UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

POSGRADO MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA: Inconstitucionalidad de las sanciones a los abogados en libre ejercicio, establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Tesis de Grado previa a la obtención del Título de Magister en Derecho Administrativo

AUTOR: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez.

DIRECTOR: Dr. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa.

LOJA – ECUADOR

2012

CERTIFICACIÓN

Dr. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa

DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación realizado por el estudiante: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Universidad Técnica Particular de Loja; por lo que autorizo su presentación.

f) Dr. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa

DIRECTOR

AUTORÍA

Yo, Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez, como autor del presente trabajo de investigación, soy responsable de las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el mismo.

f) Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez
AUTOR DE LA TESIS
C.I.: 1102977384

CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez, declaro ser autor del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez
AUTOR DE LA TESIS
C.I.: 1102977384

AGRADECIMIENTO

Mi eterna gratitud a quienes han apoyado esta etapa de crecimiento en mi formación profesional: padres, hermanos, familiares; comunidad educativa de la Universidad Técnica Particular de Loja, a mi director de tesis; y, a mis amigas, amigos, compañeras y compañeros.

Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

DEDICATORIA

El presente informe, que representa todos los esfuerzos y sacrificios para cumplirlo, lo dedico a todas las personas que se sienten y actúan como corresponsables y protagonistas en la construcción de una sociedad justa, pacífica y solidaria.

Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

ÍNDICE DE CONTENIDOS.

Certificación del director II
Autoría III
Cesión de los derechos IV
Resumen V
Agradecimiento VI
Dedicatoria VII
Índice de contenidos VIII
RESUMEN IX
ABSTRACT. X
INTRODUCCIÓN 1
CAPITULO I. 3
1. GENERALIDADES. 3
1.1. Servicio de un abogado a la justicia. 3
1.2. Pago de daños y Perjuicios. 4
1.3. La temeridad y la malicia en un proceso judicial 19
1.4. Ejercicio de derechos de los abogados. 22
CAPITULO II. 33
2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SANCIONES A LOS ABOGADOS EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN. 33
2.1. Análisis jurídico del Código Orgánico de la Función Judicial. 33
2.2. Violación de normas internacionales por las sanciones de los abogados en el ejercicio de su patrocinio. 47
2.3. Derechos constitucionales violados por las sanciones impuestas a los abogados en el ejercicio de su profesión por actos de sus patrocinados. 49
CAPITULO III. 58
3. INVESTIGACIÓN DE CAMPO. 58
3.1. Análisis de las encuestas realizadas a treinta profesionales del derecho. 58
3.2. Análisis de las entrevistas realizadas a miembros del Consejo de la Judicatura, con sede en la ciudad de Loja. 67
3.3. Verificación de Objetivos y contrastación de Hipótesis. 69
3.4. Reflexiones que fundamentan la Propuesta de Reforma al Código Orgánico de la Función Judicial. 70

CAPITULO IV 76
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. 76
4.1. Conclusiones 76
4.2. Recomendaciones 77
4.3. Proyecto de Reforma para regular la incompatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia. 78
BIBLIOGRAFÍA.....81
ANEXOS 84

RESUMEN

El Código Orgánico de la Función Judicial, regula el libre ejercicio profesional de las abogadas y abogados, determinando los presupuestos generales para desarrollar el pleno de garantías fundamentales que de tal práctica se derivan. Lo que se plantea es una conculcación de derechos fundamentales de un considerable número de ciudadanos, a quienes se pretende mermar entre otros su libertad de trabajo, su igualdad ante la Ley, su derecho constitucional a la seguridad jurídica, mediante aberraciones jurídicas que no tienen sustento legal ni constitucional, como por ejemplo dotar al Consejo de la Judicatura de facultades para sancionar con la suspensión del ejercicio de la profesión, lo que constituye un absurdo jurídico sin precedentes.

Conceptual y filosóficamente los abogados no somos partes procesales, en la Ley Orgánica de la Función Judicial atenta a la resolución dictada en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente llevado a cabo en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, específicamente el Art. 20 del referido convenio, del cual Ecuador es suscriptor.

Abstract.

The Code of Judicial Function, regulates the legal profession of the lawyers and attorneys, determining budgets for the full development of fundamental guarantees of such a practice are derived. At issue is a violation of fundamental rights of a considerable number of citizens, who seek to affect others their freedom of work, equality before the law, their constitutional right to legal certainty by legal aberrations are not based legal or constitutional, such as giving the Judicial Council the authority to sanction the suspension of the exercise of the profession, which is an unprecedented legal absurdity.

Conceptually and philosophically lawyers are not litigants, the Organic Law of the Judicial attentive to the decision in the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders held at Havana from 27 August to September 7, 1990, specifically Article 20 of that convention, of which Ecuador is a subscriber.

.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis de investigación se presenta un estudio del Código Orgánico de la Función Judicial en la que se evidencia los problemas apremiantes, bajo un profundo cuestionamiento de los abogados en el ejercicio de su profesión, existiendo discriminación y falta de igualdad ante la ley, ya que las sanciones que se imponen a los abogados, por el ejercicio de la profesión, por actos de malicia y temeridad de su patrocinado, genera inconvenientes jurídicos, que menoscaban y disminuye injustamente el ejercicio de sus derechos.

No existe la menor duda que en la solución el papel central del Estado es fundamental, ya que es necesario que se plantee un proyecto de ley reformatoria, que armonice la funcionalidad de los abogados en libre ejercicio profesional en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Entre los aspectos que se basa esta investigación fueron: Servicio de un abogado a la justicia, pago de daños y Perjuicios, la temeridad y la malicia en un proceso judicial, ejercicio de derechos de los abogados; análisis jurídico del Código Orgánico de la Función Judicial, violación de normas internacionales por las sanciones de los abogados en el ejercicio de su patrocinio, y derechos constitucionales violados por las sanciones impuestas a los abogados en el ejercicio de su profesión por actos de sus patrocinados. En la investigación de campo se expone un análisis de las encuestas realizadas a treinta profesionales del derecho, y análisis de las entrevistas realizadas a miembros del Consejo de la Judicatura, con sede en la ciudad de Loja; para luego se realizó la verificación de Objetivos y contrastación de Hipótesis, y se expuso las reflexiones que fundamentan la Propuesta de Reforma al Código Orgánico de la Función Judicial; para determinar con las conclusiones, y recomendaciones y luego proponer un proyecto de reforma para regular la incompatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia.

Fue factible la investigación del resultado consecuente de la preparación y aporte intelectual, moral y académico de cada uno de los habitantes, pues a través de la investigación se ha logrado alcanzar sublimes y nuevos conocimientos del objeto de estudio.

Los objetivos trazados en esta investigación fueron: el general consistió en determinar la inconstitucionalidad de las sanciones a los abogados en el ejercicio de la profesión, señaladas en el Código Orgánico de la Función Judicial; los objetivos específicos planteados fueron: - Analizar los efectos jurídicos que conlleva que sea sancionado un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados; determinar la igualdad ante la ley en el ejercicio de la profesión de un abogado al ejercicio de la justicia; y presentar un proyecto de reforma legal para regular la incompatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia.

CAPITULO I.

1. GENERALIDADES.

1.1. Servicio de un abogado a la justicia.

Para determinar el contenido de la voz que nos ocupa, se hace indispensable comenzar por una delimitación de lo que es la abogacía o, en otros términos, precisa saber cuál es la función que los abogados cumplen dentro de la organización social. Abogado proviene "*del latín advocatus, de ad (a) y vocatus (llamado), a quien se requiere para asesorar en asuntos judiciales, o también para actuar en ellos. Abogar equivale defender en juicio a una persona o rescrito o por palabra, o interceder por alguien hablando de su favor*"[1]

El abogado, designado también en muchos textos legales con el nombre de defensor, es quien, después de haber obtenido un título en Derecho, se encarga de defender ante los tribunales, oralmente o por escrito, el honor, la vida y la fortuna de los ciudadanos. La cualidad esencial del abogado, es el sentido de la justicia y, desde luego, su amor al estudio; su inteligencia, su facultad de abstracción, de generalización. Pero lo más necesario en ésta profesión es inteligencia y carácter. El atributo esencial del abogado es su moral.

Sobre el servicio de un abogado Manuel Ossorio expresa que "*Hay que distinguir entre el hecho de abogar y la profesión de abogar, pues parece evidente que aquél es anterior a ésta. Así, por ejemplo, entre los hebreos había personas que, fuera de todo interés económico, asumían la defensa de quienes no podían ejercerla por sí mismos. Allí los sabios defendían ante el pueblo congregado para juzgarlas. En los primeros tiempos de Grecia, empleaban sus dotes oratorias para defender ante el Aeró-pago los derechos de sus amigos*"[2]

El servicio de un abogado de acuerdo a este comentario, es una profesión conocedor del derecho para defender a una persona que necesita su representación y su defensa, siendo éste dentro del derecho positivo un perito que se dedica a

[1] OSSORIO, Manuel: 2008, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, p. 23
[2] IBÍDEM, p. 23

defender en un juicio, por escrito o por palabra, los derechos o intereses de los litigantes, así también dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan.

La profesión de un abogado ha ido adquiriendo, a través de los tiempos, cada vez mayor importancia, hasta el extremo que ella representa el más alto exponente de la defensa no ya de los derechos individuales, sino las garantías de los que la Constitución establece. Es, además el más fuerte valladar contra los abusos a que pretenden los poderes públicos, especialmente en los regímenes de facto, dictatoriales o totalitarios. De ahí la hostilidad que esos sistemas de gobierno han dedicado siempre a los abogados.

Cuestión de gran trascendencia, ampliamente debatida, es la determinación de si los abogados son servidores del interés particular de sus clientes o del interés social; es decir, si cumplen una función privada o un ministerio público. Los abogados al patrocinar los derechos privativos de sus clientes, actúan como guardianes celosos y responsables de las normas procesales, contribuyendo también directamente a la formación de la jurisprudencia. Además, con su actuación en todas las jurisdicciones, principalmente en materia penal y contencioso-administrativa, defienden a la sociedad y evitan los excesos de todos los poderes estatales. En la jurisdicción laboral coadyuvan a mantener dentro de un terreno estrictamente legal las enconadas disensiones entre las partes contendientes y cuidan de la correcta aplicación de unas leyes consideradas de orden público.

1.2. Pago de daños y Perjuicios.

En el Diccionario, Conceptual de Derecho Penal, de Editorial Jurídica Bolivariana, se cita a Cuello Calón quien señala que esa responsabilidad civil “Tiene una esfera más amplia que la penal, reparar el daño e indemnizar los perjuicios que transmite a los herederos del responsable y la acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado”[3]

[3] DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, 2004, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, p. 592

Esta definición de responsabilidad civil, nace cuando la responsabilidad la asumían los herederos de quien cometió el delito, y que muerto el criminalmente responsable su responsabilidad penal se extingue, pero la civil derivada del delito sigue en pié y se transmite a los herederos del civilmente responsable como una deuda hereditaria. Muerto el perjudicado su acción para exigir la restitución, la reparación o indemnización, se transmite a sus herederos.

En cuanto a la reparación, el Doctor Galo Espinosa Merino, señala en su Enciclopedia Jurídica, que es la "Acción y efecto de reparar, componer o enmendar. Desagravio de una ofensa, daño o injuria"[4]

Al concepto de Galo Espinosa, conlleva a que tiene una gestión y una consecuencia, que a la infracción de algo se determina que debe compensar, indemnizar o rectificar aquella infracción, que en palabras sencillas significa el arreglo de un daño, indemnización o resarcimiento.

En la reparación de un daño causado nacen obligaciones y para ello, el tratadista Emilio Velasco Célleri cita a un autor chileno Alfredo Barros Errázuris, quien señala que "se llaman efecto de las obligaciones los derechos que la ley conforme al acreedor para exigir y asegurar el cumplimiento oportuno y total de la obligación por parte del deudor"[5]

Tomando en cuenta como ya lo manifiesta anteriormente los daños y perjuicios se involucran en todos los negocios jurídicos, civiles, mercantiles, laborales y daños administrativos, sin perjuicio de los daños referentes a la comisión de delitos, pues la reclamación de daños y perjuicios, en el campo procesal penal, es la parte civil del proceso penal; y para ello es necesario, según las legislaciones, que intervenga o no el agraviado por la comisión del delito.

Por esto, es una consecuencia de la responsabilidad contractual que es carga del deudor, por haber violado el pacto que le liga a su acreedor.

[4] ESPINOSA MERINO, Galo: 1986, La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, p. 632

[5] VELASCO CÉLLERI, Emilio: 2005, Sistema de Práctica Procesal Civil, Teoría y Práctica de la Acción de Daños y Perjuicios, Tomo VII, Colección Teoría y Práctica del Derecho, PUDELECO Editores S.A., Quito – Ecuador, p. 10,11

Aquí, hay que distinguir con la responsabilidad penal o cuasidelictual, la aplicación de los daños y perjuicios, causados a un particular, cuyos intereses personales y patrimoniales han sido lesionados porque esta responsabilidad, está constituida por la injuria, es decir, el respeto que debe tener una persona para la vida y patrimonio de otra, lo que es atinente al derecho individual; por esta razón es que la responsabilidad civil no sólo se la busca en el ámbito contractual, sino también en la vida de las personas.

Doctrinariamente, Emilio Velasco Célleri señala que "Hay daño penal y daño civil. El vocablo daño, lleva a equivocaciones, inclusive en la aplicación jurídica, y sobre todo en el área penal, campo en el que designa o puede designarse tanto el mal implícito en la acción ilícita, como lo ocasionado en el mundo exterior. Para separar los dos conceptos, frecuentemente se confunde en la dogmática penal esta terminología por lo que Antolesey, ha propuesto una doble terminología, esto es, la de la ofensa para el mal que la ilicitud ocasiona en el orden jurídico, y el daño en el sentido estricto, para su efecto eventual y jurídicamente secundario. Se oponen a esta tesis, tratadistas como Carnelutti, que identifica sistemática ambas nociones, en una visión total de resultado de la infracción y lesión de interés, pero esto según Antonio Quintano, en el orden conceptual y en el positivo, la confusión es fácilmente salvable, dado que el daño de la lesión de interés jurídico, se presupone en cada tipo de delito y el del estudio externo se ha de apreciar imperativo concreto de la norma penal."[6]

En nuestro país la terminología no es precisa, ya que para el primer caso, se usa el vocablo de daño, y para el segundo, se refiere la ley penal en forma plural a daños, lo que puede ocasionar cierta confusión. En el daño civil como esfera de la acción es más confusa, la concepción de estas palabras, y esto nace de la base de que el daño es el mal contemplado desde el punto de vista del sujeto pasivo, y la lesión, el mal que lo es desde el punto de vista del sujeto activo.

Quien pide el resarcimiento de un delito es la persona ofendida, y dentro de la acción penal es el acusador particular, y a decir del Dr. Galo Espinosa Merino no es

[6] VELASCO CÉLLERI, Emilio: Ob. Cit., p. 28

sino “La de la persona ofendida o parientes, de una causa penal”[7]. En efecto considero que es el escrito elaborado por el ofendido o por quien la ley le faculta, con el fin de que, luego del trámite penal pertinente, el acusado sea sancionado con una pena, y principalmente y resarciendo el daño, que engloba la responsabilidad civil del infractor.

Otro sujeto o parte procesal en el sistema acusatorio es el **ofendido o agraviado**, al respecto el Dr. Fernando Alban Escobar en su obra titulada Estudio Sintético Sobre el Código de Procedimiento Penal, Tomo I, considera que “El ofendido es la persona que ha sufrido un daño o agravio físico, material o moral por efecto de la perpetración de un hecho criminoso en su contra”[8]

De lo anotado puedo decir que, el ofendido, pues, como extremo pasivo de la pareja penal, adquiere importancia procesal en cuanto es un sujeto que puede intervenir en el proceso penal ya como sujeto activo contingente (acusador particular), ya como sujeto activo principal (acusador privado). Tal es la razón por la que la ley de procedimiento penal, se preocupa de configurar de manera exhaustiva a que clase de personas se las puede considerar ofendidas por la comisión de los delitos y que, por tanto, están en capacidad de ejercer el derecho de acusar y de intervenir en la etapa preprocesal, esto es en la llamada indagación previa.

El doctor Jorge Zavala Baquerizo en su Tratado de Derecho Procesal Penal, refiriéndose al ofendido lo distingue en lo penal como víctima del delito, manifestando que: “Desde el punto de vista penal víctima es toda persona que ha recibido de manera directa o indirecta la lesión en un bien jurídico del cual es titular”[9]

De este concepto se deprende como conclusión que la víctima es un concepto genérico, que comprende dos específicos, a saber: por un lado, el ofendido que es el titular del bien jurídico lesionado y puesto en peligro; y, por otro lado, el agraviado que es la persona, que sin ser titular del bien jurídico lesionado, recibe de manera

[7] ESPINOSA MERINO, Galo: Ob. Cit., p. 36
[8] ALBAN ESCOBAR, Fernando: 2001, Estudio Sintético Sobre el Código de Procedimiento Penal, Tomo I, Primera Edición, Germagrafic, Quito- Ecuador, p. 171
[9] ZAVALA BAQUERIZO: Jorge: 2004, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, p. 341

indirecta los efectos perniciosos del delito. Nuestro Código de Procedimiento Penal no ha asumido el concepto de víctima con su rico contenido, y dentro de éste ha comprendido el de ofendido.

En cuanto al procesado, tomando un concepto que viene al caso, de imputado por el Dr. Fernando Alban Escobar en su libro titulado Estudio Sintético sobre el Código de Procedimiento Penal Tomo I, que hoy en las nuevas reformas al Código de Procedimiento Penal, ya no se lo denomina imputado sino procesado que: "El término 'imputado' es genérico. Abarca, procesalmente hablando, desde la indagación previa y concluirá en la audiencia preliminar y con el desarrollo de la etapa intermedia del proceso penal. A partir de que se haya dictado auto de llamamiento a juicio el imputado, restrictivamente toma el nombre de acusado porque a criterio del Juez Penal, de los resultados de la instrucción fiscal se han desprendido presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor. También toma el nombre de acusado cuando el ofendido ha presentado acusación particular en los delitos de acción pública, luego de que el representante del Ministerio Público ha emitido el dictamen al finalizar la instrucción fiscal; y en tratándose de los delitos de acción privada desde el momento en que el ofendido presenta la acusación particular o querella ante el Juez Penal"[10].

