nuestro país.

En primer lugar, debe realizarse una clara distinción entre el servicio público que debe ofertar esta institución y la tradicional visión caritativa y voluntarista que ha primado en buena parte de instituciones de la sociedad civil que, ante la ausencia de un servicio público, han debido de alguna manera llenar este vacío. Es importante destacar que la institución ofrece un servicio público y como tal debe estar sometido a los más exigentes niveles de calidad; en este sentido no es admisible una labor conformista ni tolerante con niveles de ineficiencia, en especial porque en este caso el valor en

13 Raúl Tavolari Oliveros, prólogo al libro *Litigación estratégica en el nuevo Proceso Penal*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 3.

juego es la libertad personal, con todos los costos individuales, familiares y sociales que ello conlleva.

En segundo lugar, también se debe dejar explícita la distorsión existente en buena parte del servicio residual que ha ofrecido el Estado. De cierta manera, se ha forjado un papel que puede etiquetarse como “legalizador del proceso”; el sistema inquisitivo en el que el juzgador concentraba, en la práctica, todos los papeles –investigar, resolver y proteger los derechos del acusado–, generalizó una convicción por la cual el defensor era una figura accesoria a la Función Judicial, cuyo fin básico era legitimar actuaciones y permitir el desarrollo del proceso; esta cosmovisión explica, por ejemplo, por qué la tendencia de que los defensores formaran parte de la Función Judicial. Un sistema acusatorio que se basa en la confrontación de dos partes, debe garantizar instituciones profundamente comprometidas con su misión, así como la Fiscalía General debe realizar de manera técnica la labor de ejercer la persecución penal, la Defensa Pública tiene un compromiso con los intereses del defendido y debe poner toda su capacidad técnica en esta labor.

Actualmente se ha dado importancia prioritaria a la institucionalización de la defensoría pública y, con la vigencia de la nueva Constitución, su existencia se eleva a categoría de institución reconocida, por primera vez, por la Constitución Política y amplía su cobertura a todas las materias incorporando a los más pobres a los servicios que brinda el Estado.

Ahora ya no queda ninguna duda de que la posibilidad real de defenderse de la persecución penal constituye una garantía inherente al Estado de Derecho.

Por lo anterior, es necesario resaltar lo que el profesor Alberto Binder nos enseña cuando afirma:

El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa de forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal¹⁴.

14 Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2001, p. 151.

IV. La defensa pública y su papel estratégico

El punto anterior abre una perspectiva de análisis importante, es relevante tener en cuenta que el ejercicio de una defensa eficaz no sólo pasa por poner un abogado al frente de cada fiscal y garantizar que todo imputado tenga asesoría jurídica en cada etapa del proceso; así como el Ministerio Público es más que la suma de los fiscales, la Defensa Pública como institución tiene una labor que cumplir dentro del Sector Justicia que supera en mucho el litigar casos concretos.

Dado el período de implantación de un nuevo modelo procesal penal y una cultura jurídica marcada por la inexistencia real de una defensoría, en este momento histórico el reto mayor de la defensoría consiste en conseguir lograr un peso específico dentro del Sector Justicia y en general de la sociedad ecuatoriana y en base a esta posición, iniciar a transitar por un camino de logros estratégicamente planificados. El fin de esta visión es el detectar prácticas sistemáticas que violentan los derechos fundamentales de los defendidos e iniciar, en base a distintas herramientas, la consecución de logros progresivos que tiendan a mejorar la posición de los imputados como un todo. Esta finalidad representa la necesidad de utilizar todas las herramientas disponibles al fin de conseguir los objetivos previamente fijados.

Dentro de este escenario, resulta de interés al menos mencionar ciertos instrumentos que la Defensa Pública dispone: en primer lugar, se podría usar la representatividad política de la Institución para generar espacios de diálogo, donde se analicen problemas especialmente serios que deslegitiman el funcionamiento institucional y llegar a acuerdos mínimos que permitan que el sistema de justicia penal vaya funcionando adecuadamente. La participación del Defensor Público General en el Consejo Consultivo del Consejo de la Judicatura es una buena oportunidad para esta finalidad. Hay problemas que no requieren reformas legales para superarlos, sólo hace falta diálogo sincero y voluntad para aceptar los inconvenientes si queremos una mejor justicia penal. La idea consiste en utilizar el acervo de legitimidad que otorga el desmontar prácticas impropias arraigadas por décadas en nuestro sistema penal. El ambiente de diálogo generado hace que se vea a esta herramienta como la más fructífera en este momento, porque hoy en día entre los actores del Sector Justicia se

ha evidenciado un sincero interés por mejorar la administración de justicia y avanzar en un régimen de garantías.

En caso de ser necesario, se podrá utilizar herramientas destinadas a reforzar aquellas posturas en las que no existen acuerdos. La Defensa Pública en razón de su mandato institucional y de la opción que ha adoptado para funcionar –contratación de servicios de centros legales–, tiene ventajas comparativas relevantes, si maneja con legitimidad los temas a discutirse; no sería difícil que estructure una alianza sólida capaz de otorgar fortaleza a las posturas adoptadas

La última alternativa a citarse guarda relación con el *litigio estratégico*. Esta labor, en lo básico, consiste en centrar toda la fortaleza institucional en casos seleccionados estratégicamente para servir de precedentes y, de ser necesario, explotar alternativas procesales poco ortodoxas para alcanzar fallos emblemáticos; se hace referencia a vías tales como el litigio ante tribunales internacionales o incluso presentación de quejas o denuncias por delitos como prevaricato, corrupción, torturas, violaciones de derechos humanos. La idea es obligar a los actores a revisar sus prácticas y romper ciertos nudos problemáticos instaurados que, de manera generalizada, vulneran los derechos fundamentales.

Para terminar, basta anotar que estas posibilidades señaladas, no hacen más que relevar la responsabilidad que hoy se tiene, en un momento en que la institución está estructurándose; y la responsabilidad es grande, porque conocido es que mucho del futuro de las instituciones se juega en el perfil que consigue crear el conjunto humano que lo conforma en esta atapa inicial. Por ello es que se valora sobremanera elementos tales como: liderazgo, formación del personal, creación de esquemas funcionales acordes al servicio, revisión permanente de las estructuras funcionales, producción de cifras que permitan medir la calidad del servicio, entre otros factores.

Buenos sistemas de defensa pública en países con elevados índices de pobreza y exclusión, como el Ecuador a consecuencia de la larga noche neoliberal, es una condición indispensable para el éxito de sistemas procesales penales contruidos precisamente sobre la presunción de inocencia y el derecho a una defensa efectiva y de calidad. Pero, para tenerlos, no basta simplemente con brindar el servicio y asegurar su cobertura y alcanzar un presupuesto adecuado. Lo indispensable y necesario es organizar el servicio

de defensoría pública de forma eficiente, estableciendo perfiles claros para los defensores, colocando estándares de calidad de la defensa, indicadores de gestión, procesos de evaluación constante del trabajo de los defensores, diseñando una arquitectura institucional que establezca un sistema de gestión por procesos.

V. **Consagración constitucional y legal de la Defensoría Pública y del derecho a la defensa**

La Constitución vigente, aprobada por el pueblo ecuatoriano en referéndum, por primera vez regula la creación de la Defensoría Pública, por lo tanto ahora es una institución pública reconocida por la Constitución y establece que, conjuntamente con la Fiscalía General del Estado, son órganos autónomos de la Función Judicial. Francamente, debo decir que el reconocimiento e institucionalización de la defensa pública es uno de los avances más significativos en nuestro país, en el ámbito de la justicia, en los últimos 50 años. Varios intentos se realizaron en el Ecuador para contar con una ley orgánica que diseñe y regule el funcionamiento de la defensoría pública; las mentes retrógradas e inquisitivas imperantes en nuestro país se unían para impedir este empeño. En el año 2004 la Fundación Esquel, conjuntamente con otras organizaciones de la sociedad civil, realizaron un gran esfuerzo para preparar un proyecto de ley de la defensoría pública penal; en esos días cumplía funciones de diputado en el Congreso Nacional y apoyé decididamente la propuesta liderando el debate en el pleno del Congreso y preparando los informes para el primer y segundo debate. Luego de una tenaz lucha contra las posiciones tradicionales, logramos que el Congreso apruebe la ley pero, lamentablemente, fue vetada de manera total por el Presidente de la República Alfredo Palacio que sucumbió ante las presiones de quienes no les convenía, por intereses particulares, que la defensa pública funcione en nuestro país y todo el esfuerzo y las buenas intenciones quedaron trucas.

El actual gobierno priorizó, como política, la necesidad de institucionalizar el sistema de defensa pública como un mecanismo idóneo para garantizar el acceso a la justicia y a la defensa de los sectores menos favore-

cidos económicamente, y se determinó la necesidad de incorporarla como disposición constitucional para asegurar su posterior implementación. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, conjuntamente con la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal, presentaron a la Asamblea Constituyente el texto relacionado con la Defensoría Pública, participamos en varias reuniones y debates de la respectiva comisión y, finalmente, nuestra propuesta fue incorporada en los artículos 191, 192 y 193 de la Constitución.

El artículo 191 de la Constitución dispone:

La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el *patrocinio y asesoría jurídica* de los derechos de las personas, en *todas las materias e instancias*.

La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma *desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera*; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado” (énfasis nuestro).

Adicionalmente, la Constitución, en varias disposiciones del capítulo octavo que regula los “Derechos de protección”, reconoce, de manera amplia, el derecho al acceso a la justicia y el derecho de toda persona a la defensa.

Así, el artículo 75 dispone:

Toda persona tiene derecho al *acceso gratuito a la justicia* y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; *en ningún caso quedará en indefensión*. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

El artículo 76 que regula el derecho al debido proceso, en el numeral 7 dice:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) 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.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 77 que establece las garantías básicas dentro del proceso penal en el que hubiere una persona privada de la libertad, dispone:

7.- El derecho de toda persona a la defensa incluye:

- a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimiento formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.
- b) Acogerse al silencio.
- c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

De esta manera, la Constitución elevó a la categoría de “garantía constitucional” el derecho a la defensa, incorporando en sus normas las disposiciones que sobre este derecho establecen los tratados internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que contemplan lo que denominan “garantías mínimas” dentro del proceso.

El reconocimiento del derecho a la defensa como garantía constitucional y el establecimiento de la Defensoría Pública como una institución reconocida y regulada por la Constitución para hacer efectivo ese derecho, a mi juicio, constituye una de las mayores conquistas en el plano jurídico de que tenga memoria la historia ecuatoriana en la última etapa democrática. Otras constituciones ya reconocían este derecho, sin embargo era letra muerta e inaplicable porque no se establecía el mecanismo para hacer efectivo ese derecho.

Como la actual es una Constitución garantista, si bien por un lado reconoce el derecho al acceso a la justicia y a la defensa, por otro lado establece los mecanismos para hacer efectivos esos derechos, en este caso,

exigiendo la creación de la institución pública que garantizará ese derecho de las personas a acceder a la justicia y a tener una defensa pública oportuna, técnica y de calidad.

Se afirma que la defensa, como derecho, se encuentra en el plano del derecho natural, traspasa los lindes del derecho positivo y procesal positivo, les da sentido y los orienta, de manera tal que es justamente el elemento que permite distinguir entre un genuino derecho procesal y un derecho adjetivo o meramente formalista.

La falta de servicios eficaces y continuos de la defensa pública, genera un permanente *estado de indefensión institucionalizado*, eso es lo que sucedía en el Ecuador en un supuesto Estado democrático y de derecho. Los gobiernos anteriores nunca se preocuparon por evitar el estado de indefensión al que estaban sometidos los ecuatorianos al no contar con una defensoría pública que efectivice el derecho de defensa y de acceso a la justicia. La defensa, como hemos dicho, no constituye un principio por sí misma, sino que a través de ella se garantizan los demás principios básicos que estructuran el propio sistema procesal penal. Protege todo atributo de la persona o los derechos que le corresponde, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión judicial.

Como consecuencia de lo anterior y para viabilizar las disposiciones constitucionales, la Comisión legislativa y de Fiscalización aprobó el *Código Orgánico de la Función Judicial* en el cual se incorporó toda la normativa que regula la Defensoría Pública; en efecto, en el Capítulo II del Título V que regula los órganos autónomos de la Función Judicial, hace efectiva y desarrolla el mandato constitucional e incorpora lo que sería la “ley orgánica de la Defensoría Pública”, que fue preparada por la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal e incorporada en su totalidad en este capítulo, creando esta institución como parte del “sistema de justicia” y establece en los artículos 285 y 286 su naturaleza jurídica, funciones y competencias. Así:

Art. 285.- Naturaleza Jurídica.- La Defensoría Pública es un organismo *autónomo* de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República.

Art. 286.- Funciones de la Defensoría Pública.- A la Defensoría Pública le corresponde:

1. La prestación *gratuita* y oportuna de servicios de *orientación, asistencia, asesoría y representación judicial*, conforme lo previsto en este Código, a las personas que no puedan contar con ellos en razón de su *situación económica* o social;
2. Garantizar el *derecho a una defensa* de calidad, integral, ininterrumpida, técnica y competente;
3. La prestación de la *defensa penal* a las personas que carezcan de abogada o abogado, a petición de parte interesada o por designación del tribunal, jueza o juez competente;
4. Instruir a la persona acusada, imputada o presunta infractora sobre su derecho a elegir una defensa privada. En los demás casos, los servicios se prestarán cuando, conforme a lo establecido en el reglamento respectivo, se constate que la *situación económica o social* de quien lo solicita justifica la intervención de la Defensoría Pública.
5. Garantizar que las personas que tengan a su cargo la defensa Pública brinden orientación, asistencia, asesoría y representación judicial a las personas cuyos casos se les haya asignado, intervengan en las diligencias administrativas o judiciales y velen por el respeto a los derechos de las personas a las que patrocine. *En todo caso primará la orientación a los intereses de la persona defendida.*
6. Garantizar la *defensa pública especializada* para las mujeres, niños, niñas, y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas;
7. Garantizar la libertad de *escoger la defensa de la persona interesada* y solicitar, de ser necesario, una nueva designación a la Defensoría Pública.
8. Contratar profesionales en derecho particulares para la atención de asuntos que requieran patrocinio especializado, aplicando para el efecto el régimen especial previsto por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el procedimiento que se establezca en el reglamento que dicte el Defensor Público General;
9. Autorizar y supervisar el *funcionamiento de los servicios jurídicos* prestados en beneficio de personas de escasos recursos económicos o grupos que requieran atención prioritaria por parte de personas o instituciones distintas de la Defensoría Pública;
10. Establecer los *estándares de calidad* y normas de funcionamiento para la prestación de servicios de defensa pública por personas o instituciones distintas de la Defensoría Pública y realizar evaluaciones periódicas de los mismos. Las observaciones que haga la Defensoría Pública son de cumplimiento obligatorio.
11. Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas pre profesionales en la Defensoría Pública; y,

12. Las demás determinadas en la Constitución y la Ley.

En estos dos artículos se establecen las atribuciones, modelo de servicio, desafíos y más características de lo que debe ser el servicio de defensoría pública en el Ecuador. Por ahora, resaltemos que se determina la implementación de un servicio público, gratuito, de calidad, en todas las materias e instancias, desafíos que luego analizaremos.

El derecho a la defensa tiene diversas manifestaciones concretas dentro del derecho, en particular del derecho procesal, como: el derecho de conocer los cargos e imputaciones que le hacen al sindicado; oportunidad para efectuar descargos; presentar prueba; confrontar la prueba desde el primer momento que se le imputa un delito; el patrocinio y asesoría legal gratuita; el derecho a audiencia; impugnación de las decisiones judiciales, etc. En íntima relación con lo dicho es que se han desarrollado las garantías del *debido proceso*, instancias en las que la defensa y los defensores públicos juegan el papel más importante y decisivo.

El derecho natural de la defensa es un derivado del derecho de acceso a la justicia, con la finalidad de evitar el estado de indefensión en que se halla o se podría, lamentablemente, encontrar cualquier persona ante una imputación. Consideramos que la indefensión es la negación al resguardo del derecho fundamental de la defensa y se origina en la imposibilidad de una persona para hacer valer sus derechos fundamentales en el procedimiento penal, en relación con la actuación de la pretensión punitiva. Esta situación es extensiva a las otras áreas y materias del derecho.

No me cansaré de decir que la intervención de un defensor público contribuye a la transparencia del proceso, provoca mayor debate, genera juicios más técnicos y oportunos, disminuye la posibilidad de error judicial, y permite construir y consolidar una sociedad más justa y democrática en la que la justicia, al generar un verdadero acceso, se hace más creíble.

Finalmente, el *Código de Procedimiento Penal* garantiza también el derecho a la defensa del imputado cuando dispone:

Art.11.- Inviolabilidad de la Defensa.- La defensa del imputado es inviolable. El imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Art.12.- Información de los derechos del imputado.- Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el imputado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución Política de la República y este Código le reconocen. El imputado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez debe designarlo de oficio, antes de que se produzca su primera declaración. El juez o tribunal pueden autorizar que el imputado se defienda por sí mismo. En este caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica.

VI. Principales desafíos para adoptar un “modelo institucional” de la Defensoría Pública en el Ecuador

Expresaremos algunos problemas y los desafíos principales que debe enfrentar la Defensa Pública en su proceso de formación:

6.1. La persistencia de modelos burocratizados de defensa pública

Cuando no se desarrollan modelos de trabajo dentro de la defensa pública se manifiestan altos niveles de burocratización. Defensores sin vocación que no trabajan en equipo, que no sienten que pertenecen a una misma organización, que “no se ponen la camiseta”, que piensan su trabajo más como un paso dentro de su carrera judicial que como un servicio específico con su propia carrera, sin lealtad al sistema judicial, a la búsqueda de la verdad, antes que a su cliente, faltos de políticas de desarrollo organizacional e institucional, etc. Este modelo de organización, que debemos atacar y terminar completamente, es la función que cumplía la defensa pública dentro de los sistemas de tipo inquisitorial en la cual el defensor era, fundamentalmente, un auxiliar de la justicia. En algunos casos, los defensores oficiales han copiado el modelo de organización jerárquica y piramidal de los jueces, propios de un sistema inquisitivo, que tiene por objetivo sujetarla a contribuir al esclarecimiento de la verdad real, con la consecuencia necesaria –para cumplir dicho objetivo– que los imputados confiesen, lo que distorsiona el derecho de defensa.

Frente a las defensas burocratizadas y los defensores más preocupados por defender sus cargos, su estabilidad y sus rutinas que por mejorar perma-

nementemente el sistema, hay que oponerle un nuevo modelo de defensa pública orientado a la lealtad a su cliente, al interés superior del imputado, como más adelante veremos, con una organización moderna, basada en estructuras orgánicas sólidas, con capacidad crítica frente al sistema judicial, preparada para utilizar al máximo los recursos que el sistema judicial pone a su disposición y que asuma la carrera judicial como una carrera en sí misma que reclama especialización y tiempo¹⁵.

6.2. El papel de la defensa pública dentro del sistema de justicia penal

La Constitución reconoce a la Defensoría Pública como un órgano autónomo de la Función Judicial; además, el Defensor Público General forma parte del Consejo Consultivo del Consejo de la Judicatura. Por lo tanto, debemos plantearnos seriamente el reto y el problema de la defensa pública ahora como una nueva institución y un nuevo actor dentro del sistema de justicia, especialmente de la justicia penal. Ello implica tareas claves y fundamentales para la defensa pública como: la denuncia de torturas, violaciones de derechos humanos dentro del sistema, la recolección de datos sobre malas prácticas, las propuestas legislativas de cambios normativos, la observación permanente sobre el funcionamiento del sistema procesal, la presentación pública de los abusos de poder, el análisis de la calidad de la prisión preventiva como medida cautelar, la utilización de procedimientos especiales y alternativos al proceso penal ordinario, la calidad de las resoluciones, etc., son sólo algunas de las tareas que le impone a la nueva Defensoría Pública. Ello implica también un nuevo tipo de conducción y niveles dirigenciales y políticos preocupados por la eficacia de esta tarea, por la protección de los defensores que se exponen por estas razones y con capacidad de dialogar con otros actores del sistema judicial y del sistema político.

Sin embargo, lo que ahora le es exigible a la defensa también lo es para el resto de los segmentos judiciales. Porque, nuevamente, estamos pensan-

¹⁵ Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, "Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia"; y, Eugenio Raúl Zaffaroni, "Dimensión política de un Poder Judicial democrático".

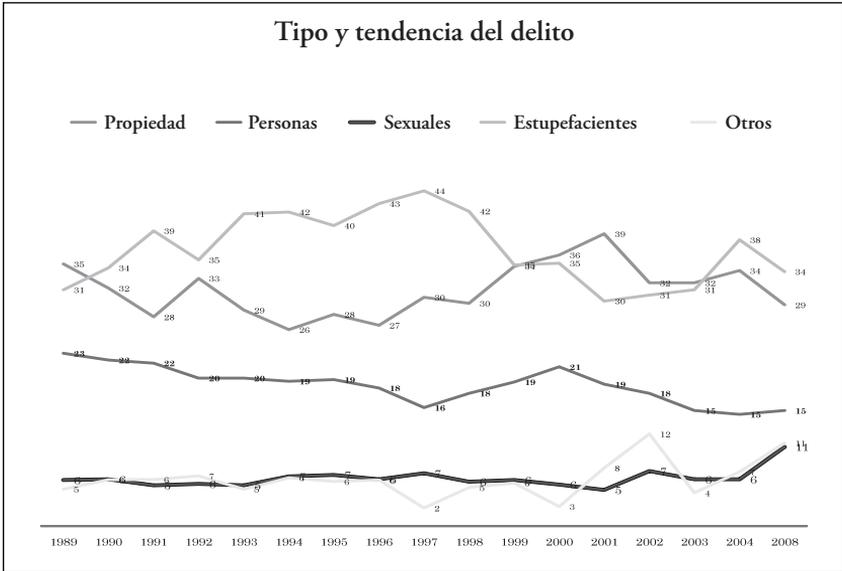
do en un diseño que equipare las funciones de quienes deben acusar y quienes deben defender. Pero es notorio que los sistemas judiciales no se han preocupado por contar con elementos empíricos que den cuenta de su actuación, y que permitan hacer las correcciones pertinentes para mejorar sus modos de trabajo. Las Defensoría Pública debe apartarse de cumplir roles estereotipados, convirtiéndose en aquellos que pueden diseñar una verdadera estrategia de defensa, exigiéndoles –a la manera de los abogados privados– realizar una defensa técnica impecable que requiere no sólo de remozar sus formas de trabajo, sino también de conocimiento jurídico, actualización permanente, y un verdadero compromiso –vínculo de confianza– con el defendido.

Debemos implementar el servicio de defensa pública en un contexto donde los ciudadanos, a causa de las políticas neoliberales e inhumanas que los gobiernos de derecha aplicaron, conforman hogares con precariedades alimenticias, necesidades básicas elementales insatisfechas, progenitores generalmente alcohólicos, elevado consumo de drogas, una mediocre o ninguna educación, incapacidad de los maestros, la grave situación nutricional con la que concurren los niños a la escuela, lo cual sumado a la elevada deserción escolar provoca en nuestras sociedades el aumento de la delincuencia a la cual son empujados estos ciudadanos desde sus primeros años de vida.

Otro factor que debemos tener en cuenta es la migración del campo a la ciudad y hacia otros países. Se conforman tugurios en las periferias urbanas donde las personas carecen de lo necesario para sobrevivir con algo de dignidad; se producen rupturas familiares que generan la proliferación de pandillas juveniles. Todo esto explica también el aumento de la criminalidad en nuestras sociedades que se pretende combatir únicamente con represión y con las leyes penales.

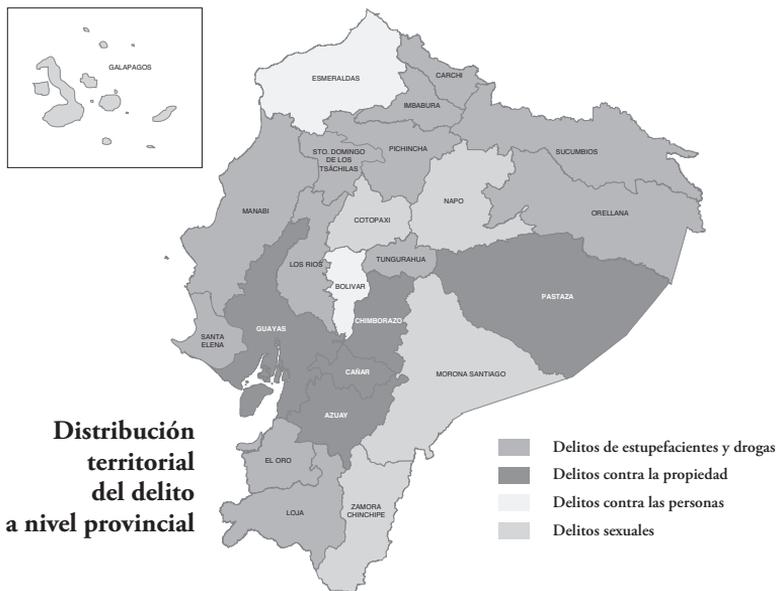
Éstos son, precisamente, los clientes de la Defensoría Pública. La mayoría de esos clientes son acusados por delitos contra la propiedad que, a pesar de lo que se afirma que hay un incremento de ellos, tienen una curva descendente en su producción; cosa similar ocurre con los delitos violentos, es decir aquellos contra las personas, que también manifiestan una tendencia a disminuir, por eso no es aventurado afirmar que sólo existe una percepción ciudadana del incremento del delito porque en realidad la tenden-

cia es a disminuir o a mantenerse en niveles similares. De lo que sí existe un incremento es de los delitos sexuales. En los siguientes gráficos¹⁶ ilustramos el tipo y tendencia del delito y la ubicación geográfica del mismo en el Ecuador.



16 CENSO social-demográfico penitenciario, realizado por la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, cuadro elaborado en base al informe final, junio del 2008.

Ubicación geográfica del delito



6.3. La Defensoría Pública como un “servicio público”

El modelo que debe implementarse en el Ecuador es el de un servicio estatal, público, gratuito, conformado por profesionales abogados que asumen el cargo de defensores públicos y que son empleados públicos que perciben un sueldo del Estado y están sujetos a una carrera defensorial; el beneficiario puede escoger el abogado de su confianza. Sobre el contenido se incluye el derecho a los servicios de orientación, asistencia, asesoría y representación judicial en todas las materias y todas las instancias. El derecho es para todas las personas, lo que incluye a ecuatorianos y extranjeros, especialmente en materia penal. La Constitución y el Código Orgánico, al establecer las exigencias que deberá afrontar el nuevo sistema de defensa pública, determinan que el servicio debe ser prestado por un organismo público llamado Defensoría Pública, que se convierte en un nuevo órgano autónomo de la Función Judicial, que también debe administrar el sistema y controlar la

adecuación de prestación de la defensa por todos los defensores públicos, que son abogados de planta con nombramiento y calidad de funcionarios públicos. Claro que el Código establece también la posibilidad de contratar profesionales o instituciones especializadas cuando las necesidades lo requieran para brindar servicios que exijan esa experticia, como en el caso de asuntos de niñez y adolescencia o violencia familiar. El desafío es establecer e implementar ese organismo público.

Que sea un servicio público significa, básicamente, que se ha constituido como un organismo que forma parte de la administración pública; en este caso, de la administración pública del poder judicial, encargado de satisfacer una necesidad pública. Esta necesidad es la prestación de defensa jurídica a las personas que carecen de abogado dentro de un proceso judicial o necesitan el consejo u orientación jurídica de un abogado, que al beneficiar a un gran número de personas, de acuerdo a la ley y a la Constitución, ha sido elevada actualmente al rango de un derecho constitucional y de una necesidad pública que debe ser satisfecha por el Estado, para lo cual debe destinar fondos públicos.

Ésta es la necesidad pública que debe satisfacer y que constituye su razón de ser.

El carácter de servicio público de la Defensoría Pública, determina una serie de características esenciales, algunas de las cuales son especificadas en la misma ley, mientras que otras hay que desprenderles de reglas generales aplicables a esta clase de órganos estatales, como aquellas de ser un organismo autónomo, que prestará un servicio público desconcentrado funcionalmente, con autonomía administrativa y financiera; no actúa con la personalidad jurídica general del Estado, como lo hacen los servicios pertenecientes a la administración central, sino que cuenta con personalidad jurídica propia, su representante judicial y extrajudicial, por lo tanto, es el Defensor Público General quien, actuando según la ley, podrá adquirir las obligaciones y ejercer los derechos que le corresponden¹⁷.

No obstante, el propio Código Orgánico señala que se trata de un servicio desconcentrado, que en este caso deberá ser de carácter territorial¹⁸, lo

17 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 288.

18 Código Orgánico... *op.cit.*, Art. 291.

que significa que se delegan funciones en empleados, dependencias u organismos situados a lo largo del país. La manifestación más importante de esta desconcentración son las oficinas territoriales con competencias en regiones, provincias, cantones o distritos metropolitanos, compuestas no sólo por los defensores locales sino también por unidades administrativas.

Como consecuencia de su carácter de servicio público autónomo, la misma Constitución y el Código Orgánico establecen que también cuenta con patrimonio propio al gozar de autonomía financiera y económica; es decir, puede adquirir y administrar sus propios bienes, actuando a través de su representante legal.

La consecuencia más importante de haberle otorgado autonomía total a la Defensoría Pública es que está en similares condiciones de los otros órganos de la Función Judicial y nos está sometida a la supervigilancia de ninguna autoridad o institución.

Sólo el tiempo y la capacidad de implementar adecuadamente la institución nos podrá decir si estas manifestaciones son suficientes o deberán introducirse las modificaciones normativas, en el nivel que corresponda, para que este organismo pueda satisfacer efectivamente la garantía de la defensa en los términos que exigen la Constitución y los Tratados Internacionales.

6.4. Prestar un servicio de calidad

El artículo 191 de la Constitución exige que la Defensoría Pública preste un “servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito en el patrocinio...”, el Código Orgánico “garantiza el derecho a una defensa de calidad”. La calidad y eficiencia en la prestación del servicio de defensa pública es, entonces, una exigencia constitucional.

Las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal aprobadas por la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en las que se recoge gran parte de la propuesta enviada desde la Unidad de Gestión de la Defensoría Pública Penal, modifica totalmente el sistema de juzgamiento criminal en el Ecuador y se produce un tránsito definitivo al sistema adversarial al oralizar todo el procedimiento mediante la implantación de audiencias públicas orales y contradictorias previas a toda decisión que el juez tome y que afecte derechos de las partes. Esto tiene la indiscutible ventaja de generar para los

sujetos procesales un espacio más efectivo e inmediato para presentar sus solicitudes, actuar su prueba, y al juez para dictar con conocimiento directo de causa sus decisiones.

La defensa, como garantía de intervención en el proceso, tiene dos modalidades: (i) *la autodefensa o defensa material* que es la que realiza directamente la parte demandada, por voluntad o iniciativa propia, o por interrogatorios de autoridad competente, ofrece explicaciones del hecho, aporta pruebas, contradice otras, participa activamente en audiencias. El derecho de defensa material no es una obligación, es un derecho personal. (ii) la que se realiza a través de un defensor que debe ser un profesional abogado, que da lugar a la llamada *defensa técnica* cuya importancia es creciente en todo tipo de procedimientos y materias, especialmente en los de carácter penal. El defensor asesora, patrocina y representa al enjuiciado.

Ahora bien, debemos estar claros que los sistemas adversariales plantean mayores exigencias, sobre la necesidad de contar con una defensa técnica y de calidad, que aquellas que existían en el anterior juzgamiento escrito, inquisitivo, secreto y con investigación de carácter judicial, pues ése sistema tradicional, escrito y sin publicidad, es ampliamente tolerante con la mediocridad, debido a que permite espacios para suplir el desconocimiento por parte de todos los actores; no contiene estímulos para que el juez y las partes sientan comprometido su prestigio por actuaciones mediocres, debido a la poca visibilidad que tienen las actuaciones escritas. “El papel no se sonroja” decimos quienes desde siempre hemos venido impulsando la implementación completa del sistema adversarial y la eliminación definitiva de todo resquicio del sistema inquisitivo escrito.

Sólo los abogados mudos, los que tienen terror a la palabra, se oponían a la implementación del sistema adversarial; muchas voces se alzaron en su contra y hasta ahora reniegan del sistema oral que se basa en audiencias públicas y orales.

Como consecuencia, el sistema oral es mucho más exigente con la calidad profesional de todos los actores pues, en un sistema acusatorio o adversarial, tanto la defensa como la fiscalía deben adelantar una investigación. Es verdad que la investigación de la fiscalía es mucho más intensa y profunda que aquella que realiza la defensa, pero el abogado defensor debe siempre disponer de las destrezas para recopilar su propia información del caso,

si es que quiere tener éxito en su gestión para desvirtuar la hipótesis que la fiscalía le mostrará al tribunal. Por esto es que el Código de Procedimiento Penal exige la presencia personal del abogado defensor en las audiencias.

Por lo dicho, la principal destreza que debe reunir un abogado en un sistema adversarial oral, indudablemente, es su habilidad para litigar. Para brindar una defensa pública de calidad debemos insistir en programas agresivos de capacitación en estas herramientas técnicas que exige un sistema oral. La argumentación oral es una herramienta técnica, muy alejada de las capacidades histriónicas de ciertos abogados, cuyas destrezas se transmiten y se aprenden a través de la capacitación permanente y del responsable trabajo profesional por parte de los abogados en la preparación de sus casos. El defensor debe estar en capacidad de transmitir al tribunal o juez los intereses relevantes del imputado y demostrar su “teoría del caso” preparado con anterioridad y sacarle el máximo provecho durante las audiencias orales, contrarrestando las estrategias y acciones de la Fiscalía General. Las destrezas en litigación oral deben ser parte fundamental del entrenamiento de los defensores públicos. Lamentablemente nuestras Universidades no se han preocupado de preparar a los futuros abogados en estrategias y destrezas de litigación oral y el Estado se ve en la obligación de suplir semejante deficiencia.

Para garantizar un servicio de calidad es indispensable establecer el perfil técnico del defensor público, indicadores de gestión, estándares mínimos de calidad de la defensa para poder medir si la asistencia del defensor otorgó un valor agregado en la tramitación del proceso. Muchos factores deben considerarse y tenerse en cuenta para garantizar la calidad del servicio público de defensa, entre los que se cuentan mantener cargas de trabajo racionales para los defensores, otorgarles los instrumentos informáticos y técnicos adecuados, capacitación técnica permanente, consagración de buenas prácticas de defensa, establecimiento de mecanismos de monitoreo, seguimiento y evaluación constante.

La defensa técnica, entonces, es la que realiza un abogado defensor en el patrocinio de un juicio representando al ciudadano encausado. El defensor está dentro del proceso, en un juicio penal, para hacer valer la presunción de inocencia, para insistir en el carácter subsidiario y excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva, para exigir la objetividad e imparcialidad de los jueces, para pelear por un juicio justo, para que se respeten las garantías del debido proceso; en todos estos casos, el defensor público debe actuar con

capacidad, conocimiento y determinación para hacer valer los derechos y garantías reconocidos por la legislación. La defensa técnica es un trabajo intelectual dirigido a aplicar los conocimientos, destrezas y herramientas para ayudar a la parte más débil dentro del proceso.

6.5. El problema de la prisión preventiva y los “presos sin sentencia”

Los presos, ahora llamados personas privadas de la libertad, son la principal clientela de la defensa penal pública. Es necesario hablar de ellos, las razones por las cuales las cárceles están llenas de ellos y los mecanismos para superar los graves problemas que causa el abuso de la prisión preventiva por parte de jueces y fiscales. Una de las principales causas que provoca desconfianza en la administración de justicia penal y genera la sobrepoblación carcelaria, es la penalidad pre-sentencia que somete a prolongados períodos de detención preventiva a las personas procesadas, violándose sus elementales derechos humanos. La elevada cifra de presos sin sentencia que esto genera provoca, además, el fracaso de cualquier política de rehabilitación que se pretenda incorporar, por su imposibilidad de ejecución.

El uso arbitrario de fiscales y jueces de la prisión preventiva debe, definitivamente, ser cortado, usando para ello a la pena y al derecho penal como protector y no como torturador, como habilitador y no como represivo. La prisión preventiva en el Ecuador es el problema práctico más grande y bochornoso de nuestro sistema penal, por la forma arbitraria como lo manejan los jueces y tribunales en los casos concretos. No se quiere entender que la prisión preventiva es una medida de carácter excepcional y únicamente en casos extraordinarios debe echarse mano de ella como recurso último, como dice el artículo 77 de la Constitución. En un estado democrático, la regla es la libertad, su privación es un caso de excepción. Y sólo por motivos muy graves puede permitirse el régimen de excepción.

La calidad de la prisión preventiva deja mucho que desear en el Ecuador. En la gestión de la defensa penal que hemos realizado, hemos detectado que únicamente un 19 por ciento de las personas por nosotros defendidas y que soportan prisión preventiva han recibido sentencia condenatoria o fianza, los demás, es decir el 81 por ciento han recuperado su libertad por otras decisiones judiciales como: revocatoria de la prisión, caducidad, sobreseimiento,

dictamen abstentivo del fiscal, extinción de la acción, fianza, entre otras. Esto demuestra que ni el fiscal ni el juez penal observaron los requisitos básicos para que se emita una medida cautelar de prisión preventiva. Esto no debe continuar y estamos proponiendo a los operadores de justicia penal llegar a acuerdos mínimos que revierta esta tendencia de liberalidad en ordenar prisiones. Es necesario mejorar el servicio de justicia penal dosificando la prisión preventiva ya que los jueces de garantías penitenciarias tienen una sobrecarga de procesos con personas privadas de la libertad que les impide cumplir con los plazos que establece el Código de Procedimiento Penal para culminar normalmente un juicio penal. Buscaremos incorporar una justicia penal que sea básicamente respetuosa de los derechos humanos.

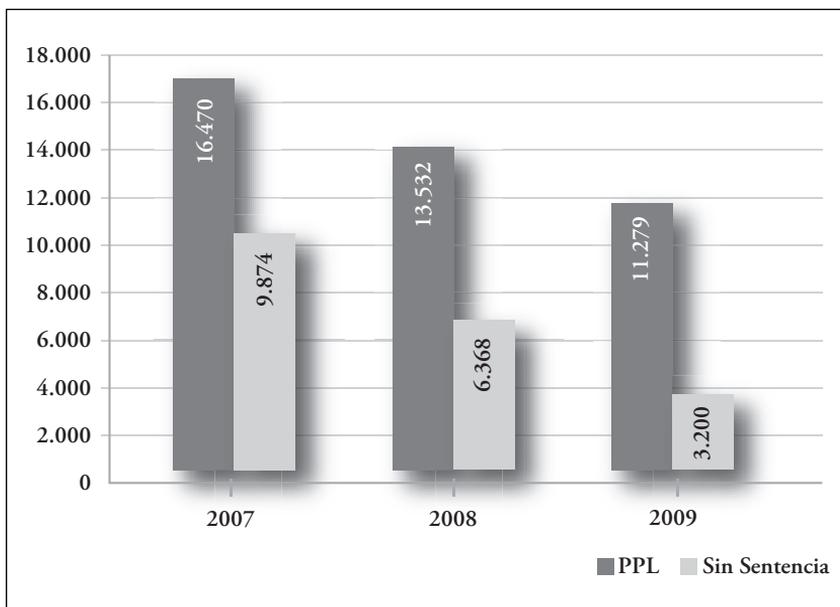
Unidad de Gestión de Defensoría Pública Resoluciones por motivo de cierre. Enero 2008 - febrero 2009

| Resolución por motivo de cierre | NO | % | % acumulado |
|--|--------------|------------|----------------|
| Caducidad de la prisión preventiva | 1.498 | 50,30 | 50,3 |
| Sentencia condenatoria | 367 | 12,30 | 49,7 |
| Autos de sobreseimiento | 261 | 8,80 | 37,4 |
| Caución | 176 | 5,90 | 28,7 |
| Revocatoria de prisión preventiva | 159 | 5,30 | 22,8 |
| Auto de prescripción de la acción | 100 | 3,40 | 17,4 |
| Sentencia absolutoria | 97 | 3,30 | 14,1 |
| Auto de extinción de la acción | 64 | 2,10 | 10,8 |
| Sustitución de prisión preventiva | 63 | 2,10 | 8,7 |
| Sentencia en procedimiento abreviado | 52 | 1,70 | 6,5 |
| Auto de conversión de la acción | 28 | 0,90 | 4,8 |
| Habeas Corpus | 28 | 0,90 | 3,9 |
| Auto de resolución de nulidad | 27 | 0,90 | 2,9 |
| Inhibición de conocimiento | 18 | 0,60 | 2,0 |
| Caducidad del internamiento preventivo | 15 | 0,50 | 1,4 |
| Dictamen abstentivo del Fiscal | 13 | 0,40 | 0,9 |
| Auto de inicio de instrucción fiscal sin prisión | 9 | 0,30 | 0,5 |
| Muerte del imputado | 4 | 0,13 | 0,2 |
| Declaración de inimputabilidad | 1 | 0,03 | 0,0 |
| Total | 2.980 | 100 | |

| | |
|---|-------|
| Declaración de inimputabilidad | 1 |
| Muerte del imputado | 4 |
| Auto de inicio de instrucción fiscal... | 9 |
| Dictamen abstentivo del Fiscal | 13 |
| Caducidad del internamiento... | 15 |
| Inhibición de conocimiento | 18 |
| Auto de resolución de nulidad | 27 |
| Habeas Corpus | 28 |
| Auto de conversión de la acción | 28 |
| Sentencia en procedimiento abreviado | 52 |
| Situación de prisión preventiva | 63 |
| Auto de extinción de la acción | 64 |
| Sentencia absolutoria | 97 |
| Auto de prescripción de la acción | 100 |
| Revocatoria de prisión preventiva | 159 |
| Caución | 176 |
| Autos de sobreseimiento | 261 |
| Sentencia condenatoria | 367 |
| Caducidad de la prisión preventiva | 1.498 |

Esto nos obliga a decir que mejor que crear leyes, es crear escuelas de formación de jueces. Con malas leyes un buen juez puede salvar los principios de la justicia; y, a la inversa, una ley perfecta en manos de un mal juez, producirá resultados inicuos. Bien se ha dicho que más vale un juez con un centímetro de pulcritud que con un kilómetro de conocimientos.