Actualmente, dentro del nuestro Código de Procedimiento Penal, ya no se denomina imputado a la personas que se está investigando un delito, pues se ha cambiado de denominación de imputado a procesado, porque es un sujeto procesal del proceso penal, término que se cambió porque se estaban violando sus derechos constitucionales, que la palabra imputado significa que anticipadamente se le estaba acarreando la responsabilidad del delito, por lo que no se debe pasar por alto de que el sujeto pasivo de la indagación previa es un procesado, que se entiende a la persona a quien se le está investigando la comisión de un delito, mientras que imputado significa, dentro de la misma investigación, a la persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho delictivo.

Al solicitarse un acuerdo de reparación, ésta será solicitada al Juez de Garantías Penales, quien resolverá en una audiencia pública, oral y contradictoria, lo cual

[10] ALBAN ESCOBAR, Fernando: Ob. Cit. p. 171, p 12.

significa que el trámite del acuerdo reparatorio, no es restringido ante la sociedad, que debe resolverse entre las personas y que las partes tengan derecho a contradecir las cuestiones que se plantean en la audiencia.

Al existir la audiencia de reparación, se establece el fin del proceso por cumplimiento del acuerdo, o el archivo cuando se apruebe el acuerdo reparatorio. El fin del proceso significa que el acuerdo de reparación tiene fuerza ejecutoria, y según el Ilustre Guillermo Cabanellas, ejecutoria significa: "Sentencia firme; la que ha pasado de autoridad de cosa juzgada y puede ejecutarse en todos sus puntos"[11]

La fuerza ejecutoria significa circunstancia por la cual las resoluciones judiciales adquieren firmeza y pueden ejecutarse en todos sus puntos. Documento público y solemne donde consta una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

En cuanto al archivo de la causa, esto significa a decir de Ricardo Vaca Andrade, en su obra Manual de Derecho Procesal Penal, "Con la cual se imposibilita la prosecución de la acción penal hasta que no varíen las circunstancias"[12]

Si en el acuerdo de reparación que han quedado en la justicia, esto es que el procesado y el ofendido han convenido reparar el daño causado, al momento de aprobarse el acuerdo de reparación se archivará el proceso, lo que significa que nuevamente puede abrirse el proceso y seguirse el trámite normal en el juzgamiento de la acción penal, lo cual al archivarse el proceso, está paralizado el trámite que se ha seguido al procesado, pero si se llega a un acuerdo de reparación debe ejecutoriarse dicho proceso, y tener que seguirse otras medidas para el cumplimiento de las acciones del acuerdo en que han quedado las partes.

En la legislación ecuatoriana existen varias fuentes para reclamar los daños y perjuicios, provenientes del delito, del cuasidelito, de la resolución de los contratos, de la tramitación procesal, que pueden considerarse como daños y perjuicios de carácter delictivo, cuasidelictual, sustantivos, procesales y morales, y por la falta de una reglamentación debida, resulta que el elemento constitutivo de la

[11] CABANELLAS, Guillermo: 1998, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, p. 142

[12] VACA ANDRADE, Ricardo: Manual de Derecho Procesal Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, segunda edición, p. 226

responsabilidad civil del individuo que debe pagar los daños o perjuicios, puede burlar fácilmente la acción de daños y perjuicios.

Una de las circunstancias interesantes es, la de la facultad que tiene el juez para evaluar los perjuicios, facultad, que puede ayudar a la moderación ambiciosa de quienes con o sin motivo pretenden el pago de cuantiosas sumas.

La obligación de pagar daños y perjuicios puede nacer de los contratos, de la Ley o abuso del derecho, como en el caso de pedir indebidamente una obligación preventiva.

Es interesante establecer que el origen de los daños y perjuicios, está en el Título XII del Libro IV del Código Civil. Que trata del efecto de las obligaciones, en el que se establecen las normas correspondientes a la mora, en que incurre el deudor y al hecho de transgredir las normas de carácter extracontratual, que vienen en delitos y cuasidelitos, que están previstos en este mismo Libro IV.

El Art. 1572 del Código Civil señala "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código."[13]

Las indemnizaciones se exceptúan en el caso en que la ley limita la indemnización al daño emergente como en el caso del artículo 1575 de éste Código Civil, en que la indemnización de perjuicios por mora, por el pago de una obligación está sujeta a las reglas de esta disposición; y, también se exceptúa las indemnizaciones por daño moral determinadas de los delitos y cuasidelitos.

[13] CÓDIGO CIVIL: 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 1572

Se podría decir que a más de estos artículos, la Ley ecuatoriana contiene reglas sobre el lucro cesante y el daño emergente, pero solamente se habla de daños y perjuicios indiscriminadamente.

No cabe duda que las reglas que da el Código Civil en el Título XII del Libro IV, son de una importancia excepcional y de aplicación práctica y según los autores tanto colombianos como chilenos, son de carácter general que involucran los efectos de las obligaciones que tienen los contratos, los cuasicontratos o la Ley. Se aplican también de las obligaciones que nacen de los delitos y cuasidelitos que están previstos en el Libro IV Título XXXIII del antes mencionado Código Civil.

También se indica del lucro cesante y daño emergente, en ninguna parte de este cuerpo legal, se trata de daños y perjuicios como título a este trabajo; y, esto se ha tomado del Código de Procedimiento Civil en su Art. 162, que señala: "Si constando de los autos probada la obligación, no hubiere medio de acreditar la estimación o importe de ella, o el valor de los daños y perjuicios, el Juez podrá deferir al juramento del acreedor o perjudicado; pero tendrá en todo caso, la facultad de moderar la suma si le pareciere excesiva."[14]

Esta conjunción de los daños y perjuicios, es muy posterior a la vigencia del Código Civil, de allí la incongruencia de los vocablos empleados en los dos Códigos.

Para determinar cómo debe considerarse el pago del daño emergente y del lucro cesante, deben tomarse en cuenta las obligaciones previstas en el Código Civil, esto es las obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer, pues cada una de estas obligaciones, tiene su modo típico de reclamar su cumplimiento.

En algunos casos solo cabe la indemnización de daños y perjuicios cuando se producen ciertos eventos, como la resolución de los contratos, como lo dispone el Art. 1505 del Código Civil que: "*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

[14] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 162

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios."[15]

Por esto, es que las indemnizaciones de perjuicios según el Código Civil y la doctrina, consideran que la indemnización de perjuicios es un derecho secundario, que nace si el acreedor no cumple oportuno y totalmente en forma que la obligación fue considerada, lo que será equivalente a la ventaja que le habría procurado el cumplimiento efectivo de la obligación al contratante que cumplió con lo convenido.

Para que se sitúe mejor el concepto de daño, es menester la concurrencia de los tres elementos mínimos para que el daño exista en el Derecho Penal o Civil: a) el objetivo de que el bien sea de los bienes jurídicamente protegidos; b) el objetivo de la atribución mediata o inmediata a una persona capaz; y, c) el de relación de causalidad dolosa o culposa.

Los tres requisitos se dan tanto en la hipótesis civil como en la hipótesis penal, son algunas situaciones. El daño jurídico, elementalmente caracterizado, es en el titular del bien lesionado, quien adquiere el valor abstracto de una norma jurídica, norma que proviene de un inmemorial proceso "juis naturalista" cristalizado en varias legislaciones como en el Código Civil ecuatoriano que en su Art. 2214 señala: "*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito*"[16]

El titular por el daño posee un derecho subjetivo, que procesalmente considerado, como lo define Chiovenda citado por Célleri "una voluntad de ley subjetivada"[17]. Esto es considerado desde el punto de vista de el que puede reclamar la actuación del Juez, ofreciéndole la Ley una doble vía: la del proceso civil y la del proceso penal, las dos vías posibles, según nuestra práctica y jurisprudencia, aunque de naturaleza muy diversa y elección es muy difícil.

[15] CÓDIGO CIVIL: Art. 1505
[16] IBÍDEM, Art. 2214
[17] VELASCO CÉLLERI, Emilio: Ob. Cit., p. 28

Aunque la discusión es bastante sostenida sobre estos aspectos, en todas partes del mundo, en nuestro medio, no ha habido una mayor oposición para que se escoja la vía civil o penal para el resarcimiento del daño material, que constituye un asunto susceptible de las más variadas y específicas utilizaciones; así, si tomamos en cuenta el daño por el acto culposo propios del Art. 2214 del Código Civil anteriormente trascrito que es una supervivencia de la culpa romana, se halla el de acto ajeno del que difaman los actos de las personas sujetas a guarda o cuidado o de los animales, sin contar con los supuestos de dolo o culpa contractuales, no siempre se resuelve la cuestión, sino que por el contrario se complica , conduciendo a situaciones indebidas, puesto que en lo civil existe un concepto de lo antijurídico, igual que en lo penal, y hasta en sus dos modalidades dolosa y culposa como puede acontecer con el homicidio o el accidente de tránsito.

No existe un criterio diferencial seguro en la etiología del acto ni en su valoración ideal, la solución podría intentarse por lo normativo y formal, cabría caracterizar indiscutiblemente como daños penales, actividades específicas, entendiéndose que las actuaciones no tipificadas en el código salen del marco de lo penal y entran en el marco de lo civil.

Cierto es, que no hay reglas precisas para avaluarlo, pues el Daño Moral reside en las órbitas de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, o sea que no puede ser avaluado, en las mismas condiciones que lo pueden ser los llamados perjuicios materiales; así hemos concluido que existe dificultad de establecer si un sujeto ha sufrido o no dolor y en su caso en que medida o intensidad, como consecuencia del hecho o acto ilícito, pero también he manifestado que para fijar el monto, si el Juez opta por la acción por daño moral en sentencia debe tener en cuenta los siguientes parámetros:

a) La naturaleza del acto o hecho ilícito;
b) La ocupación habitual del ofendido; y,
c) El dolor producido a la parte actora.

No olvidemos que el profesor colombiano Alfonso Reyes Echandía, dice que los perjuicios morales, se dividen en:

"*1.- Objetivados.- Que son los que producen consecuencias susceptibles de valoración económica; y,*

2.- Subjetivos o de Afección, que son los que hieren la parte afectiva de patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño en las personas jurídicas"[18]

El monto de reparación monetaria, sólo puede procurar en lo posible que el perjudicado obtenga satisfacciones racionalmente equivalentes, así el Juez debe basarse para su fijación, en la prudencia y equidad, apreciando todos los datos legalmente concurrentes acerca del carácter y extensión del perjuicio con arreglo al mérito probatorio.

Esta clase de juicios, no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo imborrable; sino que debe procurarse que el afectado obtenga algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destituido, así el criterio que el Juez debe tener en cuenta para fijar el monto de la indemnización, es la extensión del mal sufrido, mas no lo es las facultades económicas del obligado a indemnizar; en doctrina se dice que es contrario a la ley estimar la fortuna del autor del daño, para aumentar o reducir la indemnización, como única condición en su determinación; de tal modo que para fijar el monto, hay que tener en cuenta la comisión de un acto o hecho ilícito que causa daño y que obliga a su reparación; la medida es la intensidad del daño y no la mayor o menor fortuna o culpabilidad del autor del mismo.

El daño moral por su naturaleza subjetiva, queda integrado a la estimación discrecional de los jueces de lo civil, conforme al mérito del proceso y a los principios de equidad, pues la valoración exacta del daño moral no existe, puesto que su medición material es francamente imposible y esto porque lo bienes personales afectados no admiten una valoración propiamente tal o estricta, por eso se dice que la reparación se satisfice, pero no compensativa.

No olvidemos que el daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o psíquico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria en el patrimonio de la víctima que está intacto, pues consiste

[18] REYES ECHANDÍA, Alfonso: 1990, Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá Colombia, p. 54

exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos, de ahí que la indemnización que lo repara se denomina en doctrina Pretium Doloris, ya que el daño moral es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, en último término todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño.

El señor doctor Ramiro J. García Falconí en su obra "El Juicio por Daño Moral", señala que debe probarse tres cosas a saber:

"*1.- La licitud del acto o hecho, pues en caso de que la persona que hubiere ocasionado el daño, lo hubiere hecho por mandato de la Ley o en cumplimiento de su deber, no existiría tal ilicitud y por tal no cabría sentencia condenatoria por daño moral;*
2.- Probar el daño ocasionado; y,
3.- Probar la relación de causalidad existente entre el acto o hecho ilícito cometido y el daño ocasionado."[19]

La indemnización de daños y perjuicios comprende:

1. Daño emergente (Disminución real del patrimonio de la víctima).
2. El lucro cesante (Ganancia que deja de percibirse como consecuencia del ilícito).

Agotado el juicio principal, y determinada la responsabilidad penal del encausado, surge consecuentemente la acción civil de daños y perjuicios cuya orientación se limita:
1. Al logro de la reparación integral de los daños causados.
2. A la ejecución tendiente a obtener la reparación de los daños directos o inmediatos producidos por el acto típico antijurídico.

Los resultados de la acción ilícita, ocasionan un menoscabo en el patrimonio de la víctima, afectando su actual composición y sus posibilidades futuras.

[19] FALCONI, Ramiro: El juicio por daño moral, p. 25

La indemnización del daño tiene una función de carácter satisfactoria, es decir, está dirigida a conseguir por lo menos el equivalente al perjuicio ocasionado. Para fijar el monto de la indemnización se debe partir de la base de que sólo es indemnizable el daño cierto, por lo que en sentencia se debe designar la cantidad que ha de pagarse y las bases sobre las cuales se va a realizar la liquidación.

El bien jurídico que la ley protege y pretende reparar es el detrimento del patrimonio real y efectivo que sufre la víctima como consecuencia del acto antijurídico.

De tal modo que este debe estar adscrito a la persona del ofendido, quien únicamente puede reclamarlo como damnificado directo o por excepción en calidad de indirecto.

Preciso es aclarar que, la acción debe sustanciarse en Juicio Verbal Sumario y en cuaderno separado ante el mismo tribunal que dictó la sentencia penal, conforme lo dispone el Art. 331 del Código Adjetivo Penal, por ende en la tramitación de la causa se aplicarán las normas legales de la sección vigésimo tercera, Del juicio Verbal Sumario, previstas en el Código de Procedimiento Civil.

El Art. 31 del Código de Procedimiento Penal, determina las reglas de la competencia para el caso de los juicios de indemnización, precisando:

"*Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:*
1.- De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:
a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, siempre que no hubiere sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiere sido parcial, será competente el Presidente del Tribunal de Garantías Penales que dictó la sentencia condenatoria;
b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, la Jueza o Juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales;

c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde a la Jueza o Juez de Garantías Penales que dictó la sentencia; si en esta igualmente no fue posible determinar los perjuicios, o si la determinación fue solo parcial; y,
d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.
2.- De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular:
a) Si fueron reclamados en un juicio de acción pública, será competente una Jueza o Juez de Garantías Penales diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y,
b) Si la acusación fue presentada en un juicio de acción privada, será competente una Jueza o Juez de Garantías Penales distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria."[20]

Las reglas de la competencia que establece el Art. 31 del Código de Procedimiento Penal, en tratándose del numeral primero de daños y perjuicios ocasionados por la infracción, en el literal a) concede este Código la competencia al Presidente del Tribunal de Garantías Penales, siempre y cuando exista sentencia condenatoria y en donde se haya declarado procedente la acusación particular. En este caso, el Presidente del Tribunal de Garantías Penales deberá sustanciar el juicio de indemnización de daños y perjuicios, conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil. Los requisitos por lo tanto son: 1.- Que exista sentencia condenatoria ejecutoriada; 2.- Que en ésta se haya declarado procedente la acusación particular; y, 3.- Que haya sido dictada por el Tribunal de Garantías Penales.

En cuanto se refiere al literal b) el agraviado que reclame indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el cometimiento de una infracción en cuya causa no hubiere propuesto acusación particular, el juez competente para sustanciar el juicio de daños y perjuicios lo será la Juez o Jueza de lo Civil previo sorteo de ley. Esta disposición legal concede competencia a un juez de lo civil en consideración a que uno de los efectos jurídicos del delito es el resarcimiento de los daños ocasionados al agraviado. En el literal c) establece la competencia a la Jueza o Juez de Garantías Penales en tratándose que la infracción fue de acción privada; y en el literal d) se establece para los casos de fuero de corte la competencia al Presidente

[20] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL; 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 31

de la Corte respectiva. Considero particularmente que no solo el Tribunal de Garantía Penales, resuelva la indemnización de daños y perjuicios como en el numeral a), sino absolutamente en todos los casos de daños y perjuicio que fija este precepto legal, pero debe resolvérselos en mismo libelo, porque hacer otro trámite retarda la administración de justicia.

El numeral segundo determina el mismo efecto jurídico para el caso de que se haya considerado a la denuncia o acusación particular como maliciosa o temeraria. El Art. 245 del anterior Código de Procedimiento Penal, prescribía que la denuncia o acusación particular calificada como maliciosa daba lugar a que el condenado pueda ser procesado por el delito tipificado en el Art. 494 del Código Penal; mientras que si se declaraba a la denuncia o acusación particular como temeraria daba lugar a la indemnización de daños y perjuicios. Ahora con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, la malicia no solo puede ser reprimida conforme a las disposiciones contempladas en el Art. 494 del Código Penal, sino que también da lugar a la indemnización de daños y perjuicios. Actualmente el Art. 245 de este cuerpo legal prescribe las consecuencias que acarrea el que la acusación particular sea declarada como maliciosa o temeraria. Tiene lógica y razón de ser, porque el corolario jurídico de toda causa penal es la reparación del daño causado a la víctima.

Las reglas de la competencia determinan en el caso del literal a) del numeral 2do que tratándose de los daños y perjuicios por la malicia o temeridad de la denuncia o acusación particular cuando hayan sido reclamados en una causa de acción pública, será competente una Jueza o Juez de Garantías Penales diferente del que haya dictado auto de sobreseimiento y que se encuentre ejecutoriado. En tratándose del literal b) si la acusación particular ha sido presentada en juicio de acción privada, el legislador le ha concedido competencia a una Jueza o Juez de Garantías Penales distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria. Precisamente éste es el requisito esencial para reclamar daños y perjuicios por la malicia y temeridad de la denuncia o acusación particular.