No es el caso de pocas personas, el problema tiene matices de escándalo; a septiembre del 2007, mes que inició su trabajo la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, el 60 por ciento de las personas privadas de la libertad de las cárceles del país no tenían sentencia, a mayo del 2008, ya con el trabajo y la gestión de la defensoría pública penal, a más de otros factores, la cifra disminuyó al 47 por ciento y a diciembre del mismo año existía, aproximadamente, el 28 por ciento de presos que aún no tenían sentencia, pero cumpliendo una orden de prisión preventiva permanecen años de encierro como se expresa en el siguiente gráfico.



La aprobación del Código Orgánico de la Función Judicial y las reformas aprobadas al Código de Procedimiento Penal presentadas desde la Presidencia de la República, ayudarán mucho en el empeño de modernizar la administración de justicia penal, agilizar el procedimiento penal y disminuir el porcentaje de presos sin sentencia. Estamos empeñados en cumplir el anuncio del Presidente de la República de que en agosto del 2009, al conmemorar el bicentenario del Grito de Independencia, declarará al Ecuador país libre de presos sin sentencia; a esa fecha pretendemos que no habrá más del 10 por ciento de “presos sin sentencia” y el grueso de ese porcentaje corresponderá a las personas que fueron encarceladas a partir de marzo de este año y que, hasta agosto, no culminarán los plazos para que termine normalmente un juicio penal.

Debemos buscar un control social alternativo que sea, básicamente, respetuoso de los derechos humanos. “El drama carcelario es un espejo del drama humano” sentenciaba Alessandro Baratta.

Estamos convencidos ahora que la privación de la libertad no es el mecanismo adecuado, ni el único, para evitar el aumento de la criminalidad y para castigar a quien ha violado una norma penal. La prisión, como pena por

infringir la ley, está diseñada para castigar, para hacer daño, creando una violencia mayor que la que suponen terminar quienes lo utilizan, porque genera estigmatización y pérdida de la dignidad en quien es sometido al sistema. Lo inmediato es arbitrar las medidas que tiendan a desinstitucionalizar la prisión preventiva como un medio de control social. La racionalidad de la prisión preventiva debe ser regulada, las reformas al Código de Procedimiento Penal incorporan doce medidas cautelares de carácter personal alternativas a la prisión preventiva que debe ordenarse únicamente cuando las doce alternativas no puedan garantizar la presencia del imputado en el juicio. La cárcel es, fundamentalmente, disocializadora y provoca agudos procesos de *despersonalización*. La cárcel no acaba ni nunca acabará con la delincuencia *mientras no agotemos el empeño de acabar con las condiciones de injusticia en la sociedad*. La cárcel, entiéndase, no resocializa. *La pena de encierro es sólo y únicamente castigo y, además, un castigo inútil porque conlleva generalmente a la reincidencia*. Está demostrado que quienes no reinciden después de la prisión es porque tampoco hubieran reincidido sin ella; igualmente que muchos que no habrían reincidido *lo hacen sólo por haber estado en prisión*. La cárcel debe mantenerse, exclusivamente, para delitos graves y atroces que conmocionan a la sociedad y que exigen tratamientos prolongados a sus actores; para la delincuencia organizada, para los fraudes colectivos, para los banqueros corruptos que tanta pobreza, miseria y muerte provocaron. Para ellos sí, no para el ladrón de gallinas. Por ello trabajamos con mucho empeño para que se apruebe el indulto a favor de las mulas del narcotráfico.

Los motivos que explican esta situación de constante utilización de la prisión preventiva o la perdurabilidad de un alto índice de población carcelaria bajo el régimen o situación procesal de prisión preventiva son de diversa índole y diferentes en cada país. Algunos de ellos se refieren a cuestiones de diseño normativo, como por ejemplo, la existencia de delitos no excarcelables. En otros casos, se vinculan con cuestiones de operatividad del sistema, por ejemplo, un escaso control judicial de los fundamentos y antecedentes del fiscal para solicitarla o la posibilidad de que en las audiencias realizadas en la etapa de instrucción no se asegure la presencia del defensor. De otra parte, también se explica por cuestiones de tradición y cultura inquisitiva que perviven en los sistemas reformados, entre otras múltiples razones que es posible identificar.

Los criminólogos modernos coinciden en afirmar que la pena de prisión está en crisis y los graves problemas que presenta no tienen solución. Corresponde recurrir a otro tipo de sanciones transformándola en la *última ratio* del sistema como manda la Constitución. La pena de prisión debe ser excepcional. El brasileño Heleno Claudio Bragoso, decía:

Todo esfuerzo debe estar dirigido a disminuir la población carcelaria, liberando a los presos no peligrosos y ampliando la posibilidad de liberación de los demás, concediéndoles incentivos para disminuir sus penas. La prisión es inútil para la víctima y para la sociedad. El gravísimo problema de la criminalidad no se resuelve con el derecho penal. El crimen es un fenómeno socio-político que deriva de los problemas estructurales de la sociedad. La prisión como solución punitiva, también refleja esos problemas. Ella da fuerza real y simbólica a la desigualdad social, escandalosa en los países del Tercer Mundo¹⁹.

Las prisiones no durarán mucho tiempo pues la corriente abolicionista, a la que me sumo con entusiasmo, toma terreno; sin embargo, quiero decir frontalmente que la falacia del discurso “resocializador” es fácilmente observable con sólo una mirada a la prisión. El engañar y decir que en las cárceles se rehabilita y que la pena sirve para resocializar es una propuesta cruel, sangrienta y absurda, principalmente si tenemos en cuenta que la mayor parte de la clientela penal en Ecuador y América Latina proviene de los sectores marginados, miserables, depauperizados (guasmos, favelas, tugurios) y hacia los cuales, hipotéticamente, se les debe reincorporar. Este gobierno, que es el único que se ha preocupado de dar solución a la terrible situación del sistema penitenciario, viene realizando esfuerzos denodados para superar semejante bochorno que viola derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Considero, además, que resocializar no tiene ningún sentido por dos razones: porque la sociedad exterior no es ningún modelo ético a seguir; por las políticas aplicadas por los gobiernos neoliberales se ahonda el desempleo, la falta de oportunidades, la riqueza se concentró en menos manos y se socializó la pobreza y la miseria, la sociedad es cada vez más criminalizante; y, segundo, el delincuente común no es, como pretenden hacernos creer “un desadaptado” pues, al contrario, lo que hace es justamente adap-

19 Heleno Claudio Bragoso, *El derecho de los presos*, Argentina, Depalma, 1981, p. 123.

tarse y acomodarse a los valores subterráneos del sistema, como nos enseña científicamente Lolita Aniyar de Castro.

La duración de los procesos penales más allá de los plazos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, es otro de los factores que provoca la existencia de presos sin sentencia. Es verdad que faltan tribunales penales porque los existentes no abastecen la demanda, sin embargo hay evidencias que la falta de gestión adecuada de ciertos juzgadores acumula los juicios sin despacho oportuno. No es posible aceptar el elevado número de audiencias de juzgamiento que terminan siendo fallidas, muchas veces por una inadecuada gestión administrativa que en otras judicaturas, como las de Cuenca y Loja, han sido superadas. Muchos jueces aún no terminan de entender que nos encontramos en un sistema procesal penal de corte adversarial o acusatorio y no dejan de “abrazar” el expediente como fuente única de sus resoluciones. Es urgente un cambio cultural en este sentido.

6.6. La gratuidad del servicio

La Constitución y el Código Orgánico exigen que el servicio de defensa pública sea totalmente gratuito y no admite cobro por ningún concepto. Esto se explica porque la defensa técnica se concreta en el derecho de la parte “... que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos”. Como dispone el artículo 191 de la Constitución, el servicio debe estar orientado a los que no tienen recursos económicos, lo que se traduce en *el derecho a la asistencia judicial gratuita o a un defensor gratuito*. Ya hemos dicho que en nuestro caso se ha de entender por defensa pública, especialmente en el área penal, a la defensa letrada o técnica que debe proporcionar el Estado al imputado o acusado cuando en el transcurso del proceso penal, por cualquier motivo, se encuentra sin abogado de confianza.

En cambio, la asistencia jurídica gratuita, que establece la Constitución, tiene un alcance mucho más amplio, pues no se limita a la defensa en el proceso penal o de otra materia ni tampoco a una sola de sus partes. Y es que entre la defensa pública y la asistencia gratuita existe una naturaleza jurídica muy distinta, en efecto, la primera es en rigor un mecanismo para proveer de defensa letrada o técnica al sujeto más débil de la relación proce-

sal y su fundamento no es otro que evitar que pueda llevarse a cabo un proceso sin que la parte pueda realizar debidamente sus alegaciones, presentar prueba en beneficio de sus intereses, condición indispensable para que pueda tener lugar un juicio justo y se respeten las garantías del debido proceso; mientras que la asesoría jurídica o la asistencia jurídica gratuita es un mecanismo para proporcionar eso, es decir asistencia jurídica, que es un concepto mucho más amplio ya que incluye asesoría extrajudicial, orientación legal y toda clase de consejos legales, que puede también comprender, aunque no se agota en ella, defensa letrada y su fundamento se encuentra en el deber de asistencia social que corresponde al Estado. Por ello es necesario garantizar que el defensor público sea un abogado de confianza del cliente. Es decir que el abogado que se pague por el Estado, sea el elegido por la persona que carece de recursos.

6.7. Las relaciones entre la defensoría pública y el mercado privado de servicios legales

La Defensoría Pública no puede ser indiferente al desarrollo de la calidad y cantidad de los servicios legales, adicionales a la pública, disponibles para los sectores de menores recursos, porque esto generaría una demanda creciente y de imposible cumplimiento para la defensa oficial. Actualmente existe en el país una fuerte crisis en el mercado de servicios legales que repercute sobre las tareas que debe suplir la defensa pública. Una creciente cantidad de abogados, una creciente cantidad de escuelas de Derecho, las crecientes dificultades en ejercer de un modo rentable la abogacía –en especial por los jóvenes profesionales– y la creciente falta de asesoramiento adecuado para los sectores más vulnerables que deben interactuar en una sociedad cada vez más compleja, son indicativos de la gravedad y la profundidad del modo del ejercicio de la abogacía en nuestros países. La Defensoría Pública en el Ecuador no puede quedar indiferente y como mera espectadora de este fenómeno porque entonces, o se sobrecarga de trabajo de un modo endémico –con grave perjuicio para la calidad de sus servicios– o se desentiende realmente del problema en términos de realidad social y no meramente institucional.

Consecuentes con esta realidad y luego de un interesante debate, se decidió incluir en el Código Orgánico de la Función Judicial, con demasia-

do acierto, disposiciones que permitan que otros organismos de la sociedad civil, a más de las Universidades, generen servicios de defensa a favor de los sectores más empobrecidos adicionalmente al servicio público oficial²⁰; y, para que el servicio sea de calidad y eficiente, se manda que la Defensoría Pública autorice el funcionamiento de estos consultorios jurídicos gratuitos y establezca estándares de calidad y mecanismos de evaluación para garantizar esa calidad; en efecto se dispone:

Art. 292.- Servicios de defensa y asesoría jurídica gratuita.- Las facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de las Universidades legalmente reconocidas e inscritas ante el organismo público técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad de las instituciones de educación superior, organizarán y mantendrán servicios de patrocinio, defensa y asesoría jurídica a personas de escasos recursos económicos y grupos de atención prioritaria, para lo cual organizarán Consultorios Jurídicos Gratuitos, de conformidad con lo que dispone el artículo 193 de la Constitución de la República. Las facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas que no cumplan con esta obligación no podrán funcionar.

Art. 293.- Registro de los consultorios jurídicos gratuitos.- Las Facultades de Jurisprudencia, Derecho o Ciencias Jurídicas de las Universidades legalmente establecidas, los organismos seccionales, las organizaciones comunitarias y de base y las asociaciones o fundaciones sin finalidad de lucro legalmente constituidas, para alcanzar la autorización del funcionamiento de los Consultorios Jurídicos Gratuitos a su cargo, comunicarán a la Defensoría Pública, el listado de los profesionales del Derecho que lo integran, su organización y funcionamiento que establezcan para brindar patrocinio en causa y asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos, y grupos de atención prioritaria. La Defensoría Pública evaluará la documentación presentada y autorizará el funcionamiento de los Consultorios Jurídicos Gratuitos; al efecto, expedirá un certificado que tendrá validez anual.

Art. 294.- Evaluación de los Consultorios Jurídicos Gratuitos.- Los Consultorios Jurídicos Gratuitos a cargo de las Facultades de Jurisprudencia, Dere-

²⁰ Véase en esta obra, Juan Pablo Morales, “¿Asistencia jurídica transformadora o consultorios jurídicos para pobres?”

cho o Ciencias Jurídicas, organismos seccionales, organizaciones comunitarias y de base y asociaciones o fundaciones sin finalidad de lucro, serán evaluados en forma permanente por la Defensoría Pública, la cual analizará la calidad de la defensa y los servicios prestados. De encontrarse graves anomalías en su funcionamiento, se comunicará a la entidad responsable concediéndole un plazo razonable que las subsanen; en caso de no hacerlo, se prohibirá su funcionamiento.

Vemos que estas disposiciones establecen un novedoso y necesario esquema de relación entre la Defensoría Pública y las Universidades, asociaciones profesionales, organizaciones de la sociedad civil, que presten servicios de defensa social para asumir en común este grave problema social. Lo importante es encontrar un modelo adecuado y atendiendo las condiciones propias de nuestra sociedad; es difícil llegar a un consenso sobre el mejor mecanismo, mucho más aún cuando por lo general las diferentes posturas son tratadas despectivamente, atacándolas en un caso por “privatista”, y en otros por “burocráticos”. No obstante, está claro que el nudo de la discusión debe ser la eficiencia del servicio. Si no es posible garantizar que cada uno de los imputados contará con una defensa técnica impecable, mal podremos discutir cuál es el modelo más conveniente. Y en muchas ocasiones el eje de la discusión se distorsiona.

Sin embargo, es obvio que es urgente encontrar una vía de salida a la sobrecarga de trabajo que existirá en la Defensoría Pública cuando amplíe su cobertura a todas las materias e instancias, como dispone la Constitución. Caso contrario, nos encontraremos nuevamente frente a tensiones tantas veces no resueltas. Donde contamos con un diseño institucional en lo teórico pero sin llegada a la realidad y sin posibilidad de que las carencias sean solventadas. En definitiva, sostenemos la importancia de llevar adelante la integración de recursos disponibles en una sociedad. Desde esta perspectiva, fortalecer la Defensa Pública Oficial es uno de los componentes a tener en cuenta pero siempre partiendo de la premisa que existen, en la comunidad, una serie de variables que pueden coadyuvar a brindar un servicio de defensa digno que satisfaga las demandas.

6.8. El servicio de Defensoría Pública es para todas las materias e instancias

Así lo dispone el inciso segundo del artículo 191 de la Constitución y la Disposición Transitoria Décima establece que debe darse prioridad a la defensa penal, la defensa de la niñez y adolescencia y los asuntos laborales. El numeral 6 del artículo 286 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que le corresponde a la Defensoría Pública garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas.

El reto es inmenso. El Consejo que recibimos de los defensores públicos de otros países fue que fortalezcamos la prestación del servicio en el área penal ya que ampliar desde un inicio a otras materias podía llevar al fracaso del sistema de defensa pública. Mucho se debatió el tema. Una investigación realizada por el Ministerio de Justicia sobre el nivel de demanda de defensa en otras materias como niñez y adolescencia, violencia intrafamiliar y laboral, arrojaron cifras ciertamente preocupantes sobre el excesivo número de causas que se tramitan en las judicaturas del país con relación a dichas materias; así: en temas de niñez y adolescencia *existen 88 838 causas* en todo el país; por violencia intrafamiliar *existen 76 023 causas* en el país; en asuntos laborales *existen 21 574 causas* en todo el país.

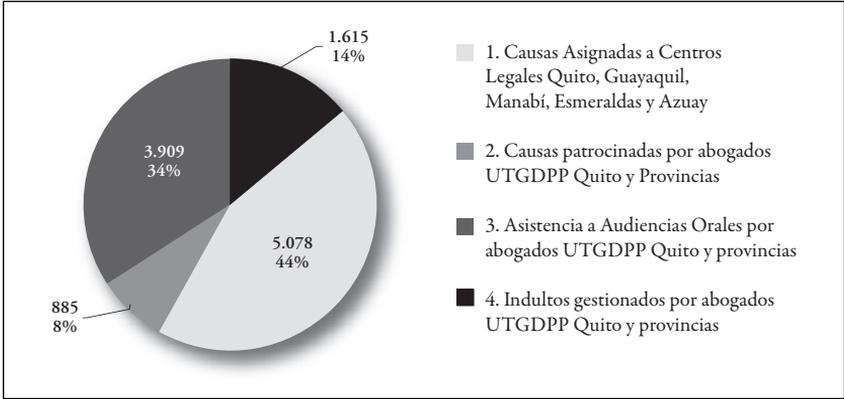
Ante esta realidad y al considerar de que miles de madres de familia o trabajadores, por sus condiciones de pobreza, no pueden presentar una acción judicial, se decidió que el servicio de Defensoría Pública que se crearía, atenderá en todas las materias e instancias y que, en un período de transición de dos años, la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública continúe brindando el servicio de defensa penal, fortalezca su gestión en esta área y, según los recursos económicos y humanos que disponga, vaya ampliando su servicio de manera progresiva a otras materias y fortalezca su estructura técnica sobre cuya base se organizará la Defensoría Pública. El elevado nivel de demanda de defensa en las materias referidas obliga a establecer una planificación técnica adecuada para afrontar semejante reto. Ésta es una de las tareas de la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal.

Debemos decir que en estos 18 meses de gestión de la Unidad Transitoria se han alcanzado importantes logros que justifican, adicionalmente, la insti-

tucionalización de la defensa pública. Se ha logrado cubrir alrededor de un 95 por ciento la demanda de defensa en materia penal; actualmente casi no existe una sola persona privada de la libertad en el Ecuador que no cuente con el patrocinio de un defensor público. El número elevado de casos resueltos ha permitido disminuir sustancialmente el porcentaje de “presos sin sentencia” y hemos contribuido a disminuir la sobrepoblación carcelaria. Más de 15.000 personas pobres se han incorporado a los servicios que brinda el Estado cuando sus causas son gestionadas por los defensores públicos de la Unidad; de ellas, casi 6.000 causas han sido resueltas por diversos motivos. Esto demuestra que el estado de indefensión en el que se encontraban los ecuatorianos era realmente alarmante. En los siguientes cuadros y gráficos resumimos la gestión realizada con la finalidad de evidenciar la necesidad de emprender acciones emergentes para institucionalizar definitivamente en el Ecuador la Defensoría Pública.

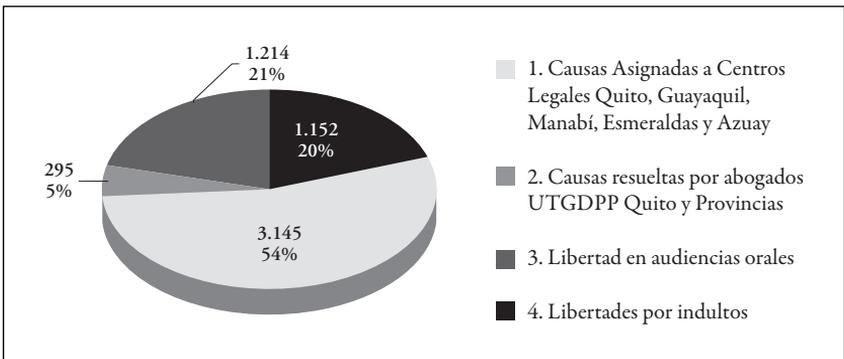
Cuadro condensado causas gestionadas y asesoradas por la UTGDPP

| PERIODO | |
|---|--------------|
| 01-Dic- 07 A 10-MAR-09 | |
| 1. Causas Asignadas a Centros Legales Quito, Guayaquil, Manabí, Esmeraldas y Azuay | 5078 |
| 2. Causas patrocinadas por abogados UTGDPP Quito y Provincias | 885 |
| 3. Asistencia a Audiencias Orales por abogados UTGDPP Quito y Provincias | 3909 |
| 4. Indultos gestionados por abogados UTGDPP Quito y Provincias | 1615 |
| 5. Prelibertades, deportaciones y otros | 227 |
| Subtotal | 11714 |
| CAUSAS GESTIONADAS DE OFICIO Y ASESORÍAS LEGALES | |
| 6. Causas asignadas de oficio a abogados UTGDPP y Centros Legales | 2107 |
| 7. Asesorías (acompañamiento versiones –primera declaración en el proceso– y atención al cliente) | 1175 |
| Subtotal | 3282 |
| TOTAL CAUSAS GESTIONADAS POR LA UNIDAD | 14996 |



Cuadro condensado causas resueltas y gestionadas por la UTGDPP

| PERIODO | |
|---|-------------|
| 01-Dic- 07 A 10-MAR-09 | |
| 1. Causas resueltas por abogados Centros Legales Quito, Guayaquil, Manabi, Esmeraldas y Azuay | 3145 |
| 2. Causas resueltas por abogados UTGDPP Quito y Provincias | 295 |
| 3.Libertades en Audiencias Orales | 1214 |
| 4. Libertades por Indultos | 1152 |
| TOTAL CAUSAS RESUELTAS POR LA UNIDAD | 5806 |



Consideramos que para el mes de agosto de este año no habrá más del 15 por ciento de personas privadas de la libertad que aún no tengan sentencia y con eso solucionaremos el requerimiento de defensa penal y podremos iniciar el plan de implementación de la Defensoría Pública ampliando su cobertura a otras materias e iniciaremos con niñez y adolescencia en el área de alimentos, para luego, en el mes de enero del 2010, hacerlo a materia laboral y en agosto del 2010 a violencia intrafamiliar y las demás materias que se requieran.

El Código Orgánico establece que para ampliar la cobertura a otras materias puede contratarse temporalmente con organizaciones especializadas que trabajan en estas áreas. En razón de que este cuerpo legal concede a la Defensoría Pública la potestad para acreditar y evaluar a los servicios de defensa y asesoría jurídica gratuita que organicen las Universidades del país y las organizaciones de la sociedad civil, creo que es una buena oportunidad de diseñar con ellos un sistema adecuado y técnico para que, inicialmente, esos centros jurídicos brinden a la ciudadanía pobre el servicio de defensoría en otras materias y que el área penal sea asumida, exclusivamente, por la Unidad Transitoria y la futura Defensoría Pública. Con los egresados de derecho que deben realizar las prácticas pre profesionales puede organizarse programas de servicio comunitario que permita, sobre todo en los sectores rurales, comunidades y barrios pobres, el acceso a patrocinio y asesoría legal especializada y capacitada, que eleve el respeto a los derechos humanos y derechos ciudadanos y al ejercicio efectivo de los mecanismo jurídicos.

Adicionalmente, no debemos olvidar que los cambios sociales han puesto sobre el tapete nuevos temas y nuevos sectores sociales con preocupaciones distintas que, tradicionalmente, no han sido de la preocupación principal de las defensas públicas. Los casos de defensa del consumidor, las estrategias de acciones colectivas, los discapacitados, el tema de las poblaciones indígenas, el problema en general de las poblaciones migrantes, las nuevas exigencias de las minorías, las nuevas formas de violencia, la defensa del medio ambiente, los recursos constitucionales por violación de garantías fundamentales, etc., plantean nuevos problemas y nuevas tensiones, que sumadas a la necesidad de no abandonar los temas principales y tradicionales de la defensa pública, obligan a pensar en nuevas formas de asignación de recursos y modelos organizacionales, así como en una redefinición del perfil tradicional del defensor.

El servicio de defensa no debe concentrarse en las grandes ciudades, sino que debe asumir la obligación de desplegarse territorialmente, dotando de recursos a las zonas rurales muchas veces olvidadas por el Estado y abandonadas a su propia suerte. El Código Orgánico exige que el servicio debe prestarse desconcentradamente mediante oficinas con competencia en regiones, provincias, cantones y distritos metropolitanos. En síntesis, los problemas reseñados precedentemente nos muestran no sólo los grandes desafíos a los que debe enfrentarse la Defensa Pública sino la importancia y la necesidad de construir un modelo institucional que responda a estos desafíos.

La complejidad de problemas que giran alrededor de la defensa pública y la magnitud de las tareas que tiene por delante nos impone superar las visiones moralistas o burocráticas que podrán ser tranquilizadoras para quienes en lo individual ejercen sus cargos con responsabilidad pero que son notoriamente insuficientes para construir nuevos sistemas de defensa pública que verdaderamente sean fundamentos de una política eficaz de protección de los Derechos Humanos fundamentales.

Para poder responder a este reto es necesario asumir desafíos de gestión que permitan implementar un diseño orgánico institucional moderno, que establezca una estructura técnica por procesos y con una verdadera especialización por materias. Insistimos que el servicio tiene que ser de calidad no de caridad. El concentrar en una misma institución pública el servicio de defensa pública para todas las materias e instancias es un caso único en América Latina, con excepción de Paraguay que conoce materia laboral y civil, y debemos responder con capacidad y organización a semejante compromiso; voluntad política existe, debemos programar con suficiente orientación y con información de línea base claras, un proceso técnico de implementación de la Defensoría Pública y ser un ejemplo de gestión y organización en América Latina.

6.9. Orientación de la defensa a los intereses del defendido

El artículo 286 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece las funciones de la Defensoría Pública, en el numeral 5 dice: “Garantizar que las personas que tengan a su cargo la defensa pública... velen por el respeto a los derechos de las personas a las que patrocinan. *En todo caso primará la orientación a los intereses de la persona defendida*” (Énfasis nuestro).

Con esta disposición se pretende solucionar un problema bastante debatido al momento de organizar un sistema de defensa pública. Los defensores de los modelos inquisitoriales han defendido el principio de que debe propenderse por un ejercicio subordinado de la defensa a los intereses de la justicia. Esta idea genera un modelo de defensor convencido que su lealtad principal está con la búsqueda de la verdad y con la justicia y no con su defendido. El defensor es percibido, y así él se considera, como un funcionario judicial y no como un abogado litigante aunque sea pagado del Estado. Nosotros coincidimos con aquellos que defienden el principio de que para el defensor no existe otro interés superior que no sea el interés concreto de su defendido.

En el diseño del servicio de la Defensoría Pública debemos incorporar un modelo que supere el tradicional criterio de un ejercicio meramente formal de la defensa según el cual el defensor debe preocuparse exclusivamente por cumplir con los trámites y hacer “acto de presencia” en las diligencias y audiencias para asegurar la marcha del proceso, pero no tienen una teoría del caso, no se esfuerzan por introducir pruebas, no extreman la atención y defensa de su defendido, no agilizan la causa ni interponen los recursos respectivos ante las decisiones judiciales prestándose para cumplir el triste papel de “auxiliares de la justicia”, empujando a sus defendidos a que se declaren culpables, si cometieron el ilícito, bajo el errado criterio de que la verdad y la justicia deben imponerse. Conozco varios casos en los que el defensor ni siquiera conoce, durante todo el juicio, a su defendido o le entrevista unos minutos antes de una audiencia; creen que no deben esforzarse demasiado ya que “como es gratis, qué más quieren”. Esta detestable práctica generó un defensor público débil objetivamente, sin responsabilidades claras, y, por lo tanto, poco dispuesto a hacerse respetar por los otros actores del sistema.

Para evitar semejante despropósito es necesario implementar un marco institucional que contemple una arquitectura organizacional por procesos, con modelos de gestión definidos y con una estructura orgánica que le otorgue elevada fortaleza al servicio de defensa pública, con fuertes mecanismos de control de la gestión de los defensores y de la calidad de la defensa técnica, con estándares de calidad definidos, todo para que conlleve a brindar un servicio que preserve, de manera prioritaria, el princi-

pio de respeto absoluto al interés superior del defendido y se proteja el trabajo del defensor público. Es indispensable, además, para superar este inconveniente, crear una carrera dentro de la defensa pública que garantice su estabilidad y estabilización y evitar que los defensores prefieran ser jueces o fiscales²¹.

Adicionalmente, debemos decir que, en un sistema adversarial, al imputado se le considera como un sujeto de derechos al cual el defensor debe representarlo y no sustituir, contrariamente a lo que sucede en los modelos inquisitivos en los cuales el imputado es únicamente un sujeto de investigación donde la defensa del imputado suele sustituirlo a este como tal.

El desafío que tenemos, al ser la defensa un servicio público, consiste en tratar al usuario como el centro de preocupación, bajo parámetros de eficiencia y calidad y superar el tradicional criterio de que a quien se debe satisfacer es al Estado que es el que financia el servicio. Si bien es cierto que esta vieja cultura de la defensa pública está desapareciendo en casi todos los países, en el Ecuador todavía existen jueces, fiscales y defensores que mantienen la visión y la idea de auxilio a la justicia y no al imputado.

Respetar el interés del defendido implica, entre otras cosas, un mayor contacto y cercanía con el defendido y una preocupación que se manifiesta en la atención por el grado de satisfacción que él tenga respecto del servicio que se le presta. En este punto no debemos soslayar las dificultades prácticas que puede presentarse el momento de la elección del defensor de confianza por parte del imputado, así como la generación de todos los mecanismos que conlleven a provocar una relación estable, transparente y fluida entre defensores e imputados, lo que se genera desde la primera entrevista, pero de todos modos debe ser un principio general de la organización que marque las líneas de su desarrollo posterior.

La orientación al interés del imputado como principio rector de la organización no impide que la defensa pública pueda llevar adelante acciones institucionales que tienen una relación directa con los intereses de sus

21 Véase en esta obra, Santiago Andrade Ubidia, "Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008"; y, Vanesa Aguirre, "Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia".

defendidos aunque excedan el caso o apunten a condiciones estructurales, tales como la denuncia de torturas, condiciones carcelarias u otros intereses que afectan a las condiciones generales vinculadas a la gran mayoría de los defendidos. De todos modos, en ningún caso se podría sacrificar la eficacia de una defensa particular por una acción de tipo institucional por más loable que ella sea porque nunca se debe olvidar que el objetivo central de la institución es defender imputados concretos y no realizar acciones institucionales²².

6.10. El derecho a un defensor de confianza

Hemos dicho que si bien se reconoce el derecho que tiene el Estado a castigar a quienes cometen un delito, ese derecho no puede ser absoluto ni arbitrario. Un detenido se enfrenta solo ante la maquinaria investigativa y punitiva del Estado y ante la amenaza concreta de sufrir una pena de encierro y verse sometido a la angustia de soportar un proceso penal.

La historia de la persecución penal ha sido pródiga en arbitrariedades e injusticias y por tal razón se fue consolidando el lugar del derecho a defenderse ante toda imputación de un delito como uno de los derechos fundamentales en defensa de la libertad de todos los ciudadanos. La larga lucha por la consolidación de este derecho se materializa hoy en las fórmulas normativas que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones Políticas de todos los países de la región adoptan sin excepción. Ya no quedan dudas de que la posibilidad real de defenderse de la persecución penal constituye una garantía inherente al Estado de Derecho²³.

La Convención Americana de Derechos Humanos regula en la letra d) del artículo 8.2 el derecho a defenderse personalmente, como la garantía que se denomina intangibilidad de la estrategia de defensa, y el derecho general a ser asistido por un defensor de la propia elección del imputado, lo que comúnmente se denomina el derecho a un defensor de confianza. Por su lado el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 letra d) establece que la persona tiene derecho a ser asistida por un defensor de su

22 Alberto Binder y otros, *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, publicación del PNUD y CEJA, p. 32.

23 Alberto Binder, *Manual de Defensoría Penal Pública... op. cit.*, p. 19.

confianza, a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

En concordancia con estas disposiciones de los indicados instrumentos internacionales, nuestra Constitución al establecer las garantías del debido proceso, dispone: “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público...”²⁴

Vemos pues, que el derecho a contar con un defensor de confianza es un derecho humano fundamental y constituye una garantía inherente al Estado de Derecho y, como ya dijimos, no solo una garantía constitucional, sino también una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas. La presencia de una defensa técnica real disminuye el margen de error en las intervenciones judiciales, otorgándole mayores posibilidades de acercarse en sus decisiones a la verdad por el litigio y la controversia de las partes, en lugar de dejar librado todo el desarrollo del proceso a la actividad unilateral del juez.

Al derecho a la defensa técnica le cabe un papel fundamental en tanto motor de todas las restantes garantías del juicio justo. El progresivo desarrollo del derecho a lo largo del tiempo hace que se trate de una disciplina compleja, llena de tecnicismos y especificidades que obligan a manejar herramientas técnicas para efectuar una adecuada defensa, que podrían convertir en letra muerta a las garantías procesales de no existir una intervención letrada capaz de hacerlas valer en beneficio de los imputados. Se afirma que la exigencia de que la defensa sea prestada por un letrado se relaciona con la efectividad de la misma, pues solo podrá realizarse una defensa en igualdad de medios frente al Ministerio Público, si esta se presta con calidad técnica, necesariamente por un especialista en el área. La presencia de la defensa letrada permite ejercer adecuada y técnicamente la defensa en el proceso, no solo por la representación de este en actos procesales concretos, sino para definir una estrategia conjuntamente con el imputado para afrontar adecuadamente el proceso.

24 Constitución del 2008, Artículo 76, numeral 7, letra g).

6.11. La Defensoría Pública incide en el funcionamiento de la justicia penal

La defensoría pública juega un papel fundamental en el funcionamiento global de la justicia penal. Hemos dicho que en los modelos inquisitoriales recae en la actividad unilateral del juez, para encontrar la verdad, el resultado del juicio penal y la defensa pública cumple el papel de auxiliar del juez en su tarea de encontrar la justicia del caso. En los modelos adversariales se deja que cada una de las partes, fiscal y defensor, presenten su versión del caso, produzcan y contradigan pruebas y debatan ante un juez imparcial, garantista, que no representa a ninguno de los intereses en juego. Aquí, si queremos hacer una representación gráfica, podemos afirmar que la justicia es como un triángulo: en el ángulo superior está el juez imparcial que sanciona el delito; en el ángulo inferior está el fiscal que, representando el interés de la sociedad, acusa el delito y, en el otro ángulo está la defensa que vela por el respeto a las garantías del debido proceso y representa el interés del acusado. En otras materias, que no sea la penal, también procede esta representación.

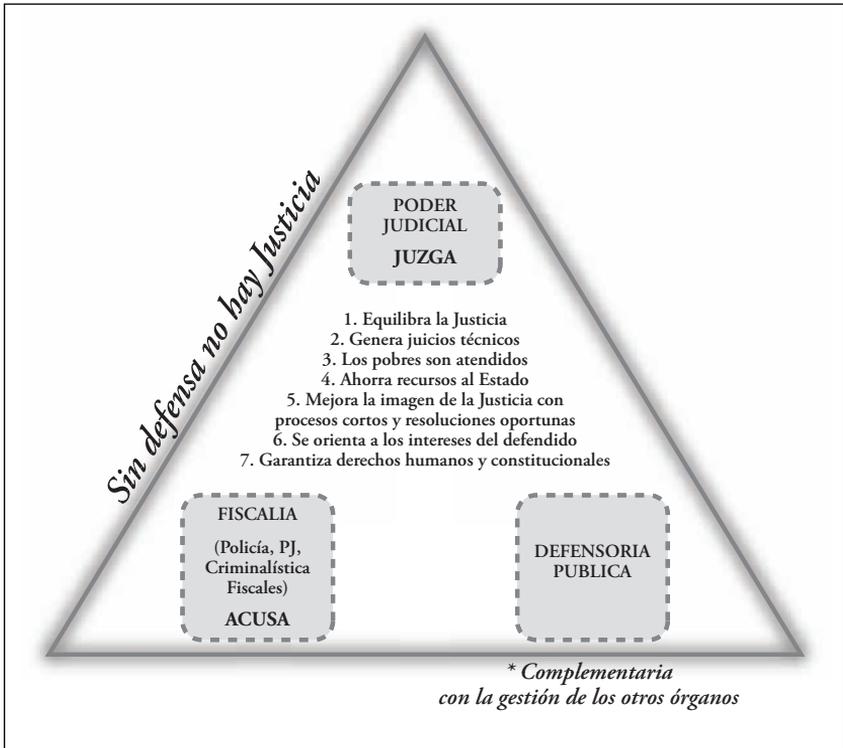
En estos modelos la participación de la defensa pública es indispensable para que el sistema funcione adecuadamente pues, mientras mejor representado está el interés del imputado, mejor funciona la justicia penal.

La intervención de una defensa técnica y especializada, equilibra la justicia al permitir que el acusado intervenga en igualdad de armas con el fiscal, genera juicios más técnicos porque eleva la calidad del debate, mejora la imagen de la justicia al lograr juicios más cortos y resoluciones más justas y oportunas, brinda un servicio a favor de los más pobres y representa a la parte más débil de la relación procesal, garantiza que se respeten los derechos fundamentales del acusado y se observen las garantías del debido proceso. En fin, la defensa incide enormemente en el adecuado funcionamiento de la justicia penal; por esta razón no debemos cansarnos en insistir que en el Ecuador la defensoría pública debe desarrollarse y fortalecerse para defender el interés concreto del defendido como tarea central fundamental y excluyente de toda otra.

Por ello compartimos el criterio que expresa que

en el contexto real de la gran mayoría de los países de la región, el problema principal consiste en lograr que los Estados cumplan efectivamente su

promesa de asegurar el derecho de defensa a todos los ciudadanos –en especial a quienes no tienen recursos– y que ese ineludible aporte estatal adquiera condiciones de calidad y eficiencia en la defensa de los intereses concretos de los imputados²⁵.



Con lo dicho, vemos que la defensoría penal no solo constituye una garantía constitucional, sino también una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas. La posibilidad de que exista una defensa real y adecuada, vuelvo a decirlo, genera procesos más técnicos, equilibra la justicia, las resoluciones se producen en plazos más cortos, disminuye el margen de error en las intervenciones del sistema penal, otorgándole mayores posibilidades de acercarse en sus decisiones a la verdad por el litigio y la

25 Alberto Binder, *Manual de Defensoría Penal Pública*, op. cit., p. 24.

controversia de las partes, en lugar de dejar librado todo el desarrollo del proceso a la actividad unilateral del juez o de los acusadores, por más que ellos sean funcionarios de la Función Judicial o del Ministerio Público.

Como queda visto, esa obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la defensa, proviene de la propia Constitución y de nuestras leyes procesales que recogen lo consagrado en varios instrumentos internacionales. El reto ahora es construir un verdadero sistema de defensa pública que satisfaga las exigencias constitucionales y del Código Orgánico de la Función Judicial y que todos los operadores de justicia valoren y respeten el trabajo del defensor público como parte solidaria de un mismo objetivo: la modernización del servicio de justicia penal.

Al fortalecer el servicio de defensa pública se fortalece también el funcionamiento de la justicia penal. Es impensable una condena si en el juicio no existió defensa.

6.12. Actuar en igualdad de armas con la Fiscalía

No debemos olvidar que un sistema adversarial es un modelo de partes, donde la práctica probatoria deja de ser una labor judicial para convertirse en una atribución confiada a las partes. En el momento que se adoptó un sistema acusatorio se optó por un diseño adversarial, en el que el conflicto pertenece a los interesados, eso sí con la precisión de que, al tratarse de materia penal y en concreto en los delitos de acción pública, la sociedad se halla representada por el Ministerio Público, hoy Fiscalía General del Estado. Si tomamos en cuenta, entonces, que un sistema adversarial se basa en una confrontación entre las partes, es necesario precisar que la producción de información y con ello la toma de la resolución queda confiada a la labor de introducción de información y mutua depuración entre los abogados que representan cada una de las posiciones –fiscal y defensor–. Por ello, afirmamos que en un diseño de esta naturaleza resulta simplemente inviable la administración de justicia, si no se cuenta con una fiscalía y una defensoría pública como instituciones fuertes capaces de asumir la representación de los intereses tanto de los ciudadanos como de la sociedad *pero que actúen en igualdad de armas y en condiciones similares* (La Constitución y el Código aseguran esta igualdad: autonomía, condiciones, etc.).

El Estado debe garantizar una situación de equilibrio entre los recursos económicos y de infraestructura asignados a la Fiscalía General para la persecución penal y los recursos disponibles para la defensa en el juicio, de tal manera que la igualdad de armas no sea una ficción. Si consideramos que, además de lo penal, la defensoría debe atender la defensa en otras materias, el presupuesto que debe asignarse para la Defensoría Pública debe ser superior al establecido para la Fiscalía General.

La igualdad de armas se justifica, adicionalmente, por dos razones: primero, porque el procedimiento de carácter acusatorio que se establece con la Reforma, supone necesariamente que la sentencia sea producto de un debate efectivo, fundamentado, en el que intervengan tanto el acusador como el acusado, frente a un juez imparcial, que para no perder su carácter de tal no puede salir a buscar argumentos o pruebas a favor de ninguna de las partes; la reforma al Código de Procedimiento Penal prohíbe que el juez de garantías penales pueda introducir prueba; segundo, porque para que este debate sea efectivo y productivo, debe tener lugar ante dos partes en absoluta igualdad de condiciones procesales, es decir, que ninguna tenga más medios o facultades que se traduzcan en una ventaja que haga más probable que una obtenga una sentencia en su favor.

Como en nuestro nuevo sistema el acusador será generalmente un fiscal, que está dotado de los conocimientos, la preparación, los medios y los recursos necesarios para obtener una sentencia en su favor, es evidente que la defensa también debe ser de alta calidad, al menos equivalente a la del órgano de persecución penal.

Entonces, el principal fundamento para la instalación de una institución fuerte, organizada a nivel nacional como será la Defensoría Pública, es que los abogados que prevea a los imputados sean capaces de hacer frente en igualdad de condiciones a los fiscales de la Fiscalía General²⁶.

26 Véase en esta obra, Jorge Vicente Paladines, “¿Fiscal General o General Fiscal?”

6.13. Un servicio basado en estándares de calidad y eficiencia y evaluaciones permanentes

La Constitución y el Código Orgánico exigen que el servicio de defensa pública sea de calidad y de alta eficiencia. Con este objetivo el Código en el numeral 10 del artículo 286 obliga a la defensoría a “Establecer los estándares de calidad y normas de funcionamiento para la prestación de servicios de defensa pública por personas e instituciones distintas de la Defensoría Pública y realizar evaluaciones periódicas de los mismos...”. Con esta disposición, se obliga que no sólo el servicio público de defensa sea de calidad y eficiente, también se exige que las Universidades, organizaciones no gubernamentales, organismos autónomos, organizaciones de la sociedad civil, y toda persona natural que trate de brindar servicios de defensa pública, es decir gratuita y de calidad, deben someterse a parámetros de calidad previamente establecidos y a evaluaciones permanentes por parte de la institución pública. Esta exigencia responde al principio que venimos pregonando de que no porque el servicio de defensa pública es gratuito y va dirigido a los pobres debe ser un servicio de caridad; al contrario, precisamente por ello y porque es pagado por el Estado, debe ser un servicio de calidad y eficiente.

Adicionalmente, el número 11 del artículo 288 impone al Defensor Público General la obligación de fijar “estándares de calidad y eficiencia para los servicios institucionales prestados y ejecutarlos...”. Debemos aclarar que las dos disposiciones mencionadas fueron parte del veto parcial que emitió el señor Presidente de la República al Código Orgánico de la Función Judicial a la que se allanó la Comisión Legislativa; es decir son propuestas que establecen luego de un interesante debate que tenía como finalidad establecer el nacimiento de una institución pública regulada bajo parámetros técnicos de calidad en el cumplimiento de su principal misión que es la de proporcionar asesoría, defensa y patrocinio judicial a quien lo requiera.

Los estándares de defensa pública son normas que imponen al defensor público parámetros destinados a proporcionar a los beneficiarios del servicio una defensa de calidad real, mediante la declaración de resultados esperados en las actividades concretas que debe realizar en todas y cada una de las etapas del proceso, especialmente del proceso penal, en resguardo de los derechos e intereses del defendido.

La obligación de trabajar bajo estándares genera un modelo de gestión moderna y técnica que obliga a la preparación constante del defensor, lo que se traduce en certeza de calidad del servicio prestado y en una forma adecuada y eficiente de controlar la defensa para asegurar la permanente vigencia de las garantías del imputado o defendido y la orientación a los intereses de ese imputado o defendido. La estructuración de esos estándares, en el área penal en esta primera etapa, es una de las obligaciones trascendentes de la actual Unidad Transitoria de Gestión que debe preparar toda la base técnica institucional sobre la cual se formará la Defensoría Pública. Estamos avanzando en este empeño para lo cual hemos iniciado con identificar una arquitectura orgánica institucional por procesos que defina las tareas, responsabilidades, indicadores de gestión, etc., en cada etapa del proceso penal; con ello, posteriormente, realizaremos análisis y esfuerzos para la determinación de los parámetros a ser utilizados para la elaboración e identificación de los estándares, así como su metodología de medición y aplicación que debe complementarse con un manual de procedimientos y, no dejamos de ser optimistas, con la aplicación de normas ISO.

En la confección de los estándares es imprescindible la participación de Universidades, académicos y sectores profesionales así como de los abogados y órganos de la Función Judicial, generándose instancias de discusión y de intercambio de experiencias.

Una defensa de calidad tiene que ver tanto con la idoneidad de los profesionales que la llevan a cabo, como con el nivel de las prestaciones. Una defensa real y efectiva, especialmente en área penal, se traduce en un conjunto de acciones, judiciales y extrajudiciales, durante todas las etapas de la persecución penal dirigida en contra del imputado, destinadas a resguardar los derechos e intereses del beneficiario.

En el establecimiento de los estándares debemos orientar su contenido al resguardo de los derechos, garantías e intereses del defendido, porque así lo establece el Código Orgánico que ordena que “en todo caso primará la orientación a los intereses de la persona defendida”²⁷.

Sin embargo, para la evaluación del desempeño de los defensores penales públicos, es necesario implementar un sistema de medición y con-

27 Código Orgánico. *op. cit.*, artículo 286 numeral 5.

trol del desempeño de los defensores, con indicadores de gestión de desempeño que permita evaluar el estándar previamente fijado, todo lo cual debe formar parte de todo un sistema de control estratégico que permita a más de controlar la calidad de la defensa y de la gestión, establecer políticas, concretar metas, rendir cuentas y tecnificar el servicio público.

Con la experiencia adquirida, la defensoría penal de Chile nos recomiendan que:

Establecer un sistema de control estratégico requiere la realización de cuatro etapas:

- Establecer estándares y objetivos.
- Crear sistemas de medición y monitoreo.
- Comparar el desempeño real frente a los objetivos establecidos.
- Evaluar el resultado y emprender medidas correctivas si es necesario²⁸.

Estos son los caminos que debemos recorrer en el Ecuador para lograr que la Defensoría Pública sea una institución que, desde su nacimiento, se convierta en una organización modelo de eficiencia, servicio y calidad.

Lo anterior nos evidencia la necesidad de mantener una evaluación y control permanente de la defensa pública, especialmente en el área penal.

La vigencia de las reformas aprobadas al Código de Procedimiento Penal que incorporan la oralidad en todo el procedimiento y fortalecen el modelo adversarial, como nos dice Carocca Pérez, “supone el empleo de altos estándares de litigación, desconocidos hasta ahora en el derecho nacional, que desde siempre ha operado de acuerdo a las facilidades que ofrece y los lentos ritmos de trabajo que permiten los procedimientos escritos que eran los únicos con los que habíamos contado”²⁹.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que algo muy innovador del nuevo sistema es la entrega a las Universidades, entidades y personas externas de la responsabilidad de prestar una parte importante de la defensa pública, por lo que un objetivo esencial de su regulación es el de asegurar un correcto otorgamiento del servicio y una legítima utilización de los fondos públicos con los que se retribuiría a los prestadores.

28 Defensoría Penal Pública de Chile, Memoria Anual 2006, p. 52.

29 Alex Carocca Pérez, *La Defensa Penal Pública*, Chile, Edit. Lexis Nexis, 2005, p. 239.

Uno de los mecanismos en los que más se confía para la evaluación y control de la defensa, es en el derecho que se concede a los propios beneficiarios para solicitar el cambio del abogado, como derecho personal del defendido; el número de personas que hagan uso de este derecho, podrá utilizarse como un indicador objetivo del desempeño de un determinado abogado que está prestando defensa pública.

La exigencia de mecanismos de control sobre los defensores públicos supone, por ende y como ya dejamos dicho, la definición previa del nivel de las prestaciones que se les van a exigir. Para este efecto, el Código Orgánico ha incorporado el concepto de “estándares de calidad y eficiencia”, queriendo aludir a aquellos parámetros que servirán para calificar como satisfactoria la defensa que preste un defensor a favor de un determinado defendido. “Estos, como dice Carocca, son los que permitirán determinar la calidad de los servicios prestados, particularmente, el nivel profesional de las actividades de defensa desarrolladas en el proceso, su prontitud y, en definitiva, la atención que reciban los beneficiarios de la defensa penal pública”³⁰.

Una duda que surge en este sentido es si estos “estándares de calidad y eficiencia”, serán los mismos a nivel nacional o si, por el contrario, podrían establecerse a nivel regional o provincial ya que, por ejemplo, podrían presentarse diferencias significativas acerca de las exigencias de celeridad de las actuaciones entre las diversas provincias del país, por la diferencia de densidad de la población, facilidades de desplazamiento entre las distintas ciudades y localidades, número de casos que deberá atender cada defensor, eficiencia de la administración de justicia, etc., que se observan lamentablemente. No dejaré de resaltar la eficiencia con la que actúa la administración de justicia penal en Azuay y Loja, por citar dos provincias y la lentitud con la que se actúa en Guayas y Esmeraldas, igualmente por citar únicamente dos provincias. La cantidad de los casos resueltos y la calidad de las resoluciones son totalmente diferentes, considerando todos los parámetros, entre estas provincias. Sin embargo considero que los estándares deben ser similares para todo el país porque debemos alcanzar el objetivo de una justicia ágil, moderna, oportuna y eficaz en todo el Ecuador.

30 Alex Carocca Pérez, *op. cit.*, p. 241.

Otra duda que nos ha surgido, es si estos estándares alcanzan sólo las etapas propias del proceso penal, o si por el contrario, deben referirse también a la atención que el defensor penal público debe prestar al imputado a quien le corresponde asistir antes o fuera del proceso, que quizás a consecuencia de esta actividad de defensa hasta podría no iniciarse, por ejemplo, porque gracias a la gestión del defensor ante la Policía al momento de su detención por presunto delito flagrante, o en la audiencia de calificación de la legalidad de la detención o de formulación de cargos, inmediatamente se demuestra que se trata de un error y el afectado es puesto en libertad.

A continuación, enumeraremos un listado de actuaciones de los defensores penales públicos que a criterio de Alex Carocca Pérez, les considera como estándares procesales básicos, sin perjuicio de que se podrían agregar otros de conformidad con la realidad de la justicia en el Ecuador. Carocca recomienda los siguientes estándares:

- a) Permanecer a disposición del sistema para asumir la defensa del imputado o acusado que los designe.
- b) Tomar contacto inmediatamente con el imputado una vez designado.
- c) Elaborar una estrategia de defensa, a lo menos para las primeras actuaciones del procedimiento.
- d) Asistir a todas las audiencias.
- e) Hacer valer todos los argumentos de defensa a favor del imputado.
- f) Ser muy firme en la defensa frente al fiscal y frente al Juez o tribunal.
- g) Explorar todas las posibilidades de soluciones que favorezcan al imputado y eviten tener que llegar al juicio oral.
- h) Obtener todos los antecedentes que puedan favorecer a su defendido.
- i) Solicitar todas las diligencias de investigación para obtener los antecedentes que favorezcan a su defendido.
- J) Presentar en el momento oportuno los antecedentes obtenidos para producir prueba en el juicio oral.
- k) Procurar asistir a las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público.
- L) Solicitar periódicamente la revisión de la medida cautelar de prisión preventiva.
- m) Contestar la acusación dentro de plazo.
- n) Preparar debidamente el juicio oral.

- o) Intervenir activamente en el juicio oral.
- p) Prepararse para cualquier vicisitud que se produzca durante el juicio oral.
- q) Interponer los recursos que procedan contra las resoluciones que se dicten durante la etapa de investigación.
- r) Entablar el recurso de nulidad contra la sentencia pronunciada en el juicio oral.
- s) Proporcionar información periódica al imputado sobre el desarrollo del caso.
- t) Informar a la Defensoría Penal Pública cualquier novedad importante en los casos que esté atendiendo.
- u) Enviar oportunamente la información que le sea solicitada en forma extraordinaria por la Defensoría Penal Pública³¹.

El control efectivo del cumplimiento de la defensa penal, que satisfaga estos estándares procesales básicos, es una de las tareas y responsabilidades principales de la Defensoría Pública.

6.14. Orientación asistencia y asesoría jurídica

La Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial³² establecen que el servicio de defensa pública comprende las modalidades de orientación, asistencia, asesoría y representación judicial. Entendamos: no sólo se patrocinará las causas con la intervención de un abogado defensor público que asuma la defensa en juicio; la finalidad es garantizar el completo acceso a la justicia a marginados, a desempleados que no tienen ingresos, a trabajadores, jubilados, pensionistas, a víctimas de violencia familiar, a madres que requieren reclamar pensiones alimenticias, a pueblos y comunidades indígenas; en fin, a todas las personas de bajos recursos y que requieran la orientación y asesoría jurídica para exigir sus derechos.

La orientación tiene por objetivo canalizar al solicitante hacia las autoridades o instituciones que deben atender el asunto planteado, guiarle en la forma de plantear el caso y aconsejarle los caminos que debe transitar.

Aunque desde el punto de vista jurídico no implica sino la opinión técnica del asesor, que parte de la determinación de la competencia y culmina

31 Alex Carocca Pérez, *op. cit.*, p. 248.

32 Constitución del 2008, artículo 191, inciso segundo y 286 numeral 1 del Código Orgánico.

con el hacer saber al interesado a dónde encaminarse, desde el punto de vista social, sin embargo, tiene una gran importancia, porque da la oportunidad de servir a los más necesitados que, generalmente, no encuentran eco a sus palabras ni quien los oriente respecto a cómo proceder ante un problema legal.

De ahí que orientar, con sentido social, calidez humana y vocación, deba ser una característica de esta modalidad del servicio que la Defensoría Pública debe asumirla.

En cuanto a la asesoría jurídica, se hace saber al interesado la viabilidad de la intervención legal y los trámites, recursos, juicios y medios de impugnaciones ordinarias y extraordinarios que pueden hacerse valer.

Por último, la representación jurídica consiste en el patrocinio legal que se otorga al interesado, previo estudio socioeconómico, con excepción de la materia penal, para dilucidar si se encuentra entre los destinatarios del servicio en cuanto se refiere a sus ingresos y condición económica, o cuando se estime necesario.

Se debe contar, para este efecto, con un cuerpo de trabajadores sociales, que serán los encargados de realizar los estudios socioeconómicos correspondientes. No obstante en casos de urgencia, se debe intervenir aun cuando no esté dilucidada la condición económica del solicitante, y se otorga el servicio, a fin de proteger sus intereses y evitar afectaciones irreparables.

VII. Reflexiones finales

El reto se ha lanzado, el debate está abierto, no puede dejar de estarlo, porque se trata de nuestro futuro común como país y de nuestro presente de seres humanos. Si no logramos una verdadera administración de justicia que haga eso, justicia, no seremos capaces de forjar un país realmente democrático. Estamos obligados a implementar un sistema de Defensoría Pública eficaz como la mejor manera de proteger la libertad de nuestros ciudadanos y el respeto a las garantías del debido proceso y, de esta forma, contribuir para seguir en el empeño iniciado de construir un verdadero Estado de Derecho eficaz que respete el principio de presunción de inocencia y aplique la pena en un proceso legítimo. El objetivo que nos planteamos es

lograr una administración de justicia moderna que concilie el poder punitivo del Estado con el respeto pleno a las garantías individuales. Una administración de justicia penal que sea básicamente respetuosa de los derechos humanos.

Claro que esto implica muchos cambios culturales en los operadores de justicia, en la Universidad, y como todo cambio da miedo, implica muchas resistencias y, lo peor, resistencias disfrazadas detrás de discursos morales muy estéticos pero poco eficaces, salvo para poder darnos buena conciencia de modo barato. Sobre el Código Orgánico de la Función Judicial se levantarán, hasta la ronquera, voces de supuesta defensa institucional, de la autonomía universitaria, de incomprensibles llamamientos a defender la dignidad del abogado privado para que nadie ose controlar su actividad que se desenvuelve francamente en un ambiente ausente de ética. Quizás es por eso que, a nosotros los burócratas y docentes universitarios, nos vendría bien una pequeña crisis de mala conciencia, como para empezar a emprender el camino hacia la formación de verdaderos servidores públicos y profesionales éticos comprometidos con el desarrollo de su país.

Contamos ya con un marco constitucional y normativo que garantiza la implementación de una Defensoría Pública autónoma e independiente de los organismos de persecución penal y juzgamiento y en condiciones de equilibrio con los recursos materiales, humanos y financieros con el que se asigne a la persecución penal, de tal manera que, en la práctica se garantice la igualdad de armas en el litigio penal y en la organización moderna y eficiente que evite la burocratización y la defensa meramente formal y de baja calidad.

Insistiremos permanentemente que el proceso de reforma de la justicia penal vigente en el Ecuador desde marzo del 2009, conducen a la implementación definitiva de un verdadero sistema adversarial eliminando rezagos existentes del viejo sistema inquisitivo; no podrá funcionar adecuada y correctamente si no se construye un sistema de defensa pública moderna, fuerte y eficiente, bajo un modelo organización estratégicamente planificado para enfrentar técnicamente el crecimiento de la defensa oficial que tenga como meta principal y objetivo irrenunciable el respeto a los intereses concretos del defendido con calidad y sin discriminación alguna.

Pero no olvidemos que todo este proceso de reforma de la justicia que se está incorporando en el Ecuador, implica necesariamente *un cambio cul-*

tural. No basta con la introducción ideológica del nuevo sistema, no es suficiente la aprobación de una normativa moderna si esto no se traduce en una transformación concreta de las prácticas de todos los operadores, de la forma cómo ellos entienden su rol y cómo lo desarrollan cotidianamente.

El gran desafío final está en el compromiso de realizar todos los esfuerzos necesarios dirigidos a convertir a la Defensoría Pública en protagonista indispensable y esencial del cambio que debe darse en las formas y actitudes de quienes administran la justicia en nuestro país. Es preciso consolidar los métodos orientados por las formas acusatorias, orales de efectuar los procesos que den confianza y credibilidad a los ecuatorianos y recuperen la fe y la esperanza en la justicia y el convencimiento que, solo dentro de un Estado de Derecho Constitucional, pueden conseguirse los fines primordiales para los que se asocian los hombres, que al final de cuentas, no son ni más ni menos que lograr una convivencia pacífica, respetando los derechos y garantías fundamentales, las diferencias y la diversidad, dentro del marco exclusivo de la Constitución y el Derecho. Ese, es el gran reto y desafío. ¿Estamos listos para ello? ¿Qué bueno, adelante!

VIII. Bibliografía

Libros y revistas

- Ávila Santamaría, Ramiro (Editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Baytelman, Andrés, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Centro de Estudios de la Justicia. Escuela de Derecho Universidad de Chile; Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1985.
- Blanco Suárez, Rafael y otros, *Litigación estratégica en el nuevo Proceso Penal*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2007.
- Bergalli, Roberto, *Crítica a la criminología. Hacia una teoría crítica del control social en América Latina*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 1982.
- Büsser, Roberto e Iturralde, Norberto Juan, *El juicio con debate oral, Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Editores Rubinzal- Culzoni.

- Camps Zeller, José Luis, *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- Carocca Pérez, Alex, *La defensa penal pública*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe*, Santiago, Alfabetra Artes Gráficas, 1985.
- Del Río Ferreti, Carlos y Rojas Rubilar, Francisco, *De la reforma procesal penal, en especial de la etapa de instrucción e intermedia*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 1999.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal chileno*, Tomo I, *Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Kliksberg, Bernardo (Compilador), *La agenda ética pendiente de América Latina*, primera edición, México, Banco Interamericano de Desarrollo, 2005.
- Londoño Jiménez, *De la captura a la excarcelación*, Segunda edición, Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 1983.
- Mamani Gareca, Víctor Hugo, *La cárcel, instrumento de un sistema falaz, un intento humanizante*, primera edición, Buenos Aires, Editorial Lumen, 2005.
- Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal, inconvenientes en Latinoamérica*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 1990.
- Plazas, Florencia G. y Hazan, Luciano A., *Garantías constitucionales en la investigación penal, un estudio crítico de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Revista Defensa Pública, *Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas, Memoria*, San José de Costa Rica, Diseño Editorial S.A, octubre 2003.
- Revista Defensoría, sin defensa no hay justicia, *Memoria Anual 2002*, Chile, Defensoría Penal Pública.
- Sandoval Huertas, Emiro, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Colombia Editorial Temis, 1989.
- Sarrulle, Óscar, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998.

- Sosa Arditi, Enrique A. y Fernández, José, *Juicio oral en el proceso penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.
- Traversi, Alessandro, *La defensa penal, técnicas argumentativas y oratorias*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.
- Tedesco F., Ignacio, *El acusado en el ritual judicial, ficción e imagen cultural*, Colección Tesis Doctoral 8, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Vaca Andrade, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, segunda edición, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.

Abogados y
universidades

Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario:

I. Introducción. II. La cultura formalista-inquisitiva. III. La reproducción de la cultura jurídica. IV. Una cultura alternativa y comprometida. V. El Código orgánico de la Función Judicial y el llamado a la transformación jurídica. VI. Bibliografía.

I. Introducción

La desgracia de la Función Judicial es la desgracia de la universidad. Con esta frase quiero comenzar este ensayo (después de haber pensado días en cómo hacerlo), y adelanto con que quiero terminar afirmando que “la esperanza de la Función Judicial es la universidad”, a menos que, al llegar a ese momento final, se me ocurra algo más inteligente o interesante.

Me ha sorprendido mucho que varias cuestiones que planteo en este ensayo ya fueron dichas en el contexto latinoamericano y nacional: “nada nuevo bajo el sol”. Novoa Monreal (1975) denunciaba que el Derecho es un obstáculo al cambio¹, Alberto Wray (1973) cuestionaba integral-

1 Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México, Décima edición,

mente el sistema de enseñanza legal², Ernesto Albán Gómez (1986) afirmaba que “el Derecho se está quedando rezagado, tal vez se ha convertido en un factor opuesto a las transformaciones”³ y Miguel Carbonell (2004) sostenía que la enseñanza del Derecho manifiesta graves carencias y que la deficiente formación jurídica afecta a todos los ámbitos de ejercicio profesional del abogado⁴. Han pasado varios años, la teoría del derecho se ha desarrollado considerablemente –nunca a la altura de las necesidades y dignidad de la gente–, se ha vivido un proceso de reforma judicial en la región, se han creado nuevas facultades de derecho en el país, se han renovado los programas de estudios de las facultades de derecho, y la cultura jurídica, las facultades de derecho y la Función Judicial siguen prácticamente intactas y resistentes, obligándonos a repetir los mismos diagnósticos, las mismas críticas y hasta las mismas renovadas esperanzas.

Antes de seguir escribiendo –y lamentablemente mal de las facultades de derecho– quiero, como dicen, “curarme en sano” y sostener que lo que voy afirmar se sustenta en mi experiencia como docente. Conozco varias facultades de derecho del país, en las que, por fortuna, he tenido la oportunidad de compartir conocimientos. Me siento una persona profundamente comprometida con la enseñanza del derecho (a la que me he dedicado desde el año 1993). Amo el Derecho y tengo que admitir, con cierta vergüenza, que puedo relajarme leyendo un buen libro de derecho (del tipo *Ética y Derechos Humanos*, de C. S. Nino) con el mismo placer con el que leo una buena novela (del tipo *Memorias de Adriano*, de Marguerite Yourcenar). Tengo esperanza en las personas que estudian Derecho y creo honestamente que tienen el potencial para usar el Derecho como instrumento de justicia.

La idea central que voy a sostener es que existe una cultura jurídica⁵ formalista-inquisitiva que se mantiene y reproduce gracias a la universidad y

Siglo XXI editores, 1981.

2 Alberto Wray, *Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad subdesarrollada*, Quito, Centro de Publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho, 1983.

3 Ernesto Albán Gómez, “Hacia un nuevo Derecho penal”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Año Jubilar cuadragésimo, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Offset Vaca Jr., Ibarra, 1986, p.12.

4 Miguel Carbonell, *La enseñanza del Derecho*, Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, 2008, p XIII y XIX.

que –esto es demasiado optimista, admito, pero quiero convencerme que puede ser cierto– cambiando la cultura jurídica se aporta al cambio de una sociedad inequitativa, excluyente y pobre.

Por otro lado, la forma de escribir responde a una ruptura académica, con el único objeto de acercarme más a los destinatarios de este artículo. Ustedes van a encontrar ciertas mezclas, que si habláramos de música las denominaríamos *fusion*, en la que se encuentran referencias doctrinarias, testimonios personales y pedazos de literatura. Espero –y esto ya me dirán ustedes– que por la forma no se sacrifique el rigor académico de sustentar las afirmaciones y de proponer cuestiones nuevas reverenciando a quienes las idearon⁶.

En este ensayo (I) analizaré la cultura formalista, que es la que predomina en Ecuador, (II) señalaré a los actores que la reproducen, (III) intentaré describir, con las mismas categorías, una cultura alternativa y, finalmente, (IV) relacionaré las instituciones del Código orgánico de la Función Judicial que tienen que ver con la universidad y su potencial llamado a transformar la cultura jurídica.

Finalmente, cuando me refiero, en términos generales, a las facultades de jurisprudencia, las exigencias y recomendaciones son dirigidas a las universidades públicas y a aquellas privadas que, por su misión (como las católicas⁷), tienen la obligación de transformar la realidad en contextos, como los ecuatorianos, de exclusión, marginación y pobreza.

- 5 Luis Peñuelas, *La docencia y el aprendizaje del derecho en España. Una perspectiva de derecho comparado*, 2da edición, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 27, citado por Miguel Carbonell, *La enseñanza del Derecho*, México, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, Tercera Edición, 2008, p. 18. “La cultura jurídica son las creencias, valores, ideas y expectativas de los hombres respecto a cómo funciona o debe funcionar el sistema jurídico al que están sometidos”.
- 6 Este estilo ya lo experimenté en un ensayo anterior, denominado “La rehabilitación no rehabilita, la ejecución de penas en el garantismo penal”, en Carolina Silva Portero, *Ejecución penal y Derechos humanos, una mirada crítica a la privación de la libertad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 5, Quito, 2008; lo que me animó a seguir explorando formas distintas de comunicar el Derecho es que este ensayo, como pocos otros anteriores, provocó más de un comentario positivo y de más de una persona no abogada.
- 7 La Oficina Internacional de Educación Católica en el Congreso de Bangkok (1982) determina que “para educar en los valores para las sociedades del año 2000, uno de los aspectos de la situación

II. La cultura formalista-inquisitiva

Hay una pregunta que siempre la hago a abogados de Ecuador y Latinoamérica ¿Cuántos libros de Derecho leíste en la Facultad de Derecho? La respuesta es de lamentar. Con suerte, unos hemos leído el mismo texto escrito por el profesor y transmitido textualmente en la clase. Me acuerdo, por ejemplo, el mejor profesor magistral que he tenido, el Dr. Eduardo Carrión Eguiguren, tenía un libro que no sólo que no era obligatorio leerlo sino que se molestaba cuando alguien lo abría mientras él hablaba (Eduardo Carrión, *Curso de Derecho Civil de los bienes*). Afirmaba el Dr. Carrión algo así como “cierre el libro, Señor, para que cree que estoy yo aquí”. Efectivamente, palabras más palabras menos, repetía lo que estaba en el libro. En esas clases, por supuesto, no era necesario tomar apuntes y para el examen leíamos y nos aprendíamos su libro. Con un poco más de suerte, algún profesor, excepcionalmente, nos mandaba una lectura de algún libro; me acuerdo, por ejemplo, que en Introducción al Derecho nos hicieron leer una parte del libro del C.S. Nino (Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*), que por cierto, hasta muy tarde después de la Universidad algo lo entendí. Y ya. El colmo de suerte era que nos manden un libro entero. Me acuerdo haber leído un libro de penal, el clásico de Beccaria (Cesar Beccaria, *De los delitos y las penas*⁸) y otro libro de Galeano en Sociología jurídica (Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*). De ahí, pare de contar. Lo que leíamos durante los seis años eran los apuntes del mejor alumno o alumna, que se reproducía casi como un texto inédito y esclarecedor, y un día o dos antes de los exámenes. O sea, en balance, en la Facultad de Derecho leímos tres libros, un artículo y cientos de apuntes de clase.

histórica actual es la decadencia del respeto a los valores esenciales que deben seguir la vida humana: la moral, la justicia y el amor”. Citado por Graciela Monesterolo Lencioni y Ernesto Vásconez Ribadeneira, *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE*, Quito, PUCE, Cuadernos académicos, PPL impresores, 2008, p. 33.

- 8 Beccaria, a pesar de las críticas profundas que le hace Foucault en *Vigilar y castigar*, no deja de ser una de las obras clásicas en el Derecho penal liberal, una joya que demuestra cómo la doctrina puede alterar la cultura jurídica de la época, de la que ahora somos tributarios, y mandar a leerlo en la Facultad fue un acierto del profesor, Dr. Ricardo Vaca Andrade. Véase Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, 3ra reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

Ahora quiero acordarme de una típica clase de Derecho. El profesor entraba el aula, muy solemne, y comenzaba a hablar, seguir hablando y terminaba la sesión con el estruendoso sonido de una sirena, que interrumpía su discurso; algunos profesores hasta se sentaban a leer y éstos sí que nos aburrían. En general, salvo —siempre excepciones— pocas materias, los estudiantes estábamos sentaditos, no opinábamos (porque además teníamos miedo a la reprimenda si era una pregunta que se podía considerar estúpida) y más de una vez sólo el cuerpo estaba presente⁹. La enseñanza legal se basa “en términos generales en la transferencia de conocimientos por medio de clases magistrales, con muy poca participación de los estudiantes”¹⁰. La pregunta ahora es, durante cincuenta minutos, ¿Qué es lo que tanto hablaban los profesores y profesoras?

Siempre me han impresionado las personas con buena memoria (¿será porque tengo mala memoria y me ha costado aprender?) y, entre éstas, los profesores de Derecho y, en particular, los de Derecho Civil. No sólo que se sabían, con puntos y comas, qué decía el artículo sino el número y exacto. A veces, con un alarde de modestia, decían algo así como “revise el artículo 1315, segundo inciso, o por ahí”. Y acertaban, preciso. Hay algunos artículos que todavía me acuerdo, por ejemplo, el de los requisitos de la prisión preventiva en el Código de Procedimiento Penal de 1983, que era el artículo 177. Lo que tanto hablaban los profesores era el texto de la ley. “La argumentación no tiene tanta importancia cuando lo que domina es el método memorístico... simplemente para aplicarlo (el ordenamiento) en los términos en que esté establecido por el legislador...”¹¹

Un profesor —al que yo siempre he admirado y que sufrí su muerte—, que enseñaba Derecho Civil, Libro I, solía extender los brazos hacia el cielo y, como si hiciera una plegaria e invocara inspiración divina, decía “el sabio

9 Cfr. descripciones de otra generación sobre las clases de Derecho en Fernando Lugo, *Veinte*, Alfaguara.

10 Farith Simon y Marco Navas, *Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador*, Quito, PUCE, American University y Red Académica de Derechos Humanos, V&M Gráficas, 2003, p. 33 y 61.

11 Miguel Carbonell, *La enseñanza del Derecho*, Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, 2008, p. 21. Sobre la memorización, Carbonell sigue, desde la p. 74-76, a Juan Antonio Pérez Lledó, “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 6, Madrid, 2003.

legislador lo que quiso decir...” La ley se iba replicando en nuestras cabezas como si fuera en piedra. Las múltiples ficciones del Derecho se iban asimilando poquito a poquito, desde el primer día de clases hasta que uno se graduaba. La sabiduría del legislador (y esta era particularmente obvio en el Derecho civil, cuando uno tenía que hacer reverencia a don Andrés Bello), lo incuestionable de la ley, los métodos de interpretación que estaban diseñados para entender la ley desde la ley, y las múltiples referencias (concordancias) con otras leyes, estructuraban nuestra mente jurídica. Después asociaría este fetichismo por la ley con la máxima kantiana “la ley es la ley” y que no debe haber cuestionamientos ni otra motivación que cumplirla.

El objeto de estudio del Derecho no podía ser otro que la ley. Un gran jurista que ha sido reiteradamente citado para reforzar la idea de que la ley es el centro del estudio y que nuestro estudio memorístico era una ciencia, es Kelsen¹². A Kelsen tampoco lo leí en la universidad sino muchos años más tarde, para darme cuenta que la fama de este jurista la tenía muy merecida y lamentarme de no haberlo leído antes. También suelo preguntar en algunas clases sobre qué es lo que saben de Kelsen. Inmediatamente todos, sin excepción, me responden “la pirámide de Kelsen”. Muy bien –prosigo– ¿Alguien ha leído a Kelsen? Entonces, nadie, también, sin excepción, responde afirmativamente.

El Dr. Julio César Trujillo suele decir que hay que leer a Kelsen para luego criticarlo. Y eso es lo que he venido haciendo estos años en mis clases. La *Teoría Pura del Derecho*, quizá sólo equiparable al *Concepto del Derecho* de Hart, es uno de los libros más importantes de la cultura jurídica latinoamericana. Mejor dicho, lo que se cree que dijo Kelsen es uno de los pilares que sostienen el formalismo jurídico¹³.

Siempre he dicho que a Hans Kelsen hay que contextualizarlo históricamente para comprenderlo. Kelsen escribió su libro en 1934, en la misma década en que tuvo que salir de Alemania y en la misma época en la que Europa vivía el fascismo. En esta realidad, nada mejor que crear una teoría para que los jueces procuren evitar la “contaminación” política en el ejercicio de la judicatura. En efecto, H. Kelsen se propuso distinguir el Derecho

12 Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, traducción Moisés Nilve, segunda reimpresión, Buenos Aires, Eudeba, 4 edición, 2003.

13 Cfr. sobre la recepción de su teoría en la región, Diego López, *La teoría impura del Derecho*.

de la naturaleza, el Derecho de las ciencias sociales, el Derecho de la moral y, con toda esta limpieza teórica, afirmar que el Derecho es una ciencia autónoma, que tiene un objeto de estudio propio y también su método.

Veamos muy sintéticamente estos postulados (esto, sin duda, es un atrevimiento teórico, pero imposible de saltármelo por dos razones: demostrar que he leído y sintetizar la teoría para explicar los efectos en la cultura formalista). El Derecho no es una ciencia de la naturaleza porque no responde a fenómenos causales, que pueden ser aprehendidos por métodos empíricos. Siempre que hay calor, un metal se expande, pero no siempre que alguien roba tiene una pena de cinco años; el efecto en las ciencias de la naturaleza se produce espontáneamente sin la intervención del ser humano; en el Derecho, en cambio, el efecto sólo se produce si una autoridad estatal interviene (a este fenómeno lo denominó “imputación”). Las ciencias sociales, incluida la política, de igual modo, responden también a la lógica causa-efecto. En relación a la moral, que es el gran debate inacabado aún de la filosofía del Derecho, Kelsen distingue las normas morales de las jurídicas a través del concepto de validez, a través del cual una norma sólo puede ser expedida por autoridad competente y de acuerdo a un procedimiento reglado por las mismas normas, que es lo que Dworkin denominaría, un tanto peyorativamente, el *test de pedigree*¹⁴.

El principal efecto de la *Teoría pura del Derecho* es que nos dejó a los juristas literalmente solos y huérfanos. Solos porque rompimos fatalmente con las ciencias sociales y huérfanos porque el avance de las otras ciencias, particularmente en los métodos, que había costado años, dejará de ser referencia para el Derecho. De ahí en adelante el Derecho será autoreferencial, se bastará a sí mismo, y su aplicación es una mera operación¹⁵.

Cuando decimos que el Derecho es autoreferencial tenemos que pensar en esas personas autosuficientes, que creen que no necesitan de nadie para sobrevivir (hasta que su gato se queda colgado en un árbol y requieren de los bomberos para bajarlo). ¿Cómo resuelvo un problema jurídico? ¿Cómo atiendo un caso difícil? ¿Cómo aprendo Derecho? ¿Cómo transmito el

14 Ronald Dworkin, *Tomando los Derechos en serio*, 5ta. edición, Barcelona, Editorial Ariel, 2005.

15 Carlos Morales de Setién Ravina, “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner”, en Bordieu y Gunter Teubner, *La fuerza del Derecho*, Nuevo pensamiento jurídico, segunda reimpresión, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.

Derecho? Toda respuesta la encuentro en el Derecho. Por eso Zagrebelsky¹⁶ ha dicho que los juristas tenemos la cabeza en las nubes, forma elegante para decir que vivimos en una burbuja. Toda realidad problemática en términos jurídicos debía ser subsumida en una norma. Las famosas normas de interpretación, cuando la ley no era entendible de la sola lectura, nos remiten a la ley. Algo así como si nuestro más respetable profesor ordenara: entienda la ley letra por letra, si no puedes, ayúdate de una norma parecida, si no puedes, sírvete de otra ley, si no puedes, encuentra el espíritu de la ley, si no puedes, busca otra ley aunque sea de otro país, pero eso sí, nunca de los nunca dejes de observar la ley, y si no puedes, ándate a cultivar al campo. “La estructura del currículo se organiza en función de los textos legales, llegando inclusive a llamarse las diferentes materias de acuerdo a los textos legales”¹⁷. Por esto es que, en una entrevista de radio (febrero, 2009), el Presidente de la Federación de Ministros de Justicia de Iberoamerica, Víctor Moreno Catena, afirmaba que, de su experiencia académica, cuando estudiantes ecuatorianos solicitaban ingreso en universidades españolas, había podido apreciar que nuestros programas de estudio de Derecho eran propios del siglo XIX y, con suerte, de principios del siglo XX.

La aplicación del derecho se redujo a una mera operación, que en las facultades de derecho lo referían al famoso silogismo jurídico, por el que teníamos una norma legal, con carácter general y abstracto, a la que había que subsumir un hecho, que era personificado y concreto, y que nos daba como resultado la consecuencia prevista en la ley. En este famoso silogismo, el juez, el jurista, el litigante lo que tenía que hacer era encontrar la norma a la que debía adecuarse el caso. Una vez encontrada la norma, problema resuelto. Por esto es que se dice que el juez es pasivo.

Ahora bien, el problema no es sólo que se enseña la ley como centro y objeto del análisis del derecho, sino que además esta ley está vinculada con el derecho privado. El Código Civil y sus categorías siguen siendo la estructura de la carrera de derecho y de la forma de entenderlo. El derecho público es secundario y hasta funcional al derecho privado. No es casual que la justicia contencioso administrativa y la doctrina haya tenido un desarrollo

16 Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 4ta edición, 2002.

17 Farith Simon y Marco Navas, *op. cit.*, p. 24.

tan limitado e incomparablemente inferior si lo relacionamos con el derecho privado. Tampoco es casual que el derecho constitucional se haya focalizado en la estructura y regulación orgánica del estado y que el derecho de los derechos humanos sea, con suerte, un dato en las materias de derecho constitucional o filosofía del derecho o una materia de carácter electivo. El desarrollo protagónico y exclusivo del derecho privado, como afirma A. Wray, que protege “sin limitaciones la propiedad privada sobre toda clase de bienes (lo concebiré) como una legislación básicamente injusta”¹⁸. Además está decir, a estas alturas de la vida globalizada en que vivimos, que el derecho constitucional y los derechos irradian a todo el sistema jurídico, y que no se puede concebir el derecho nacional sin el derecho internacional¹⁹.

Entonces, resumiendo hasta ahora, la finalidad del Derecho es comprender y aplicar la ley, el contenido y el objeto de estudio es la ley y el método para conocer el Derecho es el memorístico del texto legal, informar y no formar²⁰, y el de aplicación es el exegético. Todo en la ley, todo desde la ley, todo para la ley, nada fuera de la ley: el Derecho —así entendido— es autoreferencial y fetichista. O, como lo decía hace exactamente treinta años un jurista latinoamericano,

los sistemas de enseñanza en nuestra Facultad de Derecho reflejan en términos generales los mismos vicios que observamos en todo el subsistema educativo nacional. Es decir, énfasis en la enseñanza más que en el aprendizaje, actuación protagónica del profesor y no del estudiante; contenidos informativos desactualizados y ambiguos, evaluaciones arbitrarias y subjetivas y, lo que es más grave aún, asimilación de aprendizaje a la idea de memorización, ritualista y acrítica²¹.

18 Alberto Wray, *Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad subdesarrollada*, Quito, Centro de Publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho, 1983, p. 7.