Toda sentencia condenatoria ya sea en los juicios de acción privada como en los juicios de acción pública, lleva envuelta la acción del condenado a pagar daños y perjuicios, pues constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar

y reparadora del derecho. Daños y perjuicios son vocablos que se relacionan por completarse, ya que todo daño provoca un perjuicio y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico a decir de Cabanellas, se "llama daño a todo mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y, por perjuicio, la perdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse, pues el herido, por ejemplo ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo. Esta fórmula en realidad abreviatura de "indemnización de daños y perjuicios", es la suma de dos nociones jurídicas denominadas también daño emergente (la disminución patrimonial) y lucro cesante (el obstáculo para nuevas adquisiciones patrimoniales)".

La sentencia condenatoria solo procede, cuando el Tribunal de Garantías Penales se convence de la efectividad de los cargos contenidos en la acusación fiscal, aceptando como cierto el relato de los hechos que ello supone a través de la prueba lícita y legalmente producida en la audiencia en la Epata del Juicio, de lo contrario se dice se debe dictar sentencia absolutoria.

Hay que tener siempre presente la presunción de inocencia del acusado o sea debe debatirse con el acusador o el fiscal en base a pruebas que demuestren la culpabilidad, pues el acusado es inocente hasta que no se pruebe lo contrario

1.3. La temeridad y la malicia en un proceso judicial

Cuando la denuncia o la acusación particular han sido declaradas temerarias, la ley procesal se ubica en dos casos posibles, como en el caso de acción público y en los casos de acción privada

Es necesario observar que la Ley, en el numeral 2 del Art. 31 del Código de Procedimiento Penal comienza diciendo: "De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular"[21]

Con respecto a este numeral del Art. 31 del Código de Procedimiento Penal, Jorge Zavala Baquerizo señala que: "Una vez más los redactores del Código de Procedimiento Penal vigente cometieron un error científico, pues la malicia no

[21] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL: Art. 31 núm. 2

provoca, por sí, el efecto de resarcimiento de perjuicios sino la condena penal. Es únicamente la temeridad la que provoca los efectos económicos"[22]

El denunciante o los acusadores, particular y privado, son calumniosos cuando a sabiendas que la persona a quien acusan es inocente, presentan ante el respectivo funcionario la denuncia o la acusación contra esa persona. De esta manera el denunciante o el acusador cometen, al momento de presentar la denuncia o la acusación ante el funcionario autorizado, un delito doloso, tipificado en el Art. 494 del Código Penal, pues con voluntad manifiesta imputa falsamente la comisión de un delito. El acto de denunciar o de acusar maliciosamente a una persona inocente es lo que la ley tipifica como delito y, por lo tanto, sanciona penalmente.

Puede suceder que el acusador haya presentado su acusación de buena fe, en la creencia que el acusado era el agente del delito objeto de la acusación. Aunque el Juez absuelva al acusado, por ejemplo, no está obligado a declarar maliciosa la acusación, pues falta un elemento esencial del tipo, el subjetivo, que está dado por el dolo.

Por lo tanto no toda acusación que no haya podido probarse dentro del proceso constituye delito tipificado en el Art. 494 del Código Penal. Para que exista delito es necesario el elemento subjetivo del tipo esto es del dolo; y para el ejercicio de la acción penal por la malicia se exige, además un elemento preprocesal: la declaración expresa del Juez Penal que califique la acusación de calumniosa.

El tratadista Henoch Aguiar, expresa: "Dentro de las conclusiones lógicas de la doctrina que se acaba de anunciar, y no obstante la falsedad de la imputación, el imputante se encontraría liberado de toda responsabilidad criminal, si, al hacer aquella, no tuvo pleno conocimiento de la inocencia del imputado, fuese cual fuese el perjuicio, que con ella le causare. En presencia de esta situación se ha pensado que no era justo hacer soportar al inocente las consecuencias de un acto que no merecía la calificación de calumnioso por los motivos expuestos y porque los delitos contra el honor no pueden cometerse por imprudencia, cabría, sin embrago,

[22] ZAVALA BAQUERIZO: Jorge: Ob. Cit., p. 56

responsabilizarlo civilmente en cuanto la denuncia o la acusación fue el resultado de una actitud ligera o imprudente"[23]

El Código Penal en el Art. 494 señala "Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren propuesto una acusación judicial, o hecho denuncia, que no hubiesen sido probadas durante el juicio"[24]

La esencia de la injuria calumniosa radica en la falsedad objetiva o subjetiva. Siendo la denuncia y la acusación privada manifestaciones de conocimiento, es evidente que el denunciante o acusador avisan al órgano penal respectivo que se ha cometido un delito, y además, que una persona concretamente identificada es la autora, o la cómplice, o la encubridora del tal delito, cuando este aviso dado por el denunciante, o por el acusador, no es verdadero, ya por no haber existido tal hecho, ya por no haber sido el imputado el agente del acto y aquel tenía conciencia de tal delito de injurias calumniosa judicial, pues no pudo probarse en el proceso o la existencia del hecho delictuoso, o en la querella, hubiera sido la responsable del hecho denunciado, o acusado, si es que tal hecho hubiera existido.

De lo que se infiere que no siempre las circunstancias de no haberse probado dentro del proceso penal la existencia del hecho, o la intervención del mismo, de la persona a quien se individualizó en la denuncia, o en la acusación, puede llevar a su convicción de que se ha cometido el delito tipificado en el Art. 494 del Código Penal, esto es, la injuria calumniosa judicial. Es necesario que exista la intención de denunciar o de acusa a un inocente por el hecho que se sabe que no existió, o de imputarle un hecho cierto a sabiendas que el imputado no tuvo intensión en el mismo. La malicia a la que se refiere el Código Penal, comprende necesariamente al dolo, esto es, la voluntad intencional dirigida a acusar un hecho falso, o acusar de un hecho cierto a una persona inocente.

Por lo expuesto es que nuestra legislación de procedimiento penal, establece como presupuesto necesario para el ejercicio de la acción penal por el delito de injuria calumniosa tipificada en el Art. 494 del Código Penal, que exista auto de

[23] AGUIAR Henoch: Hechos y Actos Jurídicos, Tomo V, p. 76
[24] CÓDIGO PENAL: 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 494

sobreseimiento definitivo, o la sentencia absolutoria, ambos firmes, que declaren de manera expresa que la denuncia o acusación, en su caso han sido maliciosas, Sin esta declaración es inadmisible el ejercicio privado de la acción penal acusando el delito de injuria calumniosa judicial. Por lo explicado hasta el momento es fácil comprender la diferencia que existe entre denuncia o acusación maliciosas con la denuncia o la acusación temeraria. No existe el delito de acusación o denuncia temeraria. La temeridad sólo lleva aparejada la obligación del denunciante o del acusador temerarios de indemnizar al acusado los perjuicios causados por la ligereza, o por la imprudencia, que tuvo al acusar o al denunciar.

En numeral 2 del Art. 31 del Código de Procedimiento Penal señala que el acusador malicioso debe pagar la indemnización de perjuicios. Esto es un error. La malicia tiene como efecto la pena. La temeridad tiene como efecto la indemnización. La consecuencia de la malicia es la pena, la consecuencia de la temeridad es civil. Por lo tanto, cuando se ha declarado temeraria y maliciosa una denuncia o una acusación particular, los denunciados o acusados tienen dos vías para su satisfacción judicial: la penal, presentando la acusación privada con la finalidad que se imponga la pena correspondiente al calumnioso acusador o denunciante, y la civil de resarcimiento para obtener la compensación por el daño causado, por el delito, presentando la demanda de indemnización. Por lo tanto, el procedimiento previsto en el numeral 2 del Art. 31 del Código de Procedimiento Penal se refiere únicamente a la demanda civil por la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la temeridad de la demanda o de la acusación, y no se refiere a la acusación privada derivada de la declaración de la malicia de dichas acusación o denuncia.

1.4. Ejercicio de derechos de los abogados.

El doctor Guillermo Cabanellas al referirse al derecho nos dice que: "*Dentro de lo estrictamente jurídico el vocablo se emplea pluralizado cuando se refiere a un conjunto de normas o atribuciones que se concede, reivindica o ejerce colectivamente*". [25]

El Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes

[25] CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit., pág. 124

que determinan su contenido y carácter. En otras palabras, es el conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

Para Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales expresa que: "*Tomado en un sentido etimológico, derecho proviene del lat. Directum (directo, derecho); a su vez, del lat. dirigere (enderezar, dirigir, ordenar, guiar). En consecuencia, en sentido lato, quiere decir, recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro, mientras que en sentido restringido es tanto como ius*."[26]

Por eso de esta voz latina se han derivado y han entrado en nuestro idioma otros muchos vocablos: jurídico, lo referente o ajustado al derecho; jurisconsulto, que se aplica a quien, con el correspondiente título habilitante, profesa la ciencia del derecho y justicia, que tiene el alcance de lo que debe hacerse según derecho y razón. Es, pues, la norma que rige, sin torcerse hacia ningún lado, la vida de las personas, para hacer posible y regular la vida social.

El Dr. Galo Espinosa Merino explica que derecho es "*Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos aun coercitivamente. Derecho Objetivo: conjunto de normas obligatorias que tienen como objeto conseguir el orden, la seguridad y la justicia. Derecho Subjetivo: Poder moral inviolable para exigir, hacer o no hacer una cosa*".[27]

Los conceptos de derecho positivo y el derecho vigente se pueden reducir a que el primero es el que se aplica y el segundo es el que el órgano legislativo público para ser obedecido en tanto dure su vigencia, mientras no sea sustituido por medio de la abrogación o derogación. Por lo tanto no todo derecho vigente es positivo, Es decir hay normas jurídicas que tienen poca aplicación práctica es decir no es derecho positivo pero si es derecho vigente.

Desde el punto de vista objetivo, dícese del conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones, de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social. Esto es, teniendo en cuenta la validez; es decir que si

[26] OSSORIO, Manuel: Ob. Cit., p. 293
[27] ESPINOSA MERINO, Galo: Ob. Cit., p. 167

se ha llevado a cabo el procedimiento adecuado para su creación, independientemente de su eficacia y de su valor como la justicia, paz, orden, etc.

El Dr. Galo Espinosa Merino manifiesta que garantía es "*Tutela, amparo, protección jurídica. Fianza, prenda. Cosa que asegura y protege contra un riesgo o necesidad*".[28]

La palabra garantías han sido conceptualizada como un derecho de libertad, que ha hecho necesario establecer cuáles son las libertades que los individuos, como miembros de un Estado, tiene, y que, además, constituyen un límite al ejercicio de la autoridad.

Las desigualdades son consustanciales a las personas, son parte de la realidad, por ello afirma el profesor NOGUEIRA ALCALA, Humberto "*se desarrolla la crítica democrática en el siglo XX, que va a otorgar al Estado un mayor protagonismo en la vida social, tratando de corregir las graves desigualdades sociales, dentro de su tarea y fin que es el bien común, reconociéndole la posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación determinada y específica diferente de la de otros grupos, lo que trae consigo la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades.*"[29]

Los principios, criterios y normas sobre los derechos humanos en general y los derechos de los trabajadores en particular, han sido reafirmados, precisados o desarrollados en diversos convenios y resoluciones que el Ecuador ha ratificado de los convenios internacionales por la Asamblea Nacional, que ha partir de esta ratificación constituye norma interna para regular las relaciones de los trabajadores y empleadores dentro del trabajo.

La naturaleza jurídica de estos varios tipos de instrumentos es diferente. Mientras que los convenios crean deberes concretos a cargo de los Estados que los han ratificado y en este tipo pueden, al desarrollar el texto constitucional, ir más allá de

[28] ESPINOSA MERINO, Galo: Ob. Cit., p. 327
[29] NOGUEIRA ALCALA, Humberto: 1997, El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Dike, pág. 231

las obligaciones que impone la Constitución, las resoluciones contienen solo criterios para guiar, orientar y aconsejar a los Estados, ya sea para cumplir mejor con los preceptos constitucionales o para aplicar las obligaciones aceptadas en los convenios que han ratificado.

Los convenios de la Organización Internacional del trabajo son, por razón de la materia que regulan, instrumentos internacionales destinados a obtener el respeto y la observancia por los Estados que los ratifican de ciertos derechos económicos y sociales concebidos en el marco general de los derechos de la persona humana.

Por ello los criterios de igualdad son relativos históricamente, ya que la igualdad como derecho se ha ido insertando en la legislación interna de cada país paulatinamente, como la igualdad y no discriminación, como también el derecho que tienen los trabajadores de igual trabajo igual remuneración; y, además, se constata en la relación entre personas que es la forma de establecer la igualdad o desigualdad.

Luego, no está prohibido ni es contrario al derecho a la igualdad que el legislador pueda determinar diferencias, pero siempre que su establecimiento se justifique racionalmente y jamás se la afinque, en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole.

No existen aspectos relevantes, como los indicados, en los que las personas deben ser tratadas en forma igual, es decir, que no pueden ser discriminados sin una razón suficiente, una razón importante o relevante y jamás en forma arbitraria.

El derecho a la igualdad es un principio complejo que tiene el doble fin de tutelar y valorar las diferencias como elementos de la identidad de las personas, y de eliminar o cuando menos reducir las desigualdades. Así, la igualdad en los derechos fundamentales no es otra cosa que el igual derecho de todas las personas a la afirmación de la propia identidad, en la que las diferencias están dotadas de igual valor, prescribiendo igual respeto e igual tratamiento entre ellas. FERRAJOLI nombra a este modelo como "*la igual valoración jurídica de las diferencias. En este modelo, la igualdad jurídica nunca será otra cosa que la idéntica titularidad y garan-*

tía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes"[30]

Ahora bien, la igualdad, al constituir un principio normativo, puede resultar inefectiva y ser restringida, de hecho, mediante las violaciones a los derechos fundamentales. En el caso de las mujeres, por ejemplo, la discriminación contra dicho grupo social es persistente en cuanto a la privación de los derechos que implican obligaciones positivas de prestación o de satisfacción por parte de otros sujetos y del Estado mismo, como el derecho al trabajo, el acceso y la carrera en la función pública y en la distribución de los recursos. Lo anterior es producto de la falta de garantías que permitan exigir los derechos sociales, ya que tradicionalmente se les ha considerado como normas programáticas o directrices de políticas públicas dependientes de recursos presupuéstales. Ello ha provocado que se carezca de una cultura jurídica de demanda y control de este tipo de derechos desde el ámbito jurisdiccional.

Sin embargo, en la actualidad se reconoce que todos los derechos -sean civiles políticos, económicos, sociales o culturales- traen consigo costos y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas para el Estado. En este sentido, el derecho internacional y el constitucionalismo moderno han desarrollado figuras que permiten judicializar los derechos sociales hasta cierto grado, tales como la exigencia de un mínimo vital, que reconoce un núcleo o contenido esencial del derecho exigible al Estado; la prohibición de regresividad en donde todo retroceso del nivel alcanzado se presume inconstitucional; y, de manera significativa, su defensa a partir del derecho a la igualdad. Es decir, que cuando un derecho social ha sido reconocido a determinadas personas y se ha restringido su acceso a otras, es posible realizar un juicio relativo a la legalidad y razonabilidad de la exclusión para determinar si el tratamiento diferenciado está justificado.

Un ejemplo de lo anterior es el modelo del «trabajador ideal», que impera en la mayoría de las instituciones y centros de trabajo, y que es definido como aquella persona que dedica la mayor parte de su tiempo a las actividades laborales, postergando su vida privada y familiar. Como resulta claro, este modelo es incompatible con las personas que ejercen los roles de cuidado o que tienen responsabilidades familiares específicas, resultando en una discriminación por

[30] FERRAJOLI, Luigui: 2001, Derechos y Garantías, La Ley del más débil, Madrid, Trota, p. 76

resultado para las mujeres, quienes mayoritariamente asumen dicho rol. Las consecuencias perniciosas de este modelo, como son las sanciones o despidos por embarazo, la falta de licencias y permisos parentales y *la desprotección del trabajo en el empleo doméstico, aún no han sido seriamente atendidas por el Derecho.*

Para Francisco Córdova "*La igualdad y la no discriminación son la expresión del principio de igualdad jurídica, que formula un derecho de los hombres a participar del bien común, en condiciones de igualdad, sin discriminaciones...*"[31]

El principio de igualdad conlleva a la libertad de trabajo y su obligatoriedad de trabajo, que son principios complementarios toda vez que, si el hombre debe procurarse de los medios de subsistencia y perfeccionamiento con su propio trabajo y con él debe contribuir al bien general de la sociedad, no es menos cierto que ha de hacerlo en la ocupación que libremente escoja, de acuerdo con sus disposiciones y en las condiciones que le garantice mayor rendimiento y provecho para sí y para la sociedad.

El principio de igualdad en el derecho laboral constituye, en términos generales, una concreción en el ámbito laboral de la justicia distributiva, en que se prohíbe al empleador el trato desfavorable arbitrario o sin causa justificada, de un trabajador o de un grupo de trabajadores frente a otros trabajadores que se encuentran en situación comparable.

El empleador está obligado en virtud de la relación laboral a dar un trato igualitario a los trabajadores y, en consecuencia, no puede arbitrariamente o sin la existencia de una causa justificada, dar un trato desigual a trabajadores que se encuentren en una situación similar, en razón, por ejemplo, la naturaleza de los servicios prestados.

El principio de igualdad de trato presupone siempre una actuación colectiva del empleador, esto es, una actuación frente a un grupo de trabajadores.