19 Cfr. sobre las interrelaciones del derecho público con el privado y del derecho internacional con el nacional: Miguel Carbonell, *La enseñanza del Derecho*, Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, 2008, pp.52-55.

20 *Ibid.*, p29.

21 Néstor E. Colmenarez M., *Modelo de docencia jurídica, teoría y estructura*, Venezuela, Universidad de Carabobo, Editora Fórmula, 1978, p.11.

En palabras de un docente ecuatoriano, más actuales y cercanas,

las Facultades de Derecho ecuatorianas han mantenido un tipo de enseñanza centrado en la información... se ha ensañado “leyes”, no Derecho, sin que los esfuerzos de reforma académica emprendidos en los últimos veinte años, que nunca han tocado ni los contenidos ni los métodos, hayan cambiado este objetivo implícito²².

En relación a la enseñanza en México, Carbonell manifiesta que

la idea del profesor que llega a la clase, sube al estrado y comienza un largo monólogo que puede durar una hora o más y que en todo caso consume casi todo el tiempo de la clase, refuerza el componente memorístico de la enseñanza del derecho. Si el alumno no tiene oportunidad alguna de intervenir y si el profesor se representa a sí mismo como un simple “transmisor” de conocimientos, es obvio que la capacidad que se puede llegar a desarrollar tiene que ver con la obtención de contenidos informativos...²³

A esta cultura formal hay que agregarle el ingrediente inquisitivo. Lo inquisitivo suele asociarse a la época de los tribunales de la inquisición (hay que acordarse de películas como la del juicio a Galileo o *El nombre de la rosa*, o los museos de la inquisición que hay en Lima o en México D. F.) en que los jueces y tribunales eran juez y parte, que inspiraban algo más

22 Alberto Wray, *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1999, p. 9. Este texto de A. Wray, escrito en los años ochenta, impresiona porque su denuncia en relación a la enseñanza del Derecho sigue siendo actual, aunque el punto de partida es la crítica marxista al Derecho y se nota una evidente ausencia de discurso de Derechos (quizá por el punto de partida mismo; no hay que olvidar que Marx consideraba que los Derechos son una manifestación más del Derecho burgués) y también en la ausencia de reflexión sobre la praxis transformadora a través de los Consultorios Jurídicos Gratuitos. En el año 1999 A. Wray vuelve a escribir sobre la enseñanza legal, para justificar la reforma al pensum, *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*, y, supongo por el paso del tiempo, la transformación de la realidad y la lucha contra la injusticia no es ya evidente. Parecería, en este ensayo, que lo que prima es la realización crítica del Derecho pero no necesariamente vinculada a la alteración de la realidad, tampoco hay discurso de Derechos ni énfasis en la pugna Derecho público y privado.

23 Miguel Carbonell, *La enseñanza del Derecho*, *op.cit.*, p. 77.

que miedo, todo era escrito y secreto, la principal prueba era la confesión, además arrancada mediante tortura, las penas eran infamantes y desproporcionadas (basta leer la introducción a *De los delitos y las penas* hecho por Beccaria o la descripción del sistema penal realizado por Foucault en *Vigilar y castigar*), por eso, alguien afirmaba que “pensamos en la inquisición evocando grilletes, hierros candentes, mazmorras y alaridos de dolor”²⁴, y era un aparato que se utilizaba para la persecución política. También la cultura inquisitiva suele hacer referencia exclusivamente al sistema penal, como un sistema ya superado por las reformas procesales de los años noventa a través de las cuales se estableció, al menos formalmente, el sistema acusatorio-adversarial.

Lo inquisitivo no es, pues, sólo una época histórica y un procedimiento penal superado. Lo inquisitivo es parte de la cultura formal que está enraizada ahora y en todo procedimiento judicial y que no ha habido reforma judicial que haya podido erradicarla²⁵.

La cultura inquisitiva, para A. Binder, se manifiesta en el *culto a la forma*, que es la “idea mágica de que la preservación de ciertas formas permite solucionar el conflicto; o bien de que se puede acceder a la verdad mediante la ritualización de ciertos actos”²⁶. Y la forma va desde el cosido de los expedientes que pasan al juez hasta las fórmulas sacramentales que constan en las actas de las audiencias y en las providencias. Me acuerdo una vez que me inadmitieron una acción de amparo por no haber puesto un juramento “de conformidad con la resolución publicada en el Registro Oficial N. 559 del 19 de abril del 2002 de la Corte Suprema de Justicia”; en *servicio a la rutina*, que son “rituales superficiales que conforman la vida del trámite judicial”²⁷. Asimismo, en el uso del *lenguaje oscuro* que aleja a las personas comunes y corrientes de la ley y la justicia y —esto es lo peor— que hace que los abogados seamos indispensables; en la *mentalidad burocrática*, que hace que los funcionarios y hasta los usuarios insertos en el sis-

24 Jaime Malamud, “Prólogo” en Alberto Bovino, *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, 1 reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. I.

25 Alberto Binder, “Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, 2004, p. 199.

26 *Ibid.*, p. 200.

27 *Ibid.*, p. 200.

tema de justicia seamos ineficientes y desperdiciemos los recursos (incluido el tiempo por supuesto); en la *delegación de funciones* por la que quienes realmente toman las decisiones son funcionarios que no tienen las competencias legales y el juez simplemente se convierte en un firma papeles²⁸; un juzgado es, “en última instancia, una gran maquinaria de producir expedientes, certificaciones, notificaciones, etc., donde el juez es una suerte de manager de tal oficina burocrática e ineficiente antes que un verdadero juez”²⁹; en el *fortalecimiento de un aparato de justicia, incluyendo a los abogados, que controla las formas y sanciona su violación*, y entonces, la actitud de las personas es de temor a no conocer y respetar las formas y a perder las causas por omisión de las formas.

Una manifestación más es la cultura patriarcal, entendida no sólo por la prevalencia de lo masculino³⁰, sino en las formas de manifestarse: la *verticalidad* y la *sacralidad*. La verticalidad es propia de sociedades autoritarias, en las que existe una cabeza con poder de decisión y sanción, y las personas que están sometidas a su poder, al más puro estilo militar, escolar o monárquico, de los que hemos sido tributarios desde nuestra historia preincásica, acentuada en la colonia y reforzada por nuestros regímenes presidencialistas. La sacralidad tiene que ver con la influencia religiosa y hasta con el Derecho canónico, que no fue erradicada ni con las revoluciones liberales (si bien quitaron las tierras a la Iglesia, el poder simbólico en las conciencias de las personas sigue en pie, y basta apreciar esa presencia de unos sumisos pecadores y otros poderosos con poder de absolución en todas nuestras fiestas populares: la peregrinación al Quinche, la procesión del Jesús del Gran Poder (Quito) o del Cristo del Consuelo (Guayaquil).

Se han ido desarrollando –y se conservan de manera subterránea– fórmulas que conforman una suerte de “religión laica”, acerca de lo que significa administrar justicia y acerca de la Función del juez. Esta falsa sacralidad le otorga a la persona y a la Función una legitimidad que no siempre proviene

28 Véase en esta obra, Alberto Binder, “La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial”.

29 *Ibid.*, p. 201.

30 Ramiro Avila Santamaria, “Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia”, Revista Ruptura de la PUCE, 2006.

de su Función o de su inserción social, sino del hecho de que constituye una surte de delegación del poder divino³¹.

La consecuencia de la cultura formal-inquisitiva es que las personas, abogadas, abogados, litigantes, juezas y jueces, profesoras y profesores del Derecho y juristas somos profundamente *conservadores, pasivos y resistentes* al cambio.

Las personas conservadoras tenemos fijación en el pasado (me reconozco conservador y con conciencia hago un esfuerzo racional por intentar alterar mi realidad) y, con esta actitud, las cosas no cambian y se mantiene, como dicen, el *stablishment*. Creemos —como dice el refrán— que “cualquier tiempo pasado fue mejor” (Jorge Manrique, *Coplas a la muerte de su padre*) y nos resistimos al cambio por miedo a lo desconocido o por sospecha de que es más catastrófico que la realidad que se quiere cambiar. Siempre es más cómodo moverse por los caminos que uno ha recorrido, y esto no es sólo metáfora, por eso caemos fácilmente en la rutina en todos los ámbitos de la vida y en los espacios donde nos desenvolvemos (casa, trabajo, universidad, diversión); por eso también los eventos que alteran nuestra rutina son, al principio, rechazados. Siempre recuerdo, por ejemplo, lo que significó el cambio de las máquinas de escribir a las computadoras, y el cambio de las cartas escritas con puño y letra, enviadas por correo terrestre a las cartas escritas en aparatos electrónicos y enviadas por el internet. Caminamos con la cabeza mirando para atrás. Volviendo a los juristas, no es casual que pensemos que los diputados de hace tiempo (distinguidos aristócratas) eran dignos representantes del país, grandes oradores y políticamente correctos, lo mismo para calificar a los jueces, a los juristas y que, en el análisis del Derecho, recurramos con frecuencia al “espíritu” del legislador. Cuando he leído los libros de nuestros juristas, se puede confirmar que lo que hemos hecho es reproducir las obras del pasado, actualizarlas, difundirlas y mantener la realidad. En el peor de los casos, o sea cuando no reproducimos o reforzamos la realidad, somos patéticamente pasivos. La pasividad tiene que ver con el conformismo. Para qué intentar cambiar o esforzarse si, primero, no depende de nosotros y, segundo, es tan complica-

31 Alberto Binder, “Perspectivas de la Reforma...”, *op. cit.*, p. 203.

do que cualquier esfuerzo es vano. Nos conformamos y nos adaptamos a la realidad. Y el mundo va *lui-même*.

Si preguntamos cuáles son las características de la ley, sin duda alguna, y además con razón, nos diría un estudiante de Derecho, que la ley es general y abstracta. La verdad es que estas características son manifestaciones de la seguridad jurídica. Al ser general, la ley, a diferencia de los regímenes autoritarios, no está destinada para favorecer o perjudicar a una persona o grupo humano, entonces es una manifestación de la igualdad ante la ley. Al ser abstracta, establece condiciones de aplicación que no tiene relación con los casos concretos que suceden en la vida; luego, las leyes tampoco tienen deicatoria. El problema con la retórica de *impersonalidad y neutralidad* es que se confunde la característica de la ley con el quehacer jurídico. Entonces, así como es la ley es el jurista, los jueces, las sentencias y, en general, la materialización de la administración de justicia. Nada más alejado de la realidad. En la práctica, y esto lo demuestra la escuela crítica realista norteamericana (Duncan Kennedy es uno de los que de forma convincente ha escrito sobre este aspecto, de paso me permito reconocer que este autor escribe como me gustaría a mí: informal, profundo, directo; soy, como podrá apreciarse cuando se lea a Kennedy, un mal émulo)³², las personas al interpretar y aplicar la ley somos todo menos impersonales y neutros. Algunos somos ingenuos o indiferentes y actuamos sin saber qué intereses protegemos, “nadie sabe para quién juega”; otros, en cambio, incluidos los jueces, “jalan el agua a su molino”. Al enfrentarse la ley, no sólo es el título preliminar del Código Civil que trata sobre la interpretación lo que nos ayuda a comprenderla, sino todo el bagaje de conocimientos y hasta prejuicios que tiene la persona y que, sin duda, inciden en la aplicación. Si los jueces están “contaminados” con su cultura jurídica y valores morales, no se diga un abogado litigante que es pagado para que defienda un interés y que interpreta los hechos y la ley en función de lo que le conviene a su cliente. En general, detrás de la neutralidad –insistimos– las Facultades de Derecho han privilegiado “los enfoques y contenidos del Derecho civil (privado) sobre uno de Derecho público... en la dicotomía entre Derecho público y privado a partir del cual se construyen

32 Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.

los estudios de Derecho, daría la impresión de que se han olvidado de las necesidades (los Derechos) de las mujeres y los hombres, de carne y hueso³³. La docencia universitaria tampoco es neutra.

Se puede decir en general que la educación, dada su propia naturaleza, no es una actividad neutra y aséptica, sino que inevitablemente en ella inciden factores de diverso tipo como lo ideológico, ético-moral, político, cultural y social. Todos estos factores se manifiestan en lo que técnicamente se conoce como currículo oculto³⁴.

En relación a la neutralidad y el efecto conservador, A. Wray sostiene que el convencimiento de la enseñanza legal como neutra políticamente es una forma de eludir el problema de las Facultades de Derecho de forma intencional.

Y digo intencionalmente porque considero que el neutralismo, tanto en las ciencias como en la política, no es una simple casualidad, sino que, al contrario —y no creo descubrir nada nuevo al afirmarlo—, es la más eficaz de las tácticas utilizadas por las tendencias conservadoras. Simplemente un ardid reaccionario³⁵.

Con palabras más, palabras menos, A. Wray³⁶ denominaba a esta cultura como “Derecho tradicional” y lo caracterizó como el Derecho neutro, puro, resistente al cambio, en el que se conserva una realidad injusta y las innovaciones (reforma) lo único que hacen es perfeccionar el sistema vigente, y en el que los juristas hacemos una labor meramente exegética.

Uno de los autores que se me viene a la mente para reflejar la cultura jurídica formal e inquisitiva es, sin duda, Kafka. Quizá no haya mejor metá-

33 Farith Simon y otro, *op. cit.*, p. 71.

34 Graciela Monesterolo Lencioni y Ernesto Vásconez Ribadeneira, *Op.cit.*, este libro explica la reforma que se está implementando en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Sin duda, existe un avance muy notable en relación a aspectos pedagógicos y a la vinculación de la praxis como parte de la enseñanza del Derecho. Sin embargo, sorprende, cuando se trata sobre la teoría del Derecho, que se utilice como libro eje la *Metodología del Derecho* de Francesco Carnelutti, escrito en 1939. En este punto, creo que la Teoría del Derecho ha evolucionado considerablemente y que, siendo imprescindible el método, el fin, también lo es el contenido.

35 Alberto Wray, *op. cit.*, p. 8

36 *Ibid.*, pp 11-20.

fora que la descrita en *El Proceso*³⁷. A Joseph K., un día, de esos de rutina, de pronto le informan que se ha abierto un proceso en su contra; entra en una pesadilla y tiene que soportar un trámite que nunca lo entenderá, hasta que al final sufrirá una pena manifiestamente desproporcionada; en la novela aparecerán personajes que pintan nuestra realidad, por ejemplo, el abogado Herr Huld que cuenta buenas anécdotas pero que no aporta en nada a la defensa, y el pintor Titorrelli, que retrata a los jueces, y que su influencia sería importante para persuadir a los jueces para fallar a favor de K. Alguna vez, cuando era profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad, mandé a leer este libro a mis alumnos. Algunas personas me reclamaron porque no veían relación entre el libro y la clase. Otras comprendieron que lo que le pasó a Joseph K. es exactamente lo que le pasa a cualquier procesado. Joseph K., en otras palabras, se enfrentó a nuestra cultura formal-inquisitiva.

III. La reproducción de la cultura jurídica

La cultura jurídica se reproduce a través de todos los actores que intervenimos en la justicia, incluido, por supuesto, con particular énfasis, la universidad. Voy a echar mano de la teoría del campo jurídico, de P. Bordieu³⁸, para explicar el círculo vicioso en el que nos encontramos para mantener al Derecho. El campo social fue una categoría que creó P. Bourdieu para explicar los espacios de actividad determinados por estructuras y reglas que se desarrollan al interior del mismo. Uno de los campos sociales es el jurídico. En el campo jurídico encontramos una división del trabajo identificable que, en primer lugar, discierne a los profanos (la gente común y corriente) de los profesionales del Derecho (aunque no necesariamente tienen título profesional), quienes son “el conjunto de agentes que se ganan la vida mediante la producción y la venta de bienes y servicios jurídicos”³⁹. En el cam-

37 F. Kafka, *El proceso*, Bogotá, Seix Barral, Oveja Negra, 1983.

38 Pierre Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Pierre Bourdieu y Gunter Teubner, *La fuerza del Derecho*, Nuevo pensamiento jurídico, segunda reimpresión, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.

39 Pierre Bourdieu, *op. cit.*, p. 167.

po jurídico existe una disputa simbólica por el capital jurídico (conformado por la capacidad que tiene un grupo para dominar a otro basado en las influencias, el dinero o el prestigio), que es como “una reserva de autoridad que garantiza, de forma similar a un banco central, la autoridad de los actos jurídicos singulares”⁴⁰.

Una primera división del trabajo, en nuestro campo, es la de teóricos y prácticos. Entre los teóricos encontramos a los profesores, con un puesto privilegiado, y a quienes elaboran doctrina. Entre los prácticos, a los jueces, que valoran el Derecho a los casos particulares, a los productores de normas, los expertos judiciales (abogados litigantes), que ponen toda su competencia al servicio de los intereses de su clientela que, entre otras estrategias para lograr sus metas, también son profesores, inciden en la producción legal y mueven influencias para anular los efectos de la ley. Como profesores crean la doctrina, “que reproduce y refuerza la dominación”⁴¹ y, como litigantes y jueces, tienen el monopolio de los instrumentos jurídicos, que excluye a los profanos, y con ellos “el poder de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en ciertos casos, de amplificarlas o de disuadirlas en otros”⁴².

Estamos diciendo, en otras palabras, que la cultura jurídica es un sistema compuesto por varios actores que cumplen funciones específicas para mantenerla y reproducirla. Ahora bien, al decir que hay disputas simbólicas, se afirma que podría haber otra direccionalidad del sistema. El problema no son los agentes que intervienen, y que parecería no podrían dejar de intervenir, sino la finalidad. La finalidad actualmente es instrumentalizar el Derecho para “imponer una *representación oficial* del mundo social que sea conforme a su visión del mundo y favorable a sus intereses”⁴³. Pero la finalidad puede alterarse y esto significa que debe existir otro grupo de agentes que desarrolle doctrina, jurisprudencia y alegatos distintos.

El círculo cerrado, que da vueltas, comenzaría con la universidad, que es el espacio privilegiado para “formar” personas. Ahí encontramos a los profesores que hacen doctrina y a los que reproducen el conocimiento jurídico, algunos de ellos también son litigantes y se convierten en modelos

40 *Ibid.*, p. 172

41 *Ibid.*, p. 170.

42 *Ibid.*, p. 190.

43 *Ibid.*, p. 213.

de litigantes-exitosos. Progresivamente, los estudiantes se van formalizando, incluso en sus formas de vestir (hasta uno se siente medio mal cuando al final de la carrera no trabaja en un bufete jurídico o en la institución modelo, que iba entre el Servicio de Rentas Internas y la Cancillería) hasta en sus formas de comportarse (las famosas poses que tenemos los abogados y que capaz son hasta atractivas). Poco a poco los estudiantes y los abogados recién graduados van adquiriendo, sin cuestionarse y hasta pensando que las normas son justas, las habilidades para interpretar la “letra colorada” (nunca entendí el por qué de colorada, pero la idea de que había un Código oculto que podía ser utilizado para exclusivo interés del abogado que lo necesita, se lo entendía a cabalidad), y nos vamos ubicando y llenando las plazas para hacer proyectos de ley, para aprobarlas, para interpretarlas, para aplicarlas, para usarlas y hasta para violarlas.

Los “profanos”, mientras tanto, deben estar tan lejos como se pueda, sirven en tanto son ejemplos, casos, problemas jurídicos, pruebas o clientes. Conviene que no entiendan de las leyes y su interpretación porque, no democratizando el conocimiento, se garantiza la exclusión del poder y el uso intencionado del Derecho por sectores minoritarios con intereses particulares.

Recapitemos, para destacar el cambio de paradigma, sobre los ejes de la cultura formal-inquisitiva: el fin es controlar y mantener el *status quo*; el contenido es la ley abstraída de la realidad en la que se aplica y a la gente a la que afecta; el método es el exegético y se transmite el conocimiento a través de clases magistrales y estudiantes receptivos; la evaluación es memorística; la cultura inquisitiva rinde culto a la forma, es burocrática, vertical, rinde culto al trámite, es secreta, escrita, basada en la delegación de la facultad de decisión del juez a funcionarios administrativos, da apariencia de impersonalidad y neutralidad.

IV. Una cultura alternativa y comprometida

¿Puede existir una Facultad de Derecho distinta? ¿Pueden los estudiantes tener expectativas de formación diferentes a la que están recibiendo? ¿Pueden existir en las Facultades otros fines, métodos, contenidos, evaluaciones y actores? ¿Puede existir, en suma, una cultura alternativa y comprometida?

Nunca podré olvidar mis primeros días de clase en la universidad donde estudié mi maestría, en New York (Columbia University). La primera gran sorpresa fue que los trámites administrativos eran realmente imperceptibles (de hecho, la matrícula, el pago, la inscripción en los cursos, la asignación de aulas es electrónico) y que toda la programación académica era minuciosamente (neuróticamente) planificada. Antes del primer día de clases teníamos los programas de estudio, la finalidad del curso, las lecturas asignadas clase por clase, los libros, las formas de evaluación. Las lecturas para cada sesión de clase oscilaba entre 60 y 100 páginas, si es que no era un libro entero. La genialidad del maestro no estaba en la forma como se desarrollaba la clase en el aula sino en las lecturas que escogía. Por ejemplo, en una clase que se llamaba Jurisprudencia sobre la Identidad, para la primera clase, tuvimos que leer el Tomo I de la Historia de la Sexualidad de Foucault. No podía creer, pasé de un sistema en el que no se leía a otro en que se leía toneladas de páginas para cada clase. El aprendizaje se hacía, sin duda, fuera de la clase. Se dormía con el libro junto, desayunaba con el libro, leía en el camino a clases y así todo el día. Todo el ambiente de la universidad estaba pensado en espacios para leer. En la biblioteca uno encontraba espacios con diseños clásicos, cubículos individuales, mesas, asientos reclinables... todo en función del humor que uno tenga para la lectura. Para una sesión de dos horas había que leer un promedio de diez.

Ahora la clase. Si uno estaba acostumbrado a sentarse y poder divagar pensando en otras cosas más urgentes de la cotidianidad, acá se debía estar preparado para tener argumentos, compartirlos y defenderlos. Una pregunta del profesor podía desatar una discusión que no termina sino por la hora de cierre de la clase. El aula no es necesariamente la clase; algunas discusiones se hacían en un bar, en el departamento del profesor o en las mesas de trabajo. No cabía la idea de un estudiante pasivo y peor irreflexivo. Alguna vez me expliqué, desde esta experiencia académica, el por qué los Estados Unidos eran potencia mundial. La memoria no cuenta para nada, sino la opinión informada y crítica. La evaluación, en consecuencia, no eran preguntas con respuestas únicas y cerradas, sino que debían ser elaboradas y contrastadas. El famoso *"take home exam"* también me chocó. Había exámenes que decían que debían ser elaborados en dos horas, dentro de una semana determinada y fuera del aula. Uno retiraba las preguntas y hacía su

agenda en función de los otros exámenes y del tiempo que uno debía estudiar. El miércoles a las 15h00, porque el estudiante lo ha decidido, comienza el examen, abre el sobre y lo termina, a las 17h00. Creo que a nadie se le ocurre copiar/plagiar o dejar de consultar lo que cree pertinente. Por otro lado, los profesores eran una eminencia en sus áreas de investigación y se caracterizaban –salvo excepciones– por ser sencillos, accesibles y generosos con su tiempo y conocimientos. También los estereotipos se me rompieron.

Para mí fue esta experiencia un verdadero *tsunami* académico. De hecho, me marcó la vida como profesor. Quienes han sido mis alumnos y alumnas podrán dar fe la programación de clase minuciosa, de la lectura previa y de la discusión en clase sobre la lectura. Esa sensación de leer a los autores que han escrito después de haber reflexionado tanto tiempo, discutir con ellos, no tiene comparación con la intermediación, por brillante que fuere, del profesor magistral. Para mí siempre la lectura tiene algo de mágico. Leer, por ejemplo, a H. Hart, que era un tipo excesivamente riguroso y preciso con los textos que escribía, que seguramente estaba rodeado de libros, que editaba sus textos después de haber escuchado a sus pares, y comentarlos, traerlo a una clase a Ecuador, en contextos que nunca él se imaginó, y compartir sus ideas con un grupo de veinte personas, me parece un deleite que pocas veces se puede repetir.

Hasta acá tenemos, sistematizando lo dicho de forma anecdótica, un sistema distinto, en cuanto al método y al contenido de la cultura formal, que podríamos llamarlo crítico pero de ninguna manera comprometido y que es indiferente al fin. Me explico. El método no es el magistral ni tampoco, en el análisis normativo, el exegético; se basa en la participación activa del estudiante y del jurista. En muchos casos el método es el estudio de casos, con lo que la realidad es algo más que una norma general y abstracta y tiene sentido en los casos a los que se aplica; el contenido sale de la ley y se traslada a los hechos problemáticos con dimensión jurídica, aunque la realidad no deja de ser un dato más. Reconocemos, sin duda, que el contenido se expande. Sin embargo, el fin es indiferente y hasta me atrevería a sostener que es una refinación del sistema de enseñanza para seguir manteniendo el *statu quo*. Se es crítico del Derecho, de la doctrina, de la jurisprudencia para corregir o mejorar el sistema. Por ejemplo, se podría considerar que “en todas las áreas del Derecho la revolución científica y social se

hace presente... Los contratos de libre voluntad son reemplazados por los contratos de adhesión y otros innominados; la vieja letra de cambio es reemplazada por las Cartas de Crédito...”⁴⁴. De hecho, en los países hegemónicos se diseñan, difunden y aplican las normativas que sostienen lo que se ha venido llamando neoliberalismo jurídico.

El fin que propongo, y que éticamente no puede ser otro en países tan inequitativos como el nuestro, tiene que ver con lo que B. Santos denomina la emancipación, por oposición al control, y que, en sus palabras sería “la contribución específica de la universidad en la definición y solución colectiva de los problemas sociales, nacionales y globales”⁴⁵. De aquí, el fin al que me refiero no es cualquier alternativo sino aquel que emancipe a las personas, estudiantes, juristas, jueces para transformar la realidad de exclusión, indiferencia y discriminación. De manera más poética, Alfredo Pérez Guerrero, sostiene que

hay que educar e instruir para la ruda, compleja y difícil batalla de todos los días contra la ignorancia, contra la tiranía, contra la enfermedad y contra la injusticia. Enemigos éstos que pueden destruir un pueblo más seguramente que la espada, el puñal o las balas⁴⁶.

La radicalidad de los cambios que se necesitan apuntan a un

modelo crítico, propositivo, creativo y transformador de las estructuras sociales; ello exige que los sujetos de este proceso se comprometan con la realidad y no simplemente se conformen con asumir y aplicar mecánicamente un orden legal completo, definido y estático, como si éste fuera autónomo, tuviera consistencia propia y se hallara por encima y fuese ajeno a la dinámica social⁴⁷.

El compromiso es, pues, con la verdad y con la justicia⁴⁸.

44 Néstor Colmenarez, *op. cit.*, p.12.

45 Boaventura de Sousa Santos, *La Universidad del Siglo XXI, para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*, México, Edit. CEIICH-UNAM, 2005.

46 Patricio Viteri y otro, *op. cit.*, p. 63.

47 Graciela Monesterolo y otro, *op. cit.*, p. 135.

48 Miguel Carbonell, *op. cit.*, p. 66 y 68.

La *cultura emancipatoria*, por oposición a la inquisitiva, tendría otras características, que brevemente las describimos.

El culto es a la *sustancia*. Las formas procesales y de procedimiento, para tomar decisiones, dirigir un juicio o elaborar una ley son una garantía para el cumplimiento del fondo⁴⁹. Las formas sólo tienen sentido si contribuyen a la realización del fin. El fin no puede ser otro que la realización de los Derechos humanos, luego atrás de cada norma, expediente, libro, lo que encontramos es seres humanos de carne y hueso a quienes se les respeta o no sus derechos. Desde esta perspectiva, siendo los destinatarios del Derecho todas las personas que vivimos y nos interrelacionamos en sociedad, el lenguaje del Derecho debería ser sencillo y transparente. Los abogados deberíamos dejar atrás nuestra mentalidad burocrática y ser respetuosos con el tiempo y con las necesidades de la gente. El juez dejaría de ser este gran *manager* de expedientes escritos y asumir sus funciones para evitar la delegación de competencias.

El conocimiento, transmisión y aplicación del Derecho debería ser más *horizontal y democrático*. Me imagino que debe existir una ruptura parecida a la que existió en el siglo XVI cuando se promovió la reforma protestante, y, entre otras cosas, se afirmó que la *Biblia* no requería, para su comprensión, de intermediarios y que se la podía leer directamente. Algo así debe pasar con la ley. Pensar que la ley puede y debe ser leída y entendida por las personas y no sólo por los abogados. La delegación divina, que hablábamos antes, en un estado constitucional de derechos, debe ser, en el peor de los casos, una delegación de la soberanía popular.

Los juristas, estudiantes y profesores deberíamos ser *activos, promotores de cambio y profundamente comprometidos*. Esto, por supuesto, no se debe generalizar. Siempre han existido, en el contexto liberal y neoliberal, personas activas, que están constantemente cambiando y actualizando las regulaciones jurídicas para promover y proteger los intereses privados; tampoco podemos pedir que las universidades privadas dejen de tener las especificidades y los fines que crean pertinentes. Lo que no debe ni puede pasar es que las facultades de derecho de universidades públicas, y

49 Alberto Binder, *El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

hasta de universidades privadas que promocionan la dignidad del ser humano como las católicas o la opción preferencial por los pobres, sean indiferentes a un uso del Derecho que acumule poder o resuelva los intereses relacionados exclusivamente con la propiedad o lo privado. El compromiso no es con los problemas jurídicos de las personas que tienen un caso concreto, es a largo plazo y con los problemas nacionales que tienen concreción con el caso particular. La actitud para el cambio es propia de personas que no están conformes con la realidad y que pretenden alterarla. En este sentido, la impersonalidad y la neutralidad no tienen cabida. Los estudiantes y los abogados están conscientes del uso general del Derecho y también de la realidad en la que se aplica. L. Ferrajoli ha sostenido que la mayoría de violaciones a los derechos de la gente se produce no por la violación a la ley sino precisamente por su respeto. El abogado y estudiante no es una persona con la cabeza en las nubes sino también con los pies en la tierra. Se revierte el principio de que la realidad tiene que ser subsumida en la norma jurídica, por el principio de que la norma se adapta a la realidad. La metáfora, en el sistema formal, es que la ley es como un molde y la realidad es como la masa de pan que se adecua a ese molde. En el Derecho transformador, en cambio, el Derecho es dúctil y maleable que se adapta a la forma requerida por la realidad que debe ser transformada.

B. Santos nos habla de que las universidades, y por tanto también las Facultades Derecho, atraviesan tres crisis: de hegemonía, de legitimidad y de institucionalidad⁵⁰. La de hegemonía es inevitable en una era de globalización donde los espacios de aprendizaje y de producción de pensamiento son múltiples, aunque preocupante desde la perspectiva de que el fracaso de lo público, como cualquier otro servicio, conviene al florecimiento de las instituciones privadas. Pero la crisis de legitimidad, que en esta propuesta se basa por el predominio de la cultura formal-inquisitiva, y la de institucionalidad, que es la adecuación de la Universidad al Estado constitucional de Derechos y justicia, deben centrar nuestra atención.

La crisis de legitimidad debe –seguimos con Santos– resolverse por varios actores y desde múltiples áreas.

50 Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*, p.14.

Se podría considerar que las crisis de las Facultades de Jurisprudencia la tienen que resolver las propias Facultades y desde sus propios integrantes. Esta perspectiva no es correcta, al menos desde la perspectiva de que las Facultades de Jurisprudencia tienen relación directa con la cultura jurídica y con la Función Judicial, y que, en consecuencia, tienen relación con el Estado y con la ciudadanía. Santos considera que hay tres actores imprescindibles: (1) las propias Facultades, pero no individualmente, sino actuando de forma coordinada e incluso globalmente; (2) el Estado, que tiene Facultades reguladoras y de acreditación, sin que esto signifique un atentado a la autonomía de las universidades, entendiéndose que la reforma no es contra las Facultades sino a favor de ellas; (3) los ciudadanos individual o colectivamente organizados, que serían los beneficiarios o destinatarios del Derecho (grupos activistas, sindicatos, movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, gobiernos locales). La distancia generada por las Facultades elitistas con la sociedad y sus problemas debe, de forma urgente y necesaria, acortarse.

Las áreas que deben crearse y potencializarse son: (1) el acceso, (2) la extensión, (3) investigación-acción, (4) ecología de saberes, (5) Facultad de Derecho y escuela pública, (6) Facultad de Derecho y mercado, (7) responsabilidad social.

(1) Una Facultad de Derecho en un país multicultural debería reflejar la diversidad. No tengo memoria de haber tenido un compañero indígena y peor un afroecuatoriano. Supongo que eso cambia en la universidad pública, si así no fuere sería francamente intolerable. Las pocas veces que he tenido alumnos y alumnas indígenas han sido profundamente enriquecedores sus aportes, en particular desde el conocimiento de un Derecho absolutamente desconocido por la mayoría de juristas. Para garantizar el acceso, las universidades deben incentivar, a través de becas si es que no es gratuita la universidad, el ingreso de personas y grupos diversos, hacer alianzas con la educación secundaria para incentivar vocaciones y vincularla con la educación superior, establecer programas de acción afirmativa (podría asegurar que, si no hubiese sido por un programa de acción afirmativa, posiblemente no ingresaba a la universidad en Estados Unidos) con seguimiento y apoyo los primeros años universitarios, evaluar críticamente los resultados de las políticas de acceso.

(2) La extensión de las Facultades de Jurisprudencia se materializa en la prestación de servicios legales, dirigidos a la lucha contra la exclusión social, reivindicación de derechos, ejercicio alternativo del Derecho. Existen muchos conflictos sociales que actualmente no tienen respaldo teórico y peor práctico. Para una persona recién graduada es relativamente fácil poder dar respuesta a un conflicto patrimonial (contratos, mercantil, propiedad intelectual, marcas, compañías, sucesiones), pero difícilmente encontrará categorías para resolver el problema de la falta de alcantarillado, agua potable, educación de calidad, acceso a servicios públicos, discriminación en salud y problemas de este orden. La extensión social es la oportunidad para completar el aprendizaje no sólo en relación al Derecho público sino en cuanto a la praxis del Derecho.

Es evidente que las actividades de protección de Derechos de personas tradicionalmente excluidas no son rentables. Conseguir apoyo para actividades de apoyo o prácticas empresariales no es complicado (es más, puede hasta verse como mano de obra barata), pero apoyo para actividades de interés público o litigios contra instituciones públicas o privadas de poder, sólo podrán realizarse con apoyo público o apoyo privado solidario.

Las actividades de extensión a los sectores más vulnerables es un elemento de distinción clave en el cambio de modelo. Como podrá apreciarse en el texto de Juan Pablo Morales, la enseñanza del Derecho ha transcurrido por tres grandes fases⁵¹. La una que tiene que ver con la transmisión de conocimientos, que correspondería al modelo formal-inquisitivo; el otro, que podríamos caracterizarlo por la discusión de los conocimientos, en el que el estudiante es activo y reflexivo, pero sin contacto con la realidad y la sociedad; y uno tercero que se caracteriza por las labores de extensión. En palabras de Pérez Guerrero,

la universidad no puede, por tanto, habitar dentro de las murallas que la garantizaban seguridad y paz. Tiene que vivir la hora del mundo; ser antena del tormento y de la angustia de esta hora. Tiene que encontrar la brújula perdida que señale un norte de confraternidad y de unión entre los hombres⁵².

51 Véase en esta obra, Juan Pablo Morales, “¿Asistencia jurídica transformadora o consultorios jurídicos para pobres?”

52 Patricio Viteri y otro, *op. cit.*, p. 63.

(3) No existe investigación y creo que, en las condiciones de nuestras Facultades, tampoco creo que podría existir⁵³. No dudo en reconocer que lo más tedioso de ser profesor es dirigir y leer monografías para la graduación. En primer lugar, son la demostración de que el sistema formal-inquisitivo existe. Las tesis son descriptivas, utilizan, y a veces mal, los métodos exegético y comparativo, se confunden las fuentes con los títulos de los capítulos y a veces se llega al absurdo que, cuando se cambia una ley, pierde el sentido el objeto de la tesis. Nada es nuevo, original ni útil. El Derecho sigue estando en las nebulosas y las tesis son condenadas a no ser leídas sino por el tribunal que las califica (y a veces ni ellos los leen). No hay investigación por algunos factores. Parte de la herencia formalista, al separar tan radicalmente al Derecho de las ciencias sociales, es que no aprendimos y nadie nos enseña a utilizar los métodos para apreciar la realidad: cuantitativos, cualitativos y comparativos (el mejor libro que he encontrado para introducirnos en estos ámbitos desconocidos por los abogados es el de Charles C. Ragin, *La construcción de la investigación social, introducción a los métodos y su diversidad*⁵⁴); el divorcio es tan grande con las ciencias sociales que así como nosotros, juristas, les matamos con la indiferencia a la Sociología, Antropología, Psicología, Ciencia Política y otras, las personas científicas sociales también hacen lo mismo: no se meten con el Derecho ni con los juristas. Otro factor que incide negativamente es la falta de profesores a tiempo completo⁵⁵; los pocos que existen se dedican a labores de carácter administrativo y son mal remunerados. Las Facultades no tienen líneas de investigación y se dedican, exclusivamente, a la transmisión de conocimientos (fase uno). Las bibliotecas, aún suponiendo que lo que se quiere es hacer investigación teórica, tampoco ayudan mucho. Salvo contadas excepciones, las bibliotecas son desactualizadas, pequeñas y poco útiles. El panorama, pues, no es muy alentador. Lo cierto es que si no hay

53 Cfr. Farith Simon y otro, *op. cit.*, p.23; y Graciela Monesterolo y otro, *op. cit.*, p. 167.

54 Charles C. Ragin, “Estrategias de investigación social”, en *La construcción de la investigación social, introducción a los métodos y su diversidad*, Colombia, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2007.

55 El 97 por ciento de los profesores son a tiempo parcial (Alberto Wray, *Educación legal en el Ecuador, op. cit.*, p. 33, y Simon y Navas, *op. cit.*, p. 23); y según Monesterolo y Vásquez, el 90 por ciento, Graciela Monesterolo y Vásquez, *op. cit.*, p. 147.

investigación no hay una verdadera universidad. A veces se oye que las Facultades de Derecho deberían contribuir a opinar o direccionar el debate jurídico, pero ¿de dónde podrían salir estas opiniones? Ecuador ha vivido estos años un intenso debate jurídico alrededor de la Constitución y de la reestructuración del sistema jurídico. Las universidades no han opinado sino para reclamar por cuestiones puntuales relacionadas a su presupuesto. Cuando un profesor opina, difícil atribuir a que ese pensamiento sea el producto de un saber que provenga del debate académico, seguro lo hace a título personal.

Lo deseable no es sólo que exista investigación sino que sea una investigación estrechamente ligada a la transformación de la realidad, de acuerdo con la sugerencia del pedagogo P. Freire, que hace años, ya planteó que el conocimiento sin acción es inútil y que la acción sin conocimiento es como dar “palos de ciego”⁵⁶. En lugar de separar, como lo hacía H. Kelsen y lo refuerza N. Bobbio, a las ciencias en distintos planos, que se abordan desde perspectivas distintas: la justicia desde la filosofía, la validez desde la ciencia jurídica y la eficacia desde la sociología del Derecho⁵⁷, debemos integrar en cada materia las tres perspectivas. Esto, por supuesto, requiere un programa de estudios diferentes, más profesores y con distinto perfil y una redefinición de los requerimientos para ingresar, pasar materias y hasta para graduarse.

(4) La ecología de saberes –según el entender de Santos– consiste en

la promoción de diálogos entre el saber científico y humanístico que la universidad produce y los saberes legos, populares, tradicionales, urbanos, campesinos, provincianos, de culturas no occidentales (indígenas, de origen africano, oriental, etc.) que circulan en la sociedad⁵⁸.

El llamado es salir de nuestra burbuja, bajarnos de la nube, regresar de las constelaciones a la Tierra (si la burbuja, la nube, las constelaciones fue-

56 Cfr. Paulo Freire, *Pedagogía del oprimido*, 2000, pp. 176-240.

57 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 2 da edición, Bogotá, Editorial Temis, 2008, pp. 22-24.

58 Boaventura De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 44.

ran realmente teóricas no fuera tan dramático el problema, pero estar en esos lugares metafóricos significa que estamos completamente desvinculados no sólo del Derecho contemporáneo sino de la realidad, y esto si que es patético). Salir, bajarnos y regresar requiere un alto grado de humildad, que el estereotipo no nos permite.

¿Qué puede aprender Robinson Crusoe de Viernes? Robinson, que era el prototipo de hombre civilizado, naufragó y llegó a la isla con tres cuestiones que nos caracterizan: herramientas, razón y soberbia. Instrumentalizó a Viernes y volvió a la “civilización”. Viernes tenía algo que pudo haberle enriquecido: otra cultura⁵⁹. Esto sí lo comprendió Paul Gauguin cuando decide cambiar su forma de vida, de banquero a convertirse en un pintor, y decide ir a Tahití, donde conoce a los maoríes; no sólo que descubre una forma distinta de vivir, de experimentar la sexualidad, sino de pintar⁶⁰.