En el principio de protección se encuentra inmersa la integridad de las personas, y a criterio del tratadista Manuel Sánchez Zuraty, ésta consiste en el "*conjunto de*

[31] CÓRDOVA; Francisco: 1985, La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, Temis, Bogotá, pág. 200

atributos físicos y espirituales que conforman la integridad humana. La persona se entiende conformada por un elemento material, en el que constan todos los órganos corporales que dan lugar fisiológicamente a la vida; y, por un elemento espiritual, que consiste en todas las facultades intelectuales, psicológicas y morales que comprenden la personalidad del hombre."[32]

El tratadista Carlos Creus argumenta que "*la ley no protege y garantiza a cada uno de los órganos del ente humano por separado, sino se protege la integridad física del ser humano en su totalidad. Es decir, se tiende a preservar el funcionamiento vital en todo su contexto, como denominación de integridad física del individuo*."[33]

Pero, como los derechos de los trabajadores nacen no solo de la ley sino también de otras fuentes, la norma constitucional se ha de aplicar a todas esas fuentes y, en consecuencia, los derechos otorgados a los trabajadores en los convenios internacionales, reglamentos, contratos colectivos, etc.

Uno de los derechos que tenemos las personas y en cuanto a los abogados en el ejercicio de nuestra profesión se encuentra la libertad de asociación. Con respeto a los gremios de los abogados es oportuno volver al pensamiento de Aristóteles sobre lo importante que es para el ser humano agruparse, formar parte de conglomerados sociales. El siguiente pensamiento es tomado por la obra intitulada Política Laboral y Social de Alcalá Zamora y Cabanellas, que señala:

"El hombre es un ser sociable por naturaleza; lo es más que la abeja y todos los animales que viven agrupados. La vida social es un imperioso mandato de la naturaleza. El primero que fundó una asociación política hizo a la humanidad el mayor de los beneficios, porque si el hombre, perfeccionado por la sociedad, es el primero de los animales, es también el último cuando vive sin leyes y sin justicia"[34]

Lo profundo de este pensamiento, su permanente vigencia, demuestran que la socialización en el ser humano es un valor connatural al hombre, es parte de su

[32] SÁNCHEZ, Manuel: 1989, Diccionario Básico de Derecho. Editorial Casa de la Cultura del Ecuador. Ambato – Ecuador, p. 78.
[33] CREUS, Carlos: 1983, Derecho Penal. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina, p. 6.
[34] CABANELLAS, Guillermo: 1997, Política Laboral y Social, Tomo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, p. 231

naturaleza, de su propia esencia, es como una urgencia vital, así lo sintetiza Aristóteles cuando dice que “la vida social es un mandato de la naturaleza”. En efecto el hombre nace dentro de un grupo social: su familia, que no está dada únicamente por sus padres y hermanos, luego se relaciona con la comunidad sean éstas escuela, iglesia, campo deportivo, al hacerlo está cumpliendo aquello que este filósofo llama el imperioso mandato de la naturaleza, porque el ser humano al nacer está más indefenso que muchos animales al punto que si no es asistido en primer lugar por su madre hasta puede perecer.

El pensamiento de Aristóteles sirve de base sobre las asociaciones de trabajadores, es necesario enfatizar que el primero que fundó una asociación política hizo a la humanidad el mayor de los beneficios, de esto en el ámbito laboral, han sido aplicables prácticamente desde siempre aunque no se las haya podido vivir y la asociación que es en el ser humano una urgencia tan vital como alimentarse o vestirse; tratándose de lo laboral, ha tenido que atravesar todo un proceso para llegar al estado actual en que el derecho de asociación, es una de las conquistas del mundo civilizado que no se dieron de la noche a la mañana.

La sociabilidad del hombre representa la solidaridad entre los seres humanos, que constituye móvil principal de toda sociedad humana, en todos los tiempos, los individuos se han agrupado con un fin: inicialmente esa solidaridad tenía por principal objetivo la conservación y la defensa, después surgió la cooperación.

Podemos señalar que ciertos fines no podrían alcanzarse con los esfuerzos aislados de los individuos y que exigen, imperiosamente, el concurso de varios. Aislados, los individuos no podrán obtener esas mejoras que les son necesarias, y que se hacen más sensibles conforme la aglutinación natural de grandes empresas y de capitales que posibilite la formación de un frente único natural. Situación tal obliga a crear asociaciones donde los empeños mancomunados de sus miembros permiten obtener, sumadas en ellas diversas voluntades, una fuerza tan poderosa como la que se le enfrenta.

El derecho de reunión es la libertad pública individual que faculta a un grupo de personas a concurrir temporalmente en un mismo lugar, pacíficamente y sin armas, para cualquier finalidad lícita y conforme a la ley. Se considera una libertad política y

un derecho humano de primera generación, ya que está íntimamente vinculado al surgimiento e implementación de las relaciones capitalistas de producción, en sustitución del decadente mundo feudal y de la sustitución de las monarquías absolutistas por las repúblicas modernas, así como de la formación de los Estados nacionales de una lucha de liberación que incluyó un primer movimiento anticolonial realizado en nuestro continente.

Es el reconocimiento del pluralismo político y de la libertad de expresar las propias opiniones, aparejado al reconocimiento del derecho a transmitir a otros tales opiniones, escuchar las ajenas y a obrar en consecuencia. La conflictividad del ejercicio del derecho de reunión surge cuando ésta se celebra en lugares abiertos al público y, más precisamente, cuando se desarrolla en la vía pública, en lo comúnmente conocido como manifestación.

Con la libertad de asociación se pretende reconocer el más completo derecho de asociación, la cual tiende a que las personas sociales no encuentren al formarse, traba alguna. Nadie debe ser impedido a formar parte, contra su voluntad, de un sindicato, pues nos encontramos con que un derecho se convierte en un deber. Lo mismo que nadie puede ser forzado a ingresar a una asociación, el individuo es libre para separase de los sindicatos.

De modo que la libertad de asociación forma parte de los derechos inalienables de las personas y la sociedad, porque sin ésta, la persona queda privada de realizar una de sus dimensiones esenciales, la de la socialización. Pero si aún no compartiésemos esta visión del mundo, hay una razón para reconocer y alentar el ejercicio de la libre iniciativa personal y la libre asociación, y es precisamente el hecho de que, en última instancia, nadie puede conocer o controlar el sinnúmero de formas y relaciones éticamente aceptables por los que fluye la vida, y nadie puede saber cuáles son las mejores soluciones a los diversos problemas, o dominar los gustos y preferencias de las personas. Si se intentase, ya conocemos el resultado, sociedades improductivas y enfermas que sólo pueden buscar fuera lo que sus propias limitaciones no le permiten encontrar dentro. El bien de una nación debe ser fomentado y procurado por sus propios ciudadanos a través de medios pacíficos y graduales. De este modo cada persona, gozando de libertad de expresión, capacidad de iniciativa y de propuesta en el seno de la sociedad civil y de la

adecuada libertad de asociación, podrá colaborar eficazmente en la búsqueda del bien común.

En la Enciclopedia Jurídica OMEBA, se cita a Páez quien señala que "La libertad de no asociarse, es parte integrante de la libertad de asociación. No es posible en su nombre, crear obligaciones coercitivas. Ella presupone en los individuos un derecho subjetivo, pero no es un deber, ya que así fuera, ser pervertiría su concepto... El asociacionismo compulsivo es la negación de la libertad; así como el derecho de asociación significa la consagración universal de la libertad individual."[35]

De acuerdo a esta opinión se puede deducir que la libertad de trabajo sin la asociación sería incompleta, desprovista de sentido. El trabajador aislado queda a merced del más fuerte; y su libertad, por más que se proclame enfáticamente, resulta nula incierta, falsa. El individualismo obrero, frente a la coalición social de las fuerzas, de medios, de relaciones de capital, no constituiría otra cosa que la negación de toda la libertad. Prueba de ello es el intervencionismo estatal en materia de trabajo, equivalente a la confesión inequívoca de que el sistema de libertad de trabajo, en el individualismo histórico, es perjudicial, al menos para la clase trabajadora.

También es necesario indicar que el ejercicio de la profesión de un abogado no encierra el derecho de repetición que consagra la Constitución, porque este derecho es exclusivo de la administración pública, y un abogado en libre ejercicio profesional no trabaja para el Estado, sino que presta un servicio profesional a las personas que lo requieran. El derecho de repetición para Manuel Ossorio es "Derecho, cuando menos acción, para reclamar lo indebidamente pagado a aquello que se ha anticipado por otro"[36]

El derecho de repetición es un derecho abstracto encaminado a que una pretensión que aún no constituye derecho sea reconocida o no como tal en sentencia, es decir que abarca tanto a aquel que cuenta con el apoyo de la razón como aquel que no la tiene sin importar si el resultado será estimatorio o no del libelo contentivo de

[35] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo I A, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires – Argentina, p. 874

[36] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, ¨Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, 2008, Buenos Aires – Argentina, p. 835

demanda en sentencia; y, al darle estas nociones eminentemente procesalitas a la concepción denotan la íntima relación que entre la facultad de accionar y la litis misma existe, puesto que se tratará de una contienda de pretensiones entre las partes.

La Constitución rige la vida de la sociedad en forma total, pero, para comprender ese error partimos de la aceptación de una evidencia: Se trata de una sociedad plural y, por ello, debe existir pluralismo en los enunciados constitucionales que deben contener la pluralidad de valores que en ella cohabitan. Se reconoce la libertad de expresión, pero también al derecho al honor; la libertad de información, pero también el derecho a la intimidad; el valor de la libertad, pero también en de la igualdad; se reconoce el Estado social, pero también el Estado liberal; el derecho a la propiedad, pero también su función social, a la tutela al medio ambiente, o a la promoción del bienestar general, o el derecho a la vivienda, o a la educación; se reconoce a la libertad de empresa, pero también el derecho al trabajo; el derecho a la manifestación y el de huelga, pero también el orden público; el derecho a la tutela judicial, pero también la seguridad jurídica o la celeridad en la administración de justicia, etc.

CAPITULO II.

2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SANCIONES A LOS ABOGADOS EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.

2.1. Análisis jurídico del Código Orgánico de la Función Judicial.

El Art. 1 del Código Orgánico de la Función Judicial indica que la función judicial es: "*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial*."[37]

La administración de justicia, de acuerdo a esta disposición, es una facultad que surge del pueblo, y es otorgada a la Función Judicial, con esto se determina una independencia de administrar justicia a dicha Función. La independencia es así uno de los postulados del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, establecido no tanto en beneficio de los jueces cuanto de los justiciables, a los que se trata de garantizar que la función jurisdiccional para la tutela de los derechos se ejercitará sólo con sujeción a la ley. Se garantiza la independencia del Juez a través de su sometimiento exclusivo a la ley porque constitucionalmente se le encomienda la facultad de tutelar a través del mismo Código Orgánico de la Función Judicial, al que todos, particulares y poderes públicos, están sometidos, y en la medida que la Constitución reconoce los derechos fundamentales, a los que se atribuye el rango de valores superiores del ordenamiento jurídico, por lo que se ha podido decir con razón que, en la independencia de los tribunales radica el sólido baluarte de la verdadera libertad.

El Art. 118 del Código Orgánico de la Función Judicial trata de la sanción a la abogada o abogado: "*Si la resolución expedida por el Pleno o el Director Provincial, ratificare la inocencia del servidor y se calificare la queja o denuncia como maliciosa o temeraria, se impondrá a la abogada o al abogado patrocinador una multa de uno a tres salarios unificados del trabajador en general*."[38]

Esta es una sanción exclusiva a los abogados patrocinadores, del resultado de que en una queja dirigida al Consejo de la Judicatura, sobre las actuaciones de los

[37] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: 2011, Corporación de estudios y Publicaciones, Art. 1
[38] IBÍDEM: Art. 118

servidores de la función judicial, se impone una sanción por la malicia o temeridad de dicha denuncia, pero hay que ver que el Consejo de la Judicatura es un ente netamente administrativo, que resuelve de las actuaciones de los judiciales, más no debe resolver las acciones de los abogados, y si se presume la malicia o temeridad, no es el órgano adecuado de imponer sanciones, ya que estas acciones deben resolverse por la vía judicial, pues en una queja o denuncia se resuelve sobre estas acciones, más no que su resultado conlleve a imponer las sanciones a los abogados, porque no es un ende judicial, que administra justicia, potestad que la tienen los jueces y tribunales de la República.

El Art. 131 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa las facultades correctivas de las juezas y jueces, en los siguientes términos: "*A fin de observar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, las juezas y jueces deben:*

2. Expulsar de las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atenten contra su legal evolución. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieren sido aplicables de no haber asistido a la actuación. Estas medidas se aplicarán sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar si el hecho constituyera contravención o delito;

4. Solicitar a la dirección regional respectiva del Consejo de la Judicatura que sancione a las abogadas y a los abogados que incurrieren en las inconductas descritas en este Código. A este efecto, acompañarán informe razonado;"[39]

Esta disposición indica como facultades correctivas de las juezas y jueces, su protección en la toma de decisiones, como las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atenten contra su legal evolución, conforme a las señaladas en el numeral 2 de la disposición anterior, pretendiendo sancionar a los abogados que incurran en conductas contrarias a las prescritas en el Código Orgánico de la Función Judicial, señaladas en su numeral 4 del artículo anteriormente descrito. Con lo cual se dirige a la imparcialidad, que es una garantía que otorga la función jurisdiccional al derecho de defensa de las personas y es una sumatoria del factor neutralidad, pues no es parte en el litigio en que actúa, éste es de otros al que es

[39] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: Art. 131

llamada a resolverlo como tercero. También se integra con el desinterés, pues cuando se afirma que no es parte se debe agregar interesada. Es extraño a los sujetos y al contenido del conflicto y no debe causarle beneficio ni daño si el mismo se resuelve a favor de uno u otro. Y, finalmente, el juez no debe haber conocido en forma previa el asunto. De esta forma, la imparcialidad del juez pasa a ser una garantía del derecho fundamental de defensa.

Tomando en cuenta este análisis, expulsar de las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atente contra su legal evolución, y es evidente que en un Estado Constitucional, como el que prima en el Ecuador, las facultades omnímodas de carácter subjetivo se le pretende otorgar a los jueces son sustitutivas por grados de constitucionalización, en el que no existe espacios para este tipo de prerrogativas. Cuando se indica en el numeral 4 del Art. 131 del Código Orgánico de la Función Judicial, que sea la Dirección Regional de la Judicatura la que sancione a las abogadas y abogados en libre ejercicio profesional, conlleva a ser dependientes de este organismo, lo cual no es así porque los abogados no pertenecemos al Consejo de la Judicatura, somos independientes e imparciales en el ejercicio de nuestra profesión al servicio de la justicia.

El Art. 148 del Código Orgánico de la Función Judicial trata de los daños y prejuicios, señalando: "*Cuando la mala fe o la temeridad resulten plenamente acreditadas, la parte será condenada, además, al pago de los daños y perjuicios. Si existe prueba de los daños y perjuicios sufridos, se fijará el monto de la indemnización en la misma sentencia, de lo contrario se tramitará como incidente.*

La parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios podrá repetir contra su defensora o defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena."[40]

Con la norma señalada, la persona que ha sido condenada al pago de daños y perjuicios, tendrá derecho a repetición, pues es contrario a lo que señala la Constitución. Pues el abogado es el patrocinador de una persona en un juicio, y no cabe el derecho de repetición, porque el profesional no es parte del proceso, sino tan solo es la persona que defiende los derechos de sus clientes, por el hecho o culpa haya merecido la condena del pago de daños y perjuicios por la mala fe o

[40] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 148

temeridad que resulten plenamente acreditables, pues tan solo ejerce su función al servicio de la justicia y para este objeto es colaborador con los jueces y tribunales.

El Art. 323 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa la abogacía como función social: "*La abogacía es una función social al servicio de la justicia y del derecho.*

Es garantía fundamental de toda persona ser patrocinada por un abogado de su libre elección."[41]

La abogacía es un servicio profesional en función social, o sea es un servicio que se realiza a la sociedad, guiándose a lo determinado y regulado por el derecho. Si una persona se cree ofendido dentro del derecho, éste puede acudir a un abogado para que lo patrocine y lo defienda cual en derecho lo requiera, siendo una facultad de la persona de acudir a un profesional que crea conveniente y a su elección para que lo represente en un determinado ámbito del derecho.

El Art. 324 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial indica los requisitos para el patrocinio manifestando: "*Para patrocinar se requiere:*

3. Formar parte del Foro mediante su incorporación al registro que, al efecto, mantendrá el Consejo de la Judicatura, a través de las direcciones regionales."[42]

Uno de los requisitos para patrocinar a una persona, es que el abogado se inscriba al foro, que en el Registro correspondiente consta en el Consejo de la Judicatura, a través de las direcciones regionales en sus respectivas jurisdicciones, con lo cual se menoscaba al Colegio de Abogados, y conlleva a disociar a este gremio profesional, sin que exista los fundamentos legales, para que los abogados sean partes de un foro perteneciente a un órgano administrativo dentro de la administración de justicia como es el Consejo de la judicatura, esto es inapropiado a los derechos de asociación que tenemos los gremio en defensa de los intereses de sus socios, con lo cual en adelante no va a existir el organismo adecuado para la defensa de los derechos que se crean ofendido los abogados en el ejercicio de su función. Es así

[41] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 323
[42] IBÍDEM, Art. 324

que formar parte del foro en el Consejo de la Judicatura, viola el derecho de asociación que tenemos las personas garantizadas en la Constitución.

El Art. 325 del Código Orgánico de la Función Judicial, expresa la incorporación al foro: "*Las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura llevarán un libro, en el que se inscribirán por orden cronológico los nombres de todos las abogadas y 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. Al efecto, las direcciones regionales enviarán, mensualmente, un informe con la nómina de los abogados que se hayan incorporado al Foro en los respectivos distritos judiciales al Consejo de la Judicatura. El Consejo de la Judicatura enviará mensualmente a todas las judicaturas del país una copia de la lista actualizada de abogados incorporados al Foro.*

Las facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de las universidades legalmente establecidas en el país remitirán al Consejo de la Judicatura y a las direcciones regionales la nómina de los profesionales, graduados, dentro de los ocho días de que lo hayan hecho. A su vez, las direcciones regionales remitirán esta información a las cortes, tribunales y juzgados, cuyos titulares se regirán por esta nómina para autorizar el acceso a los abogados legalmente inscritos a la revisión de los expedientes y al patrocinio en las causas."[43]

Se otorgan a las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura llevar un libro, de los profesionales del derecho que deben inscribirse al Foro constante a este organismo, esto es inconstitucional porque los profesionales deben estar dentro de un gremio y no constar en un organismo del Estado, porque no son parte de dicha institución, y además solo a los abogados se exige formar parte a este foro, y no existen otros profesionales que deban inscribirse a un foro para ejercer su profesión como sucede con los ingenieros, arquitectos, o médicos, ellos tienen sus gremios y son representados por ellos, y además ello tienen un tipo de función social, porque su profesión beneficia a la colectividad.

El Art. 326 del Código Orgánico de la Función Judicial, trata de la matrícula profesional cuando expresa: "*El número de la inscripción en el libro respectivo, será*

[43] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 325

el de la matrícula profesional, que incorporado a un carné servirá como acreditante ante los órganos jurisdiccionales y demás organismos del sector público y privado, de la calidad profesional de abogada o abogado.

La elaboración y entrega del carné estará a cargo de las direcciones regionales del Consejo de la Judicatura.

En ningún caso se entregará este carné sin la acreditación de haber concluido el año de práctica pre profesional a la que se refieren los siguientes artículos. El incumplimiento de esta disposición por parte del servidor respectivo constituirá falta susceptible de destitución."[44]

De acuerdo como se inscriba en el foro constante en el número de inscripción en el libro respectivo, será el número de matrícula profesional. Con esto se debería preguntar ¿a caso a los médicos se les impone la obligación de inscribirse en el Ministerio de Salud y en las Direcciones Provinciales de Salud de sus respectivas circunscripciones territoriales, o como requisito esencial para poder ejercer su constitucional derecho a tener una fuente de trabajo que le permita garantizar una vida digna no solo para el profesional sino para la familia que de éste depende?

La respuesta es por elemental lógica, negativa, puesto que los mismos colegios siguen expidiendo sus correspondientes credenciales y además siguen cumpliendo sus fines eminentemente sociales.

El Art. 327 del Código Orgánico de la Función Judicial, indica la intervención de los abogados en el patrocinio de las causas cuando prescribe: "*En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Quienes se hallen en incapacidad económica para contratar los servicios de un abogado tendrán derecho a ser patrocinado por los defensores públicos.*

[44] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: Art. 326

En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un abogado incorporado al Foro, excepto en el caso de la tramitación de procesos relativos a garantías jurisdiccionales y las causas que conozcan las juezas y jueces de paz.

Cuando un abogado se presente por primera vez en un proceso patrocinando a una de las partes, el actuario verificará que se le presente el original del carné de inscripción en la matrícula, debiendo incorporar al proceso una copia del mismo."[45]

Como podemos apreciar, las facultades de los Colegios de Abogados se ven menoscabadas mediante una norma legal que vulnera el principio constitucional de libertad de asociación.

En este caso se pretende obligar a los profesionales del derecho a asociarse a un ente ajeno a sus actividades como el Consejo de la Judicatura, que ahora representa el foro, bajo la amenaza de no poder trabajar

El Art. 328 numerales 1, 5 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial indica la incompatibilidad para patrocinar "*No podrán patrocinar por razones de función:*
1. La Presidenta o el Presidente de la República o quien haga sus veces, la Vicepresidenta o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, los Ministros de Estado, el Secretario General de la Administración, el Procurador General del Estado, el Contralor General del Estado, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo, los Superintendentes, los funcionarios y empleados de los Ministerios del Estado, de los Organismos de Control y más dependencias y entidades del sector público; a excepción de la intervención en las controversias judiciales en razón del cargo o defendiendo intereses de la institución a la cual pertenecen;
5. Los restantes servidores judiciales, a excepción en las controversias judiciales defendiendo intereses de la institución a la cual pertenecen;
6. Los gobernadores, prefectos, alcaldes, y los funcionarios y empleados del régimen seccional y autónomo, los miembros de la Policía Nacional en servicio activo, a excepción en las controversias judiciales defendiendo intereses de la institución a la cual pertenecen; y,

[45] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 327

Todo esto sin perjuicio de que estos funcionarios puedan ejercer su propia defensa o representación judicial."[46]

Al señalarse que los funcionarios y empleados de los Ministerios de Estado, de los Organismos de Control y demás dependencias y entidades del sector público, están imposibilitados de ejercer su función, contienen una disposición atentatoria a los presuntos determinados de que todas las personas somos iguales y gozamos de los mismos derechos, deberes y oportunidades, pues cabe resaltar que dichas prohibiciones no rigen para los médicos, arquitectos, ingenieros, economistas y otros profesionales que trabajando en el sector público ejercen también su profesión, obviamente después de sus horas laborales como tales, lo que evidencia además un trato discriminatorio para los abogados y abogadas.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 16 establece como principio rector de dedicación exclusiva: "El ejercicio de cualquier servicio permanente o de período en la Función Judicial, remunerado presupuestariamente o por derechos fijados por las leyes, es incompatible con el desempeño libre de la profesión de abogado o de otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria, que la podrán ejercer únicamente fuera de horario de trabajo. Las labores de dirección o administración en las universidades y otros centros de docencia superior, está prohibida por no constituir ejercicio de la docencia universitaria. Tampoco se podrá desempeñar varios cargos titulares en la Función Judicial. Todo encargo será temporal, salvo los casos determinados por la Constitución y la ley."[47]

Los profesionales del derecho por disposición del Art. 16 del Código Orgánico de la Función Judicial, declara incompatible el ejercicio de la profesión, con el ejercicio de un cargo público, están impedidos de ejercer su profesión de abogado, en franca discriminación con los que si pueden ejercer su profesión, tal es el caso de los médicos, odontólogos, enfermeras, tecnólogos, médicos, obstetrices y psicólogos clínicos, como lo señala la Ley Orgánica del servicio Público, a quienes se les quita su derecho a trabajar menos horas, pero no se les impide ejercer su derecho

[46] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 328
[47] IBÍDEM, Art. 16

El Art. 329 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa como impedimento para ejercer la abogacía: "*Además, no pueden ejercer la abogacía:*
1. Los que han sido suspendidos en el ejercicio de la abogacía por el Consejo de la Judicatura, por el tiempo de la suspensión;"[48]

El derecho disciplinario corporativo, sobre el que nos extenderemos oportunamente, es suprimido, por una norma secundaria, carente de fundamento, que equivocadamente es entendida como de mayor validez que la obligación del Estado, nacida de un mandato constitucional, de garantizar la libertad de ejercer una actividad absolutamente lícita para que los ciudadanos podamos acceder a una vida digna.

El Art. 330 del Código Orgánico de la Función Judicial se expone los deberes del abogado en el patrocinio de las causas, señalando: "*Son deberes del abogado en el patrocinio de una causa:*
1. Actuar al servicio de la justicia y para este objeto colaborar con los jueces y tribunales;
2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe;
3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Conducta en el Ejercicio Profesional que será dictado por el Consejo de la Judicatura;
4. Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los tribunales y jueces, así como para que guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso;
5. Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su patrocinado;
6. Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso en que intervenga, aún no resuelto;
7. Consignar en todos los escritos que presentan en un proceso, su nombre, de caracteres legibles, y el número de su matrícula en el Foro, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se aceptará el escrito;
8. Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía;
9. Proceder con arreglo a las leyes y con el respeto debido a las autoridades judiciales; y,

[48] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 329

10. Las demás que determine la ley."[49]

El numeral 1, de esta oración es un pleonasmo. Es redundante, puesto que históricamente la abogacía ha estado al servicio de la justicia y ha constituido un pilar para el accionar de jueces y tribunales.

El numeral 2 habría que recordar a la parte demandada que si un profesional del Derecho no actúa en base a estos postulados, que filosóficamente hablando tampoco constituyen principios, sencillamente pierde prestigio y si esto ocurre su demanda profesional es mermada

El numeral 3 indica defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y normas del código de conducta, con esto ¿cuál es el fundamento para que el Consejo de la Judicatura imponga a los abogados en libre ejercicio su propio Código de Ética? Necesitamos conocer desde cuándo este tipo de convenciones son impuestas a los seres humanos como si se tratara de Acuerdos de Postguerra en el que, los vencedores sometían a los vencidos violando las normas elementales de convivencia pacífica.

No se ha tomado en consideración la norma contenida en la letra 1) del Art. 7 de la Ley de Federación de Abogados, que señala claramente que entre las competencias de la Asamblea Nacional de Abogados del país, se encuentra la de "Expedir y reformar el Código de ética Profesional". Esta disposición no ha sido ni reformada ni derogada por el Código Orgánico de la Función judicial, porque se entiende que no fue analizada por sus autores.

La parte accionada tampoco ha examinado uno de los aspectos esenciales sobre los que rige toda asociación o gremio, como lo concerniente a la trascendencia de los respectivos estatutos sociales, que constituyen su normativa interna primigenia, siempre y cuando sus postulados no contraríen la Constitución ni menoscaben derechos fundamentales, lo que no es el caso. La redacción de los estatutos sociales son el conjunto de acuerdos o convenciones que los propios socios se dan para el funcionamiento de la asociación, dentro de la mayor o menor libertad que cada una de la normas que rigen los distintos tipos de sociedad concede.

[49] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 330

Un Código de Ética, es el que rige para las abogadas y abogados, es el resultado de un consenso en el que participan los socios de una determinada agrupación y únicamente se valida con la aprobación mayoritaria de los miembros de la misma.

El numeral 4, indica instruir y exhortar a los clientes para que acaten las indicaciones de los tribunales, así como para que guarden el respeto debido a los mismos, mediante este precepto se reputa culpable al abogado por cualquier expresión que un ciudadano esgrima en contra de un funcionario judicial, con lo que se ignora que cada ser humano es responsable de sus propios actos.

El numeral 5, indica las obligaciones asumidas por su patrocinado y el 6 expresa abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso de intervenga, pues no se puede opinar de un caso en particular porque es objeto de sanción por el Consejo de la Judicatura.

El Art. 331 numerales 1, 7, 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, expresa los derechos de los abogados en el patrocinio de las causas: "*Son derechos del abogado que patrocina en causa:*
1. Sostener por escrito y de palabra los derechos de sus defendidos ante tribunales y juzgados;
7. Ser atendido personalmente por los titulares de la judicatura, cuando así lo requiera el ejercicio de su patrocinio, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por este Código y los reglamentos, y
8. Recibir de toda autoridad y servidor judicial el trato que corresponde a su función."[50]

Iniciamos el análisis advirtiendo inmediatamente la contradicción manifiesta entre esta norma y las que se encuentran contenidas en los numerales 7 y 8 del mismo artículo. En primera instancia se reconoce, como no podía ser de otra manera, que los abogados podrán ejercer la defensa de sus clientes, ya sea mediante escritos así como en forma verbal

[50] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 331

Se determina que las abogadas y abogados tendrán derecho a ser atendidos por los titulares de la judicatura, lo cual es un elemento indispensable para agilizar el despacho de los procesos, sin embargo esta es una facultad que encierra un buen elaborado mecanismo para menoscabarla, pues inmediatamente se agrega a este derecho sólo procederá "previo el cumplimento de los requisitos establecidos por este Código..." ¿Cuáles son esos requisitos? Pedir por escrito a los administradores de justicia que se dignen recibir al profesional del derecho y además que se notifique y que se cuente con el consentimiento de la otra parte, como ya lo desglosaremos en líneas posteriores.

El numeral 8 expresa el trato que corresponde a su función ¿A qué trato se refiere esta norma, si lo que se consagra mediante la disposición que la antecede es simple y sencillamente que no exista el más mínimo contacto entre los protagonistas de cada proceso legal?, todo lo que resulta inadmisible, puesto que coarta el derecho constitucional a la libertad de trabajo y a la aplicación de un sistema judicial eficaz y oportuno. Se deja así mismo en total indefensión a la parte más vulnerable dentro de una contienda legal.

El Art. 334 del Código Orgánico de la Función Judicial trata de los estudios jurídicos colectivos: "*Los abogados que integran estudios jurídicos colectivos pueden sustituirse indistintamente en el patrocinio de los asuntos a su cargo y se representan, unos a otros, ante las cortes, tribunales y juzgados correspondientes.*

La conformación de un estudio jurídico colectivo será puesta en conocimiento del Consejo de la Judicatura, acompañando la nómina de los integrantes, con señalamiento de la fecha de su incorporación al Foro y el número de matrícula respectiva. El Consejo de la Judicatura, a través de la Direcciones Regionales pondrá en conocimiento de tribunales y juzgados esta nómina.

La omisión del deber de comunicación a que se refiere esta norma impedirá a los abogados asociados en estudios jurídicos colectivos ejercer la profesión bajo esta modalidad.

Los abogados del estudio jurídico colectivo que hayan patrocinado indistintamente una causa, serán solidariamente responsables el caso de condena en costas procesales."[51]

¿Cuál es el fundamento jurídico, filosófico o axiológico para esta disposición?

No existen argumentos para implementar normas propias de paradigmas jurídicos arcaicos.

El Art. 335 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial indica las prohibiciones a los abogados en el patrocinio de las causas: "*Es prohibido a los abogados en el patrocinio de las causas:*

8. Reunirse 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 desea;"[52]

De las causas que patrocinan. La realidad social en un país como el nuestro en el que los procesos se acumulan en forma dramática, diariamente, es que la única arma efectiva que tienen los abogados en libre ejercicio para lograr el despacho de las causas que patrocinan, es visitar permanentemente al juez y de esta forma lograr que éstos ordenen a los actuarios y auxiliares a que se agilite el procedimiento.

Esta norma es la que complementa la inconstitucionalidad contenida en el número 7 del Art. 331, siendo, por consiguiente, ambas, vulneradoras del principio constitucional universal de la libertad de trabajo honrado como requisito fundamental para acceder a una vida digna. Se coarta el derecho elemental a ejercer la protección de los abogados, puesto que de aplicarse esta disposición se sentaría él más nefasto precedente para la aplicación de las garantías fundamentales de determinado grupo social, sin que exista el más remoto argumento para su procedibilidad.

[51] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 334
[52] IBIDEM, Art. 335 núm. 8

El Art. 336 del Código Orgánico de la Función Judicial, expresa como sanciones: "*Sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a los jueces por este Código, las sanciones que pueden imponerse a las abogadas y los abogados a que se refieren los artículos anteriores, serán impuestas por las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura.*"[53]

Es absolutamente errado que un ente, cualquiera que sea su naturaleza y sus fines, sea facultado para sancionar a ciudadanos ajenos a su control. Más aún, en el marco del moderno constitucionalismo, esto constituye una total inobservancia a los principios rectores del debido proceso. ¿Acaso nuestra Constitución permite la creación de tribunales de excepción para juzgar y sancionar a sus ciudadanos?

El Art. 337 numeral 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, indica como suspensión del ejercicio profesional: "*Serán suspendidos en el ejercicio de su profesión las abogadas y los abogados:*

5. El procedimiento reiterado de injuria por parte de la defensora o defensor."[54]

Nadie se opone que los abogados y abogadas que incurran en infracciones en el ejercicio de su profesión sean sancionados. Pero para ello existe un marco legal al que los propios profesionales del derecho siempre nos hemos sometido voluntariamente. Existe todo un conjunto de normas que determinan en qué casos procede una sanción, qué tipo de sanción y cuál es el procedimiento que debe seguir para imponer una multa, un llamado de atención, la suspensión del ejercicio y hasta la expulsión del gremio

El Art. 338 del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesta el trámite de la suspensión del ejercicio profesional: "*La dirección regional respectiva del Consejo de la Judicatura, previa sustanciación de un expediente en el que se asegurará el derecho a la defensa del abogado, resolverá la suspensión de su ejercicio profesional, por mayoría absoluta de votos presentes.*
La suspensión no podrá ser inferior a un mes ni mayor a seis meses, atendiendo a la gravedad de la falta.

[53] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 336
[54] IBÍDEM, Art. 337 núm. 5

Contra esta resolución cabe deducir recurso ante el Pleno del Consejo de la Judicatura.
La resolución de suspensión será anotada en el libro del Foro a cargo de la dirección regional respectiva, así como el levantamiento de la medida por el cumplimiento del tiempo por el que fue dictada.
Podrán solicitar la suspensión del ejercicio profesional de un abogado la Fiscalía General del Estado, la Defensoría Pública, las juezas y jueces, las conjuezas y los conjueces y cualquier persona que demuestre interés legítimo."[55]

2.2. Violación de normas internacionales por las sanciones de los abogados en el ejercicio de su patrocinio.

El Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe: "*Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor*."[56]

Además la asistencia del abogado debe ser eficaz, lo cual significa que no puede practicarse ningún acto procesal de la instrucción en que el imputado deba intervenir personalmente, como tampoco ninguno de los actos o diligencias definitivos e irreproducibles, si el abogado defensor no fue notificado previamente y asiste personalmente. La única excepción estaría dada para el caso en que el propio imputado consienta que esos actos se realicen en ausencia de su defensor particular u oficial, pero esta renuncia no puede presumirse ni inferirse implícitamente por su silencio sino que debe ser libre, voluntaria, expresa y documentada fehacientemente.

Con las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, se desconoce Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobado en La Habana en el VIII Congreso de la Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento

[55] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 338
[56] CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, organización de Estados Americanos, http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html

del delincuente, formulados para ayudar a los Estados miembros, en su tarea de promover y garantizar la Función adecuada de los abogado, los que según el texto del propio tratado "deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales, y deben señalarse a la atención de los juristas así como de otras personas como los jueces, fiscales, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se aplicarán también, a las personas que ejerzan las funciones de la abogacía sin tener la categoría oficial de abogados"[57]

Es decir que el ejercicio de la profesión debe ser una práctica con respecto a su trabajo, en la profesión particular y la labor que cumplen en la función pública, como entes de la función judicial o como servidores públicos en sus diferentes entidades del Estado, y que el Estado debe promover y garantizar la función adecuada de los abogados.