¿Qué nos puede enseñar Joseph K., o sea cualquier procesado penal, una mujer que requiere alimentos, unos campesinos que no tienen acceso al agua, una comunidad indígena a la que le van a explotar petróleo en su territorio ancestral, un niño maltratado, un travesti discriminado por el Registro Civil, una prostituta explotada, una niña a la que se le privó de su alimentación escolar, un político de oposición al que se le negó la inscripción de su candidatura, un bosque primario que será talado para construir una carretera, un guerrillero torturado, un policía despedido ilegalmente, una organización ambientalista cerrada por protestar en contra de la explotación minera? ¿una madre soltera a la que le quitan los subsidios...? ¿Qué se puede aprender de ellos? La respuesta puede sonar cursi, pero es cierta, se aprende el verdadero sentido de la vida. ¿Cuando señor te vimos preso? –dicen que dijo Cristo– Y él contestó: lo que hiciste con el último, lo hiciste conmigo⁶¹.

59 El análisis de este cuento no esa nada original, se lo puede encontrar en Serge Latouche, *el Planeta de los naufragos*, 1993, pp. 147-192.

60 Vargas Llosa, *El paraíso en la otra esquina*, Alfagura, 2003.

61 “La escala de los necesitados ha sido trazada en aquel discurso de Cristo... referido en el capítulo végesimoquinto de San Mateo: hambrientos, sedientos, desnudos, vagabundos, enfermos, presos; una escala que conduce de la esencial necesidad física o, mejor, animal, a la necesidad de esencialmente espiritual...” Francesco Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, Monografías Jurídicas N. 55, Bogotá, Editorial Temis, 1989.

La solidaridad no sólo es preocuparse de los “peor situados” sino también preocuparse de aprender de ellos. “La ecología de saberes es un conjunto de prácticas que promueven una nueva convivencia activa de saberes con el supuesto de que todos ellos, incluido el saber científico, se puedan enriquecer del diálogo”⁶². Esta vinculación con el saber no académico lo avisó Pérez Guerrero cuando afirmó que la Universidad “es parte del pueblo, que la ciencia, la sabiduría y la cultura del pueblo, y también su emoción y su esperanza”⁶³.

(5) La universidad está desvinculada totalmente del colegio y el colegio de la escuela y la escuela del preescolar y el preescolar de la comunidad. Yo siempre reniego de lo que aprendí en la escuela, colegio y universidad y de lo que me tocó aprender o desaprender en la vida. Siempre digo que si me hubieran enseñado en la escuela a escribir, leer y lavarme la boca, cuánto les hubiera agradecido. Pero aprendí a respetar con miedo a los mayores y a no cuestionarles, aprendí de memoria las tablas de multiplicar (la única que me sale fácil es la del cinco), la clasificación de los insectos (que no me acuerdo), las montañas del país (que sólo las pude recordar cuando me subí a ellas), las enseñadas, las capitales de los países, los límites de los barrios (el famoso *Terruño*) y cuestiones así. Del colegio me hubiera encantado leer, pero aprendí que si uno se masturba debe rezar diez avemarías, un ohmadredolorosa, un padrenuestro, y comenzar a sentir culpa por sentir placer (esto me ha costado desaprender). En la universidad aprendí que el Derecho es la ley y que la ley es hecha por el Legislador que es algo así como Moisés a las doce tablas o Cristo que actúa a través de Mateo en el Nuevo Testamento. Lo poco que he aprendido lo he hecho fuera del sistema formal de educación.

Parte de la explicación de la desvinculación de los actores, en los distintos niveles de educación, se debe a que no existe un ente común coordinador, no existe planificación sistemática y por la famosa autonomía universitaria. Algo parecido sucede con el sistema penal, por un lado está la policía, por otro los jueces, a un lado los fiscales y los defensores, y en otro

62 Boaventura De Sousa Santos, *op. cit.*, p.45.

63 Patricio Viteri y otro, *op. cit.*, p. 66.

quienes ejecutan la pena: tienen finalidades distintas, presupuestos distintos y órganos también distintos. Entonces, se deben crear espacios para generar vínculos entre los entes educativos y de éstos con la realidad. Retomemos las palabras de Sousa: “la fosa cavada entre la universidad pública y el saber pedagógico es perjudicial para la escuela y para la universidad”⁶⁴.

La pregunta es, en relación a las Facultades de Derecho, ¿cómo se vincula la Facultad y para qué con el colegio? Si no hay respuesta es un muy mal síntoma. Lo cierto es que más de una vez hemos escuchado quejas de que del colegio cada vez están peor formados, no tienen hábitos de lectura, no saben conocimientos básicos de cultura general. La misma queja, en otra dimensión, solemos hacernos los profesores de postgrado con los que vienen del pregrado: no saben escribir, no saben investigar, no tienen hábito de lectura y, peor aún, no tienen conocimientos básicos de teoría general del Derecho.

Mientras escribo me digo “qué fácil es escribir y criticar y cuán difícil, si fuera decano o responsable de cambiarlo todo, aplicar”. Pero alguien tiene que asumir ese reto en lo que y cuando le toca. Ahora me ha tocado escribir y relacionar todas estas críticas con la posibilidad de alterar todo a propósito del Código Orgánico de la Función Judicial.

(6) Legitimar a la Facultad de Derecho, desde la recuperación de su funcionalidad en relación a la solución de problemas sociales, significa deslegitimarla desde al perspectiva privada. Las Facultades de Derecho pública y las que tienen opción preferencial por los pobres o por la lucha por la dignidad (como se han definido algunas católicas) no tienen más remedio que así suceda. No es conveniente que una Facultad de estas características se oriente hacia la eficiencia y la competitividad de las empresas. No se debe caer en la tentación de que las labores de extensión y de investigación tengan fines ajenos a la alteración de la realidad de los más vulnerables de la sociedad, aún si se corre el riesgo de tener problemas de financiamiento. En Estados Unidos es común las alianzas de las grandes universidades con las empresas transnacionales y con la industria militar, y no es nada raro que éstas determinen qué se investiga, qué se construye y qué

64 Boaventura De Sousa Santos, *op. cit.*, p.48.

labores de extensión se realizan. Entonces uno se encuentra con cosas como el estadio “american airlines”, la beca “coca cola”, y el proyecto que contribuye a desarrollar una medicina a una farmacéutica. La presión por la reforma de las Facultades de Derecho no debe ser canalizada para fortalecer el sistema de Derecho privado, porque éstos tienen los medios, los recursos humanos y las posibilidades, incluso tecnológicas y globales, para hacerlo. Una reforma debe ser capaz “de mantener en alto, por encima de logros del dinero, del éxito, del poderío o de la fuerza, las grandes y eternas virtudes de la libertad, de la dignidad, de la humildad ante el inescrutable misterio de la vida y de la muerte”⁶⁵. En estas circunstancias debe existir una agenda pública con fines públicos determinados participativamente, control de parte de agencias públicas (sin que se vulnere la autonomía universitaria, garantizar la posibilidad de desarrollar creativa y libremente las áreas de investigación y extensión social). Si no existe otra posibilidad de tener alianzas con empresas, éstas no deben generar dependencia, sumisión y alejamiento a los fines de promoción y protección de Derechos de personas “peor situadas” (esta palabra la he utilizado dos veces ya, tiene que ver con la teoría de Rawls de que hay personas, en una estructura social, que están ubicados en la sociedad en las peores condiciones sociales, políticas y económicas)⁶⁶.

Para resumir, una Facultad, que se precie de ser completa, debe tener formación de pregrado, postgrado, investigación y extensión⁶⁷ y deben cambiar radicalmente sus programas de estudio, perfil y tiempo de dedicación de profesores, rol de los estudiantes, crear espacios de diálogo, relacionarse con la realidad para cambiarla, dialogar con otros actores, inventar formas de enseñanza y evaluación y, en suma, legitimarse socialmente.

¿Podremos los abogados, que somos hijos de nuestra cultura jurídica, estar a la altura de lo que exigen los cambios? Dicen que Trazengies afirmó que lo que hay que hacer es matar a los abogados. Pero lo que se pretende es “terminar con el abogado tradicional, el jurista mero exégeta, incapaz de

65 Patricio Viteri y otro, *op. cit.*, p. 64.

66 El mejor resumen, con esta perspectiva, que he leído lo encontramos en Thomas Pogge, “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, N. 6, Año 4, Brasil, 2007, pp.145-169.

67 Boaventura De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 38.

valorar las consecuencias sociales de las normas que aplica o exige se apliquen al caso que interviene”⁶⁸. No queda otra que intentar, con un proceso intenso de autorreflexión para no repetir la cultura tradicional, alterar la cultura jurídica, nuestras prácticas, la forma de enseñar y hasta la forma de concebir y aplicar las leyes.

V. El Código orgánico de la Función Judicial y el llamado a la transformación jurídica

El Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante “el Código”), publicado el 9 de marzo del 2009⁶⁹, ¿tiene algo que ver con las Facultades de Derecho y la cultura jurídica? La respuesta es –cómo no podía ser de otra manera después de tantas hojas y un título rimbombante– sí.

El Código vincula a todos los actores relacionados con la Función Judicial tanto servidores institucionalizados como usuarios y potenciales servidores y usuarios. Los servidores institucionalizados son quienes pertenecen a este poder como jueces, fiscales, defensores, administrativos, auxiliares; los usuarios son los abogados litigantes (no lo enfocaría, aunque podría algo decirse, en relación a los demandantes de justicia, a la ciudadanía) y los potenciales servidores y usuarios son los estudiantes de Derecho.

Todos estos actores, como sistema, están interrelacionados en el Código bajo la premisa que si uno funciona mal todos tendrán un funcionamiento defectuoso. De nada sirve tener unos abogados litigantes brillantes si no tienen jueces preparados que tengan condiciones para resolver decentemente un caso; de nada sirve jueces preparados si no tienen las condiciones administrativas para poder operar; de nada sirve condiciones maravillosas para operar si los funcionarios auxiliares tienen hábitos burocráticos para despachar causas; de nada sirve auxiliares eficientes si los litigantes son corruptos y aplican la “letra colorada” y así podríamos seguir dramatizando el asunto para intentar demostrar que lo óptimo es que la gran mayoría de

68 Alberto Wray, “Derecho y Realidad...”, *op. cit.*, p.21.

69 Registro Oficial 544.

actores estén sintonizados. Lo que tienen todos en común es que son abogados y alguna vez pasaron por las Facultades de Derecho. El tronco común es la Facultad de Derecho. ¿Tiene algo que ver lo que se aprende en las Facultades de Derecho con la realidad de la Función Judicial? En este artículo estamos sugiriendo que el fin, el contenido, el método, la evaluación que se aprende en la universidad simplemente se refuerza y reproduce en la Función Judicial. También podríamos afirmar que la educación superior es tan neutra que no puede resistir a lo que sucede en la Función Judicial y simplemente se adapta. “No hemos medido el impacto de la enseñanza defectuosa en la impartición de justicia, pero los efectos perceptibles indican que es de mucha consideración”⁷⁰. El círculo perverso, cómo cualquier círculo, puede romperse por cualquier lado. Es decir uno de los actores decide alterar la realidad y cambia, lo cual nunca será uniforme, pero marca una tendencia. El actor que podría romper el círculo y generar cambios significativos, sin duda, es la universidad.

En el Código tenemos algunas normas que nos demuestran que, al menos desde la ley, se pretende alterar la realidad de la justicia. Sólo menciono algunas: el sustento de la justicia no es la ley ni el Estado, sino el pueblo⁷¹, acá un llamado hermoso a la democratización de este poder; la máxima instancia de administración de la justicia deberá elaborar políticas para garantizar el acceso y transformar la Función Judicial⁷²; se establecen todos los principios que tienen que ver con la Supremacía constitucional y con los Derechos humanos, en particular uno, al tenor de lo que hemos venido predicando en relación a la opción por los peor situados: la administración de justicia es un servicio público, básico, que coadyuva a que se cumplan los Derechos humanos⁷³, la responsabilidad de los servidores de la justicia por violación de Derechos⁷⁴, la carrera judicial⁷⁵, que tiene la inno-

70 Diego Valadéz, “Los consejos de la judicatura: desarrollo institucional y cambio cultural”, *Documento de trabajo*, México, N. 29, UNAM, IJ, 2002, citado en Miguel Carbonell, *La enseñanza del Derecho*, op. cit., p.5.

71 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 1.

72 *Ibid.*, Art. 3.

73 *Ibid.*, Art. 17.

74 *Ibid.*, Art. 32.

75 *Ibid.*, Título II.

vación de una formación al ingreso⁷⁶ y durante toda la carrera⁷⁷, la evaluación permanente⁷⁸, la corrección al litigio de abogados⁷⁹, la creación de jueces multicompetentes⁸⁰, la justicia de paz⁸¹, el régimen disciplinario para los abogados⁸². En pocas palabras, el Código establece múltiples herramientas para poder cambiar, corregir, eliminar, instaurar una justicia más democrática y al servicio de la gente.

Pero hay dos instituciones del Código que tienen particular relevancia para las Facultades de Derecho. La una es el establecimiento de la obligatoriedad de toda universidad para contar con consultorios jurídicos gratuitos, bajo amenaza de si no se lo hace, se prohíbe su funcionamiento, y la que se ha conocido como “rural de los abogados”, que es la práctica preprofesional para las egresadas y los egresados de las Facultades de Jurisprudencia.

Todas las instituciones nuevas y con potencial transformador pueden ser absorbidas e inutilizadas por la cultura formal-inquisitiva. Me puedo imaginar, por ejemplo, un consultorio jurídico administrado por un abogado jubilado de la Función Judicial que atienda a la gente como se atiende en la peor institución burocrática y haciendo sólo informaciones sumarias; también me puedo imaginar a un estudiante de Derecho metido en una oficina, en una ciudad, haciendo sus prácticas y aprovechando para ganar sus primeras “chauchitas”. Sin duda, eso puede pasar si quienes tienen el deber de implementar, controlar y evaluar lo hacen desde lo formal e inquisitivo.

Pero también puedo imaginarme un consultorio jurídico gratuito que sea tan creativo y transformador que pare los abusos o las omisiones de grupos de poder, públicos y privados, y que sean la mejor defensa y coraza de la gente “peor situada”; y me puedo imaginar a un egresado liderando el proceso de empoderamiento de una comunidad indígena que resiste a la explotación minera y a la depredación de los bosques y, como decía Montalvo: “¡Desgraciado del pueblo donde los jóvenes son humildes con el

76 *Ibid.*, Art. 67.

77 *Ibid.*, Art. 86.

78 *Ibid.*, Arts. 87-89.

79 *Ibid.*, Art. 131.

80 *Ibid.*, Art. 244.

81 *Ibid.*, Art. 247.

82 *Ibid.*, Art. 335.

tirano, donde los estudiantes no hacen temblar al mundo!”⁸³, sintiendo que transforma la realidad y que, por fin, el Derecho tiene sentido. Sin duda, como lo avizoraba el profesor Pérez Guerrero, la Facultad de Derecho

tiene que ser solidaria con el dolor y con la angustia de los hombres; tiene que señalarles el camino en esta noche de tinieblas... tiene que salir a las calles y a los campos y conocer y apreciar la miseria... Y, después de conocer esa pobreza, miseria y mezquindad, debe decir su palabra redentora, su palabra de fe que permita a este pueblo nuestro, levantarse y seguir las rutas de su destino⁸⁴.

Las Facultades de Derecho no pueden dejar de servir a la comunidad, “si es criticable la escasa producción investigativa, lo es mucho más la poca o ninguna oportunidad que el actual plan de estudios ofrece a los alumnos para tomar contacto directo e inmediato con el entorno social y sensibilizarlos a fin de formar en ellos un espíritu dispuesto a tomar la profesión de abogado como un instrumento para el cambio radical de estructuras sociales, injustas e inhumanas”⁸⁵. Debemos superar la barrera de la enseñanza limitada a la legislación, que siempre se queda corta ante el avance de la conflictividad social, y pensar en un Derecho operativo, finalista (enfocado en la realización, denuncia y reparación de Derechos), flexible y transitorio, según la caracterización del nuevo Derecho⁸⁶.

Pero dejo acá todo mi discurso alentador sin antes afirmar convencido que la esperanza de la Función Judicial es la Universidad.

83 Juan Montalvo, *Lecciones de libertad*, Colección Educación y libertad, Ensayos Pensamiento Ecuatoriano, Universidad Alfredo Pérez Guerrero, FONCULTURA, 2008, p. 106.

84 Viteri y otro, *op. cit.*, p.74.

85 Monesterolo y otro, *op. cit.* p. 167.

86 Alberto Wray, *op. cit.*, pp. 24-26.

VI. Bibliografía (libros citados, referidos y mentados)

- Albán Gómez, Ernesto, “Hacia un nuevo Derecho penal”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Año Jubilar cuadragésimo, Ibarra, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Offset Vaca Jr, 1986.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia”, Quito, Revista Ruptura de la PUCE, 2006.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 3ra reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- Binder, Alberto, “Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, segunda edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, 2004.
- Binder, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2 da edición, Bogotá, Editorial Temis, 2008.
- Bourdieu, Pierre, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Bordieu, Pierre y Teubner, Gunter, *La fuerza del Derecho*, Nuevo pensamiento jurídico, segunda reimpresión, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.
- Carbonell, Miguel, *La enseñanza del Derecho*, Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, 2008.
- Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Monografías Jurídicas N. 55, Bogotá, Editorial Temis, 1989.
- Carrión, Eduardo, *Curso de Derecho Civil de los bienes*, Quito, Ediciones de la Universidad Católica del Ecuador, 1982.
- Colmenarez M., Néstor E., *Modelo de docencia jurídica, teoría y estructura*, Venezuela, Universidad de Carabobo, Editora Fórmula, 1978.
- Dworkin, Ronald, *Tomando los Derechos en serio*, 5ta. edición, Barcelona, Editorial Ariel, 2005.
- Foucault, Michael, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI Editores, 1998.
- Foucault, Michael, *Historia de la sexualidad*. México, Siglo XXI Editores, 1998.
- Freire, Paulo, “La teoría de la acción dialógica y sus características”, en *Pedagogía del oprimido*, 53 ed., Mexico, Siglo XXI, 2000.

- Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI Editores, 1986.
- Hart, Herbert L., *The concept of law*, Oxford University Press, 1994.
- Kafka, Franz, *El proceso*, Bogotá, Seix Barral, Oveja Negra, 1983.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 4 ed., 2003.
- Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión Judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.
- Latouche, Serge, “La sociedad de los naufragos”, en el *Planeta de los naufragos*, España, Acento Editorial, 1993.
- Lugo, Fernando, *Veinte*, Quito, Alfaguara, 2008.
- Malamud, Jaime, “Prólogo” en Alberto Bovino, *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Monesterolo Lencioni, Graciela y Vásconez Ribadeneira, Ernesto, *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE*, Quito, PUCE, Cuadernos académicos, PPL impresores, 2008.
- Montalvo, Juan, *Lecciones de libertad*, Colección Educación y libertad, Ensayos Pensamiento Ecuatoriano, Quito, Universidad Alfredo Pérez Guerrero, FONCULTURA, 2008.
- Morales de Setién Ravina, Carlos. “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner” en Pierre Bordieu y Gunter Teubner, *La fuerza del Derecho*, Nuevo pensamiento jurídico, segunda reimpresión, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- Novoa Monreal, Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, 10 edición, México, Siglo XXI editores, 1981.
- Pogge, Thomas, “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, N. 6, Año 4, Brasil, 2007.
- Ragin, Charles C., “Estrategias de investigación social”, en *La construcción de la investigación social, introducción a los métodos y su diversidad*, Colombia, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2007.

- Simon, Farith y Navas, Marco, *Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador*, PUCE, Quito, American University y Red Académica de Derechos Humanos, V&M Gráficas, 2003.
- Boaventura De Sousa, Santos, *La Universidad del siglo XXI, para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*, México, Edit. CEI-ICH-UNAM, 2005.
- Vargas Llosa, Mario, *El paraíso en la otra esquina*, Alfaguara, 2003.
- Yourcenar, Marguerit, *Memorias de Adriano*, Traducción Julio Cortázar, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1999.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, 4ta edición, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- Viteri Paredes, Patricio y Herrera Crespo, Patricio (editores), *Ideario Alfredo Pérez Guerrero (1901-1966)*, Quito, Universidad Alfredo Pérez Guerrero, Centro Cultural, Imprenta Mariscal, 2007.
- Wray, Alberto, *Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad subdesarrollada*, Quito, Centro de Publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho, 1983.
- Wray, Alberto, *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1999.

¿Asistencia jurídica transformadora o consultorios jurídicos para pobres?

Juan Pablo Morales Viteri

Sumario:

I. Introducción. II. La enseñanza clínica y los modelos de enseñanza del derecho. 2.1. El fracaso de la introducción de la enseñanza clínica en Latinoamérica. 2.2. El modelo en el que se inserta la enseñanza clínica en Latinoamérica y el Ecuador. III. Las características de la enseñanza clínica y los servicios de asistencia legal en Latinoamérica y el Ecuador. IV. Las obligaciones. 4.1. La obligación de contar con un consultorio jurídico gratuito. 4.2. La asistencia legal comunitaria. 4.3. Algunas consecuencias. V. ¿Consultorios legales para pobres o asistencia jurídica transformadora? VI. Bibliografía.

I. Introducción

A partir de la década de los noventa del siglo pasado se ha retomado la crítica de los modelos de enseñanza del derecho y se ha puesto énfasis en la importancia de la educación clínica, a la que se le atribuye una capacidad transformadora tanto del esquema educativo como de la realidad social en la que se desarrolla el fenómeno jurídico.

Digo que se ha retomado esta crítica por que ya existió un llamado de atención sobre la forma en que los estudiantes accedían al conocimiento del

derecho en América Latina en la década de los setenta, sin alcanzar ningún éxito, pues se ha mantenido hasta nuestros días el modelo de enseñanza dogmático, caracterizado fundamentalmente por ser memorista, acrítico y reproductor de ideas y formas preconcebidas que no son cuestionadas¹.

El modelo alternativo propuesto y que no alcanza a desarrollarse en nuestro continente y mucho menos en nuestro país, proponía el análisis crítico² del estudiante para la construcción de nuevos saberes. Esto también conseguiría romper la autonomía discrecional docente sobre lo que se enseña en clase³ y derribar los límites en los que se encerró el derecho al considerar el fenómeno jurídico como único e inmutable, para dar paso a su ubicación en el contexto económico, social y cultural.

El cambio del modelo pedagógico proponía también la sustitución de la metodología de enseñanza. La clase magistral se reemplaza por la clase participativa y se introduce como complemento a la docencia teórica instrumentos de enseñanza práctica, que aproximen a los estudiantes a la realidad del ejercicio profesional de la abogacía⁴.

A pesar que el debate entre estos dos modelos en el país sigue intacto pues la enseñanza sigue centrada en la norma y el discurso docente, vienen apareciendo esbozos de enseñanza clínica en los planes de estudio de las escuelas y facultades de derecho, que conviven con espacios de asistencia gratuita para pobres también a cargo de las universidades.

- 1 Cfr., Jorge Tapia, *Teoría del derecho y enseñanza del derecho*, Cuadernos de Pedagogía, número dos, Quito, Centro de publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho – PUCE, 1983, p. 20. Jorge Tapia califica la metodología de enseñanza utilizada como autoritaria, garantía exclusiva de la reproducción del dato y valor existente, memorizante, acrítica, absolutista, detallista y pasiva.
- 2 Cfr., Alberto Wray, *Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad subdesarrollada*, Cuadernos de Pedagogía, número uno, Quito, Centro de publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho - PUCE, 1983, pp. 27. Alberto Wray, señala que “la formación legal... debe orientarse no al conocimiento positivo de ciertas normas que... tienen un carácter cada vez más transitorio, sino al desarrollo de capacidad crítica”.
- 3 Cfr., Nestor Colmenarez, *Modelo de Docencia Jurídica: Teoría y estructura*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1978, p. 20. Nestor Colmenarez se refiere a este hecho como la “reproducción de la ideología dominante en el autoritarismo profesoral”.
- 4 Véase en esta obra: Ramiro Ávila Santamaría, *Cultura Jurídica*, Facultades de Derecho y Función Judicial; y, Wendy Reyes Chiriboga, *La función social en el ejercicio del derecho*.

En este contexto se expide el Código Orgánico de la Función Judicial que impone determinadas obligaciones y desafíos que deben ser asumidos por las universidades pero sobre todo por docentes y estudiantes, por lo que buscaremos a lo largo de este ensayo contribuir con algunas ideas para dar luces sobre cómo asumir estos nuevos retos.

Este estudio abarcará entonces en una primera parte el análisis del momento histórico en el cual se introduce la enseñanza clínica en América Latina, lo que nos brindará un panorama de cómo se inserta este modelo en los planes de estudios de las facultades de derecho. En un segundo momento nos centraremos en las características de los servicios de asistencia legal universitaria para contrastarlos con la experiencia ecuatoriana. A continuación revisaremos las obligaciones que impone el nuevo código para finalmente establecer los principales desafíos que debe asumir la universidad contribuyendo con algunas ideas claves que aclaren la orientación que consideramos debe tomar la educación y el ejercicio de la abogacía.

II. La enseñanza clínica y los modelos de enseñanza del derecho

2.1. El fracaso de la introducción de la enseñanza clínica en Latinoamérica

Cuando se plantea que existe de un lado un modelo de enseñanza dogmático y por otro un modelo crítico, la discusión parece centrarse en decidir si queremos profesionales del derecho que transformen la sociedad a través del ejercicio de la abogacía o que, por el contrario, mantengan lo establecido.

Lamentablemente, la discusión de la enseñanza en las facultades de derecho de América Latina parece haberse centrado entre el modelo dogmático y un modelo alternativo al que llamaremos práctico. La discusión no es si queremos profesionales críticos o acrílicos; pasivos y contemplativos o transformadores. La discusión se ha centrado en si queremos profesionales teóricos desconectados de la realidad o profesionales prácticos⁵.

5 Cfr., Héctor Fix-Zamudio, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y

El rompimiento del esquema planteado podría tener su fundamento en los programas de Derecho y Desarrollo promovidos por la Fundación Ford y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), que como lo señala César Rodríguez, tenían por objeto la modernización de la enseñanza del derecho en el “Tercer Mundo”. El campo de acción de estos programas en América Latina se centró en Brasil, Chile y Colombia con programas distintos en cada uno pero con un mismo tronco común que seguía las siguientes directrices: a) Se promovían en principio cambios en la enseñanza del derecho, pero se tenía claro que las reformas de planes de estudio y de la formación de abogados podrían traducirse en cambios más profundos en otros campos; b) La dirección y control de estos programas era absolutamente norteamericana y por lo tanto las universidades latinoamericanas participaban exclusivamente como receptoras; y, c) el método utilizado para dicha modernización fue el trasplante del modelo de enseñanza de Estados Unidos⁶.

Los programas de “transplante” buscaban imponer cuatro componentes⁷ en reemplazo de aquellos que se mostraban como falencias del modelo latinoamericano, y que siguiendo a Rodríguez lo podríamos graficar en la siguiente tabla:

Latinoamérica” en Jorge Witker, compilador, *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, pp. 80, 81. El profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio precisamente realiza un análisis sobre lo que llama “viejo dilema”, entre la enseñanza teórica y la enseñanza práctica.

6 Cfr., César Rodríguez, “El regreso de los programas de derecho y desarrollo” en *Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2000, p. 22.

7 *Ibid.*, p. 23.

Componentes de los programas Derecho y Desarrollo

| Componente de trasplante | Componente a reemplazar |
|--|--|
| Método de enseñanza socrático | Método de enseñanza magistral |
| Análisis de casos | Estudio normativo |
| Derecho como herramienta para conseguir objetivos sociales deliberadamente escogidos | Derecho reglas formales inmutables que regulan el accionar privado y limitan el accionar público |
| Abogado como ingeniero social | Abogado como guardián del orden jurídico |

Estos programas fracasaron, fundamentalmente porque existió una desconexión con la realidad latinoamericana, su cultura jurídica y condiciones socioeconómicas⁸.

Felipe González, coincide con Rodríguez en el pésimo resultado de los programas de Derecho y Desarrollo, pero su análisis se centra en el establecimiento de clínicas jurídicas que a partir de la década de los sesenta se incorporan a los planes de estudio de las facultades de derecho latinoamericanas, también como componente de los programas impulsados desde los Estados Unidos.

Identifica tres objetivos que perseguían las clínicas jurídicas en su concepción original: a) el trabajo práctico con casos reales por parte de estudiantes bajo supervisión docente; b) transformar la enseñanza jurídica; y, c) inserción social de las facultades de derecho con la prestación de servicios legales gratuitos para personas de escasos recursos⁹.

Los fundamentos para el fracaso de la incorporación de la enseñanza clínica los agrupa también en tres: a) problemas de diseño presupuestario, que no consideró los costos de implantar una clínica jurídica, repercutien-

8 Rodríguez reconoce que a pesar de lo afirmado, la Universidad de los Andes en Colombia adoptó plenamente el método socrático y de casos para la enseñanza del derecho, *Ibid.*, p. 24.

9 Cfr., Felipe González, "El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina" en Marta Villarreal y Christian Courtis, coordinadores, *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Sans Serif Editores, México D.F., 2007, p. 188.

do esto en que no se cuente con profesores a tiempo completo que realicen el trabajo de supervisión y enseñanza de los estudiantes; b) resistencia de los sectores que defendían la enseñanza tradicional del derecho, relegando a segundo plano la enseñanza clínica, lo que posteriormente implicaría su desaparición en algunas universidades o su descontrol en otras; y, c) el rol de inserción social buscado por las facultades de derecho, fracasó pues los casos no tenían mayor impacto y la poca supervisión repercutía en la calidad técnica con la que se tramitaban las causas¹⁰.

El fracaso de los programas de derecho y desarrollo en su primera versión, tuvo algunas consecuencias. Rodríguez señala que las instituciones auspiciantes abandonaron el proyecto original, retomando posteriormente la idea pero con un enfoque distinto, pues no se trataba ya de transformar la enseñanza sino de actuar sobre las instituciones del sector justicia. De todas maneras, también rescata este autor que con lo poco que quedó de ese programa, algunas organizaciones de la sociedad civil retomaron la idea bajo propósitos e ideologías distintas a la de los proyectos originales y así se fundó el International Center for Law in Development, proponiendo un paradigma distinto que sostenía la idea del desarrollo alternativo¹¹, que sin embargo no han tenido el impacto esperado en Latinoamérica.

2.2. El modelo en el que se inserta la enseñanza clínica en Latinoamérica y el Ecuador

Con el fracaso de los programas de modernización de la enseñanza, América Latina quedó a la saga en esta materia. Víctor Abramovich, al analizar el método de enseñanza clínica y las críticas que se hacían al modelo tradicional norteamericano en la década de los treinta, se atreve señalar: “No sería osado afirmar que el método de enseñanza del derecho en Argentina

¹⁰ *Ibid.*, p. 189.

¹¹ De acuerdo a Rodríguez, este movimiento no rechazó completamente las ideas que propugnaban los planes de derecho y desarrollo de primera generación, pero si promovían “una revisión cuidadosa de la idea de desarrollo y una visión crítica -pero no pesimista- del papel del derecho en la promoción de cambios sociales. Sus defensores propusieron “reflexionar sobre los abogados, los sistemas jurídicos, la enseñanza del derecho y el cambio social en el Tercer Mundo de una forma más realista...” *Op. Cit.*, p. 28.

es más antiguo que el sistema de estudio de casos que criticaba Frank en 1933¹²". Felipe González, al realizar un estudio sobre la cultura jurídica de jueces y abogados en Chile sostiene "La forma tradicional de abordar la educación jurídica en Chile presenta una serie de características que suponen un déficit tanto para los futuros jueces como para los futuros abogados que deberán desempeñarse frente a esos jueces y que, como se ha señalado, incidirán en la calidad de sus decisiones"¹³.

Ecuador no fue la excepción en este campo¹⁴. Los graves problemas que se identifican en el modelo dogmático se muestran como no superados en el país. Alberto Wray, en 1983 escribió un corto ensayo en el cual analizaba los problemas de la enseñanza legal en el Ecuador. En 1999, quince años más tarde, realiza un diagnóstico sobre la educación jurídica y llega a la conclusión de que el cambio que en el mundo iniciaba en la década de los setenta, y que se reclamaba en el Ecuador en la década de los ochenta no se había plasmado. Este autor señala: "Las facultades de derecho ecuatorianas han mantenido un tipo de enseñanza centrado en la información y específicamente, en la información acerca de contenidos normativos: se ha enseñado "leyes", no derecho, sin que los esfuerzos de reforma académica emprendidos en los últimos veinte años, que nunca han tocado ni los contenidos ni los métodos, hayan cambiado ese objetivo implícito"¹⁵.

Cabe preguntarse entonces cuál es la situación de la enseñanza del derecho en el país tras todo lo anotado. En el diagnóstico que realiza Wray, se destacan algunas ideas interesantes que nos pueden servir para caracterizar el estado de la docencia jurídica en el Ecuador, de las cuales pondremos acento en dos. La primera es la que hace referencia a la enseñanza teórica, pues acierta el autor en señalar que a pesar de la crítica extendida entre los estudiantes de derecho sobre el exceso de teorización en su formación, la

12 Víctor Abramovich, "La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público", en Marta Villarreal y Christian Courtis, coordinadores, *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Sans Serif Editores, México D.F., 2007, p. 96.

13 Felipe González, *Cultura Judicial y enseñanza del derecho en Chile*, en Internet: <http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/15/laensenanzadelderecho.pdf>. Acceso: 13 de marzo de 2009.

14 Véase en esta obra: Ramiro Ávila, *Cultura jurídica*, Facultades de Derecho y Función Judicial.

15 Alberto Wray, *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1999, p. 9.

docencia no tiene contenidos teóricos “en el sentido científico del término”¹⁶, y que por el contrario lo que existe es un exceso de contenidos informativos que giran alrededor de la norma. La segunda tiene relación con el método de enseñanza del derecho, que como bien apunta Wray, no depende si se dicta una clase magistral o se utiliza metodología activa, pues el discurso docente continúa siendo el centro del aprendizaje por ser el profesor “quien sabe” y “quien debe enseñar a los estudiantes”.

Al año dos mil nueve la realidad parece no ser radicalmente distinta, pues si se revisa el plan de estudios de las facultades de derecho de las universidades públicas nos encontraremos con materias como Ley Orgánica de la Función Judicial; Derecho Civil: Personas y Familia; Derecho Civil: Contratos; es decir se mantiene el estudio de leyes y no de instituciones, por lo que podríamos caracterizar la enseñanza del derecho en las universidades ecuatorianas en el siguiente cuadro.

Modelo de enseñanza del derecho en el Ecuador

| | Modelo dogmático/práctico |
|----------------------|---------------------------|
| Objeto de estudio | Contenidos normativos |
| Metodología de clase | Docente céntrica |
| Rol de profesor | Informador |
| Rol del estudiante | Pasivo |
| Evaluación de alumno | Memoria |

III. Las características de la enseñanza clínica y los servicios de asistencia legal en Latinoamérica y el Ecuador

Como lo acabamos de exponer, la enseñanza clínica requeriría determinadas condiciones para poder insertarse con éxito en los planes de estudio de las universidades latinoamericanas. Al no cumplirse estos supuestos, los consul-

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

torios jurídicos populares, gratuitos o de asistencia legal creados en el país han funcionado desarticulados del currículo de la carrera de derecho.

Tratemos entonces de caracterizar los servicios legales populares que incorporaron algunas universidades, utilizando las categorías que presenta Alejandro Garro¹⁷:

- a) Debido a la ubicación de las universidades generalmente en las capitales de provincia, **los servicios de asistencia legal han concentrado su actividad en las grandes ciudades**, mientras que los sectores rurales han quedado desatendidos de sus servicios.

Farith Simon, en una investigación sobre el acceso a la justicia en el país, identifica que dentro de los servicios legales que prestan servicios a poblaciones de bajos ingresos, se destacan aquellos que ofrecen las universidades¹⁸. Su análisis confirma la concentración de este tipo de servicios en las grandes ciudades, y que podríamos reflejar en el siguiente cuadro:

Servicios jurídicos universitarios¹⁹

| Nombre de la institución | Servicio | Ciudad | Naturaleza |
|---------------------------------|----------------------|--------|---------------------|
| Universidad del Azuay | Consultorio jurídico | Cuenca | Universidad privada |
| Universidad de Cuenca | Consultorio jurídico | Cuenca | Universidad pública |
| Universidad Central del Ecuador | Consultorio jurídico | Quito | Universidad pública |

Continúa en la página siguiente.

17 Cfr., Alejandro Garro, “El acceso de los pobres a la justicia en América latina”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donell y Paulo Sérgio Pinherio, compiladores, *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 283-295.

18 Cfr., Farith Simon, “Investigación sobre acceso a la justicia en la República del Ecuador”, en José Thompson, coordinador, *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, San José de Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo, 2000, pp. 80-81

19 Este cuadro ha sido elaborado en base al cuadro “Servicios jurídicos gratuitos o subvencionados” presentado por Farith Simón, en su investigación, debiendo destacar que el cuadro original incluye otros servicios distintos al que presenta las universidades, y que adicionalmente su autor tomó en cuenta solo los casos más relevantes a nivel nacional, con lo cual debemos establecer que no se han detallado todas las universidades que cuentan con facultades de jurisprudencia o derecho y que dentro de las mismas cuentan con consultorios jurídicos populares o gratuitos.

Viene de la página anterior.

Servicios jurídicos universitarios

| Nombre de la institución | Servicio | Ciudad | Naturaleza |
|---|----------------------|-----------|---------------------|
| Universidad Católica "Santiago de Guayaquil" | Consultorio jurídico | Guayaquil | Universidad privada |
| Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Consultorio jurídico | Quito | Universidad privada |
| Universidad Nacional de Loja | Consultorio jurídico | Loja | Universidad pública |

- b) **La participación de los alumnos en los programas de asistencia jurídica ha sido más bien de corte voluntario**, pues los planes de estudio no los han tomado en cuenta como materias con reconocimiento académico o si lo han hecho ha sido como materias optativas. Como consecuencia de lo anterior no se ha considerado la práctica como condiciones para egresamiento o para la incorporación al ejercicio profesional.

El plan de estudios de la escuela de derecho de la Universidad Central del Ecuador no contempla los consultorios jurídicos como una materia de estudio, de lo que se desprende que la vinculación del alumnado con este espacio es voluntario. En la Universidad Católica del Ecuador, que cuenta con un Consultorio Jurídico desde 1968, la vinculación de los estudiantes con el espacio de prácticas ha ido variando con el tiempo. La participación era absolutamente voluntaria y sin reconocimiento académico hasta 1977, año en que se le otorga valor curricular. En 1995 se reforma el plan de estudios, pasando los consultorios a formar parte del grupo de materias electivas instrumentales, por lo que mantienen su carácter de voluntariedad. Actualmente existe un nuevo currículo dentro del cual se consideran los consultorios como el lugar natural de práctica preprofesional de los estudiantes, sin embargo se deja abierta la posibilidad de realizar pasantías, por lo tanto la obligatoriedad de este espacio es potencial mas no definitiva. La Universidad de Azuay, por su parte contempla el Consultorio Jurídico como dos materias obligatorias para la práctica de sus alumnos, de la cual pueden exonerarse, de acuerdo al reglamento, si realizan pasantías en otras institu-

ciones del sector justicia. Estos ejemplos muestran que en general, la vinculación de los estudiantes con los espacios de práctica se mantiene de forma voluntaria, lo cual confirmaría la coincidencia con la segunda característica.

- c) El apoyo financiero que reciben estos programas constituye otra característica desfavorable, por cuanto en muchos casos **han sido relegados en las asignaciones presupuestarias de las universidades** y los recursos con los que cuentan resultan insuficientes, debido a la elevada demanda de sus servicios.

Estos espacios, a pesar de ser un vínculo fuerte de las universidades con la sociedad debido a la gran demanda que tienen, han sido ubicados en segundo plano. Si revisamos los portales electrónicos de las universidades verificamos que casi no existen²⁰ espacios donde se pueda encontrar información sobre su ubicación, causas que se tramitan, estadísticas, orientación, etc. La explicación podría justificarse en la limitación de acceso a internet de los usuarios que usualmente acuden a estos espacios, sin embargo consideramos que constituyen también una muestra de la desatención institucional de las universidades a estos servicios. Lo anterior se suma a algunas notas de prensa²¹ que confirman que los problemas presupuestarios de estos consultorios constituyen un obstáculo para la prestación del servicio. Se puede presumir entonces que la tercera característica, desatención institucional y presupuestaria, se encuentra presente en nuestro país.

20 Revisado el portal electrónico de la Universidad Central del Ecuador, se encuentra una sola referencia a los Consultorios Jurídicos, en el vínculo en el cual se solicita la donación del impuesto a la renta, en una subsección donde se lo muestra como enumerado como otro servicio adicional. En el caso de la Universidad del Azuay tampoco existe un vínculo directo por el cual se pueda identificar información sobre el consultorio jurídico, solamente se pueden acceder a algunos documentos relacionados, como el reglamento, a través del buscador que incluye la página. La excepción es la Universidad Católica que muestra una información básica sobre los objetivos de la Fundación Consultorios Jurídicos, servicios que se ofrecen, dirección y teléfonos de contacto, sin embargo, se presenta como muy escueta frente a la información que se muestra respecto de la Clínica de Derechos Humanos o el Centro de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.

21 Cfr., *Los abogados gratuitos de Quito cada año tienen más clientes*, en Diario *El Comercio*, 8 de febrero de 2006. Internet: http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=36287&anio=2006&mes=8&dia=6. Acceso: 12 de marzo de 2009.

- d) A pesar de la desconexión del ejercicio práctico con el estudio del derecho, **el éxito del trabajo clínico se ha medido solamente en relación con el estudiante y no en relación con el usuario** de estos servicios; y

No se ha identificado literatura y peor aún estudios estadísticos que se hayan practicado institucionalmente sobre el grado de satisfacción o insatisfacción de los usuarios de estos servicios. Algunas aproximaciones existen desde la perspectiva del estudiante. Destacamos el estudio realizado en la Universidad Católica para fundamentar el cambio en el plan de estudios, en el cual se concluye que existe un alto grado de insatisfacción en graduados, ex alumnos y alumnos, en relación con los espacios de ejercicio práctico del derecho²². Lo anterior confirma también que el acento en el trabajo de los servicios legales se pone en el estudiante y no en el usuario.

- e) El objetivo de estos servicios se ha concentrado en ser reactivo de acuerdo a los problemas individuales de sus usuarios, **sin causar un impacto general y global que trascienda el conflicto personal de un solo usuario**.

Esto merece un análisis algo más profundo, pues consideramos que en este punto la enseñanza clínica en Latinoamérica ha seguido dos rumbos distintos, pues a pesar de que tienen el mismo origen, los consultorios jurídicos universitarios y las clínicas de interés público persiguen dos objetivos distintos, pues los primeros atienden al interés particular de un usuario mientras los segundos apuntan al interés general.

Para probar esta afirmación me voy a remitir nuevamente al estudio que realiza el profesor chileno Felipe González²³, quien señala que a pesar del fracaso inicial de la incorporación de la enseñanza clínica a los planes de estudio latinoamericanos, un conjunto de factores hicieron retomar nuevos esfuerzos en este plano con acento en el litigio de interés público. En la revisión que hace González respecto del proyecto de clínicas de interés

22 Cfr., Graciela Monesterolo y Ernesto Vásquez, *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la facultad de jurisprudencia de la PUCE*, Cuadernos Académicos APPUCE, Quito, Asociación de profesores de la Universidad Católica del Ecuador, 2007, pp. 196 – 200.

23 Véase, Felipe González, *Op. Cit.* pp. 195-200.

público, destaca el establecimiento de la Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos que llega a juntar instituciones de educación superior de Perú, Chile, Argentina, México, Colombia y Ecuador.

Señala también su análisis, algunas de las causas emblemáticas que se han trabajado desde esos espacios universitarios y las condiciones para que un caso sea considerado: a) que exista interés público nítido; b) que el caso sea paradigmático para que sirva de modelo; c) que se puedan promover cambios sustanciales en el orden legal interno; d) que pueda causar impacto público; e) que exista compromiso institucional para la defensa de las causas; y, d) que exista viabilidad jurídica para su reclamación judicial.

En el Ecuador también se pueden encontrar ejemplos de este tipo de litigio. La Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito, que forma parte de la red de clínicas jurídicas para el litigio de interés público a la cual hicimos referencias en líneas anteriores, la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica también se incluye en esta lógica, al igual que el Aula de Derechos Humanos de la Universidad de Cuenca.

Este modelo de enseñanza clínica no deja de compartir los problemas derivados de las cuatro primeras características revisadas en párrafos anteriores, sin embargo marca distancia con el quinto punto, porque precisamente su esencia radica en el litigar para conseguir un cambio social importante, un impacto que trascienda el caso individual en sí mismo y pueda servir de modelo para que otros se resuelvan en el mismo sentido. Lo anterior sin embargo no es aplicable a los consultorios legales universitarios que litigan las causas tradicionales del derecho.

Podemos afirmar entonces que en Latinoamérica en general y en el Ecuador en particular se está forjando una nueva manera de enfocar el abordaje práctico del derecho, y por lo tanto de la enseñanza del mismo, que influye necesariamente en la función social de la abogacía, y que coexiste con un modelo dogmático que se aferra al estudio de la norma y al mantenimiento del estado de cosas.

En esta realidad dual que vive la enseñanza del derecho y el trabajo clínico, el Código Orgánico de la Función Judicial impone una serie de obligaciones que van a influir sobre el actual estado de la docencia jurídica

y que llevan implícitos grandes desafíos para las universidades, lo que analizaremos en los siguientes acápite.

IV. Las obligaciones

4.1. La obligación de contar con un consultorio jurídico gratuito

El Código Orgánico de la Función judicial incluye la obligación de que todas las universidades legalmente reconocidas que tienen facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas, organicen y mantengan servicios de patrocinio, defensa y asesoría jurídica para personas de escasos recursos económicos y grupos de atención prioritaria, dando cumplimiento a la obligación que impone el artículo 193 de la Constitución de la República²⁴.

Adicionalmente, las instituciones de educación superior deberán registrar los consultorios jurídicos y someterse a la evaluación de desempeño que realice la Defensoría Pública²⁵.

4.2. La asistencia legal comunitaria

El año de asistencia legal comunitaria previsto como obligatorio, tras culminar los estudios de derecho, consiste en uno de los grandes cambios que debe afrontar la universidad ecuatoriana en general y las facultades de derecho en particular. Sin este ejercicio práctico que se somete a evaluación y aprobación estatal, quienes egresen de una facultad de derecho no podrán ejercer la profesión.

Esta asistencia legal comunitaria se puede realizar en algunos espacios como la Defensoría Pública, la Fiscalía General del Estado, dentro de los órganos jurisdiccionales de la función judicial, en los consultorios gratuitos

24 Constitución de 2008, artículo 193: “Las facultades de Jurisprudencia, Derecho o Ciencias Jurídicas de las universidades, organizarán y mantendrán servicios de defensa y asesoría jurídica a personas de escasos recursos económicos y grupos que requieren atención prioritaria”. Véase en esta obra: Santiago Andrade Ubidia, *Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008*.

25 Véase en esta obra: Ernesto Pazmiño, *Desafíos y perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador*.

de las universidades, sectores rurales, urbano marginales u organismos seccionales.

Se contempla la posibilidad de exonerarse de esta asistencia comunitaria si se demuestra que se ha prestado servicios por lo menos durante dos años en un consultorio jurídico gratuito o en unidad judicial. La reglamentación, control y certificación se encuentra en cabeza del Consejo de la Judicatura.

4.3. Algunas consecuencias

De acuerdo al portal electrónico del CONESUP, existen 293 ofertas de estudios en derecho en modalidades presencial, semipresencial y a distancia²⁶, distribuidas entre 46 instituciones de educación superior. Sin lugar a duda, uno de los primeros efectos de la normativa es la revisión de las modalidades de estudio, pues la mayor parte de la oferta (63,14%) se encuentra repartida entre las modalidades a distancia y semipresencial.

Las universidades que ofrecen el estudio del derecho en estas modalidades deberán necesariamente establecer un consultorio jurídico gratuito para su reconocimiento, lo cual implica también el cuestionamiento de dónde deben ubicar estos servicios, pues universidades como la Técnica Particular de Loja, que maneja en gran parte estudios a distancia, mantiene 87 centros universitarios en 24 provincias del Ecuador. ¿Debe mantener un servicio de atención legal en cada provincia o debe tener uno por cada centro? El mismo cuestionamiento surge en casos de otras universidades, como la PUCE que tiene sedes en cinco ciudades fuera de Quito, pero mantiene facultades de jurisprudencia en solo dos de ellas.

Considerar que la obligación que impone la Constitución y la ley se subsana si cada universidad mantiene solamente un consultorio jurídico sin consideración de las sedes que existen o los lugares en los que se ofrece la enseñanza en cualquier modalidad, implicaría que la educación a distancia o semipresencial se mantendría en el modelo dogmático puro al no poder brindar herramientas de conocimiento práctico y contacto con la realidad. Adicionalmente, el consultorio legal universitario es uno de los espacios en

26 Estos datos han sido obtenidos del portal electrónico del Consejo Nacional de Educación Superior. Internet: http://www.conesup.net/buscar_carreras_universidad.php. Acceso: 15 de marzo de 2009.

los cuales los egresados de las facultades realizarían el año de asistencia legal comunitaria previo a su titulación, por lo que si solo existe uno por cada institución tendríamos 46 consultorios que deberían acoger al gran número de personas que año a año egresan de la facultad de jurisprudencia. Lo correcto parecería ser la creación de un consultorio jurídico gratuito universitario en todos los lugares en los que una institución ofrezca estudios en derecho.

Por supuesto, esto no puede desligarse de la necesidad de revisar primero la idea de universidad que queremos. Consideramos indispensable retomar el concepto de universidad, en relación a la calidad de la enseñanza superior en el Ecuador, razón por la cual, la Constitución vigente ha impuesto la obligación de la acreditación para evaluar realmente cuáles son las instituciones que reúnen las condiciones para ser consideradas como universidades. Las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial imponen la obligación para las universidades reconocidas e inscritas ante el organismo técnico de acreditación de la calidad universitaria. Esto no quiere decir que solamente ellas tendrán la obligación, sino que solo estas son las que podrán impartir educación universitaria, y solo de entre éstas, aquellas que cuenten con facultades de derecho deberán incorporar consultorios jurídicos²⁷.

Con este antecedente, la proliferación de universidades de “garage”²⁸ se entiende que debe detenerse y por lo tanto serán solo instituciones acreditadas quienes deberán mantener servicios legales gratuitos. Actualmente el Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior del Ecuador (CONEA), organismo encargado de la acreditación, registra solamente cinco universidades que cumplen los estándares de calidad establecidos, de las cuales tres mantienen facultades de jurisprudencia, en

27 Constitución de 2008, Disposición Transitoria Vigésima.

28 Este término ha sido acuñado en varios países de América Latina, como México, Colombia, Uruguay y Ecuador para referirse a la proliferación de universidades con bajo nivel académico. Véase notas de prensa en El Tiempo, *País Garage*, Internet: http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/mauriciopombo/pais-garaje_4244956-1, acceso: 15 de marzo de 2009; El siglo de torreón, *Jóvenes prefieren universidades “patito”*, Internet: <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/271432.html>, acceso: 15 de marzo de 2009; Ecuadorinmediato.com, *Educación Superior de Ecuador requiere planificación*, Internet: <http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/70877>, acceso: 15 de marzo de 2009.

modalidades presenciales y a distancia²⁹. Por supuesto, al ser las evaluaciones anteriores a la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, la acreditación no tomó en cuenta este nuevo parámetro, por lo que podríamos considerar que en realidad, no existe ninguna universidad acreditada para la enseñanza del derecho.

Lo anterior puede también resultar insuficiente pues los procesos de evaluación se centran en la calidad de la enseñanza y no en la calidad de lo que se enseña, lo cual es tarea innegable de la universidad, que podría mantener un eficiente servicio de transmisión de la información y no valorar la información que se transmite. Esa valoración se realiza en el componente de investigación de la universidad, que justamente debe estar enfocada a cuestionar y a reflexionar críticamente sobre los saberes. Nuevamente si revisamos la realidad de la universidad ecuatoriana, observamos que la investigación en derecho es un tema secundario, relegado a las tesis de pregrado y postgrado en las instituciones en las que existe. La información disponible sobre proyectos de investigación en los portales de instituciones como la Universidad Central es nula, y en otras universidades como la PUCE³⁰, o del Azuay, se concentra en áreas distintas a la jurídica.

El Estado de igual manera juega un rol importante. La regulación del Código Orgánico de la Función Judicial pone grandes responsabilidades en la Defensoría Pública y el Consejo Nacional de la Judicatura, instituciones que como Estado deben establecer las reglas de juego.

Respecto de la asistencia legal comunitaria se deberá unificar los estándares para la distribución de los alumnos egresados de las universidades entre las distintas instituciones en las cuales se puede realizar esta labor; establecer los criterios para evaluación de la calidad del servicio, al igual que regular las condiciones en las cuales procede la exoneración para el caso de que se certifique la labor por dos años en un consultorio jurídico universitario o en cualquier unidad judicial.

29 Información obtenida del portal electrónico del Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior del Ecuador, CONEA. Internet: <http://www.conea.net/regnac/registro.htm>. Acceso: 15 de marzo de 2009.

30 Esto a pesar de que existen proyectos a cargo de algunos profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE que se desarrollan este año y que existieron otros en años pasados que incluso se han llegado a publicar.

Se debe evaluar profundamente el tema de la excepción establecida en la ley, pues podría darse el caso de que la asistencia legal comunitaria, que tiene como finalidad extenderse fuera de la universidad y las grandes ciudades, quede restringida si todos los alumnos “justifican” sus labores en los espacios señalados. Otra consecuencia de una regulación equivocada podría derivar en que exista una distinción entre alumnos que pueden ejercer inmediatamente la profesión después del egresamiento por haber realizado las pasantías, mientras que otros podrán incorporarse recién tras realizar la asistencia legal comunitaria pues es claro que no todos los estudiantes podrán ocupar las plazas consideradas para la excepción.

La exoneración debe ser entendida como un privilegio al que se accede debido a determinadas capacidades y méritos. El realizar prácticas preprofesionales en unidades judiciales y consultorios jurídicos debe estar abierta para los alumnos exclusivamente durante el último año de estudios de tal manera que sea la culminación de un proceso de preparación, y solamente aquellos que se destaquen dentro de este ejercicio podrían acceder a la permanencia en estas unidades por un año más. De esta manera se subsanaría la posibilidad de que se restrinja el servicio de asistencia legal a las grandes ciudades y que exista un exceso de pasantes en los consultorios jurídicos gratuitos en detrimento de su ubicación en otros lugares con menos oferta.

En el caso de los consultorios jurídicos, se debe establecer los estándares de calidad del servicio, el control estadístico, la certificación y evaluación permanente del cumplimiento de los objetivos para los que son creados. Desde esta perspectiva es importante señalar que es indispensable que se fijen claramente estos parámetros, pues es la única forma en que el consultorio jurídico pueda entenderse como un servicio hacia la comunidad y no exclusivamente como un laboratorio de aprendizaje.

En definitiva, le corresponde al Estado dictar las políticas públicas en esta materia, lo que implica que se debe sujetar a las condiciones que establece el artículo 85 de la Constitución para su formulación, ejecución, evaluación y control.

V. **¿Consultorios legales para pobres o asistencia jurídica transformadora?**

La primera pregunta que surge luego del análisis que hemos realizado hasta aquí es si cambia la enseñanza del derecho con la inclusión de estas obligaciones.

En principio se podría decir que la respuesta es negativa. La experiencia ha demostrado, como ha quedado establecido a lo largo de este ensayo, que el proceso de cambio de la enseñanza que se ha verificado en otras latitudes a partir de la década de los treinta del siglo pasado ha sido postergada sistemáticamente por casi ochenta años en el Ecuador.

El proceso de evolución de la enseñanza del derecho que se vivió en los Estados Unidos por ejemplo, implicó el paso de un aprendizaje dogmático y memorístico a uno crítico y reflexivo, que incluyó un cambio de metodología, tomando la enseñanza clínica como una opción para adquirir contacto con la realidad y aceptar la función transformadora del derecho y por tanto de la abogacía. En América Latina la enseñanza siguió siendo normativa y dogmática y bajo este sistema se han mantenido servicios de asistencia legal que por sus características no han llenado las expectativas de la enseñanza clínica ni de transformación de la realidad global de las personas excluidas y de escasos recursos.

Las clínicas de interés público que se establece en América Latina a mediados de la década de los noventa, empiezan a dar un giro a la realidad de “congelamiento pedagógico” que aqueja a las facultades de derecho. Sin embargo el trabajo que se ha venido realizando revela una paradoja que no acaba de resolverse. Mientras existen grupos de profesionales de la abogacía que han decidido asumir un rol protagónico y transformador de la realidad en grandes causas, quienes litigan los derechos de los pobres y excluidos lo hacen con las herramientas normativas y doctrinarias irreflexivas aprendidas en la universidad, frente a autoridades judiciales y administrativas que han sido educados bajo esos mismos parámetros y por lo tanto reafirmando el *statu quo*.

Consideramos que las clínicas de litigio de interés público son un esbozo de cambio en la enseñanza del derecho. Sin embargo, el día a día de las personas se sigue jugando en una pensión de alimentos, en un conflicto la-

boral, en un divorcio, frente a jueces y amanuenses que resuelven como lo han venido haciendo hace cincuenta años, en oficinas que se acumulan de papeles, con abogados que trafican con la justicia y el dolor de sus clientes.

Esta paradoja parecería tener solo una forma de resolverse. La evolución de la enseñanza del derecho no ha constituido en realidad evolución, sino estancamiento. Ese estancamiento ha brindado herramientas prácticas a los abogados para mantener todo en un estado de cosas inmodificable. Las corrientes críticas que han decidido tomar contacto con la realidad, lo hacen litigando para las grandes causas. El camino parece ser entonces que quienes han tenido el valor de asumir un rol crítico, reflexivo y transformador, asuman también las riendas de la educación de estudiantes, y reeducación de docentes y profesionales del derecho.

¿Cómo se concreta todo lo que hemos propuesto en líneas anteriores? La respuesta la podemos encontrar si imaginamos un diseño del consultorio jurídico gratuito ideal.

Este ideal nos lleva a pensar en un lugar en el cual se funde la enseñanza clínica con la asistencia legal comunitaria, en el que existe un equipo de profesionales con dedicación a tiempo completo que supervisan el trabajo estudiantil de alumnos de último año de universidad y donde egresados de las facultades de jurisprudencia realizan su año de asistencia legal comunitaria.

Este espacio estaría diseñado para permitir que se desarrollen todas las facetas de la profesión entre las que destacamos la educación legal comunitaria, que permita a las personas conocer sus derechos y prevenir conflictos, cambiando la lógica reactiva de los espacios de asistencia legal. Debe darse cabida al litigio en casos relacionadas con derechos humanos e interés público, de tal manera que esas grandes causas orienten y den luces sobre nuevas formas de abordar las causas del día a día. Por supuesto también debe existir un componente investigativo, que sirva como orientador de las necesidades sociales a fin de direccionar la atención a las necesidades de los usuarios. También debe existir un componente que permita el análisis legislativo a fin de estudiar las reformas que se podrían presentar como iniciativa normativa. Finalmente, el abanico de los servicios legales debe abrirse a todas las materias, no exclusivamente a aquellas en las que se supone que los pobres tienen necesidad, pues muchas veces se ha subestimado la capacidad asociativa y de emprendimiento de los grupos menos favorecidos económicamente.

Estos espacios están sometidos a un control estricto de la calidad y de los servicios que se prestan a los usuarios, de tal manera que no existan diferencias sustanciales cuando en una causa intervienen estudiantes realizando prácticas preprofesionales, egresados que realizan su servicio legal comunitario o profesionales en el libre ejercicio.

Estos mismos estándares deben estar presentes en la configuración del servicio de asistencia legal comunitaria, que implica adicionalmente la coordinación entre las facultades de derecho o jurisprudencia de universidades públicas y privadas, entre los distintos organismos de la función judicial en los que se pueden realizar pasantías, así como entre las instituciones de los gobiernos autónomos descentralizados, con el objetivo de extender este servicio a todos los lugares en los que exista necesidad del servicio.

Para concretar este ideal es necesaria una reforma integral a los planes de enseñanza del derecho de las facultades, con el objetivo de que existan aproximaciones progresivas al ejercicio práctico de la profesión, que permitan adquirir herramientas y destrezas previo al contacto con casos reales. La reforma no puede ser aislada y distinta en cada facultad de derecho, pues deben existir lineamientos generales dictados por todas las instituciones involucradas de tal manera que la calidad del servicio no dependa de la universidad y estudiantes que lo prestan. Lo anterior no significa la unificación del plan de estudios de la carrera de derecho, pues es claro que cada institución puede implementar el programa con las especificaciones que considere convenientes, pero es innegable que se deben marcar criterios generales que orienten las reformas curriculares.

El establecimiento de estas líneas generales requiere también de la participación de todos los involucrados, en un proceso de diálogo que haga viable las líneas que hemos sugerido. Es indispensable contar con el órgano de gobierno de la Función Judicial, el Consejo de la Judicatura, quien deberá coordinar las políticas que se adopten; la Defensoría Pública para la discusión de los estándares de calidad de prestación del servicio; el CONESUP, que deberá coordinar el esfuerzo de las universidades y revisar la reforma de los planes de estudio; y, por supuesto los docentes y estudiantes que deben aportar con sus puntos de vista y criterios para la implementación de estos servicios.

Finalmente el órgano encargado de la acreditación de la educación superior debe verificar, como institución de cierre, que las universidades

que ofrecen estudios en derecho o jurisprudencia, cumplan con todos los estándares para autorizar su funcionamiento.

Todo este diseño debe también considerar la fijación de presupuestos y costos para el financiamiento, lo que implica resolver si se establecerá un aporte estatal para el funcionamiento de los consultorios universitarios, si este beneficio incluye a las universidades privadas, si se paga la labor de quienes realizan la asistencia legal comunitaria, entre otros, pues de no establecerse un sistema que permita la prestación sustentable y sostenible de este servicio en el tiempo, la reforma se podría quedar solamente en el papel.

Sin embargo, la transformación institucional de la universidad y las políticas públicas no son suficientes, pues debe haber un cambio social en relación con la concepción misma de la abogacía. Nos resulta común y casi natural que estudiantes de medicina realicen un año de internado en hospitales públicos y que luego como un requisito para su ejercicio profesional realicen un año de “rural médica”, viajando a recónditos lugares a prestar su contingente. Sin embargo, cuando la idea se ha planteado a los abogados y abogadas, la reacción generalizada en profesionales y estudiantes, ha sido negativa. Lo anterior se explica en razón de la cultura jurídica y de la concepción de lo jurídico, envuelta en solemnidad y distanciada de los problemas sociales. En este sentido, juegan un papel muy importante los movimientos sociales, organizaciones de la sociedad civil y todas las personas que deben impulsar el cambio de la cultura jurídica del país, empezando por exigir a quienes forman abogados y abogadas que se asuma el rol social que se viene reclamando décadas atrás en el país, y que recién hoy la legislación viabiliza.

En estas pocas líneas hemos esbozado algunas ideas a partir de la experiencia vivida como estudiante de derecho y pasante en consultorios jurídicos, y ahora como docente e investigador universitario, con la única intención de incentivar el debate y la discusión alrededor de las potencial transformador de la enseñanza clínica, a propósito de las obligaciones impuestas por el Código Orgánico de la Función Judicial. Pero sobre todo, porque estamos convencidos que si la implementación de los consultorios jurídicos gratuitos y el servicio de asistencia legal comunitaria no se realiza en el marco de una transformación de la enseñanza del derecho seguramente se hará realidad algo que encontré en un pie de página del artículo de

Alejandro Garro: “Los mejores consultorios jurídicos son caros, educativamente valiosos y proporcionan un servicio al cliente de alta calidad. Los peores explotan el trabajo estudiantil, alientan la indiferencia o la animosidad de los estudiantes hacia los problemas legales de los pobres, y proporcionan servicios inferiores al cliente”³¹.

VI. Bibliografía

- Abramovich, Victor, “La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público”, en Marta Villarreal y Christian Courtis, coordinadores, *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Sans Serif Editores, México D.F., 2007.
- Colmenarez, Nestor, *Modelo de Docencia Jurídica: Teoría y estructura*, Universidad de Carabobo, Editora Formula, Valencia, 1978.
- Garro, Alejandro, “El acceso de los pobres a la justicia en América latina”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donell y Paulo Sérgio Pinheiro, compiladores, *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- González, Felipe, “El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina” en Marta Villarreal y Christian Courtis, coordinadores, *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Sans Serif Editores, México D.F., 2007.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica” en Jorge Witker, compilador, *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.
- Monesterolo, Graciela y Vásconez, Ernesto, *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la facultad de jurisprudencia de la PUCE*, Cuadernos Académicos APPUCE, Asociación de profesores de la Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2007.

31 Véase, Alejandro Garro, *Op. Cit.* p. 292.

- Rodríguez, César, “El regreso de los programas de derecho y desarrollo” en *Nuevos Rumbos den la Administración de Justicia*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2000.
- Simon, Farith, “Investigación sobre acceso a la justicia en la República del Ecuador”, en José Thompson, coordinador, *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, San José de Costa Rica, 2000.
- Tapia, Jorge, *Teoría del derecho y enseñanza del derecho*, Cuadernos de Pedagogía, número dos, Centro de publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho – PUCE, Quito, 1983.
- Wray, Alberto, *Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad subdesarrollada*, Cuadernos de Pedagogía, número uno, Centro de publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho – PUCE, Quito, 1983.
- Wray, Alberto, *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1999.

Internet

- González, Felipe, *Cultura Judicial y enseñanza del derecho en Chile*. Internet: <http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/15/laenseñanzadelderecho.pdf>. Acceso: 13 de marzo de 2009.
- Los abogados gratuitos de Quito cada año tienen más clientes*. Internet: http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=36287&anio=2006&mes=8&dia=6. Acceso: 12 de marzo de 2009.
- País Garage*. Internet: http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/mauriciopombo/paisgaraje_4244956-1. Acceso: 15 de marzo de 2009
- Jóvenes prefieren universidades “patito”*. Internet: <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/271432.html>. Acceso: 15 de marzo de 2009.
- Educación Superior de Ecuador requiere planificación*. Internet: <http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/70877>. Acceso: 15 de marzo de 2009.
- Consejo Nacional de Educación Superior. Internet: http://www.conesup.net/buscar_carreras_universidad.php. Acceso: 15

de marzo de 2009.

Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior del Ecuador, CONEA. Internet:

<http://www.conea.net/regnac/registro.htm>.

Acceso: 15 de marzo de 2009.

Universidad Central del Ecuador. Internet:

<http://www.uce.edu.ec/impuestoalarenta.php>. Acceso: 15 de marzo de 2009.

Universidad del Azuay. Internet: <http://www.uazuay.edu.ec/>. Acceso: 15 de marzo de 2009.

Universidad Técnica Particular de Loja. Internet:

<http://www.utpl.edu.ec/index.php>. Acceso: 15 de marzo de 2009.

Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Internet:

<http://www.puce.edu.ec/>. Acceso: 15 de marzo de 2009.

La función social en el ejercicio del Derecho

Wendy Reyes Chiriboga

Sumario:

I. Introducción. II. El fundamento de la función social. 2.1. La corresponsabilidad de la profesión. III. Régimen de acreditación. 3.1. Requisitos para el ejercicio profesional. 3.1.1. La obligatoriedad de la afiliación a un colegio profesional. 3.2. Régimen disciplinario. IV. El nuevo rol de abogadas y abogados y el acceso a la justicia. 4.1. La Defensoría Pública y el ejercicio del derecho en beneficio de las personas. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Sin lugar a dudas, reconocemos a la profesión de abogado como una rama social, que se justifica en cuanto se convierta en un verdadero servicio que coadyuve al establecimiento y el cumplimiento de las reglas de orden de una sociedad. Pese a ello, es necesario detenernos a pensar cuál es realmente el papel que cumplen quienes obtienen esta profesión y, sobre todo, hacerlo en el marco del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial.

Lo que este ensayo pretende precisar es el nuevo rol de abogadas y abogados que ejercen su profesión en un Estado constitucional de derechos y

justicia¹ y como esta función representa una obligación compartida en la admisión de nuevas responsabilidades que en materia de derechos son avances para usuarias y usuarios del servicio².

II. El fundamento de la función social

Comprender la profesión de abogado dentro de la estructura caduca mantenida durante muchos años por la Función Judicial ha sido difícil, ejercerla ha constituido un reto permanente que sumado a la incredulidad ciudadana, representa una emergencia a ser asumida por el Estado.

Varios son los factores que han generado una percepción de desconfianza en la justicia ecuatoriana, como son la falta de eficacia, lo largos y engorrosos que resultan los procesos judiciales y la falta de independencia.

Según el estudio realizado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, los recursos financieros y humanos que se destinan a la administración de justicia nos indican el grado de importancia que los Estados dan a los derechos ciudadanos³. Por ello, el mismo estudio resalta que en la región, el promedio de recursos destinados a la justicia es del 2,5 por ciento del presupuesto de los gobiernos nacionales, mientras que en nuestro país, según el Fondo Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel fue del 1 por ciento y el 2 por ciento, en el 2002 y 2005, respectivamente⁴.

Estos indicadores nos permiten demostrar que la efectividad de los derechos de las personas no ha constituido una prioridad en nuestro país, esto sumado al mal funcionamiento de la administración de jus-

1 Constitución del 2008, Art. 1.

2 Véase en esta obra, Santiago Andrade Ubidia, "Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008".

3 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La Democracia en América Latina*. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2004, p. 105. Encontrado en: <http://www.bantaba.ehu.es/obs/ocont/pd/obsdoc/demamerlat/>

4 Fondo Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel, *Segunda evaluación del Sistema Procesal Penal*, impresión Mandala, 2006, p. 23.

ticia ha provocado una mayor desconfianza. Según una encuesta de medición realizada en las dos principales ciudades del país, nos muestra que únicamente el 11 y 13 por ciento califica positivamente este servicio⁵.

En **Quito**, la ciudadanía confía en la función judicial:

| | |
|-------|-----|
| Mucho | 13% |
| Algo | 21% |
| Poco | 32% |
| Nada | 33% |

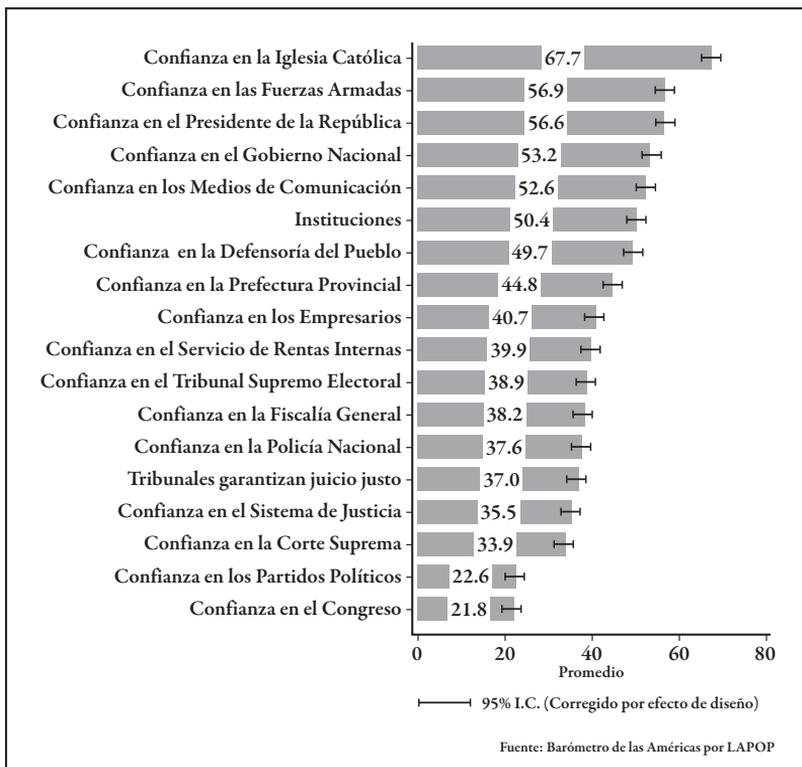
En **Guayaquil**, la ciudadanía confía en la función Judicial:

| | |
|-------|-----|
| Mucho | 11% |
| Algo | 31% |
| Poco | 45% |
| Nada | 13% |

Por otro lado, si comparamos la confianza mantenida en los órganos de la Función Judicial frente a las demás instituciones del Estado, podemos observar que ésta se encuentra en los últimos lugares, como observamos en el siguiente gráfico:

5 Informe confidencial, encuesta realizada el 10 de enero de 2009, a personas mayores de 18 años, 400 casos por ciudad.

Gráfico 1: Confianza institucional en el Ecuador⁶



La ineficacia y falta de preocupación por los derechos ciudadanos es confirmada por el propio sistema cuando advierte que de las 13.532 personas privadas de la libertad, el 45 por ciento se encuentran sin sentencia, el 2 por ciento obtuvo sobreesimimiento, el 1 por ciento se encuentra en apelación, el 3 por ciento en casación, el 2 por ciento en revisión, el 2 por ciento no informa y apenas el 25 por ciento tiene sentencia. Es la misma justicia que refleja que el 47 por ciento de las personas privadas de la liber-

6 Mitchel Seligson, *Cultura política de la democracia en Ecuador*, 2008. El impacto de la gobernabilidad, Ecuador, USAID, Julio 2008, p. 178.

tad no tienen abogado, el 13 por ciento tiene un abogado público y apenas el 37 por ciento tiene un abogado particular⁷.

Éste es el mismo escenario que fue muy bien descrito por la Comisión Interamericana en el Informe Ecuador realizado hace doce años, donde analizó la situación del acceso a la justicia en nuestro país y determinó que:

Las leyes del país requieren que las personas estén representadas por un abogado para poder tener acceso a la protección judicial. Según el sistema actual, los litigantes que no tienen los medios para contratar los servicios de un abogado de su elección deben esperar hasta que haya un defensor público disponible. Esas personas tienen que esperar a menudo por largos períodos para tener acceso a la justicia. Esto va claramente contra los dictados de la Convención Americana. Como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la discriminación en el ejercicio o disponibilidad de las garantías judiciales por razones de situación económica está prohibida según las disposiciones de los artículos 1.1, 8 y 24 de la Convención Americana⁸.

Este contexto, que no ha cambiado en mucho tiempo, nos permite reflexionar y aceptar que como lo reconoce Juan E. Méndez, “el verdadero problema es que mujeres, niños, pueblos indígenas, campesinos sin tierra, presos y otros sectores similarmente carecientes de nuestras sociedades simplemente no tienen acceso a la justicia”⁹.

Este panorama también nos permite reconocer un cambio necesario en esta función del Estado; pero, sobre todo, lo que pretendemos demostrar es que en esta estructura el ejercicio del derecho no fue fácil y se vio susceptible a heredar vicios del pasado, que hoy día, frente a una nueva arquitectura, es necesario superar.

7 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, *I Censo Penitenciario del 2008*, junio de 2008.

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador 1997, capítulo. III Derecho al recurso judicial y la administración de justicia en el Ecuador, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%203.htm#10#10>.

9 Juan E Méndez, *Reforma institucional: el acceso a la justicia. Una introducción*, en Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell y Paula Sérgio Pinheiro (compiladores), (In)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2002, p. 226.

2.1. La corresponsabilidad de la profesión

En virtud de ello, el nuevo rol de quienes ejercen el derecho como parte de este sector debe ser de corresponsabilidad para que la justicia funcione, para que la nueva estructura demandada por tanto tiempo desde los usuarios y los mismos funcionarios del sistema adquiriera sentido y garantice derechos. Abogadas y abogados deben contribuir al respeto de las nuevas normas y en la protección y desarrollo de los derechos humanos. Para ello, es esencial no solo facilitar el acceso a los servicios jurídicos, sino que es necesario y es una función primordial de esta profesión, “cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público”¹⁰.

Esta nueva concepción de la abogacía tiene que ver con uno de los caminos hacia la ética global, el de la pragmática trascendental que sostiene Adela Cortina, “permite fundamentar un carácter obligatorio de una ética universal, que se presenta como una ética de la responsabilidad o, mejor dicho, de una ética de la corresponsabilidad por las consecuencias de las acciones colectivas”¹¹.

Esta nueva concepción del principio de corresponsabilidad confirma la existencia de una norma ética fundamental que se desarrolla en los distintos ámbitos de la vida social donde se encuentran las distintas éticas como las de las profesiones. Esta virtud, también concebida por Cortina como la ética universal de responsabilidad por el futuro humano, compromete la realización del sueño de una ciudadanía cosmopolita.

Para Adela Cortina, esta norma ética fundamental nos lleva a tener un compromiso real por defender los derechos pragmáticos, que para la autora son aquellas exigencias que como condiciones de un diálogo racional, deben ser satisfechas¹². Para entenderlo, ella manifiesta que el compromiso de proteger los derechos pragmáticos y humanos es expresivo de una responsabilidad, que no puede ser individualmente asumida, sino que más bien exige la creación de instituciones adecuadas para protegerlos¹³.

10 Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, *Principios básicos de la función de los abogados*, 7 de septiembre de 1990, Considerandos.

11 Adela Cortina, *Alianza y contrato*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 149.

12 *Ibid.*, p. 63.

13 *Ibid.*, p. 151.

En este sentido, normas internacionales como los Principios Básicos de la Función de los Abogados establece que

los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión¹⁴.

En función de esta corresponsabilidad y del derecho de acceso a la justicia, es necesario analizar las garantías y obligaciones de quienes ejercen el derecho, donde se identifica su nuevo rol que no debe entenderse únicamente por su cometido, sino sobre todo, por sus deberes y responsabilidades que tienen ante usuarias y usuarios, funcionarias y funcionarios del sistema¹⁵.

Dentro del Código Orgánico de la Función Judicial se establecen diez deberes y ocho derechos para los abogados y abogadas donde se concreta claramente esta nueva concepción de función social al servicio de la justicia y del derecho. Dentro de sus deberes tenemos: la actuación al servicio de la justicia; el patrocinio con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; la sujeción a la ley, la verdad de los hechos y las normas del Código de Conducta en el ejercicio profesional; el cumplimiento de sus obligaciones asumidas y demás que contribuyen a un mejor desarrollo de la profesión dentro de este nuevo marco de la Función Judicial¹⁶.

En cuanto a los derechos encontramos importantes avances que corresponden a la libertad de concertar sus honorarios profesionales, exigir el cumplimiento de su pago íntegro; exigir el cumplimiento del horario del despacho judicial; ser atendido personalmente por los titulares de la judicatura; renunciar o negarse a prestar defensa por criterio de conciencia y demás relacionados con el mantenimiento de la posición de sus defendidos;

14 Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, *op. cit.*, numeral 14.

15 Véase en esta obra, Alberto Binder, "La fragmentación de la profesión judicial y la uniformidad de la carrera judicial".

16 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 330, publicado en el R.O. 544: 9-mar.-2009.

informar antes de que se ponga a fin a una instancia y recibir el trato correspondiente a su función por parte de autoridades¹⁷.

El detalle normativo que encontramos aquí responde a una concepción garantista. De esta forma, este nuevo Código está hecho para las y los usuarios de este servicio y no en función de las instituciones, recordando que la Justicia es lo más sensible para el ciudadano común, por lo que de lo que se trata es de recuperar su verdadero sentido.

III. Régimen de acreditación

Los nuevos elementos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador nos dejaron dos retos muy claros: 1) crear la ley de la Función Judicial y del Consejo de la Judicatura sobre la base de la nueva estructura integral que agrupa a órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos en una sola función del Estado, encargada de administrar justicia¹⁸; 2) hacerlo en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de la Constitución¹⁹.

Frente a ello, la Comisión Legislativa y de Fiscalización aprobó el 3 de marzo de 2009, el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, que convierte a juezas y jueces en garantes de los derechos fundamentales; mantiene la figura de los fiscales responsables de la investigación penal; crea, finalmente, los defensores públicos a cargo de la defensa; convierte a los servidores judiciales en colaboradores en la tarea jurisdiccional con responsabilidades más claras del quehacer diario de la función judicial; y a abogadas y abogados en los representantes de los intereses de sus defendidos, con estricta observancia de los principios de lealtad y buena fe procesal, con respeto a la contraparte y a los jueces.

El nuevo código de la justicia pone en marcha una nueva arquitectura de la Función Judicial, cuyo objetivo central es el de garantizar el acceso a la justicia. Por ello, el cambio trasciende también a la abogacía,

17 *Ibid.*, Art. 331.

18 Constitución del 2008, Art. 177.

19 *Ibid.*, Transitoria Primera.

a la concepción de ésta como “función social al servicio de la justicia y del derecho”²⁰.

3.1 Requisitos para el ejercicio profesional

El ejercicio del derecho se fundamenta en la garantía de toda persona a ser patrocinada por un abogado de su libre elección como garantía básica en todo proceso donde se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden. De esta forma, la profesión se justifica en función de los derechos de la otra persona; es así como encontramos la función social establecida en la nueva norma y la misión de corresponsabilidad, antes tratada.

En este sentido, el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial establece tres requisitos para el patrocinio profesional: 1) Tener título de abogada o abogado otorgado por una facultad de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de una universidad legalmente reconocida e inscrita en el Consejo de Educación Superior; 2) hallarse en goce de los derechos de participación política; 3) formar parte del Foro mediante su incorporación al registro que mantendrá el Consejo de la Judicatura²¹.

La anterior Ley de Federación de Abogados²² no definía a la abogacía ni sus objetivos principales. No obstante, sí establecía una estructura para el control en la que la Federación y los Colegios de Abogados mantenían su nivel más alto, y precisaba ciertos derechos y deberes de los abogados, de sus afiliados.