El Art. 16 de este acuerdo internacional señala: "Los gobiernos garantizaran que los abogados: a) pueden desempeñar todas las funciones profesionales sin intimidación, obstáculos, acosos o interferencia indebidas; b) pueden viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión"[58]

Los abogados tienen la garantía de ejercer su profesión sin restricción alguna a su labor misma, que en fin deben respetarse su labor en su ética profesional, pues las sanciones de daños y perjuicios que pueden seguir sus clientes en el ejercicio de su profesión, existe una interferencia indebida porque el abogado defiende a su cliente, pues si se pierde un juicio, la culpa no puede ser del abogado, ya que se presentan un sinnúmero de circunstancias por las que una caso de pierda, por lo que los aspectos relacionados con sanciones a los abogados en su libre ejercicio profesional por parte del Consejo de la Judicatura va en contra de los acuerdos internacionales aprobados por el Ecuador.

[57] PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ABOGADOS http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3086/11.pdf
[58] IBIDEM

2.3. Derechos constitucionales violados por las sanciones impuestas a los abogados en el ejercicio de su profesión por actos de sus patrocinados.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 1 prevé que "*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada*."[59]

La Constitución trae una nueva estructura sobre la base de derechos y justicia, en la cual fija los límites del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales; e imponen los deberes esenciales que el poder público debe cumplir en beneficio de la comunidad. En otra forma de expresión: determinan las obligaciones que el Estado asume de no hacer y las de hacer.

El Art. 3 numeral 1 de nuestra Constitución de la República del Ecuador dispone "*Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes*."[60] En esta disposición se indica, que el Estado ecuatoriano garantiza el goce pleno de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales legalmente ratificados por nuestro país, hay que tomar en cuenta que el Estado está conformado por cinco funciones: Ejecutiva; Legislativa; Judicial; Electoral; y, de Transparencia y Control Social.

El Art. 3 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador indica: "*Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:*
8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción"[61]

La garantía del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción, considero que se fundamenta sobre el papel de la ética y los valores, del modelo de

[59] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 1
[60] IBÍDEM, Art. 3. Núm. 1
[61] IBÍDEM, Art. 3 núm. 8

Estado de Bienestar para un país como el nuestro, el estilo de crecimiento incluyente, democrático, equitativo y sostenible, el nivel de participación en la toma de decisiones, y sobre lo que se entiende por cambio y modernización de la Administración Pública.

La Administración Pública debe ser un instrumento más para minimizar los riesgos de la corrupción; y ello implica optar por diferentes formas de entender que es el riesgo y sobre todo como hacerle frente.

Cuando el Art. 10 de la norma constitucional declara que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, se direcciona los derechos a través de principios que permitirán operar al Estado en ejercicio de su función básica, combatir la pobreza y promover mejor calidad de vida de toda la población.

Cuando el Estado está operando los servicios, utilizando sus recursos y dando ejecución a los medios de activar los servicios, sea directamente o por delegatarios o concesionarios, puede directamente o a través de sus agentes o servidores producir efectos dañosos o gravosos sobre los ciudadanos, que violan derechos fundamentales y además causan perjuicios que deben ser reparados por quien los provocó.

Que un profesional no pueda trabajar en ciertos trabajo por su incompatibilidad por el ejercicio de su función, viola el principio de igualdad consagrado en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador: "*Todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades... El Estado adoptará las medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentran en situaciones de desigualdad*"[62]

Con este principio no hay diferencia en la legislación entre ciudadanos a partir de las condiciones sociales, pues bien una ley puede ser inconstitucional si distingue entre las personas por otro criterio de discriminación, por el hecho de ser profesional del derecho regidas por las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, no

[62] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 11 núm. 2

puedan ejercer otra actividad que no sea de docente universitario, siendo esto un hecho condicional implícito, ya que el legislador debe tratar del mismo modo los casos sustancialmente iguales.

Debe regularse en el Código Orgánico de la Función Judicial, que no pueden ejercer la abogacía para ciertos actos, no en todos, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita, pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra el Estado, o alguna institución afines, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados que deban adelantar en el ejercicio de sus funciones

En cuanto a la aplicación de los derechos el Art. 11 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone lo siguiente: "*Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*"[63]

Esta disposición ratifica y dispone la aplicación inmediata de todos los derechos y garantías expuestas en los tratados y convenios sobre los derechos humanos, además ordena que todo funcionario público, juez o tribunal deben aplicar lo determinado en estos instrumentos internacionales. Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los tratados y convenios vigentes, son de aplicación inmediata. Por lo tanto es necesario revisar lo que dice la Constitución en cuanto a este tema.

El Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, indica "*El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.*"[64]

El derecho del ejercicio del principio de repetición, conlleva que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en el ejercicio de una

[63] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 11 núm. 3
[64] IBÍDEM, Art. 11 núm. 9

potestad pública, están obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta de eficiencia en la potestad de los servicios públicos o por acciones u omisiones de sus funcionarios en el desempeños de sus cargos. El Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El derecho de repetición permite un mandato obligatorio por el uso del término "ejercerá", y no facultativo como lo podríamos encontrar en la expresión "podrá ejercer", por otra parte constituye además una exigencia de agilidad al determinar que se deberá ejercer de forma inmediata. El derecho de repetición permite, al Estado ecuatoriano, resarcirse los daños o erogaciones económicas que por desconocimiento, o mala aplicación de la ley de los servidores públicos a favor del Estado a una forma de derecho u obligación de jerarquía constitucional.

Se debe considerar por otra parte que si para la renuncia a ejercer el Derecho de Repetición legal de los particulares, encontramos como reforzamiento de su naturaleza dispositiva la norma civil que admite su renuncia, esa misma disposición ha de servir como fundamento incontrovertible de la imposibilidad de disponer o renunciar en el caso del Derecho de Repetición del Estado.

Hemos de reparar en que la renuncia de derechos es admisible cuando con ella solo se afecta el interés particular del renunciante y siempre que dicha renuncia no esté prohibida, así por ejemplo es improcedente renunciar al derecho ajeno y del mismo modo es inadmisible renunciar a los derechos del trabajador, en el primer caso porque no se afecta el interés individual sino el de terceros, en el segundo porque dicha renuncia está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

Las personas necesitan de un abogado para defenderse y así la Constitución de la República del Ecuador, señala: "*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*"[65]

[65] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 76 núm. 7

Dijimos antes que la presencia del abogado es necesaria tanto en la fase de investigación policial conducida por el fiscal, como en la fase procesal cuando ya es imputado. La intervención del abogado es una condición para la igualdad procesal de las partes, como derecho fundamental es imprescindible para evitar situaciones de indefensión, «el reconocimiento de este derecho comporta el deber de nombramiento de oficio de abogado, cuando el imputado carezca de medios económicos ya que la situación de indefensión puede originarse cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad, o si se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal; desigualdad real e inaplicación práctica del principio mencionado que puede producirse, cuando se priva de la posibilidad efectiva de la dirección del letrado a quien carece de medios económicos».

Parte del derecho de defensa y de asistencia técnica es el derecho de comunicarse libre y privadamente con su abogado defensor, sin que pueda ser privado de esta prerrogativa bajo pretexto de incomunicación, pues ésta es inconstitucional.

El Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo relacionado a la administración pública establece los principios que se deben regir, indicando que: "*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*"[66]

Esta disposición trata de la participación protagónica como concepto sustitutivo o principal frente a la tradicional participación representativa, estos principios toman impulso frente a la colectividad, y la soberanía del pueblo es rescatada por medio de su participación de los mecanismos de gobierno, las tomas de decisiones públicas.

Para ejercer la potestad administrativa, el sujeto que la tiene atribuida, debe ejercer una actividad para la realización del fin público, a través de un procedimiento administrativo regido por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. A esta actividad servicial a la colectividad es a la que se

[66] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 227

refiere la norma contenida en el artículo 227 de la Constitución. El procedimiento administrativo es así una exigencia constitucional, pues es una auténtica garantía que la actuación de las potestades de las Administraciones públicas: la expropiatoria, la disciplinaria, la sancionatoria, la de imposición, etc. no lesione los derechos fundamentales de los ciudadanos. El procedimiento administrativo tiene como misión garantizar al particular frente al Poder público administrativo, pero también tiene la función de asegurar la concreción del fin público, de esta doble función fluye su enorme trascendencia.

En el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, se encuentran las normas del procedimiento administrativo común para las administraciones públicas central e institucional, así como las que pueden aplicarse supletoriamente a otras administraciones que se rigen por sus propias normas, no enmarcadas dentro de la Función Ejecutiva.

Es clara la existencia de los principios generales del procedimiento. En primer lugar, constituyen una especie del género principios generales del Derecho, es decir, el planteamiento que aquí hacemos parte de la base de que los principios del procedimiento no son más que Principios Generales del Derecho en su proyección procedimental. Para conocer qué son los principios generales de procedimiento, es preciso salvar algunas diferencias que oscurecen su concepto. En muchas ocasiones se toman como tales a verdaderos principios generales del Derecho que, como tales, tienen incidencia, y fuerte sobre la regulación del procedimiento, pero que realmente son de todo el Ordenamiento. No son, por tanto, principios del procedimiento, sino principios comunes cuya plena inteligencia y operatividad no precisa de adaptaciones o formulaciones particularizadas en razón del concreto campo donde hayan de actuar. Tal es el caso de los principios de legalidad, igualdad, interdicción de la arbitrariedad, buena fe, proporcionalidad, tipicidad y culpabilidad, presunción de inocencia. La diferencia radica en que estos principios generales son sustentadores de todo el Ordenamiento jurídico, en su estado más diáfano y abstracto, diferentes a los principios particulares que operan tan sólo en el sector propio del procedimiento, sin que tengan incidencia en el resto del Ordenamiento, tal como el nobis in ídem, gratuidad, valoración de la prueba, etc.

Por otro lado, estos últimos principios que son auténticamente procedimentales no tienen referente en las normas escritas y, sobre todo, en las que regulan el procedimiento administrativo, no obstante lo cual en nada dificultan su reconocimiento y aplicación.

También cabe segregar los principios que no hacen referencia, propiamente, al procedimiento administrativo y sus distintos aspectos: iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, información, documentación, recepción y registro de documentos; más el sistema de recursos, la revisión de oficio, sino los que se refieren, más específicamente a la actividad administrativa, tales como la competencia y todos sus aspectos o, bien son aplicables al régimen jurídico de los actos administrativos como la validez y eficacia de éstos, su conservación, su revocabilidad, etc.

La Constitución precisa algunos de estos principios generales en los que sustenta la Administración Pública el ejercicio de sus potestades y a ellos, por ejemplo, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva somete las actuaciones de los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva, esto es, se comprende los aplicables no sólo al procedimiento, sino también a la organización y a la consecuente actividad administrativa.

El Art. 417 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe: "*Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución*.".[67]

De acuerdo a esta disposición la aplicación de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, tienen que sujetarse a lo establecido en la Constitución, sólo los tratados y otros instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos serán de aplicación directa prevaleciendo siempre los derechos que tiene todo ser humano.

[67] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 417

El Art. 66 numeral 13 de la Constitución de la República del Ecuador expresa "El derecho de asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria."[68]

De acuerdo a este principio, se da la voluntad de que las personas se asocien en sus lugares de trabajo, ya sean en instituciones públicas como privadas. El derecho de los trabajadores a constituir libremente las organizaciones de su propia elección, no puede considerarse existente si no es plenamente reconocido y respetado de hecho y de derecho.

En cuanto a las formas de organización de la producción, en el Art. 319 de la Constitución de la República del Ecuador, se establecen las siguientes formas: "Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional."[69]

El Código del Trabajo en el Art. 400 inciso primero señala: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones."[70]

Si bien las dos disposiciones transcritas garantizan la libertad de organización, se puede ver que la disposición del Código del Trabajo concreta y regula el principio. Y de la forma en que está redactado se desprende que es un derecho, una facultad y no una obligación, a tal punto que la misma disposición legal complementa el principio de la libertad de asociarse, con la facultad de permanecer en las asociaciones de retirarse de las mismas por la propia decisión, por lo mismo no

[68] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 66, núm. 13
[69] IBÍDEM, Art. 319
[70] CÓDIGO DEL TRABAJO, 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 440 inc. 1

valdrán disposiciones estatutarias que por ejemplo, permitan un consentimiento tácito para asociarse o que prohíban retirarse de sus organizaciones.

Esta posición de la Constitución y la del Código del Trabajo frente al derecho de asociación demuestran el profundo respeto a la libertad, al libre albedrío del ser humano y en este caso del trabajador.

Se refieren a la posibilidad que tienen las asociaciones legalmente constituidas para integrarse a organizaciones de primero, segundo y tercer grado: federaciones o confederaciones, y cualquier otra clase de organizaciones clasistas para lo cual podrán afiliarse o desafiliarse de ellas. El principio se desprende del inciso segundo del Art. 440 del Código del Trabajo.

CAPITULO III.

3. INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

3.1. Análisis de las encuestas realizadas a treinta profesionales del derecho.

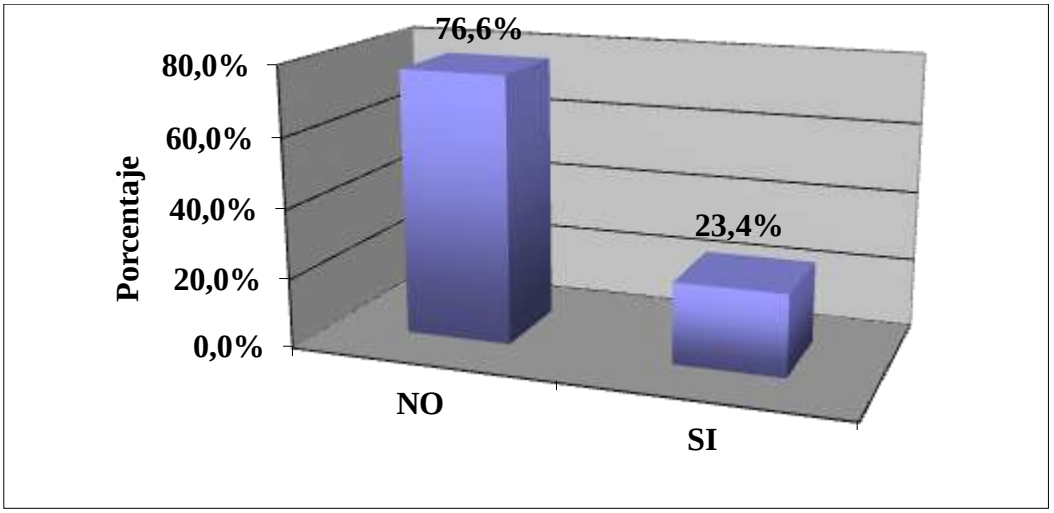
PRIMERA PREGUNTA. ¿Está usted de acuerdo que sea sancionado un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados?

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	23	76.6 %
SI	7	23.4 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN

Sobre la primera interrogante, de un universo de treinta encuestados, veinte y tres que equivale el 76.6% indicaron no estar de acuerdo que sea sancionado un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados, porque el abogado actúa y representa a su cliente creyendo las buena fe de ellos, y porque los abogados se los contrata por cuanto en derecho representan y patrocinan

a su cliente. En cambio siete que corresponde el 23.4% están de acuerdo que sea sancionado un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados, porque deben responder por las actuaciones y asesoría que ellos representan.

ANÁLISIS.

Un abogado no debe ser sancionado por el ejercicio de su función, por las actuaciones de sus patrocinados, porque imponer estas sanciones sin conocer la defensa que patrocinó el abogado es ir en contra a su derecho y libertad de trabajo, ya que si se contratan los servicios de un jurista, es porque se necesita de un profesional del derecho, que asesoren a sus clientes y que los representen en los diversos juicios, pero la mala fe y temeridad de sus actos no las deben asumir los abogados sin previamente conocer como se llevó a cabo el patrocinio de un defensor.

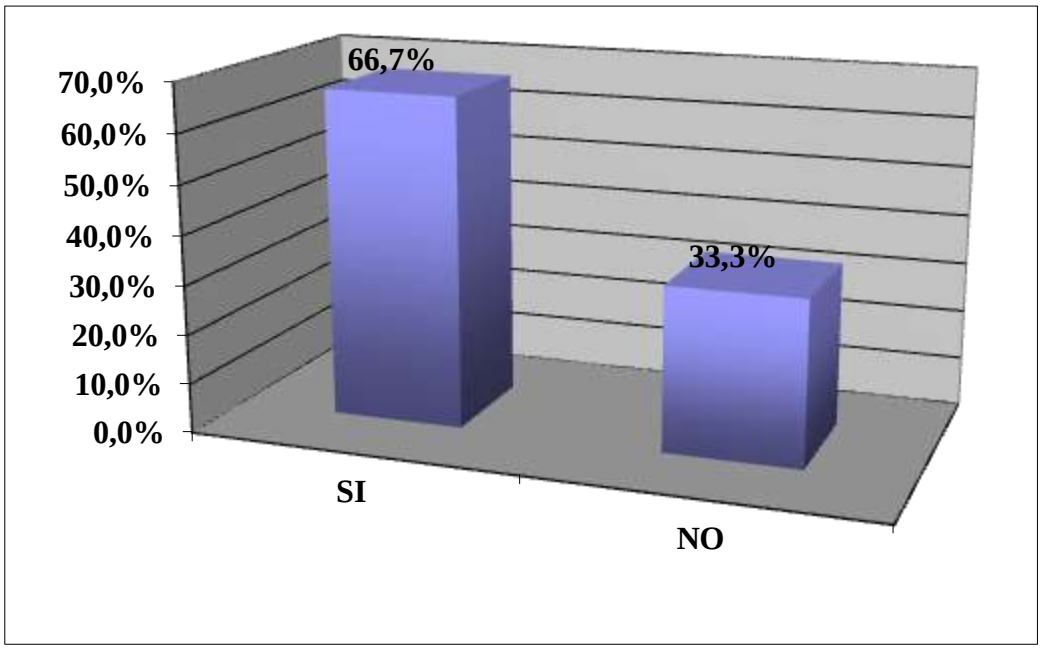
SEGUNDA PREGUNTA. ¿Cree usted que las sanciones que se les impone a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, son inconstitucionales al vulnerar la progresividad de los derechos profesionales?

CUADRO N° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	10	33.3 %
SI	20	66.7 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN.

En esta representación se observa que, diez encuestados que equivale el 33,3% señalaron que las sanciones que se les impone a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, no son inconstitucionales al vulnerar la progresividad de los derechos profesionales. En cambio los veinte encuestados que corresponde el 66,7% opinan que las sanciones que se les impone a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, son inconstitucionales al vulnerar la progresividad de los derechos profesionales.

ANÁLISIS.

Las sanciones que se les impone a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, son inconstitucionales al vulnerar la progresividad de los derechos profesionales, porque los abogados actúan al servicio de la justicia, pero no son parte del sistema de justicia, y por ende no son

servidores de la administración de justicia. Por ello las actuaciones de los abogados deben ser resueltos, ante los jueces correspondientes y no sea el Consejo de la Judicatura que imponga sanciones, por no tener competencia constitucional, porque los abogados en libre ejercicio profesional no son parte de los servidores públicos en la administración de justicia.

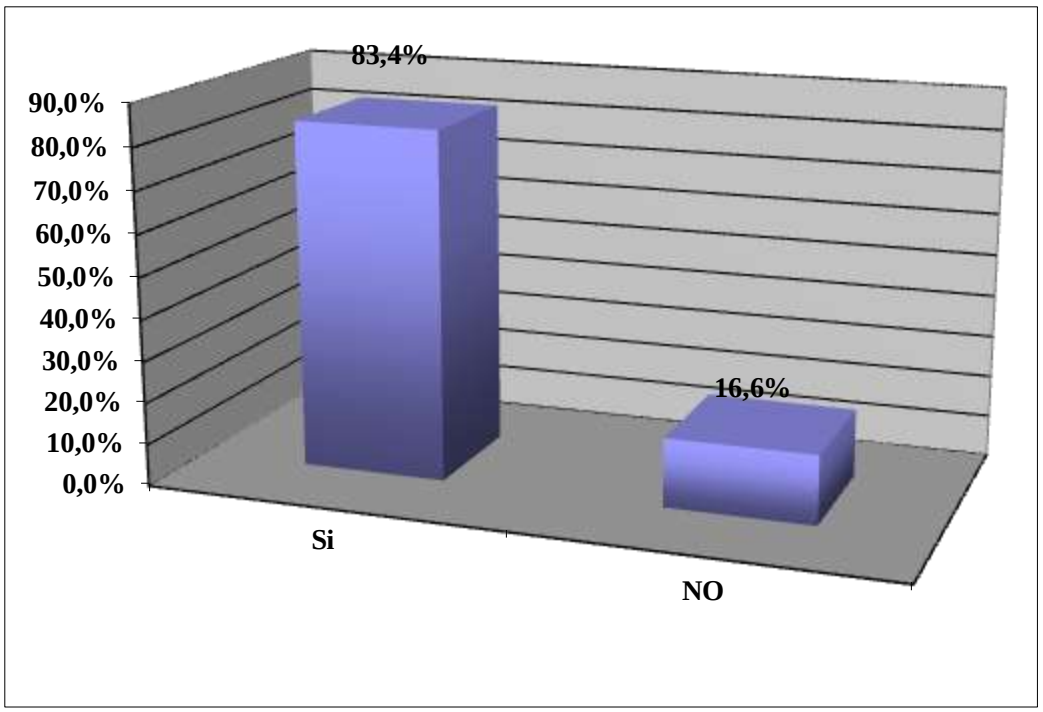
TERCERA PREGUNTA. ¿Cree usted que la sanción a un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados, señaladas por el Consejo de la Judicatura son sanciones subjetivas incompatibles a dicho organismo?

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.6 %
SI	25	83.4 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN.

En cuanto a esta pregunta cinco personas que engloba el 16.6% opinaron no estar de acuerdo que la sanción a un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados, señaladas por el Consejo de la Judicatura son sanciones subjetivas incompatibles a dicho organismo. En cambio veinticinco personas que encierra el 83.4% estimaron que la sanción a un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados, señaladas por el Consejo de la Judicatura son sanciones subjetivas incompatibles a dicho organismo.

ANÁLISIS.

Estoy de acuerdo que la sanción a un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados, señaladas por el Consejo de la Judicatura son sanciones subjetivas incompatibles a dicho organismo. Porque el abogado es el patrocinador de una persona en un juicio, y no cabe el derecho de repetición, porque el profesional no es parte del proceso, sino tan solo es la persona que defiende los derechos de sus clientes, por el hecho o culpa haya merecido la condena del pago de daños y perjuicios por la mala fe o temeridad que resulten plenamente acreditables, pues tan solo ejerce su función al servicio de la justicia y para este objeto es colaborador con los jueces y tribunales.

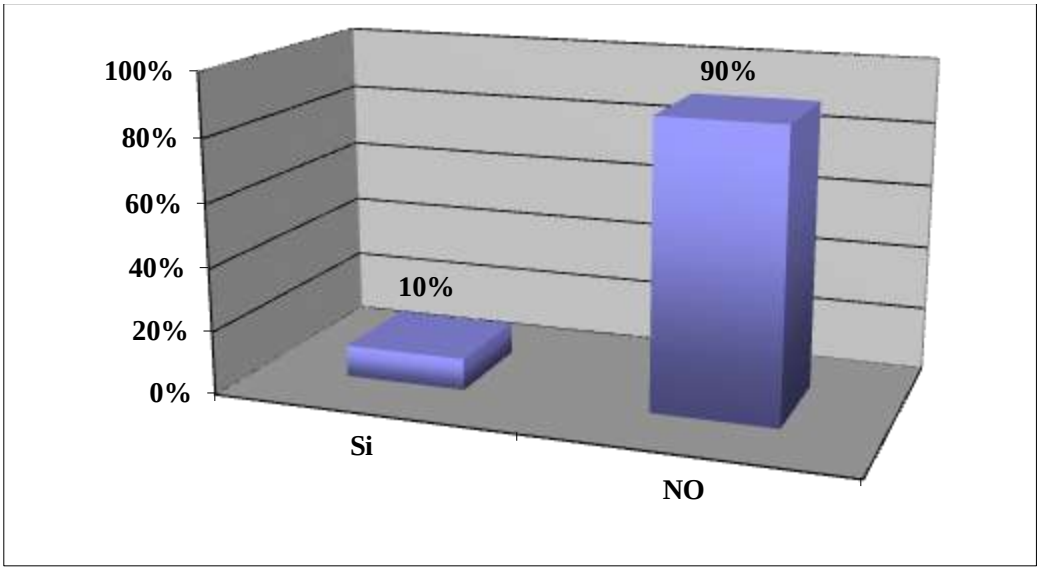
CUARTA PREGUNTA. ¿Cree usted que cabe el derecho de repetición de la parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena?

CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	10 %
NO	27	90 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

GRÁFICO N° 4



INTERPRETACIÓN.

En cuanto a esta pregunta, tres personas que encierra el 10% manifestaron que cabe el derecho de repetición de la parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena. En cambio veintisiete personas que engloba el 90% expresaron que no cabe el derecho de repetición de la parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena.

ANÁLISIS.

No cabe el derecho de repetición de la parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena, por cuanto las sanciones que señala el Código Orgánico de la Función Judicial, va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia. Todo abogado se debe a su cliente, y debe litigar de manera consciente respecto a la responsabilidad social en la que se encuentra, con un actuar crítico y equilibrado al servicio de la paz social, en la que colabora con los juzgados y tribunales dentro del sistema judicial de cada país. Al cumplir con esta tarea, es indudable que ejerza una función social.

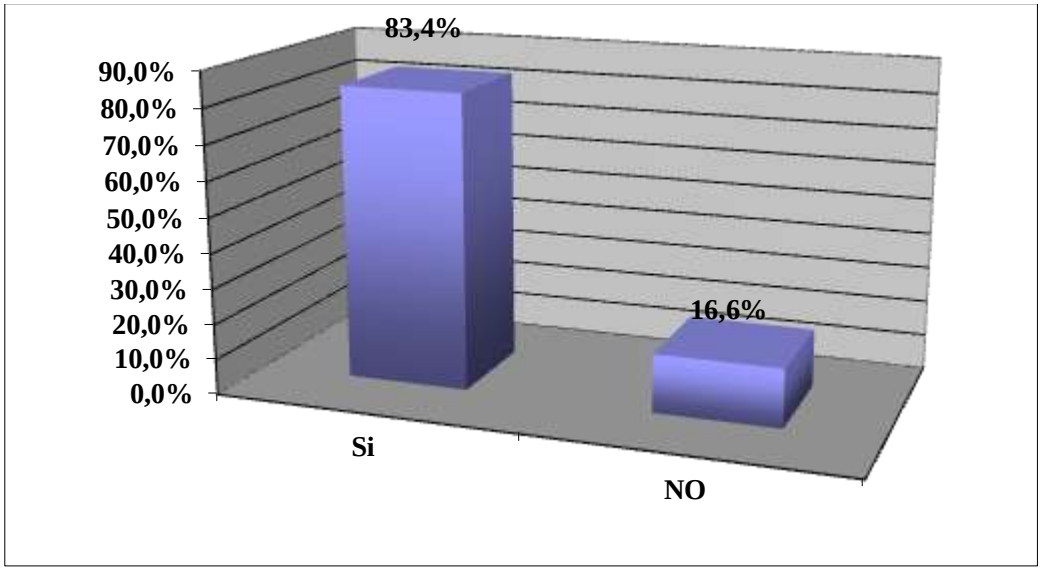
QUINTA PREGUNTA. ¿Consiente usted que las sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia?

CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.6 %
SI	25	83.4 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN.

Esta pregunta veinticinco encuestados que equivale el 83.4% opinaron que las sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia. En cambio cinco personas que corresponde el 16.6% no están de acuerdo que las sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia.

ANÁLISIS.

Las sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia, porque un abogado patrocina y actúa de acuerdo a la buena fe de su cliente, pero si se comprueba su actuación de mala fe en los procesos, son casos excepcionales que deben ser resueltos por los organismos competentes y adecuados para imponer sanciones a profesionales siempre y cuando no se vulneren derechos, que vayan en contra de la independencia e imparcialidad en el ejercicio de su trabajo en el patrocinio de un defensor.

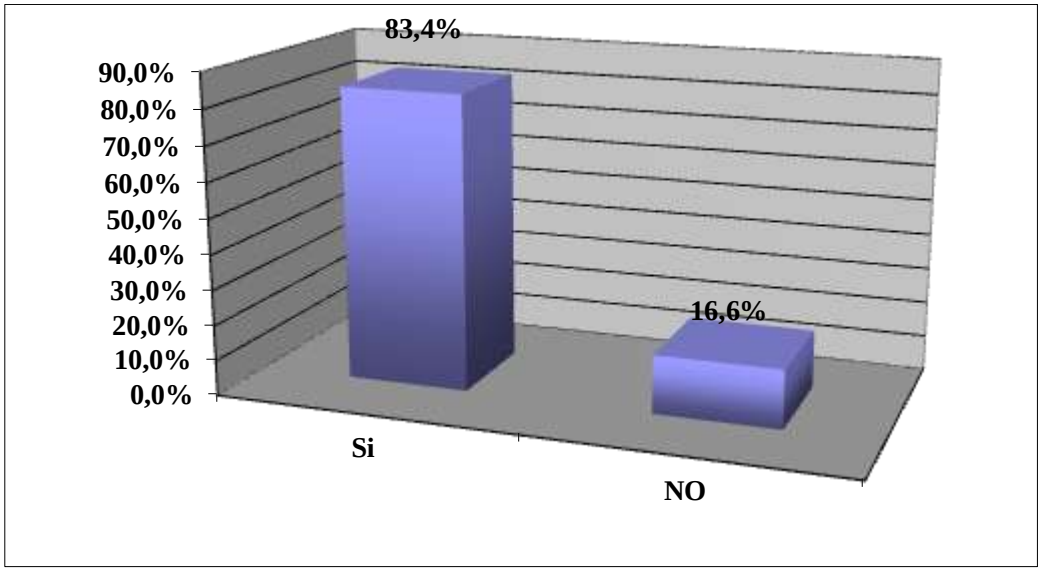
SEXTA PREGUNTA. ¿Debe reformarse el Código Orgánico de la Función Judicial para regular la compatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia?

CUADRO N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.6 %
SI	25	83.4 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

GRÁFICO N° 6



INTERPRETACIÓN.

En la última pregunta veinticinco encuestados que equivale el 83.4% opinaron que debe reformarse el Código Orgánico de la Función Judicial para regular la compatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia. En cambio cinco personas que corresponde el 16.6% no están de acuerdo que reformarse el Código Orgánico de la Función Judicial para regular la compatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia.

ANÁLISIS.

De acuerdo a los resultados obtenidos en la encuesta, puedo indicar que es necesario que se reforme el Código Orgánico de la Función Judicial para regular la compatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia, porque los abogados deben tener libertad de trabajo, y sus actuaciones deben ser juzgadas de acuerdo a sus actos, más no, por organismos que nada tienen que ver a la vigilancia, ni la ética profesional de un abogado.

3.2. Análisis de las entrevistas realizadas a miembros del Consejo de la Judicatura, con sede en la ciudad de Loja.

PRIMERA INTERROGANTE: ¿Qué opinión le merece a usted que un abogado en el ejercicio de su profesión, sea sancionado por las actuaciones de sus patrocinados?

R.1. Si un abogado actúa con mala fe, o que no utiliza una ética profesional en su labor, creo conveniente que las sanciones se dirijan a los abogados, pero en general no se puede sancionar a un abogado por las actuaciones de sus patrocinados, porque nosotros defendemos los intereses de nuestros clientes, y si el patrocinado incurre en maniobras que se comprueba la malicia, es una actuación de ésta personas, más no del profesional, porque actúa en razón de su ética profesional en su conocimiento del derecho

R.2. Las actuaciones de los patrocinados deben ser sancionados a ellos, porque un abogado es la persona profesional del derecho que ofrece sus servicios para representar en derecho, del cual su cliente necesita para litigar en un proceso, por lo que no estoy de acuerdo que las actuaciones de los patrocinados incurran en sanciones a los abogados.

R.3. Un abogado contratado defiende lo que su cliente le solicita, y ante él responde por su conocimientos, pero las actuaciones de su patrocinados, no deben incurrir en sanciones a los abogados, salvo que se comprueba la malicia y temeridad del abogado en cierto proceso, que vaya en contra de la ética de un profesional.

SEGUNDA INTERROGANTE: ¿Cabe el derecho de repetición de la parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena?

R.1. El derecho de repetición se lleva a cabo por la mala actuación o servicio de un funcionario público o un servicio público, más no entraría este derecho a un cliente por la prestación de un servicio de un abogado, porque estos servicio que ofrece no son servicios públicos, ni actos que provengan de actuaciones públicas, con lo cual no cabría estas acciones, como un derecho de repetición.

R.2. No cabría este derecho de repetición, porque la abogacía no es una potestad pública, sino que es un patrocinio al servicio de la justicia, que nada tiene que ver con la función pública o administración pública

R.3. Un abogado actúa en defensa de los intereses de sus clientes, más no el pago de daños y perjuicios deban de asumirlos los abogados, no deben de repararlos, porque no son parte de un proceso, sino que son representantes en derecho que un cliente lo requiera en determinada acción.

TERCERA INTERROGANTE: ¿Qué principios viola, cuando se imponga sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes, en el ejercicio de su patrocinio?

R.1. Independencia e imparcialidad en el ejercicio de una profesión

R.2. Va a existir un tipo de restricción al trabajo que tenemos los profesionales.

R.3. Conllevaría a inmiscuirse en la ética de una profesional, y no poder representar o abstenerse ante ciertos procesos porque no le convenga, por las sanciones a que estén expuestas.

3.3. Verificación de Objetivos y contrastación de Hipótesis.

En la presente tesis he propuesto un objetivo general y tres específicos, de los cuales a continuación los menciono y analizo como se han ido verificando.

El Objetivo general planteado consistió en "**Determinar la inconstitucionalidad de las sanciones a los abogados en el ejercicio de la profesión, señaladas en el Código Orgánico de la Función Judicial.**"

Este objetivo se verifica en su totalidad, por cuando en esta investigación se analiza pormenorizadamente las disposiciones que constan en el Código Orgánico de la Función Judicial, en la que están las sanciones a los abogados por el ejercicio de su profesión, imponiendo sanciones que van en contra a la independencia e imparcialidad de un profesional, frente a los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador

El primer objetivo específico consistió en "**Analizar los efectos jurídicos que conlleva que sea sancionado un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados.**"

Este objetivo se verifica positivamente, corroborándose con la investigación de campo, en la aplicación de la entrevista en la pregunta quinta un 83.4% sostienen que las sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia, y en las entrevistas, opinaron en la tercera pregunta al igual que la encuesta se viola la independencia e imparcialidad profesional y además se viola el derecho al trabajo que tenemos las personas.

El segundo objetivo propuesto se planteó en: "**Determinar la igualdad ante la ley en el ejercicio de la profesión de un abogado al ejercicio de la justicia**"

Este objetivo se verifica positivamente por cuanto en la pregunta dos de la aplicación de la encuesta un 66.7% indicaron que las sanciones que se les impone a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la

Función Judicial, son inconstitucionales al vulnerar la progresividad de los derechos profesionales

El tercer objetivo específico consistió en "**Presentar un proyecto de reforma legal para regular la incompatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia.**"

Este objetivo se verifica con la propuesta de reforma que consta al final de la investigación en que el Código Orgánico de la Función Judicial, que debe regular la compatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia.

La hipótesis planteada expresa que: "Las sanciones que se les puede imponer a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, son inconstitucionales al vulnerar la progresividad de los derechos profesionales"

Dicha hipótesis se contrasta con la aplicación de la encuesta, en la pregunta quinta un 83.4% de los encuestados opinaron que las sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia

3.4. Reflexiones que fundamentan la Propuesta de Reforma al Código Orgánico de la Función Judicial.

La vigente Constitución de la República del Ecuador obedece en su concepción a nuevos paradigmas: en su formulación se propone un modelo de Estado con estructura y organización distintas. Parte de su cambio es, desde luego, el que se impone para la función judicial.

La preocupación por la reforma de la administración de justicia no es reciente. Puede afirmarse que, con las reformas constitucionales de 1992, se dio paso a una mejora estructural del sistema; las sucesivas reformas de 1995 y 1997 se consolidan con la codificación constitucional de 1998, en la cual se instituyeron principios sobre la organización judicial, la sustanciación de los procesos y la administración de justicia.

Actualmente, se ha dado un paso verdaderamente importante con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, ciertamente más allá del acuerdo o desacuerdo con sus contenidos, hay que recordar que el verdadero cambio en la administración de justicia no era posible con una legislación secundaria desfasada con la Constitución, que por contrapartida representa una trasformación radical de la organización judicial de los principios que forman su actividad.

El Código Orgánico de la Función Judicial parte de un principio fundamental: la abogacía es una profesión que al mismo tiempo es una función social al servicio de la justicia y del derecho, pues el escenario de acción es, principalmente, el proceso. Y si el proceso tiene una finalidad marcadamente pública, se debe proscribir toda actuación que utilice indebidamente al proceso, sea faltando al juez o a las partes, o utilizando maniobras contrarias a la buena fe, a la lealtad procesal.

El Art. 118 del Código Orgánico de la Función Judicial, consagra sanciones a la abogada o abogado, haciéndoles responsables por las quejas que presente un ciudadano en contra de un servidor judicial, el texto del referido artículo señala: "*Si la resolución expedida por el Pleno o el Director Provincial, ratificare la inocencia del servidor y se calificare la queja o denuncia como maliciosa o temeraria, se impondrá a la abogada o abogado patrocinador una multa de uno a tres salarios unificados del trabajador en general*"[71]

En el presente caso si se sigue una acción a un servidor público, y se comprueba la inocencia de esta persona, y que se la califique la queja o denuncia como maliciosa o temeraria, se le impone una sanción al abogado patrocinador, es inadecuado porque este profesional ejerce sus funciones en función a sus servicios, y no es parte procesal de una acción, es una persona que hará cumplir ante los jueces o tribunales las pretensiones del actor, más no es parte fundamental del proceso.

Lo que se le otorga al abogado, frente a las responsabilidades, lo señala el Art. 83 numeral 12 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: "*Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros*

[71] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 118

previstos en la Constitución y la ley: 12. Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética."[72]

Un abogado es una persona que ejerce su función con sujeción a la ética, pero no es responsable por la malicia o temeridad que, a su cliente le ha sido comprobado en una denuncia o queja a un servidor público, es así que el Art. 76 numeral 7, literal g) de la Constitución de la República del Ecuador expresa: "*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.*"[73]

La intervención del abogado es una condición para la igualdad procesal de las partes, como derecho fundamental es imprescindible para evitar situaciones de indefensión, es así que Jorge Zavala Egas expresa que: "*el reconocimiento de este derecho comporta el deber de nombramiento de oficio de abogado cuando el imputado carezca de medios económicos ya que la situación de indefensión puede originarse cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad, o si se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal; desigualdad real e inaplicación práctica del principio mencionado que puede producirse cuando se priva de la posibilidad efectiva de la dirección del letrado a quien carece de medios económicos*"[74].

Parte del derecho de defensa y de asistencia técnica es el derecho de comunicarse libre y privadamente con su abogado defensor, sin que pueda ser privado de esta prerrogativa bajo pretexto de incomunicación, pues ésta es inconstitucional. Además la asistencia del abogado debe ser eficaz, lo cual significa que no puede practicarse ningún acto procesal, en que el sujeto deba intervenir personalmente, como tampoco ninguno de los actos o diligencias definitivos e irreproducibles si el abogado defensor no fue notificado previamente y asiste personalmente. La única excepción estaría dada para el caso en que el propio imputado consienta que esos actos se realicen en ausencia de su defensor particular u oficial, pero esta renuncia no puede

[72] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 83 núm. 12
[73] IBIDEM, Art. 76 núm. 7 lit. g)
[74] ZAVALA EGAS, Jorge: 2010, Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A. editores, Guayaquil – Ecuador, p. 338

presumirse ni inferirse implícitamente por su silencio sino que debe ser libre, voluntaria, expresa y documentada fehacientemente.

En los numerales 2 y 4 del Art. 131 del Código Orgánico de la Función Judicial hace referencia entre las facultades correctivas de las juezas y jueces, a normas que se oponen a la Constitución en forma clara. El numeral 2 se refiere a la expulsión de las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atenten contra su legal evolución, y es evidente que en un Estado Constitucional, como el que prima en el Ecuador, las facultades omnímodas de carácter subjetivo que se pretende otorgar a los jueces son sustituidas por grados de constitucionalización, en el que no existe espacio para este tipo de prerrogativas. El numeral 4, se refiere a que sea la Dirección Regional del Consejo de la Judicatura, la que sancione a los abogados y abogadas en libre ejercicio cuando no somos dependientes de dicho organismo.

El Art. 148 del Código Orgánico de la Función Judicial, indica: "*CONDENA POR DAÑOS Y PERJUICIOS.- Cuando la mala fe o temeridad resulten plenamente acreditables, la parte será condenada, además, al pago de daños y perjuicios. Si existe prueba de los daños y perjuicios sufridos, se fijará el monto de la indemnización en la misma sentencia, de lo contrario se tramitará como incidente.*

La parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios podrá repetir contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena"[75]

Si al abogado puede seguirse el derecho de repetición, por la condena de daños y perjuicios, como sujeto patrocinador por cuyo hecho o culpa haya merecido esa condena, menoscaba el ejercicio de su profesión, y así va en contra de lo señalado en el numeral 8 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador que garantiza: "*Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*"[76]

Al imponerse estas sanciones a los abogados va en contra del principio de igualdad por sus condiciones personales y sociales, pues la profesión de abogado engloba su condición personal y social, con lo cual menoscaba de manera injusta e

[75] CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Art. 118
[76] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 11 núm. 11

inconstitucional el ejercicio de los derecho de la profesión en la asistencia de un sujeto procesal en la función judicial.

Es preciso indicar por un lado, una ley bien puede ser inconstitucional si distingue entre los ciudadanos por otro criterio, no incluido en la lista de los criterios de discriminación expresamente prohibidos por la constitución, por ejemplo, por la condición personal, hecho condicional implícito, ya que el legislador debe tratar del mismo modo los casos sustancialmente iguales, ya que la condición de ética es esencialmente igual que la condición de raza o religión; b) por otro lado, una ley puede ser conforme a la constitución aunque distinga entre los ciudadanos por uno de los criterios prohibidos, por ejemplo, por el sexo, excepciones implícitas, ya que el legislador debe distinguir entre casos sustancialmente diferentes.

Es preciso crear la regla que nos conduzca a esa conclusión, por ejemplo, la defensa no se garantiza si no está presente el abogado en el interrogatorio del sospechoso y, además, porque los principios se formulan mediante expresiones que evocan valores morales y/o políticos (la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso, la paz, etcétera). La interpretación de estas expresiones involucra, inevitablemente, algunos juicios de valor, porque reenvían a las doctrinas morales, a las ideologías políticas de los intérpretes

Al establecerse sanciones a los abogados por el ejercicio de su profesión, el Código Orgánico de la Función Judicial lo ha encasillado, como servidores públicos, lo cual no se cataloga porque el abogado es un patrocinador dentro de un proceso de una las partes, al respecto el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece quienes están comprendidos como servidores públicos, indicando los siguientes: "*Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función, dignidad dentro del sector Público*"[77]

De acuerdo a esta disposición legal el servidor público, es cualquier persona que presta sus servicios por una remuneración y que tales servicios los desempeña en las entidades y organismos que señala la Constitución y la Ley. Esta disposición no

[77] LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, Art. 4

diferencia que servidor público puede ser ecuatoriano o extranjero. Es preciso hacer una aclaración que numeral 7 y 8 del Art. 326 de la actual Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho de organización de empleadores y trabajadores.

Se entiende por servidor público a la persona que presta sus servicios en una institución pública, bajo una remuneración regido por la ley, pero también un servidor no necesariamente presta sus servicios en una institución pública, sino también engloba al personal que de una u otra manera trabaja en una institución privada, que debe tener una finalidad que puede ser social o pública.

De conformidad con el Art. 6 de la Constitución de la República del Ecuador "*Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución*."[78] Por lo tanto todos los ecuatorianos tenemos derecho a formar parte de los servidores públicos bajo la condición de cumplir con los requisitos determinados por las leyes para cada cargo.

Prestar servicios al Estado significa, que el servidor labora no solo como una persona profesional, sino como un técnico para con una institución del Estado, como un organismo o entidad creado por la Constitución o la Ley, por ejemplo la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, o en los diferentes funciones: ejecutiva, legislativa o judicial, o en los gobiernos autónomos descentralizados como municipios, juntas parroquiales o Consejo Provincial, quienes están encargados de hacer llegar el servicio público a la comunidad.

Los servidores públicos, prestan sus servicios en beneficio a la comunidad, porque el pueblo es el mandante, y la comunidad necesita de estos medios, a quienes les han encargado esa potestad a los servidores públicos para hacer cumplir el efectivo goce en aplicación de los principios y derechos garantizados en la Constitución.

[78] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 6

CAPITULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

4.1. Conclusiones

PRIMERA. El Pleno o el Director Provincial del Consejo de la judicatura, tiene la facultad de sancionar a la abogada o abogado patrocinador, por la malicia o temeridad de una queja o denuncia y por las actuaciones de sus patrocinados

SEGUNDA: Las sanciones que se les impone a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, son inconstitucionales al vulnerar la progresividad de los derechos profesionales, ya que los abogados actúan al servicio de la justicia, pero no son parte del sistema de justicia y por ende no son servidores de la administración de justicia.

TERCERA: La sanción a un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados, señaladas por el Consejo de la Judicatura son sanciones subjetivas incompatibles a dicho organismo, porque un abogado ejerce su función al ejercicio de la justicia y para este objeto es colaborador con los jueces y tribunales

CUARTA: No cabe el derecho de repetición de la parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena, porque el profesional no es parte del proceso, sino un colaborador de la justicia y defiende los intereses de sus clientes.

QUINTA: Las sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia

SEXTA: El Código Orgánico de la Función Judicial contiene sanciones incompatibles en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia

4.2. Recomendaciones

PRIMERA. Se recomienda que no se le otorgue facultades de sanciones administrativas al Pleno o el Director Provincial del Consejo de la judicatura, para la abogada o abogado patrocinador, por la malicia o temeridad de una queja o denuncia como maliciosa o temeraria y por las actuaciones de sus patrocinados.

SEGUNDA: Se recomienda a los Colegios de Abogados, a través de sus representantes reclamar la inconstitucionalidad de las sanciones que se les impone a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, por vulnerar la progresividad de los derechos profesionales.

TERCERA: Se recomienda a los abogados, realizar con ética la defensa de sus clientes, y que las sanciones que les impongan el Consejo de la Judicatura, reclamen su defensa ante organismos judiciales, porque son sanciones subjetivas que son incompatibles a dicho organismo.

CUARTA: Se recomienda a los jueces, se observe que el juzgamiento por el derecho de repetición de la parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena, no sea aceptado porque este profesional no es parte ni servidor de la administración de justicia.

QUINTA: Se recomienda al Consejo de la Judicatura, no imponer sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes, porque ello va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia

SEXTA: Que la Asamblea Nacional reforme el Código Orgánico de la Función Judicial para regular la compatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia

4.3. Proyecto de Reforma para regular la incompatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia.

El Art. 1 de esta Constitución vigente establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que la actuación de servidoras y servidores de la justicia debe responder a los principios y disposiciones constitucionales como una garantía de los derechos, limitación del poder estatal y la realización de la justicia;

Coherente con esto, el anhelo de todas y todos las ecuatorianas y ecuatorianos de una justicia al alcance de cualquier persona y colectividad, sin distinciones ni discriminación de ningún tipo, efectiva y eficiente, participativa, transparente; y garante de los derechos responde, de acuerdo a lo que mandan los artículos 11.2, 66.4, 177 y 181 de la Constitución vigente, al diseño sistémico de una Administración de Justicia que permita que las juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores, y demás servidores judiciales se dediquen únicamente al ejercicio de las competencias técnicas que le son propias, y permita que las labores administrativas, especialmente de la carrera judicial y el régimen disciplinario, sean asumidas por un organismo de gobierno único y distinto a los organismos integrantes de la Función Judicial, el Consejo de la Judicatura;

De allí que, es indispensable que este nuevo diseño transformador permita romper las barreras económicas, sociales, culturales, generacionales, de género, geográficas y de todo tipo que hacen imposible el acceso a una justicia, efectiva, imparcial y expedita para la defensa de los derechos de toda persona o colectividad, de acuerdo a lo que establecen los artículos 75 y 76 de la Constitución de 2008; y, al mismo tiempo, garantice un régimen eficiente de carreras para las servidoras y servidores judiciales fundamentado en los principios de igualdad y no discriminación, y el ingreso, promoción y evaluación objetiva y permanente sobre la base de sus méritos, con el fin de ejercer la potestad de administrar justicia al servicio y en nombre del pueblo.

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

Que el Art. 11 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Que el numeral 8 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador señala que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos

Que el numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador expresa que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades,

Que el numeral 3 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador expresa que para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán obligaciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución y la Ley.

Que el Art. 118 del Código Orgánico de la Función Judicial, consagra sanciones a la abogada o abogado, haciéndoles responsables por las quejas que presente un ciudadano en contra de un servidor judicial.

Que los numerales 2 y 4 del Art. 131 del Código Orgánico de la Función Judicial hace referencia entre las facultades correctivas de las juezas y jueces, a normas que se oponen a la Constitución. El numeral 2 se refiere a la expulsión de las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atenten contra su legal evolución, y es evidente que en un Estado Constitucional, como el que prima en el Ecuador, las facultades omnímodas de carácter subjetivo que se pretende otorgar a los jueces son sustituidas por grados de constitucionalización, en el que no existe espacio para este tipo de prerrogativas. El numeral 4, se refiere a que sea la Dirección Regional del Consejo de la Judicatura la que sancione a los abogados y abogadas en libre ejercicio cuando no somos dependientes de dicho organismo.

Que el Art. 148 del Código Orgánico de la Función Judicial, condena a pagar daños y perjuicios por la mala fe o temeridad que resulten plenamente acreditables, determinando el derecho de repetición a los abogados por el ejercicio de su profesión.

Que las sanciones que señala el Código Orgánico de la Función Judicial, va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia. Todo abogado se debe a su cliente, y debe litigar de manera consciente respecto a la responsabilidad social en la que se encuentra, con un actuar crítico y equilibrado al servicio de la paz social, en la que colabora con los juzgados y tribunales dentro del sistema judicial de cada país. Al cumplir con esta tarea, es indudable que ejerza una función social.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO D ELA FUNCIÓN JUDICIAL

Art. 1.- Refórmese el Art. 118 del Código Orgánico de la Función Judicial, por el siguiente: ***"Si la resolución expedida por el Pleno o el Director Provincial, ratificare la inocencia del servidor y se calificare la queja o denuncia como maliciosa o temeraria, el servidor denunciado podrá ejercer las acciones legales correspondientes, contra quien interpuso la queja o denuncia maliciosa o temeraria"***

Art. 2.- Deróguese el inciso segundo del Art. 148 del Código Orgánico de la Función Judicial.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los ..... días del mes de ..... del 2012

f. EL PRESIDENTE f. EL SECRETARIO

BIBLIOGRAFÍA

- ALBAN ESCOBAR, Fernando: Estudio Sintético Sobre el Código de Procedimiento Penal, Tomo I, Primera Edición, Germagrafic, Quito- Ecuador, Agosto – 2001.

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Edición 1998, Buenos Aires – Argentina.

- CÓDIGO CIVIL, legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero 2011

- CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2011

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL; Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, actualizada 2011.

- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador

- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, organización de Estados Americanos, http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html

- CÓRDOVA; Francisco: La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, Temis, Bogotá, 1995

- CREUS, Carlos. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1983

- DICCIONARIO, CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, 2004.

- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo I A, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires – Argentina

- ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen I y II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 632

- FERRAJOLI, Luigui: Derechos y Garantías, La ley del más débil, Madrid, Trota, 2001

- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 4

- NOGUEIRA ALCALA, Humberto: El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Dike, 1997

- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2008.

- RAMIRO FALCONI, Ramiro: El juicio por daño moral, p. 25

- SÁNCHEZ, Manuel. Diccionario Básico de Derecho. Editorial Casa de la Cultura del Ecuador. Ambato. 1989.

- VACA ANDRADE, Ricardo: Manual de Derecho Procesal Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, segunda edición.

- VELASCO CÉLLERI, Emilio: Sistema de Práctica Procesal Civil, Teoría y Práctica de la Acción de Daños y Perjuicios, Tomo VII, Colección Teoría y Práctica del Derecho, PUDELECO Editores S.A., Quito – 2005.

- ZAVALA BAQUERIZO: Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2004.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A. editores, Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 338

- ZAMORA, Alcalá; CABANELLAS, Guillermo: Política Laboral y Social, Tomo II.

ANEXOS

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
POSGRADO MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Señor Abogado, sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema "INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SANCIONES A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO, ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL", su colaboración me será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

1. ¿Está usted de acuerdo que sea sancionado un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

2. ¿Cree usted que las sanciones que se les impone a los abogados patrocinadores de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de la Función Judicial, son inconstitucionales al vulnerar la progresividad de los derechos profesionales?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

3. ¿Cree usted que la sanción a un abogado por el ejercicio de su profesión, por las actuaciones de sus patrocinados, señaladas por el Consejo de la Judicatura son sanciones subjetivas incompatibles a dicho organismo?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

4. ¿Cree usted que cabe el derecho de repetición de la parte que sea condenada al pago de daños y perjuicios contra su defensor por cuyo hecho o culpa haya merecido esta condena?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

5. ¿Consiente usted que las sanciones a los abogados, por las actuaciones de sus clientes va en contra de los principios en los que se basa la profesión de un abogado, como son el de libertad e independencia?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

6. ¿Debe reformarse el Código Orgánico de la Función Judicial para regular la compatibilidad de las sanciones en el ejercicio de la profesión de un abogado al servicio de la justicia?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....