Ahora, el nuevo marco legal regula los requisitos para el patrocinio, tomando en cuenta a abogadas y abogados extranjeros que deseen ejercer en el Ecuador, siguiendo el principio constitucional de que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas²³. Por ello, se regula la homologación o inscripción para quienes hayan obtenido su título en el exterior; el goce de los derechos civiles para el caso de los abogados extranjeros; y, un año de práctica pre procesal previo a su incorporación al Foro²⁴.

20 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 323.

21 *Ibid.*, Art. 324.

22 Ley de Federación de Abogados del Ecuador, Registro Oficial 507, de 7 de marzo de 1974.

23 Constitución del 2008, Art. 9.

24 Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 324 y 332.

Los dos primeros requisitos para el patrocinio profesional parecerían no tener posiciones en contrario. Sin embargo, el punto final ha causado disconformidades en varios Colegios de Abogados del país²⁵, al obligarles a inscribirse ante el Consejo de la Judicatura, en lugar de seguir con las inscripciones en los Colegios Profesionales de cada provincia.

3.1.1. La obligatoriedad de la afiliación a un colegio profesional

La ley de Federación de Abogados establecía la obligatoriedad de la afiliación de abogadas y abogados a los colegios provinciales y únicamente dicha inscripción autorizaba el ejercicio de la profesión en cualquier lugar de la República. Estos artículos fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional²⁶.

Por ello, para entender el cambio propuesto en el nuevo Código que corresponde al retiro de la inscripción obligatoria ante un Colegio Profesional por el registro ante un Foro coordinado por el Consejo de la Judicatura, es necesario tomar en cuenta los argumentos de la Resolución del Tribunal Constitucional y compararlos con lo establecido en la nueva norma.

El Tribunal Constitucional, en su resolución, analiza la doble dimensión del derecho de asociación, que corresponde a la libertad de asociarse o no y el derecho de no estar obligado a hacerlo. Este análisis se justifica en virtud de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en los que se establece que únicamente podrán existir restricciones para el derecho de asociación cuando se determinen por ley y cuando “sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”²⁷.

25 “La polémica por el Código de la Función Judicial terminó”, en Diario *El Comercio*, del 24 de febrero de 2009, p. 5.

26 Resolución No. 38-2007-TC, publicada en Registro Oficial Suplemento 336, de 14 de mayo del 2008.

27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 22 numeral 2. Así mismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Art. 8 numeral 1 literal a) establece: “El

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 5, en la que interpreta la relación de la colegiación obligatoria y el modo de organizar el ejercicio con el orden público. En ella determina que “en efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”²⁸. No obstante, alerta la dificultad que existe en definir términos como “orden público” y “bien común”, que muchas veces han llevado a gobiernos a violar derechos fundamentales y a justificar sus limitaciones en nombre de estos intereses colectivos²⁹. Por ello, es necesario que en virtud de estas premisas, la regulación en nombre del “orden público” o el “bien común” sea delegada por ley a un organismo público.

Esto es entendible cuando observamos las conclusiones de la Corte Interamericana cuando manifiesta su conformidad

con la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y que sancione las infracciones a esa ética. Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales³⁰.

Frente a este cambio, es necesario preguntarnos si ¿estas razones de orden público pueden ser defendidas únicamente por organismos estatales?; ¿Será que con esta bandera de intereses colectivos podemos formar un colegio privado y obligar a todos a su afiliación o en virtud de estos intereses

derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párrafo 64.

29 *Ibid.*, párrafo 67.

30 *Ibid.*, párrafo 80.

colectivos que pretende regular esta ética profesional, dentro de un sistema democrático, corresponde a un ente público que cumpla una función de control de toda la entidad judicial? ¿Será que efectivamente este sentido es el que permitió agrupar el Sector Justicia en una misma norma jurídica que anteponga estas razones antes que los intereses de cada grupo?

Estas preguntas que buscan respuestas positivas se justifican en la necesidad de la construcción de lo público por fuera de los intereses particulares, de tener una ley que regule a todo el Sector Justicia y que la acreditación la realice el Estado como responsable y tercero imparcial y no un organismo gremial. De esta forma, encontramos un registro público con nuevos mecanismos de regulación y control que promueven una correcta y honesta actuación de sus actores.

La inscripción en el Foro la registrarán las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura, las que se encargarán de remitir esta información a las cortes, tribunales y juzgados, para que abogadas y abogados estén autorizados para patrocinar las causas y la revisión de expedientes. En este sentido, se cambia el registro privado pagado por uno público gratuito, ante un organismo regulado por ley y que es parte de la Función Judicial. Ello, no obsta que abogadas y abogados conformen o escojan libremente una institución para afiliarse, ejerciendo su derecho a la libertad de asociación. Con ello, los Colegios de Abogados del país podrán seguir funcionando, en la promoción de los derechos del gremio, como también lo establecen los Principios Básicos de la Función de los Abogados³¹, siempre que lo hagan bajo este nuevo marco legal.

La vigilancia y control del ejercicio de las profesiones, es entendida en este sentido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando establece que estas funciones deben cumplirse, “bien directamente por organismos oficiales, o bien indirectamente mediante una autorización o

31 Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, *Principios Básicos de la Función de los Abogados*, 7 de septiembre de 1990. El numeral 24 establece que: Los abogados estarán facultados a constituir asociaciones profesionales autónomas e incorporarse a estas asociaciones, con el propósito de representar sus intereses, promover su constante formación y capacitación, y proteger su integridad profesional. El órgano ejecutivo de las asociaciones profesionales será elegido por sus miembros y ejercerá sus funciones sin injerencias externas.

delegación que para ello haga el estatuto correspondiente, en una organización o asociación profesional, bajo la vigilancia o control del Estado³².

3.2. Régimen disciplinario

Si entendemos esta razón de orden público establecida por ley y atribuida al órgano máximo de control de la Función Judicial, entonces también entendemos que en esta misma ley no sólo se interpongan los impedimentos para ejercer la abogacía, sino también las sanciones en el caso de que esta profesión no responda a estos principios rectores de esta función del Estado.

En este sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial establece siete casos en los que abogadas y abogados tienen incompatibilidades para patrocinar, por el cargo o función que ocupan; sin que esto obste para que puedan ejercer su propia defensa o representación judicial³³.

Estos nuevos requisitos para el patrocinio sumado a las atribuciones del Consejo Nacional de Educación Superior (Conesup), que estableció el registro de los títulos universitarios, permite obtener mayor disciplina y vigilancia para el eficaz ejercicio de esta profesión.

Por otro lado, dentro de este capítulo del Código también encontramos los impedimentos para ejercer el derecho para: 1) quienes han sido suspendidos en el ejercicio de la abogacía por el Consejo de la Judicatura, por el tiempo de la suspensión; 2) quienes han sido inhabilitados para ejercer la abogacía por sentencia judicial en firme por el tiempo de la condena; 3) los interdictos; y, 4) los condenados por sentencia ejecutoriada a pena de prisión o reclusión, durante el tiempo de la condena³⁴.

Estos cuatro puntos son claramente definidos en la ley y, como observamos, deberán ser declarados mediante resolución de un organismo público a través de un procedimiento establecido en la ley, o a través de sentencia ejecutoriada de un órgano judicial; con miras a obtener un mejor desarrollo de las profesiones, una mejor calidad del patrocinio y un mejor ejercicio de estos derechos.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párrafo 60.

33 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 328.

34 *Ibid.*, Art. 329.

Dentro de este ámbito de acción que tienen abogadas y abogados, se establece un régimen disciplinario que tiene sentido frente al rol de la corresponsabilidad. Por tanto, las prohibiciones, sanciones y suspensiones establecidas en el nuevo Código, se justifican y tienen su razón de ser en pro de la correcta labor de la Función Judicial.

Entre las prohibiciones establecidas encontramos: a) La revelación del secreto de sus patrocinados, sus documentos o instrucciones; b) el abandono, sin justa razón, de las causas que defienden; c) el asegurar a sus patrocinados el triunfo en el juicio; d) la defensa a una parte después de haber defendido a la otra, en procesos relacionados entre sí; e) la autorización con su firma de escritos o minutas elaborados por otra persona; f) la defensa en las causas en que hubiese sido juez o conjuez; g) la intervención en las causas cuando esto motivare la excusa del juez o conjuez; h) las reuniones con la jueza o el juez para tratar asuntos inherentes a la causa que está defendiendo, sin que se notifique previamente y con la debida antelación a la contraparte o a su defensor para que esté presente si lo desea³⁵.

Como podemos observar, éstas constituyen garantías para las personas que contratan los servicios de abogadas y abogados en el país, que antes no existían. De esta forma, la ciudadanía, en el caso de que se violenten estos derechos, tiene la opción de poner una queja ante la Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura³⁶ que, de ser el caso, podrán interponer la sanción correspondiente, según las normas del debido proceso y en estricto cumplimiento del derecho a la defensa de abogadas o abogados.

Los derechos de las personas, frente a una mala actuación del profesional del Derecho, no eran claras en el antiguo ordenamiento. Si bien se establecía la competencia del Colegio de Abogados de imponer sanciones disciplinarias a sus afiliados, conforme a la Ley y en la forma prevista en los Estatutos³⁷, el Tribunal de Honor encargado de conocer y juzgar dicha conducta, estaba integrado por abogados en el libre ejercicio profesional³⁸, con lo que pasaban a tener un conflicto de interés muy claro en el tema, ya que no se constituían en un organismo imparcial para el efecto.

35 *Ibid.*, Art. 335.

36 *Ibid.*, Art. 336.

37 Ley de Federación de Abogados, Art. 17, literal o.

38 *Ibid.*, Art. 22.

Por otro lado, se establece la figura de la suspensión del ejercicio profesional que podrá ser solicitada por la Fiscalía General del Estado, la Defensoría Pública, las juezas y jueces, las conjuetas y los conjuetes y cualquier persona que demuestre interés legítimo, la misma que deberá tramitarse a través de un procedimiento regulado en el mismo Código, que se lo mantendrá ante la misma Dirección Regional en los siguientes casos³⁹:

1. Cuando hayan recibido sentencia condenatoria por la comisión de un delito, mientras dure el tiempo de la pena.
2. Cuando se nieguen, sin motivo justificado, a rendir cuentas a sus poderdantes o clientes.
3. Cuando, en cualquier forma, apareciere que han incurrido en apropiación, malversación, defraudación, exigencia indebida o uso indebido de fondos en daño de sus clientes, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles a que hubiere lugar.
4. Cuando se preste a que por su intermedio, litiguen personas no autorizadas por la ley; y,
5. El procedimiento reiterado de injuria por parte de la defensora o defensor.

El trámite establece un debido proceso con la necesidad de que la resolución de suspensión se la tome por la mayoría absoluta de votos presentes. Esta suspensión no podrá ser inferior a un mes ni mayor a seis meses, dependiendo de la gravedad de la falta y siempre con la posibilidad de apelar ante el Pleno del Consejo de la Judicatura⁴⁰. Así mismo, en el caso de existir razones para la suspensión del profesional, la resolución deberá ser anotada en el libro del Foro, donde constará el tiempo de la sanción⁴¹.

Representantes del gremio de Abogados, en una reunión mantenida ante la Comisión de lo Civil y Penal de la Comisión Legislativa y de Fiscalización⁴² manifestaron su preocupación frente a la potestad de las

39 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 337.

40 *Ibid.*, Art. 264, numeral 22.

41 *Ibid.*, Art. 338.

42 Reunión mantenida el 27 de enero del 2009 en la Comisión de lo Civil y Penal de la Comisión Legislativa y de Fiscalización.

juezas y jueces de solicitar a las direcciones regionales del Consejo las sanciones por las conductas prohibidas en el Código, ya que ésta podría utilizarse como represalia del juez. Si bien es cierto, esta percepción podría preocupar a muchos, es necesario entender que el establecimiento de sanciones tendrá, como se mencionó antes, garantías del debido proceso y cuya resolución también podrá ser recurrida ante el Pleno del Consejo de la Judicatura, esto siempre dentro del ámbito legal.

Así mismo, en el Código se establecen responsabilidades administrativas, sanciones leves, graves y gravísimas para todas las servidoras y servidores judiciales, sea que pertenezcan a las carreras Judicial, Fiscal, de la Defensoría Pública, incluida la división administrativa⁴³. Ello permite a abogadas y abogados utilizar estas garantías en caso de que los funcionarios de estas carreras cometan alguna de estas infracciones que puedan provocar un perjuicio para el profesional y su defendido. No obstante, existe también la posibilidad de que abogadas y abogados puedan mal utilizar dichas herramientas, por lo que entonces existirá sanción para éstos en el caso de ratificarse la inocencia del servidor y de calificar la queja o denuncia como maliciosa o temeraria, por lo que se les impondrá una multa⁴⁴.

Con ello observamos medidas de vigilancia y disciplina para todo el sector y sus actores. Así encontramos también la potestad que juezas y jueces poseen en pro de la celeridad procesal, por lo que podrán sancionar las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados⁴⁵.

IV. El nuevo rol de abogadas y abogados y el acceso a la justicia

La Constitución Política del Ecuador determina que vivimos en un Estado constitucional de derechos y justicia que marca, sin lugar a duda, una nueva concepción de la forma y las cualidades de todo el aparato estatal. Las palabras “derechos” y “justicia”, en la definición de Estado, nos confirma la

43 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 102.

44 *Ibid.*, Art. 118.

45 *Ibid.*, Art. 130.9.

importancia que tendrán estas garantías de las personas y el rol trascendental que representará la Función Judicial.

Este cambio, en comparación con la antigua Constitución del Ecuador de 1998, en la que se estableció un marco para la Función Judicial que exclusivamente atribuía funciones a la justicia ordinaria, nos permite pensar que hoy, frente a los nuevos roles de todos los organismos que componen el sector, existe una mejor garantía de acceso a la justicia.

Así también, entre los nuevos cambios que nos trae este nuevo marco constitucional, aprobado en el 2008, encontramos a una Función Judicial que se conforma integralmente; esto incluye la justicia ordinaria, la Fiscalía General, la Defensoría Pública, los órganos auxiliares y el órgano de gobierno y administración de todo el sector que es el Consejo de la Judicatura. Este nuevo esquema busca efectivizar los derechos de las personas acercando la justicia a la ciudadanía.

Según las normas internacionales sobre los derechos humanos, la obligación del Estado, en cuanto al acceso a la justicia, es de doble vía, existe entonces una obligación negativa, de no impedir el acceso; y una obligación positiva, de organizar todo el aparato institucional para que todos los individuos accedan a estos recursos. De esta forma, es necesario que el Estado remueva obstáculos normativos, sociales y económicos que impidan el derecho a ser oídos por un tribunal⁴⁶.

Para asumir estas obligaciones, además de la nueva Constitución y sus garantías de acceso, es necesario poner en marcha la gestión legislativa para desarrollar aquellos principios aprobados en nuestra carta magna que posibiliten la superación de las barreras de acceso a la justicia. Esta tarea, de alguna forma, se cumple en el caso del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, ya que reorganiza el sector dotándole a este órgano específico de las tareas administrativas y de gestión. De esta forma, el Consejo de la Judicatura, que tiene la potestad de aumentar juzgados y cortes, nombrar nuevos jueces, fiscales y defensores, previo concurso de oposición y méritos, velará por el buen desempeño de todas las instituciones que forman parte del sector.

46 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, p. 8.

Pese a ello, la obligación del Estado todavía está en la necesidad de establecer políticas públicas claras, sobre todo, en este período de transición, mientras se asume por completo la nueva estructura, de tal forma que el Estado de justicia realmente funcione como tal.

Para Adela Cortina, cuando el Estado de Bienestar se convierte en un Estado de Justicia es posible que los derechos sociales sean tan exigibles como los civiles y políticos⁴⁷. Esta discusión ya han tenido varios tratadistas como Christian Courtis y Víctor Abramóvich⁴⁸, quienes sostenían que los derechos económicos, sociales y culturales, a los que se les llama de segunda generación, también son exigibles en los tribunales. Nuestra nueva Constitución ha asumido este avance estableciendo que los derechos, en general, serán plenamente justiciables⁴⁹, sin hacer distinción de qué tipos de derechos, sino hablando de los reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Ello constituye una puerta abierta al acceso a la justicia y es, sin duda, un nuevo reto para abogadas y abogados que deberán prepararse con nuevos argumentos para litigar derechos que antes simplemente no se discutían en las cortes.

Entendiendo que el nuevo rol de abogadas y abogados está en función de la justicia y que mantenemos un rol de corresponsabilidad con miras a defender los derechos fundamentales, ¿cómo entender el hecho que determina que en las causas constitucionales se les ha quitado patrocinio?

Una de las críticas grandes a estas nuevas reformas de la justicia que empezaron en la Constitución fue la norma que establece que las garantías jurisdiccionales podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida, ni el patrocinio de un abogado para proponer la acción⁵⁰.

Siguiendo esta disposición constitucional, el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial establece que:

En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que

47 Adela Cortina, *op.cit.*, p. 56.

48 Víctor Abramóvich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

49 Constitución del 2008, Art. 11.3.

50 *Ibid.*, Art. 86.2.c.

se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal⁵¹.

Esta norma, en su esencia, procura un acercamiento de las garantías jurisdiccionales a las personas, creando una herramienta ciudadana que supera una barrera de acceso a la justicia y que coadyuva a la reivindicación de los derechos en caso de verse violentados. Ahora, la persona que vea afectada algunos de sus derechos constitucionales podrá acudir directamente ante el juez y contarle su causa, activar su queja o demanda. Es decir, cualquier ciudadano o ciudadana ya no necesitará primero acudir a un abogado, sino que podrá hacerlo directamente ante un órgano judicial. Sin embargo, esto no limita el trabajo del profesional del derecho, quien una vez presentada la queja podrá seguir la sustanciación de la causa; mientras que en los casos en que las personas no puedan contratar uno, el Estado deberá asignarles un defensor público.

En este sentido, es necesario que abogadas y abogados entiendan la restricción únicamente para el momento de presentar la acción, en virtud que la norma está pensada en la persona, por lo que constituye una forma efectiva de ciudadanizar la justicia constitucional.

De todas formas, es necesario que la nueva Ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de Control Constitucional⁵⁰, desarrolle esta premisa estableciendo con claridad lo que significa no necesitar del patrocinio legal para presentar la acción. No obstante, para seguir el procedimiento de la causa se necesitará ser asistido por un abogado, acción en la que los defensores públicos jugarán un rol fundamental.

Así mismo, como se establece en la norma del Código, para las causas que se sustancien ante las judicaturas de paz tampoco se necesitará del patrocinio, en virtud que la competencia para los jueces de paz es para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenacionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley, los mismos que deben resolverse en equidad y no en derecho⁵¹.

51 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 327.

52 Que según la Transitoria Primera de la Constitución, que debe ser aprobada en un plazo máximo de trescientos sesenta días, a partir de su aprobación.

53 Ver Arts. 7 y 247 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 189 de la Constitución de 2008.

4.1. La Defensoría Pública y el ejercicio del derecho en beneficio de las personas

Dentro de un régimen democrático es necesario comprender que existen mecanismos para regular los procedimientos de control midiendo pesos y contrapesos, entre todas las funciones del Estado. De esta forma, entendemos que no debe existir poder sin control, ni actividad pública sin vigilancia; por lo tanto, dentro de una misma función del Estado, tampoco deben existir instituciones y personas que queden sin medidas de observancia establecidas en un marco legal. ¿Por qué entonces abogadas y abogados no deben ser controlados? ¿Por qué no podemos hablar de sanciones para estos profesionales en caso de malas conductas?

La responsabilidad de que nuestro actual sistema de justicia no funciona y genere desconfianza y repudio en la ciudadanía es, entonces, de todos: de jueces, fiscales, defensores, servidores judiciales y abogados. Por lo que todo el sector debe reestructurarse y encontrar el sentido que la ciudadanía espera.

Siguiendo esta misma premisa, se establece el Registro de los consultorios jurídicos gratuitos y la pertinente evaluación de los mismos⁵⁴. Es necesario entender que la actividad de defensa está a cargo de la Defensoría Pública, la misma que se crea por primera vez en nuestro país, pese a que el cambio de un proceso inquisitivo por un acusatorio, donde solo funciona con la presencia de fiscales y defensores, ya se dio hace ocho años.

Esta función es, según nuestra Constitución, para todas las materias e instancias, y cuyo fin constituye el garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. El servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito deberá prestarse a través de la Defensoría Pública⁵⁵.

La gratuidad constituye también una forma de garantizar el acceso a la justicia. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se ha manifestado en el Caso Cantos:

54 Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 293 y 294.

55 Constitución del 2008, Art. 191.

La suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen, a criterio de este Tribunal, una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda. Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho⁵⁶.

Por ello, es entendible que todas las instituciones que mantienen este servicio lo hagan siempre y cuando se mantengan bajo la regulación de la Defensoría, porque ésta es la institución encargada de garantizar el acceso y la gratuidad.

Al respecto, la Comisión Interamericana ya manifestó que en el Ecuador,

en vista de que los demandantes deben estar representados por un abogado para poder presentar sus reclamos, debe aumentarse el número de defensores públicos disponibles para asesorarlos, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo necesite para tener acceso a la protección judicial y para defender un derecho protegido⁵⁷.

Por ello, cobra sentido esta reforma y la evaluación de estas instituciones que prestan dichos servicios, porque no solo es un derecho humano reconocida por el Estado, sino porque constituye una política que pretende superar esta barrera de acceso a la justicia.

De la misma forma, las egresadas y los egresados de las facultades de Jurisprudencia, Derecho y Ciencias Jurídicas deberán realizar la práctica pre profesional en forma obligatoria, durante un año de servicio a la comunidad, mediante la asistencia legal comunitaria en la Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado, órganos jurisdiccionales, consultorios jurídicos gratuitos de las uni-

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantos*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, No. 97, párrafos 54 y 55.

57 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador. *op. cit.*, capítulo 3.

versidades o en los sectores rurales, urbano marginales o en los organismos seccionales que no cuenten con recursos para contratar abogados de planta⁵⁸.

Según el Código, este requisito constituye un modo de restituir, en parte, a la sociedad ecuatoriana el beneficio de la educación superior recibida de ella y por constituir la abogacía una función social al servicio de la justicia y del derecho. Esta labor constituye una forma de contribuir con las personas a quienes, de manera reiterativa y continúa, se les ha denegado este derecho.

Debemos reconocer que los problemas de acceso a la justicia van más allá de los efectos negativos de la ineficiencia y la obsolescencia. Los servicios legales para los pobres, en gran medida, no se encuentran disponibles más que bajo la norma de voluntariado, e incluso esos esfuerzos son generalmente desalentados, si no obstaculizados⁵⁹.

El reto constituye hacer de estos servicios a la comunidad un verdadero patrocinio y no convertirlos en justicia de segunda mano. Por ello, la responsabilidad está no solo en los estudiantes, sino en los profesores de derecho, las facultades y las universidades que deberán asumir este nuevo mandato legal, con toda la responsabilidad que esto implica y sin perder de vista su objetivo central.

Es necesario pensar en las maneras de lograr que la administración de justicia adquiera sentido para los vastos sectores de nuestra sociedad que actualmente tienen escasas posibilidades de obtener alguna vez reparación por parte de un tribunal. A menos que logremos un acceso amplio y universal, el derecho a la justicia continuará siendo un privilegio y no un derecho⁶⁰.

Éste es el sentido de cambiar todo el sistema judicial y de atribuir nuevos roles que implican retos de preparación, ejercicio y evaluación de quienes ejercen el derecho, como actividades permanentes de la profesión. Esto conlleva a entender cuál es la relación de abogadas y abogados en cuanto al derecho de acceso a la justicia, la forma en que durante su carrera profesional se aporta a la superación de barreras y el otorgamiento del sentido de función social⁶¹.

58 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 339.

59 Juan E. Méndez, *op. cit.*, p. 227.

60 *Ibid.*

61 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, "Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial"; y, Juan Pablo Morales, "¿Asistencia jurídica transformadora o consultorios jurídicos para pobres?"

Todo ello, también tiene varias recompensas, a nivel público y privado. Cabe resaltar que en lo público, para todas las carreras de la función judicial se requiere el título de abogado, lo cual coloca a esta profesión en el eje fundamental para el pleno funcionamiento de este sector. Por ello, es necesario que se regule los requisitos necesarios para graduarse, su desempeño, así como los concursos de oposición y méritos y su procedimiento para el caso de ingreso a las carreras de la función judicial. Mientras que en lo privado, obtenemos una justicia más organizada en la que se dota a abogadas y abogados de herramientas claves en caso de recibir perjuicios de la administración, lo cual me da un mejor ámbito de acción que generará más confianza ciudadana en la función judicial y, por tanto, más personas que desean llevar sus problemas a un litigio judicial.

No es menos cierto que “las ramas judiciales y quienes las conducen han sido particularmente resistentes al cambio. Lo cual no es sorprendente tratándose de cuerpos de elite que suelen encontrarse entre los sectores e instituciones más conservadoras de la sociedad y el Estado”⁶².

Solo así se entiende la negativa reacción del Colegio de Abogados de Pichincha al expulsar del gremio a la asambleísta que ejerce la Presidencia de la Comisión de los Civil y Penal de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, al Ministro de Justicia y Derechos Humanos y al doctor y ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia que impulsaron el nuevo Código de la Función Judicial. Este suceso fue conocido por la opinión pública y dejó en evidencia que no existió citación, proceso ni mecanismo de juzgamiento. El Colegio actuó bajo la premisa que existía “traición a los estatutos” sin tomar en cuenta que su procedimiento violentó el debido proceso⁶³.

El presente marco legal necesita de políticas firmes que promuevan este cambio con responsabilidad, ya que de lo que se trata es de un nuevo proceso jurídico - político que necesita el apoyo de todos los actores que intervienen en la administración de justicia. De ahí la importancia de la defini-

62 *Ibid.*

63 “La Fiscalía protesta contra Ley Judicial” en Diario *El Comercio*, página 4, sección A, de 4 de febrero de 2009. “Superpoder en sistema judicial, siembre dudas” en Diario *Hoy*, página BN-7, del 9 de febrero de 2009. “Legislatura aprobó nuevo código penal” en Diario *El Mercurio*, página 2 A, del 3 de febrero de 2009.

ción de estos nuevos roles, de la observancia de las reglas de unos y otros, de la definición de los pesos, de la separación de las funciones de administración y gestión de la justicia en sí y de la independencia de la Función Judicial⁶⁴.

V. Conclusiones

Surge la necesidad de comprender que los cambios que encontramos en el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, dependen del accionar de todo el sector; porque además del nuevo marco legal es necesario contribuir en el desarrollo de los desafíos que se presentan al momento de poner a funcionar el aparato estatal en pro de la justicia, en virtud de que las verdaderas transformaciones se viven en la práctica diaria.

En este sentido, la garantía de toda persona a ser patrocinada por un abogado de su libre elección, justifica la razón de ser de la profesión que asume su función social en razón de los derechos de la otra persona; de ahí que entendamos el nacimiento de la misión de corresponsabilidad.

La corresponsabilidad de abogadas y abogados se alcanza al momento del ejercicio; en el reto asumido por superar las barreras de acceso a la justicia, desde que se termina la carrera universitaria y se inicia el servicio a la comunidad; al ejercer la abogacía en estricta observancia de las nuevas reglas y en cumplimiento de los requisitos y del seguimiento de las normas disciplinarias; en el deber de velar siempre por los derechos humanos, aportando de esta forma a alcanzar el seguimiento de la ética universal.

El ejercicio del derecho en este nuevo marco normativo constituye un desafío fundamental en el acercamiento del derecho a la gente, de ciudadanizar la justicia constitucional a través del seguimiento de las causas que las personas han activado de forma directa. Este punto merecerá un desarrollo de un nuevo ensayo en donde se considere la posibilidad de abrir esta garantía para todas las materias, donde el ejercicio profesional se activaría complementariamente.

⁶⁴ Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, "Legitimidad social e independencia judicial interna".

Los retos más grandes se encuentran en el inicio de la vigencia de este nuevo código; porque si bien es cierto el mismo ya provocó rechazos, como el de la inscripción de abogados y abogadas ante el Foro y su sometimiento al régimen disciplinario del Consejo de la Judicatura, todavía nos falta esperar el nuevo accionar de esta función de administración y control de la administración de justicia, a la que les estamos apostando verdaderos desafíos democráticos.

Finalmente, es necesario advertir que el nuevo rol de abogadas y abogados inicia con el conocimiento de esta nueva arquitectura judicial integral y de las nuevas herramientas procesales, las que deberán ponerse en práctica en el ejercicio de esta profesión al servicio de usuarias y usuarios de la justicia; pero sobre todo se encuentra en la comprensión que, “los tribunales y las leyes resultan a todas luces insuficientes cuando de lo que se trata no es de manejar el derecho, sino de hacer justicia”⁶⁵.

VI. Bibliografía

a) Textos citados

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

Comisión de lo Civil y Penal de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, Resúmenes de la reunión mantenida el 27 de enero del 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, p. 8.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador 1997*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, de 24 abril 1997, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%203.htm#10#10>

⁶⁵ Adela Cortina, *op. cit.*, p. 60.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantos*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, No. 97, párrafos 54 y 55.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5.
- Cortina, Adela, *Alianza y contrato*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Fondo Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel, *Segunda evaluación del Sistema Procesal Penal*, Quito, impresión Mandala, 2006.
- Informe Confidencial, encuesta realizada el 10 de enero de 2009, a personas mayores de 18 años, 400 casos por ciudad.
- Méndez, Juan E, “Reforma institucional: el acceso a la justicia. Una introducción” en Juan E. Méndez, Guillermo O’Donnell y Paula Sérgio Pinheiro (compiladores), en *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2002. p. 226.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, *I Censo Penitenciario del 2008*, junio de 2008.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La Democracia en América Latina*. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2004. Encontrado en: <http://www.bantaba.ehu.es/obs/ocont/pd/obsdoc/demamerlat/>
- Seligson, Mitchel, *Cultura política de la democracia en Ecuador, 2008. El impacto de la gobernabilidad*, Ecuador, USAID, julio 2008.
- Tribunal Constitucional, *Resolución No. 38-2007-TC*, publicada en Registro Oficial Suplemento 336, de 14 de mayo del 2008.

b) Normas citadas

- Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 330, publicado en el Registro Oficial No. 544, del 9 de marzo de 2009.
- Constitución de la República del Ecuador, artículo 177, publicada en el Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre de 2008.
- Ley de Federación de Abogados del Ecuador, Registro Oficial 507, de 7 de marzo de 1974.

Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 de la organización

Pacto Internacional de Derechos económicos sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Principios Básicos de la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento

del delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

c) Artículos de prensa

“La polémica por el Código de la Función Judicial terminó”, Diario *El Comercio*, artículo del 24 de febrero de 2009, sección A, p. 5.

“La Fiscalía protesta contra Ley Judicia”, Diario *El Comercio*, artículo del 4 de febrero de 2009, sección A, p.4.

“Superpoder en sistema judicial, siembre duda”, Diario *Hoy*, artículo publicado el 9 de febrero de 2009, p. BN-7.

“Legislatura aprobó nuevo código penal”, Diario *El Mercurio*, artículo publicado el 3 de febrero de 2009, p. 2 A.

Otros
sistemas de justicia

Justicia de paz

Juan Carlos Andrade Dávila

Es por todos conocido que la Administración de Justicia en el Ecuador no funciona adecuadamente, lo cual ha provocado que un gran número de personas no recurran al sistema estatal de administración de justicia para obtener la resolución de sus controversias¹.

Se pueden encontrar muchas causas que contribuyan al inadecuado funcionamiento del sistema judicial, como su falta de independencia, tanto interna cuanto externa, lo que ha derivado en que los jueces sean susceptibles de recibir presiones de todo tipo para direccionar sus fallos; la sobrecarga de trabajo, debido al enorme número de causas que debe despachar cada judicatura y a la gran cantidad de diligencias que debe atender cada juez; el hecho de que los procesos judiciales continúen siendo escritos, sumamente formalistas, al punto de que muchas veces la justicia es denegada por el incumplimiento de ciertas formalidades (pese a que la Constitución dispone lo contrario en el artículo 169 cuando en su parte final dispone que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”); que en la ley exista todo tipo de resquicios que permiten a los abogados crear todo tipo de incidentes que retardan la administración de justicia²; la presencia de ciertos funcionarios corruptos que intencionalmente retardan el despacho

1 Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”.

2 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”.

de las causas a fin de obtener beneficios ilegales a cambio de cumplir con su trabajo; la falta de un adecuado sistema de evaluación de los funcionarios, que impide que éstos sean removidos cuando no han cumplido adecuadamente con sus obligaciones; alto costo de acceso a la justicia, lo que lleva a que muchas causas de pequeña cuantía no se resuelvan, debido a que los costos de reclamar la resolución de un conflicto son superiores al beneficio que representaría éste; la mala distribución geográfica de las judicaturas, que ha dejado a muchos sectores de la población imposibilitadas de acceder a éstas debido a las grandes distancias que debe recorrer para llegar a ellas, entre otros.

La ineficacia del sistema judicial ha llevado a que se busque implementar mecanismos alternativos para la resolución de los conflictos que permitan superar las deficiencias del sistema estatal de administración de justicia. Así, en el año 1997 se promulgó, mediante su publicación en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997, la Ley de Arbitraje y Mediación que buscó implementar la mediación y arbitraje como un adecuado mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Para ello, en la ley se reconoció la obligatoriedad de los acuerdos alcanzados con la participación de un mediador autorizado, así como de los laudos dictados en el marco de un proceso arbitral, siempre que se cumpliera con lo estipulado por la ley. Si bien los árbitros y mediadores han demostrado ser más ágiles que los jueces ordinarios en la resolución de los conflictos, como se trata de un sistema privado de administración de justicia, se requiere que las partes se sometan expresamente a él y, además, que sufragen los costos de la mediación y del arbitraje, costos que muchas veces deja fuera del sistema a quienes carecen de los recursos económicos necesarios para atenderlos. Pero al igual que sucede con los jueces ordinarios, en muchas ocasiones, los árbitros y mediadores carecen de la debida imparcialidad y preparación, por lo que muchos laudos arbitrales no son dictados conforme a derecho, cuando se trata de un arbitraje en derecho, o demuestran una gran inequidad hacia una de las partes, cuando el arbitraje debe ser en equidad. Y como los laudos arbitrales no son susceptibles de recurso alguno, salvo los llamados recursos horizontales, cuando existe grave injusticia en estas resoluciones o, de ser el caso, no se ha aplicado la ley en debida forma, la parte perjudicada se ve imposibilitada de solicitar se revise la resolución, ni siquiera a través de un sistema que

se encargue de revisar que se respeten los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en la Constitución de la República.

Otro inconveniente que se presenta es que ni los árbitros ni los mediadores pueden ejecutar los laudos o los acuerdos de mediación, según sea el caso, por lo que en el supuesto de que una de las partes se niegue a cumplir lo resuelto o lo acordado, se debe acudir a la justicia ordinaria para obtener la ejecución del acuerdo de mediación o del laudo arbitral, proceso de ejecución en el que siempre existe la posibilidad de que se presente todo tipo de incidentes para retardar la ejecución del acuerdo de mediación o del laudo arbitral.

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que ni la mediación ni el arbitraje han demostrado ser mecanismos idóneos para la resolución de los conflictos de las personas de menores recursos económicos. Y si bien es cierto que en la propia Ley de Arbitraje y Mediación se previó la posibilidad de implementar centros de mediación comunitaria como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en comunidades pobres, sean éstas rurales o urbano marginales, a cargo de comunidades indígenas y negras o afroecuatorianas, de organizaciones barriales u otro tipo de organizaciones comunitarias, sin embargo, en el diseño de la ley, estos centros de mediación comunitaria, que incluso pueden ser gratuitos, únicamente pueden resolver conflictos cuando existe acuerdo entre las partes dentro de un proceso de mediación, pero no pueden realizar la heterocomposición cuando el conflicto no puede ser resuelto de manera amigable, ya que no existe la posibilidad de imponer una resolución de manera obligatoria, por lo que el sistema ha resultado ser insuficiente para las necesidades sociales de administración de justicia entre estos colectivos.

Como muchos conflictos no han podido ser resueltos a través de los mecanismos implementados en el ordenamiento jurídico, el resultado ha sido la ausencia de un sistema de administración de justicia, sea éste estatal o privado, accesible a las personas de escasos recursos económicos, lo que ha provocado la formación de sistemas de administración de justicia paralelos, de carácter paralegal, sistemas de administración de justicia que muchas veces no respetan normas básicas del debido proceso, como es el derecho a la defensa o la presunción de inocencia y que suelen recurrir a prácticas contrarias a la ley para obtener el cumplimiento de sus resoluciones, e incluso

llegan a la imposición de sanciones que no se encuentran contempladas en el sistema legal y que resultan violatorias de los derechos fundamentales de las personas, cuando no se trata de turbas enfurecidas que llegan a los linchamientos sin ninguna fórmula de juicio.

Es contrario a la vigencia del Estado de Derecho, la existencia de sistemas paralelos de administración de justicia que no garantizan la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas; más grave aún es la práctica de linchamientos o de justicia por mano propia, en los que no existe ninguna fórmula de juicio en contra de los acusados y la muchedumbre presume su culpabilidad. Es claro que estos sistemas paralelos, al no estar debidamente organizados no tienen unidad y coherencia, no existe ninguna posibilidad de control sobre ellos, por lo pueden recurrir a prácticas para la ejecución de sus resoluciones o imponer sanciones ilegales y atentatorias de los derechos fundamentales. Corresponde al Estado implementar un sistema de administración de justicia que sea ágil y oportuno; igualmente debe el Estado regular adecuadamente otros sistemas de administración de justicia de manera que se garantice los derechos fundamentales básicos de las personas.

La justicia de paz, que en otros países con realidades similares a las nuestras, como es el caso de Perú, han funcionado de manera adecuada, parece ser un adecuado mecanismo de resolución de conflictos destinado a las personas de menores recursos económicos que habitan en zonas rurales o urbano marginales. A fin de que el sistema funcione adecuadamente y se llene el enorme vacío que existe actualmente en la administración de justicia, el sistema ha sido pensado de manera que sea verdaderamente accesible a sus destinatarios, por lo que las juezas y jueces de paz deberán trabajar en sus comunidades, a fin de que no exista la lejanía geográfica para las comunidades aisladas; al ser las juezas y los jueces de paz miembros de las respectivas comunidades se facilitará la resolución de los conflictos, ya que conocerán a los litigantes. La justicia de paz no debe acarrear grandes costos, por lo no se necesita del patrocinio de un abogado, ni de grandes gastos para el desarrollo del proceso. Las juezas y jueces de paz juzgan en equidad, por lo que no están atados a la norma legal, que muchas veces es injusta por no haber sido entendida³.

3 Véase en esta obra, Luis Pásara, “Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina”.

La justicia de paz no es una justicia formal, sujeta al rigor de la ley escrita, en la que lo fundamental es obtener un resultado favorable a una de las partes. La justicia de paz debe buscar restablecer el equilibrio en la comunidad, de manera que la armonía social prevalezca sobre el interés individual. Debe, igualmente, facilitar la reconciliación entre las partes en conflicto, para lo cual resulta adecuado la aplicación de mecanismos de diálogo. Sólo cuando las partes se mantienen en sus posiciones, la jueza o el juez de paz procederá a tomar una decisión, la cual se hará buscando siempre mantener la equidad entre las partes.

Pese a que ha sido un clamor de la ciudadanía que se establezca un sistema de administración de justicia de fácil accesibilidad y a que en la Constitución de 1998, en su artículo 192, inciso segundo, se dispuso que “De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales”, no es sino hasta ahora que se han dado los primeros pasos para la implementación efectiva la justicia de paz, ya que dentro del nuevo marco constitucional se ha dictado el Código Orgánico de la Función Judicial⁴, en el que existen algunas normas legales sobre justicia de paz. Sin embargo, estas normas son insuficientes y requieren de un mayor desarrollo.

La Constitución de 2008 en su artículo 189 establece la existencia de juezas y jueces de paz, cuando dispone que:

las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones que sean sometidos a su conocimiento, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto y consideración de la comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al

4 Publicado en el R.O. 554: 9-mar.-2009.

Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho.

El Código Orgánico de la Función Judicial destina siete artículos en los que se establecen los lineamientos básicos que regirán la justicia de paz; el primer artículo establece los principios generales aplicables a la justicia de paz; el segundo artículo determina que las juezas y jueces desarrollaran su labor como un voluntariado social, por lo que no percibirán remuneración por el desempeño del cargo; en el tercer artículo se determina la competencia territorial de las juezas y jueces de paz; el cuarto artículo establece los requisitos para ser jueza o juez de paz; en el quinto artículo se establecen las incompatibilidades y prohibiciones para las juezas y jueces de paz; el sexto artículo se determina los casos en que una jueza o un juez de paz será subrogado; en el último artículo se determinan atribuciones y deberes de las juezas y jueces de paz. Podemos apreciar que este cuerpo legal tiene varias normas relativas a las juezas y jueces de paz, pero éstas resultan insuficientes para que se puedan establecer los juzgados de paz.

Falta en la ley determinar de manera adecuada la forma en que se elegirá a las juezas y jueces de paz. La Constitución establece que será la comunidad la que designe a la jueza o juez de paz, a través de un proceso que será de responsabilidad del Consejo de la Judicatura. Este proceso no ha sido regulado en el Código Orgánico de la Función Judicial. Tampoco se ha determinado la forma en que las comunidades interesadas en establecer un juzgado de paz, deberán solicitarlo.

En el Código Orgánico de la Función Judicial no se ha determinado el procedimiento que deberán seguir las juezas y los jueces de paz para administrar justicia. Como se trata de jueces legos, sus resoluciones deberán ser en equidad, pero se debe establecer un procedimiento sumario para el trámite de las causas bajo su conocimiento; este procedimiento deberá ser oral, en virtud del mandato constitucional que impone la oralidad para los procesos judiciales y deberá ser sumario, a fin de que la resolución del conflicto se haga en el menor tiempo posible.

Es necesario, por otro lado, determinar la forma en que las juezas y los jueces de paz ejecutarán sus fallos. No se puede dejar a las juezas y jueces de

paz sin las atribuciones necesarias para que puedan ejecutar sus fallos, así como para adoptar providencias de carácter preventivo, ya que se requiere que estos jueces tengan plenas atribuciones no sólo para dictar sentencia, sino también para ejecutarlas, de manera que todo el trámite esté a su cargo y no se requiera recurrir a otras autoridades judiciales.

El Código Orgánico de la Función Judicial no ha previsto la posibilidad de que se apelen las sentencias dictadas por las juezas o jueces de paz. En virtud del principio del doble conforme, debe existir la posibilidad de que los fallos sean revisados por otra jueza o juez; pero no debemos olvidar que las resoluciones de las juezas y jueces de paz se tomarán en equidad, por lo que lo adecuado debe ser que la revisión del fallo la haga otra jueza o juez que juzguen en equidad; las juezas y jueces juzgan en derecho, por lo que tienen un entrenamiento para aplicar las normas jurídicas a los casos en concreto; sin embargo, las juezas y jueces de paz no van a juzgar en derecho, sino en equidad, por lo que muchas veces sus decisiones no serán ajustadas al tenor de la ley, sino que deberán responder a las necesidades sociales de la comunidad a la que pertenecen; que sus fallos sean revisados por una jueza o juez que juzga en derecho puede llevar a que éstos sean reformados o desechados por no estar acordes a derecho, lo cual resultaría contrario al espíritu de la Constitución, que quiere que éstos jueces no sean esclavos de la norma jurídica. La idea es que los fallos de los jueces de paz sean revisados si aparece que no se respeta los derechos fundamentales, o si se está actuando con manifiesta inequidad. Por el contrario, si en los fallos se respetan los derechos fundamentales o se ha juzgado conforme a las prácticas sociales de la comunidad a la que pertenecen (es decir, en equidad), éstos deben ser ejecutados, ya que responden a las necesidades sociales del conglomerado.

El Código Orgánico de la Función Judicial no ha previsto la necesidad de que las juezas y jueces de paz reciban una adecuada capacitación sobre derechos humanos y, en general, sobre derechos fundamentales. Es necesario que las juezas y jueces de paz reciban adecuado entrenamiento sobre estos temas antes de que se posesionen de sus cargos, a fin de que éstos los sepan respetar al momento de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento.

Por otro lado, es necesario determinar la forma en que las juezas y jueces de paz serán removidos porque la comunidad a la que pertenecen ha

perdido la confianza en ellos. Igualmente falta determinar si se aplica el mismo régimen disciplinario que a los funcionarios judiciales, o éste se lo reforma en consideración o éste es atemperado teniendo en cuenta el contexto geográfico, social, económico y cultural en el que ejerce el cargo.

La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad

Fernando García Serrano

Sumario:

I. Introducción. II. La noción antropológica de interculturalidad. III. La interculturalidad en la Constitución de 2008. IV. La interculturalidad en el Código Orgánico de la Función Judicial. 4.1. Aspectos generales. 4.2. Relaciones de la justicia indígena con la justicia ordinaria. V. Retos.

I. Introducción

El presente ensayo intenta analizar la relación entre dos temas que el Código Orgánico de la Función Judicial plantea en su Título VIII, la existente entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Para lo cual se propone revisar la noción antropológica de interculturalidad a manera de contextualización. Luego hará referencia a la manera como la interculturalidad es adoptada como un carácter más del Estado ecuatoriano y sus consecuencias en el resto del texto constitucional. A continuación se analizará la definición que hace el Código Orgánico de la Función Judicial de la interculturalidad como uno de sus principios rectores y las consecuencias en su relación con la justicia indígena. Finalmente se delinearán algunos retos que la relación entre justicias plantea al conjunto del orden jurídico del país.

II. La noción antropológica de interculturalidad

La discusión respecto a la interculturalidad se ha planteado desde el debate que se ha dado al interior de la Antropología. En ese sentido el marco general en América Latina ha estado alrededor de dos ejes: la multiculturalidad/pluriculturalidad y las políticas de diversidad cultural adoptadas por los Estados para dar respuesta a estas demandas.

El desempeño de los gobiernos latinoamericanos es desigual, se puede decir que tienen una mejor actuación en los aspectos institucionales y electorales de la democracia política (gobernanza) y una peor actuación en el cumplimiento de los derechos civiles, minoritarios y sociales (governabilidad).

En las dos últimas décadas los gobiernos latinoamericanos han enfrentado reclamos de grupos sociales diversos, que han puesto énfasis en reivindicaciones de derechos territoriales, políticos y ciudadanos apelando a sus características étnicas. En lo general, dichos Estados no han podido atender las causas profundas que alientan las demandas y los discursos de lo pluri-multi cultural.

La falta de oficio de los gobiernos para enfrentar dicha problemática ha conducido a la radicalización del conflicto y a la frustración ciudadana, ante la carencia de alternativas a sus demandas. Los casos de Nicaragua en la década de los setenta y de Guatemala, Chile, Ecuador, Bolivia y México en los años noventa lo ilustran. Esta problemática tiene varias fuentes de tensión. En primer lugar la carencia de acuerdos básicos entre las elites dirigentes de los Estados nacionales, que les ha impedido articular respuestas adecuadas a los reclamos de la diversidad en sus países. El viejo pensamiento liberal homogeneizador continúa sosteniendo el modelo de Estado-nación de esas elites, de lo que resulta que políticas integracionistas continúen alimentando el menú de las políticas públicas, sin advertir la no compatibilidad de los conceptos liberales de igualdad de los individuos con el respeto a la diferencia cultural de los grupos existentes.

El contexto neoliberal ha contribuido a complejizar esta situación. La implementación de políticas neoliberales en varios Estados de América Latina en estas dos últimas décadas, ha implicado no solamente la reformulación de políticas económicas y sociales sino también la redefinición de la relación entre los Estados y sus poblaciones. Es en este contexto que deben

entenderse tanto el florecimiento de las demandas étnicas, como las reformas constitucionales orientadas hacia el reconocimiento de la diversidad cultural, realizadas, con alcances diversos, en la mayoría de los países de América Latina. Es notable que, a pesar de las reformas constitucionales que presuntamente buscan dar respuestas a estos reclamos, la desigualdad y la injusticia social no ha desaparecido y las demandas de los grupos marginados, sobre todo los indígenas y afro descendientes, no han disminuido. Esto nos llama a analizar críticamente las políticas pluri-multiculturales y su relación con las formas de gobernar en los Estado neoliberales.

En algunos países, como ha señalado Hale para Guatemala, estas reformas constitucionales han sido acompañadas de una “ola de reformas precautelares y preventivas, de acciones realizadas para ceder terreno de modo cuidadoso y resguardarse más efectivamente frente a las demandas de más largo alcance” (2000). A Hale, le preocupa cómo las reformas y políticas del “multiculturalismo neoliberal” que empujan instituciones internacionales neoliberales como el Fondo Monetario Internacional están configurando (y así limitando) el terreno en que los debates futuros se llevarán a cabo en Guatemala. En relación con Bolivia, Postero (2002) ha demostrado cómo las nuevas políticas neoliberales y reformas constitucionales, mientras abrieron nuevos espacios políticos para participación de grupos indígenas, no significaron poder político en términos concretos para ellos sino que sirvieron más bien para reforzar estrategias y lógicas neoliberales. Su estudio de caso sugiere que programas de ciudadanía pueden conducir a una participación basada en un tipo de comportamiento racional, en el que los gobernados sean “responsables de sí mismos” bajo una lógica de la “privatización” del trabajo de gobernar. Esta lógica es, incluso, impulsada por las organizaciones no-gubernamentales que promueven la “ciudadanía étnica.” Hale y Postero coinciden en poner el acento en los efectos (no necesariamente evidentes a primera vista) que tienen, o pueden tener, las políticas multiculturales.

Autores como Hale (2002) para Guatemala y de la Peña (1999), Díaz Polanco y Sánchez (2002) para México, así como Burguete, Leyva y Speed (2008) para México, Guatemala, Nicaragua, Ecuador, Bolivia y Chile que destacan la necesidad de reflexionar el tema del multiculturalismo desde nuestras propias realidades ya que la condición de la diversidad tiene fun-

damentos particulares. En efecto, en Ecuador y en América Latina no estamos solamente frente a fenómenos de migración de población con diferencias culturales, el reclamo de multi/pluriculturalidad no se agota en el reconocimiento de los derechos culturales (por ejemplo lingüísticos) sino que comprende a personas y colectivos que afirman pertenecer a pueblos originarios, que a sí mismos se reclaman diferentes y anteriores a la existencia de los Estados nacionales que los contienen. Regularmente se trata de personas y colectivos que viven en condiciones de pobreza y desigualdad social, excluidos de los beneficios sociales, de la participación y representación política, del acceso a la justicia, entre otros. Omisiones que los colocan de entrada en una situación de carencia de ejercicio de sus derechos ciudadanos básicos y nos obligan a repensar la multiculturalidad y las políticas de reconocimiento más allá de lo cultural, lo moral y lo ético para ubicarnos en el campo de las relaciones de poder, de la redistribución del ingreso y del alivio a la pobreza (Gledhill 1997). Estas características colocan los debates teóricos de lo pluri/multiculturalidad sobre otra base y en otra dimensión.

En la actualidad existen Estados, como México, Guatemala y Chile que, a pesar de la imperativa neoliberal de reconocer la diversidad de sus poblaciones, no han tenido suficiente voluntad política para modificarse a sí mismos. En algunos casos, la organización política en sus distintos niveles de gobierno ha impedido incluso el acomodo y arreglo político que dé cabida a la diversidad cultural y que despliegue instituciones que la fortalezcan. Tales omisiones no son el producto de la falta de imaginación o de propuestas sino producto de inercias institucionales. Regularmente, en donde estos problemas se presentan, los actores suelen acompañar sus reclamos con propuestas de políticas y acciones concretas; por ello, es frecuente que existan acuerdos y compromisos entre los Estados y los actores indígenas, en los que se pactan medidas para la distensión y el reconocimiento moral y ético de los reclamos. Como bien dice Taylor (1994) esto supone arreglos legislativos que por lo general conducen a reformas que modifican los arreglos normativos de los Estados. Desafortunadamente en muchos casos, los acuerdos, además de que son de alcance limitado, no se cumplen a cabalidad o se desvirtúan en la interpretación de lo pactado. El devenir de los acuerdos de paz en Guatemala en la década de los ochenta y de Chiapas, en los noventa, y los conflictos por la tierra entre los Mapuche en Chile, sirven como ejemplo.

La carencia de diálogos constructivos entre las partes (orientadas hacia la traducción de los derechos individuales y colectivos en políticas concretas y efectivas) constituye uno de los retos más importantes y actuales de los Estados y sociedades de América Latina. La falta de respuestas desde el Estado y también desde otros sectores de la sociedad nacional, han conducido a que diversas organizaciones y grupos rompan vínculos sociales y políticos y construyan sus proyectos autonómicos al interior de los estados nacionales. Por otro lado, la radicalización de algunas propuestas indígenas ha fomentado estrategias políticas con sesgos esencialistas y de intolerancia, que no han ayudado a construir diálogos interculturales sino por el contrario, han favorecido la profundización de las vías monoculturales.

En contextos de carencia de diálogos y de credibilidad en las instituciones, los ciudadanos comunes, siempre vulnerables ante la manipulación de los medios, muestran temores ante los desafíos que significa el reconocimiento de la multi-pluriculturalidad. Y esto se vive de manera más sensible en los lugares en donde la convivencia de la diversidad étnica y racial es un fenómeno nuevo que irrumpe como consecuencia de la migración de indígenas rurales a las ciudades con espacios inter étnicos, como son los casos de las ciudades de México, Guatemala, Santiago, Quito, Lima y La Paz, entre otros.

Cuando la diversidad produce tensiones polarizadas en la convivencia cotidiana, los gobiernos locales parecen tener menos herramientas jurídicas y administrativas para implementar políticas multi/pluriculturales efectivas. No obstante, también es posible que estos espacios puedan ser el escenario de la creatividad social, de la puesta en práctica de iniciativas que podrían dar pistas para la elaboración de nuevas propuestas que abonen hacia la sana convivencia más allá de las diferencias étnicas, raciales, políticas y religiosas. Por ejemplo las diferentes experiencias autonomistas en proceso de formación en América Latina lo demuestran, el reclamo de origen de los municipios autónomos zapatistas, el movimiento panmayista en Guatemala, la autonomía de la costa atlántica en Nicaragua, la vieja experiencia del pueblo Kuna en Panamá, las comarcas negras de la costa del Pacífico de Colombia y Ecuador, las autonomías indígenas en Ecuador y Bolivia, reflejan la incapacidad de las instituciones de los gobiernos estatales y federales de ofrecer respuestas satisfactorias a las demandas culturales, sociales, y políticas, y la

capacidad innovadora de algunos sectores de la sociedad civil para buscar nuevas formas de gobernar o gobernarse.

Cómo gobernar la diversidad, es un tema de una extraordinaria importancia para el mundo contemporáneo y no sólo latinoamericano. Sin lugar a dudas, las respuestas que los Estados ofrezcan a este desafío están relacionadas con la manera en cómo las elites dirigentes conciban la identidad de la comunidad política. Francisco Colom (2001:7) ha identificado tres respuestas, que cada una de ellas corresponde a un modelo político para enfrentar el multi/pluriculturalismo; estos modelos los resume en la siguiente metáfora: el espejo, el mosaico y el crisol. El primero refiere a la imagen anhelada por las sociedades culturalmente ensimismadas, que pugnan por la homogeneidad de los ciudadanos. Aunque el autor no refiere sus estudios de caso a la realidad latinoamericana, consideremos que este modelo corresponde a la idea de comunidad política que en lo general alimentan los Estados de América Latina post independencia. El segundo modelo, para la gestión de la pluralidad cultural en el Estado moderno, que Colom identifica, es la del mosaico, que es una forma que combina integración y diferencia, en donde la diferencia persiste, y se mantiene de manera negociada, sobre la base de acuerdos que no omiten aspectos de integración. Puede afirmarse que en lo general ésta es la propuesta a la que le apuestan actualmente el mayor número de organizaciones y movimientos indígenas en América Latina. Y el tercer modelo, es el del crisol que refiere a la heterogeneidad sociocultural, en un proceso de construcción en una nueva identidad novedosa y acrisolada.

Desde esta perspectiva la interculturalidad implica no solamente la existencia de las diferencias culturales y una opción por el reconocimiento y la reparación (las denominadas acciones afirmativas) sino sobre todo un cambio en las relaciones de poder. Concretamente, según Santos (2005), se trata de cambiar todas aquellas situaciones que generan tanto la desigualdad como la exclusión. No se trata solamente de cómo alcanzar la equidad económica sino de cómo aprender a vivir con la diferencia afirmando las diversas identidades.

En otras palabras, la interculturalidad construye relaciones entre culturas, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder que han naturalizado la desigualdad (económica y política) y la exclusión (étnica cultural).

II. La interculturalidad en la Constitución de 2008

La nueva Constitución hace un avance muy grande tanto con relación a los derechos indígenas y afroecuatorianos, como en torno a la interculturalidad, tema que tiene por lo menos 16 referencias dentro de la nueva carta política.

No obstante, la cuestión crítica no es sólo la inclusión –de nuevas referencias a la interculturalidad y de nuevos derechos indígenas y afro– sino la perspectiva y conceptualización que orienta esta inclusión. Es decir, ¿con qué perspectiva leer y asumir la nueva Constitución?

Una perspectiva se encuentra enraizada en la tendencia en boga desde los 90s, a la que podemos denominar “constitucionalismo multicultural” o “multiculturalismo constitucionalista”. Desde esta perspectiva se piensa los derechos indígenas y afro como “derechos étnicos”, “derechos especiales” y/o “derechos de inclusión”. Así y desde esta perspectiva podemos comparar la presente propuesta con la Constitución de 1998, anotando varios avances, incluyendo por ejemplo:

- a) La ampliación de los derechos colectivos (artículo 57) de 15 a 22 derechos, incorporando elementos del derecho internacional.
- b) El reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado (artículo 1) y el carácter ancestral de los pueblos y el territorio (artículo 4).
- c) El reconocimiento y la inclusión de justicia indígena y la jurisdicción indígena (artículo 171).

El problema es que esta perspectiva pone su enfoque en los derechos “especiales”, de lo ganado para los pueblos indígenas (y en menos medida para los pueblos afroecuatorianos). Su óptica se funda en lo que hace o lo que ha hecho el Estado para estos pueblos, no lo que ha hecho o lo que hacen estos pueblos para la labor de repensar y refundar el Estado. Es una perspectiva “multiculturalista” en el sentido de que añade o suma más derechos a la estructura y lógica establecidas, sin necesariamente poner en cuestión esta estructura o intervenir en ella. ¿Cuál sería la perspectiva diferente que –más que la inclusión en sí– se preocupa por la interculturali-

zación y la transformación estructural del Estado para todos? La otra perspectiva se basa en el interculturalizar. Es decir, se interesa por la manera que las demandas, los derechos y las propuestas indígenas y afrodescendientes dan fundamentos para repensar, reconceptualizar y refundar el Estado y la sociedad para el conjunto de los ecuatorianos y ecuatorianas, dando la vuelta a la estructuración social-colonial vigente, es decir, la estructuración y estructura que han sido construidas a partir de la uni nacionalidad y la visión, interés y posición blanco-mestiza.

A partir de esta perspectiva la pregunta no sería en torno a la inclusión sino con relación a qué hace la nueva Constitución para interculturalizar, para alentar un cambio de lógicas, racionalidades y visión de sociedad. Tal perspectiva no implica descartar la importancia de derechos indígenas o afroecuatorianos sino aceptar que la inclusión de estos derechos hace poco para adelantar la refundación del Estado y su radical transformación. Para la mayoría de los ecuatorianos, el simple reconocimiento de la diferencia indígena y afro y la incorporación de algunos derechos especiales dentro de la Carta Política no es tema de mayor debate o preocupación. El conflicto más bien está centrado en la propuesta y acción de la interculturalidad, la que requiere un cambio por parte de los blanco-mestizos.

Veamos brevemente este asunto del “interculturalizar” con relación a cuatro ejemplos concretos aprobados en la Constitución vigente: 1) conocimiento y ciencia, 2) los derechos de la naturaleza, 3) el sistema jurídico, y 4) el *sumak kawsay* o buen vivir.

1. La nueva propuesta hace un cambio de lógica importante en reconocer que el conocimiento no es singular (ver Artículo 57 de los derechos colectivos y artículos 385-388 dentro del Régimen de Buen Vivir). Al hablar de conocimientos científicos y tecnológicos y sus enlaces con conocimientos ancestrales, la propuesta constitucional pretende superar el monismo en la definición de “la ciencia” y, a la vez, construir las bases para un sistema educativo distinto –desde la escuela hasta la universidad– así desafiando y pluralizando la actual geopolítica dominante del conocimiento con sus orientaciones occidentales y euro céntricos. Los saberes ancestrales tienen el estatus de “conocimiento”, no sólo para los pueblos indígenas o pueblos afroecuatorianos, sino para todos.

Además, al vincular los conocimientos con el *sumak kawsay* o buen vivir, la propuesta asume y pone en consideración otra lógica de vida más integral donde el conocer se entreteje con el vivir. De esta manera muestra que el “buen vivir” también es epistémico.

2. La consideración de la naturaleza como sujeto de derechos (artículo 10) y el reconocimiento del derecho a su existencia y reparación (artículos 71-74) es otro ejemplo de este “interculturalizar”. Reconocer la naturaleza no solamente como bien de uso controlado por seres humanos como superiores a ella (la lógica cartesiana), sino como parte integral de la vida, es interculturalizar la lógica y racionalidad dominante, abriéndola a otros modos de concebir. Desde la filosofía o cosmovisión indígena, la naturaleza es ser vivo, con inteligencia, sentimientos, espiritualidad, y los seres humanos son elementos de ella. La naturaleza, tanto en el concepto de “buen vivir” como en el “bien estar colectivo” de los afrodescendientes, forma parte de las visiones ancestrales enraizadas en la armonía integral entre humanos y naturaleza, una armonía que la sociedad occidentalizada ha perdida. Pensar con esta otra lógica (o la que podemos llamar “lógica otra”) como hace la propuesta de la nueva Constitución es, sin duda, algo muy revolucionario; no existe en ninguna otra constitución de América Latina o del mundo. No obstante, es este “constitucionalismo interculturalizado” o “interculturalidad constitucional” que está percibido por los sectores dominantes como amenaza, amenaza a la óptica racionalista, a la estabilidad económica y al control social.
3. El campo jurídico es otro que abre las posibilidades de interculturalizar. Específicamente el artículo 171 reconoce a la justicia indígena la jurisdicción propia. Pero claro el asunto no es simplemente el reconocimiento de un sistema jurídico indígena o de la jurisdicción indígena, un reconocimiento que puede convertirse en poco más que un pluralismo jurídico “unitario” con el sistema indígena subordinado frente al sistema “ordinario”; se corre el peligro de que el sistema de justicia indígena sea simplemente incluido como un sistema aparte y paralelo para los indígenas. Más bien, el asunto es la posibilidad que (artículo 171) abre para la coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y “ordinaria”, posibilitando así una interpretación intercultural de las

leyes, es decir, de un verdadero interculturalismo jurídico o “pluralismo jurídico igualitario”, en palabras de Hoekema (2002). Por lo tanto, ambas jurisdicciones, la indígena y la ordinaria, forman parte integral del orden legal nacional constituyendo así una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho.

4. El último ejemplo es el del *sumak kawsay* o “buen vivir”. El concepto del *sumak kawsay* o buen vivir puede ser visto como hito trascendental de la propuesta de la Constitución; representa un elemento totalmente distinto y nuevo en las constituciones de Ecuador y América Latina. Cuestiona y transgrede los modelos y las prácticas fundantes del Estado y los modelos y prácticas más recientes de la política neoliberal. La filosofía del buen vivir (y del bien estar colectivo afro) es radicalmente opuesta al bienestar neoliberal cuyo enfoque es el individuo y el individualismo alienante de “tener”, haciendo cada vez más fragmentada y débil la relación de sociedad. En los artículos 275-277, la propuesta de la nueva Constitución hace pensar el buen vivir con relación a varios ejes claves: la existencia o vida, la economía, la participación y control social, la naturaleza, la integración latinoamericana y el ordenamiento territorial.

El buen vivir abre las posibilidades de concebir y agenciar la vida de otra manera. Abre la posibilidad de un nuevo contrato social enraizado en la relación y convivencia ética entre humanos y su entorno, con el afán de retar la fragmentación y promover la articulación e interculturalización. De esta manera abre la posibilidad para tejer una nueva identificación social, política y cultural de país que acepte las particularidades histórico-ancestrales a la vez que tome distancia del capitalismo y su arquetipo de sociedad eurocéntrico-norteamericano. Abre la posibilidad de no sobrevivir sino de con-vivir.

En conclusión, lo realmente novedoso de la propuesta de la nueva Constitución no es la introducción de nuevos elementos, sino su intento de construir una nueva lógica y forma de pensar, bajo otros parámetros. Una lógica y forma que no pretende reemplazar o imponer, sino construir enlaces entre los conceptos y prácticas de vida ancestrales del país y los conceptos y prácticas que nos han regido desde la formación de la República

con su perspectiva monocultural y uninacional. Es este intento y pretensión de “interculturalizar” que realmente marca una ruta y propuesta de Estado, sociedad y país radicalmente distinta.

IV. La interculturalidad en el Código Orgánico de la Función Judicial

4.1. Aspectos generales

En este numeral me referiré a las alusiones que hace el Código al tema de interculturalidad en sus diferentes Títulos, con excepción del Título VIII que será tratado en profundidad en el numeral 4. 2. En los considerados del Código merece especial mención el noveno, que menciona la adecuación del Código a los estándares internacionales de derechos humanos y Administración de Justicia y se cita a un conjunto de convenios, declaraciones y convenciones internacionales que el Estado ecuatoriano ha suscrito y ratificado. Especial importancia para el tema de interculturalidad tienen los que a continuación se enuncian: Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”, el Protocolo adicional a la convención americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belem Do Para”, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; las decla-

raciones, resoluciones, sentencias, observaciones e informes de los comités, cortes y comisiones de los sistemas de protección internacional de derechos humanos.

Todos estos instrumentos internacionales no tienen el carácter de vinculante en el ámbito legal, sin embargo poseen un fuerte valor moral y de presión internacional que difícilmente cualquier país lo puede dejar de lado. Al revisar el número y la secuencia de informes de cumplimiento se puede observar la poca regularidad y el atraso en elaborarlos por parte del Estado ecuatoriano. Todos los informes enviados a Naciones Unidas han recibido observaciones, la incorporación de las mismas en la normativa, políticas y programas estatales tampoco son sistemáticas ya que siguen siendo observadas en los siguientes informes nacionales.

En el Título I, Principios y Disposiciones Fundamentales, capítulo II, Principios Rectores, dentro de los 28 aprobados hay dos que deben ser comentados. El primero, citado en el artículo 7, Principio de Legalidad, Jurisdicción y Competencia, menciona específicamente a las autoridades de la justicia ordinaria, a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y a las juezas y jueces de paz como los únicos con potestad jurisdiccional. El segundo, tiene que ver con el artículo 24, el Principio de la Interculturalidad, según el cual los servidores y servidoras de justicia deben observar este principio en su desempeño, en especial deben considerar las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos y colectividades usuarias de la justicia.

Llama la atención que cuando se habla en el artículo mencionado de “personas, grupos y colectividades”, no se diga específicamente, como dice la Constitución, culturas indígenas, afroecuatoriana, montubia y mestiza. Su mención ayudaría a mostrar que la interculturalidad es un principio de la justicia que atraviesa al conjunto de la sociedad ecuatoriana y no solamente a indígenas y afros como equivocadamente se concibe.

En el Título II, Carreras de la Función Judicial, Capítulo I, Directrices, en el artículo 36 se mencionan seis principios rectores que deben ser observados para el ingreso y promoción en la Función Judicial: igualdad, probidad, no discriminación, publicidad, oposición y méritos. El tercer principio hubiera requerido de una mayor puntualización de acuerdo a los tipos de discriminación que se viven en el país: racial, étnica, cultural, de género

y de orientación sexual. Nuevamente su explicitación permitiría iniciar la posibilidad de dejar de discriminar por estas razones.

Igualmente, en el Título II, Carreras de la Función Judicial, Capítulo II, Ingreso y Promoción, Sección VI, Formación Inicial, el artículo 69 habla de tres etapas del curso de formación general: general, específica y práctica. En la general a más de los temas de Derecho y Administración de Justicia se incluirá los temas de género, diversidad e interculturalidad. Se considera muy loable la incorporación de estos nuevos temas en la formación de los servidores judiciales, sin embargo se echa de menos la posibilidad de incorporar los otros temas como Derecho Indígena, Pluralismo Jurídico y Peritaje Antropológico, este último sobre todo muy necesario para resolver conflictos de carácter intercultural.

Finalmente, Título II, Carreras de la Función Judicial, Capítulo III, Órganos Jurisdiccionales, Sección V, Justicia de Paz, al hablar de las atribuciones de las juezas y jueces de paz en el artículo 253 se menciona textualmente que:

“La justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena. Si en la sustanciación del proceso una de las partes alega que la controversia se halla ya en conocimiento de las autoridades de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344”.

El artículo 344, como se explicará más adelante, habla de cinco principios de la justicia intercultural. La preocupación con las juezas y jueces de paz, a pesar de que sus atribuciones y deberes están claramente establecidas en el artículo 253, es que surjan conflictos de competencia y jurisdicción con las autoridades indígenas. Ya que debido a su origen y nombramiento comunitario podrían eventualmente interferir en la aplicación de la justicia indígena.

4.2. Relaciones de la justicia indígena con la justicia ordinaria

El Título VIII del Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 343 al 346, está dedicado a las relaciones entre las dos justicias. El artículo 343 se

1 Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”.

refiere al ámbito de la justicia indígena en los mismos términos que utiliza el artículo 171 constitucional, sin embargo añade un párrafo adicional que dice: “*No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres*”. Sin embargo, el texto no incorpora la violación de derechos de los niños y niñas que hubiera sido deseable que se mencione al igual que las mujeres.

Algunos comentarios adicionales para reforzar el texto del Código, con frecuencia la violencia y la opresión contra las mujeres indígenas se han interpretado como una influencia occidental o capitalista que ha enturbiado aquellas relaciones tradicionales descritas como armoniosas. Esta idea es cuestionada por Blanca Muratorio (2001) que usando fuentes orales y de archivo ha documentado que la violencia de género entre los *napo-runas kichwas* tiene raíces tanto internas a su propia tradición como relacionadas con el proceso de colonización.

En los últimos años la presencia de las organizaciones de mujeres indígenas ecuatorianas ha marcado un interesante debate tanto al interior del movimiento indígena como con el movimiento de mujeres. Quiero hacer referencia a tres sucesos de los últimos dos años que merecen ser descritos y analizados. El primero tiene que ver con la participación de estas organizaciones en el desarrollo y aprobación de la nueva Constitución ecuatoriana, concretamente con respecto al artículo 171 que norma la vigencia de la justicia indígena. En cual se logro introducir por su gestión directa que la aplicación de la justicia no sería posible sin “la garantía de participación y decisión de las mujeres”, esto luego de un debate con los asambleístas del movimiento Pachakutik que eran todos hombres y que se oponían a introducir esta parte el texto.

El segundo suceso se refiere a la declaración del encuentro internacional “Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral”, llevado en Quito del 20 al 24 de octubre de 2008, con la presencia de delegadas indígenas de nueve países latinoamericanos, en la cual aunque se reconoce la existencia del sistema de justicia ancestral señalan que no se está atendiendo de manera satisfactoria y oportuna la resolución de una serie de conflictos que involucran a las mujeres, tales como la violencia en sus múltiples expresiones, adulterio, pago de alimentos, conflictos de herencia, acceso a la tierra e impedimento de su participación en las organizaciones representativas y en el nombramiento en calidad de autoridades.

El último es continuación del anterior y se realizó hace pocos días, en el cual las organizaciones de mujeres indígenas ecuatorianas que participaron en el encuentro internacional plantearon a las autoridades estatales² y a la cooperación internacional involucradas en la reforma de la normativa que se desprende de la aplicación de la nueva Constitución su participación activa y militante con propuestas específicas.

El artículo 344 hace alusión a cinco principios de la justicia intercultural que deben aplicar los funcionarios de la justicia ordinaria en sus procedimientos: diversidad, igualdad, non bis in idem, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural. Algunos comentarios al respecto. En el principio de diversidad se debería incorporar el término nacionalidad junto al de pueblo indígena, tal como lo señala la Constitución (artículos 56 y 57), ya que de esa manera se les menciona con la denominación oficial usada por ellos mismos, reconociendo de esta manera la diferencia entre pueblo y nacionalidad que también es normada por la norma constitucional.

En el principio de igualdad se incorpora a la intervención procesal la participación de traductores de lenguas indígenas, la figura de peritos antropólogos y de especialistas en derecho indígena, elementos todos indispensables y necesarios para proporcionar a los jueces los suficientes elementos de juicio que les permita pronunciar sentencias basadas en la interpretación propia de las culturas indígenas. Este avance incluye evidentemente que cualquiera de los tres personajes mencionados pueda ser tanto indígena como no indígena.

Al respecto, los derechos de protección previstos en la Constitución, artículo 76, numeral 7, literal f, garantiza el derecho a *“ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no se comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento”*, lo cual no solo exige la adopción dentro de la justicia ordinaria de traductores legales sino también la necesidad que las autoridades judiciales en territorios con presencia de población indígena deberían hablar las lenguas indígenas respectivas como requisito para ocupar el cargo.

2 En especial el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Fiscalía General, los Consejos para la Igualdad Étnicos y de la Mujer, el Plan Nacional contra la Violencia y el sistema de Naciones Unidas.

Respecto al principio del non bis in idem, su aplicación se refuerza con otro derecho de protección previsto también en la Constitución, artículo 76, numeral 7, literal i, que dice que *“nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”*. Uno de los pocos casos de jurisprudencia existentes en la justicia ordinaria ecuatoriana utilizo justamente este principio para fallar a favor de la justicia indígena, se trata del conocido caso de la comunidad de La Cocha, en la provincia de Cotopaxi, que fue sustanciado por el juez penal Carlos Poveda en el año 2002, lo que provocó que hasta la actualidad el caso todavía no haya sido cerrado.

El principio de pro jurisdicción indígena está relacionado con el principio de protección constitucional, artículo 76, numeral 5, que menciona:

“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”

Este principio también tiene concordancia con los artículos 8, 9 y 10 del Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales que da preferencia en el caso de tomar sanciones a aquellas que sean alternativas a la privación de libertad o encarcelamiento. Los elementos que califiquen el grado de rigurosidad de una sanción es un tema que deberá ser consensuado en la relación de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Finalmente el principio de interpretación cultural trata de plantear la comprensión del delito por parte de la justicia ordinaria desde la cosmovisión indígena. Tal como lo señalan Tibán e Ilaquiche (2008:60): *“el delito debe ser observado y analizado desde la cosmovisión indígena, mas no juzgar un hecho desde la óptica del derecho positivo”*. Esta acción justamente llevara a la denominada discriminación de la justicia indígena, tal como la llama Raquel Yrigoyen (2002).

El artículo 345 del Código habla de la declinación de competencia de las juezas y jueces a favor de las autoridades indígenas siempre y cuando

haya petición de los mismos en tal sentido. Establece el plazo de tres días para probar la calidad de la autoridad indígena peticionaria bajo su propio juramento. Luego de lo cual se procederá al archivo de la causa. Esta competencia de las autoridades indígenas solo espera ser asumida por las mismas de tal manera de empezar a crear jurisprudencia al respecto.

El artículo 346 del Código se refiere a la promoción de la justicia intercultural en tres sentidos: el primero, la obligación del Consejo de la Judicatura de designar recursos humanos y económicos para la coordinación y cooperación entre los dos sistemas, ejemplos cercanos a nuestra realidad muestran avances en ese sentido, tal el caso del Consejo de la Judicatura colombiano que mantiene el programa de “Escuelas de Derecho Propio” que son espacios que los diversos pueblos indígenas mantienen para fortalecer sus sistemas de justicia.

El segundo sentido tiene que ver con la capacitación de servidores y servidoras de la Función Judicial para que *“conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas”*. Este reto debe ser asumido en dos niveles: en el currículo de las facultades de Derecho de las universidades ecuatorianas y al interior de la Escuela de la Función Judicial³. Solo la profesionalización de este personal en estos temas permitirá una mejor comprensión del llamado “otro” Derecho⁴.

El tercer sentido del artículo 346 es mandatorio para el Consejo de la Judicatura, en el sentido de que no tiene ningún tipo de incidencia sobre la naturaleza y funcionamiento de la justicia indígena, lo cual asegura que las relaciones de coordinación y cooperación están garantizadas por lo menos desde el punto de vista formal.

3 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”.

4 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

IV. Retos

Para concluir plantear algunos retos que la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial deja planteado en el futuro inmediato. El primer gran reto es la preparación, discusión y aprobación de la ley de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, prevista en el artículo 171 de la Constitución, y que por iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos juntamente con Naciones Unidas se encuentra en proceso de preparación, se espera al final del año 2009 presentarla a la Asamblea Nacional para su aprobación, luego de un proceso de debate lo más amplio y participativo con todos los actores involucrados.

Hay otros retos que deberán ser discutidos y consensuados. Me refiero al tema de la competencia en sus diversas acepciones: material, territorial, individual, colectiva y temporal de la justicia indígena. Respecto a la competencia material esta justicia debe conocer y regular todas las materias, sin límite alguno de cuantía y gravedad. Lo contrario sería volver a un pluralismo jurídico unitario en reemplazo del pluralismo jurídico igualitario.

En cuanto a la competencia territorial, individual y colectiva la Constitución y el Código definen claramente la competencia y jurisdicción dentro del ámbito territorial de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígenas, lo que siembra duda es que pasa cuando una persona no indígena comete un delito en territorio indígena. Este asunto requiere discusión y acuerdos entre las dos justicias.

La competencia temporal con el principio del *non bis in idem* se considera como cosa juzgada por lo tanto no puede estar sujeta a ser sometida a la justicia ordinaria. El Código es claro al regular esta situación y evitar una interpretación equivocada.

El principio de que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad no tiene validez desde el entendimiento de la diversidad cultural. Esto se sustenta en lo que Cabedo (2004) llama “error de comprensión culturalmente condicionado”, es decir, se considera la exclusión de la culpabilidad de una persona atendiendo a su condición cultural diferente del resto de la población de un país.

Todo sistema de justicia, indígena u ordinario, está sujeto a excesos de poder. Por eso es indispensable que los mismos sistemas se regulen en el caso

que esto suceda, la dos justicias están sometidos a control a través del respeto a los derechos humanos y de la acción de la Corte Constitucional, se vuelve indispensable establecer cómo y en qué casos de excepción esta Corte deberá actuar.

Para finalizar respondo al subtítulo de este artículo: del monismo jurídico a la interlegalidad. El planteamiento que está en el fondo es mostrar que el derecho estatal es en sí mismo plural, porque está afectado por otros órdenes normativos, el derecho internacional, el transnacional y también por las legalidades no estatales (los sistemas de derecho indígenas y afroecuatorianos por ejemplo). El concepto planteado por Boaventura de Sousa Santos (1995: 297-298) de interlegalidad como:

“Una concepción de diferentes espacios legales superimpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes como en nuestras acciones, en ocasiones da saltos cualitativos o crisis oscilantes en nuestras trayectorias como en la rutina de los eventos cotidianos. Nuestra vida está constituida por una intersección de órdenes legales, esto es la interlegalidad”.

Este concepto aparece como una categoría válida para observar las conexiones entre normas y su expresión simbólica, en diferentes planos que van de lo local y lo nacional a lo internacional.

V. Bibliografía

- Burguete, Araceli y Xochitl Leyva y Shanon Speed (Coordinadoras) (2008). *Gobernar (en) la diversidad: experiencias indígenas desde América Latina*. Hacia la investigación de co-labor. CIESAS, FLACSO Guatemala y Ecuador, México.
- Cabedo, Vicente (2004). “El reconocimiento del derecho y la jurisdicción indígena en el convenio No. 169 de la OIT”, en revista *Política y Cultura*.
- Colom, Francisco (editor) (2001). *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*. Anthropos-UAM-I. Barcelona, España
- De la Peña, Guillermo (1999). “Territorio y ciudadanía étnica en la nación globalizada” en *Desacatos*. Vol.1, Año 1, Primavera, pp. 13-27.
- Díaz Polanco, Héctor y Consuelo Sánchez (2002). *México diverso: el debate por la autonomía, Siglo XXI*, México.

- Gledhill, John (1997). "Liberalism, Socio-Economic Rights and the Politics of Identity: From Moral Economy to Indigenous Rights" en: Richard Wilson (ed.) *Human Rights, Culture and Context. Anthropological Perspectives*. London, Pluto Press, pp. 70-110.
- Hale, Charles (2000). "Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the politics of identity in Guatemala", en *Journal of Latin American Studies*, vol. 34.
- Hoekema, André (2002). "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", en revista *El Otro Derecho*, No. 27-28, ILSA, Bogotá. pp. 63-98.
- Muratorio, Blanca (2001). "History and Cultural Memory of Violence Against Indigenous Women in the Ecuadorian Upper Amazon," manuscrito.
- Postero, Nancy (2002). "Constructing indigenous citizens in multicultural Bolivia". Publicación en línea: www.geocities.com
- Santos, Boaventura de Sousa (1995) *Towards common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. Routledge, Nueva York/Londres.
- (2005). "Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia", en *Revista Interculturalidad*, año 1, No. 1, pp. 9-44.
- Taylor, Charles (1994). "The Politics of Recognition" en Amy Gutmann (ed.) *Charles Taylor. Multiculturalism*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, pp. 25-73.
- Tibán. Lourdes y Raúl Ilaquiche (2008). *Jurisdicción indígena en la Constitución política del Ecuador*. Fundación Hanns Seidel, Quito.
- Yrigoyen, Raquel (2002). "Peru: pluralist constitution, monist judiciary. A post reform assessment", en Rachel Sieder (editora) *Multiculturalism in Latin American, indigenous rights, diversity and democracy*. Palgrave Macmillan, Londres, pp. 157-183.

Este Libro se terminó de
imprimir en abril de 2009
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador