



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO-HUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

El proceso civil en el estado constitucional de derechos y justicia.

La constitucionalización del proceso civil en el Ecuador

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Rodas Garcés, Gonzalo Xavier

DIRECTOR: Celi Toledo, Israel Patricio, Mg.

CENTRO UNIVERSITARIO GUAYAQUIL

2018



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2018

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister

Israel Patricio Celi Toledo

DIRECTOR DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación, denominado: El proceso civil en el estado constitucional de derechos y justicia. La constitucionalización del proceso civil en el Ecuador, realizado por el estudiante Rodas Garcés Gonzalo Xavier, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, noviembre de 2018

f.

Mg. Israel Patricio Celi Toledo

DIRECTOR

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, **Rodas Garcés Gonzalo Xavier**, declaro ser autor del presente trabajo de titulación: El proceso civil en el estado constitucional de derechos y justicia. La constitucionalización del proceso civil en el Ecuador, de la Titulación de Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo el Mg. Israel Patricio Celi Toledo, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 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 o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f.
Rodas Garcés Gonzalo Xavier
c.c. 0701247116

DEDICATORIA

Dedico el esfuerzo de este producto académico acreditable para acceder al grado de Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil:

A mis estudiantes universitarios, que dan sentido y vitalidad a mi quehacer docente, profesional y humano;

A mis clientes, tanto del sector público como del sector privado, que me han brindado la enriquecedora oportunidad de serles útil mediante el ejercicio del patrocinio legal de sus intereses jurídicos, y actualmente a los usuarios de la Notaría Décimo Primera de Guayaquil, cuya titularidad ejerzo en virtud de concurso público de méritos y oposición;

A la memoria de mis queridos padres, Moisés y Zoylita, guías inextinguibles que me inspiran y alientan en la cotidianidad de mis actividades profesionales y docentes;

A mi hijo Christian, y a mis nietos Caden y Sophia, testimonios de vida y amor.

Gonzalo Xavier Rodas Garcés

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Técnica Particular de Loja, la más democrática de todas las Universidades del país, pionera del sistema de educación superior a distancia, orientada por definidos postulados, principios y valores humanistas, cristianos, de solidaridad, progreso y justicia.

A la Escuela de Ciencias Jurídicas, soporte institucional que hizo posible la realización, con la más alta calidad, del programa de posgrado sobre Derecho Civil y Procesal Civil y con su accionar brindó oportunidades de mejoramiento profesional y suscitó el ímpetu investigador del profesional participante.

A la Dirección y a los Docentes de la Maestría, que marcaron la ruta de los estudios de cuarto nivel en las disciplinas jurídicas vinculadas con el Derecho Civil y Procesal Civil.

Al Director de la Tesis, Mg. Israel Patrcicio Celi Toledo, cuya orientación académica posibilitó la presente investigación.

Gonzalo Xavier Rodas Garcés

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I	
LA TRANSFORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	
LOS NUEVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONALES	
1.1. El estado constitucional de derechos y justicia.....	6
1.2. El neoconstitucionalismo.....	8
1.3. La constitucionalización del ordenamiento jurídico.....	13
1.4. La constitucionalización de la justicia.....	15
1.5. La jurisprudencia constitucional.....	16
CAPÍTULO II	
INCIDENCIA DE LOS NUEVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONALES EN EL	
PROCESALISMO EN GENERAL Y EN EL PROCESO CIVIL EN PARTICULAR	
2.1. Enfoques privatista y publicista del proceso civil.....	23
2.2. El debido proceso sustantivo y adjetivo.....	35
2.3. El garantismo procesal y derechos procesales fundamentales.....	40
2.4. La justicia como elemento rector del proceso.....	45
2.5. Los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad.....	47
CAPÍTULO III	
EL NUEVO PROCESO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO	
3.1. Los derechos fundamentales y el proceso civil justo.....	53

3.2. El rol del juez como director del proceso y la argumentación judicial.....	66
3.3. Los principios procesales en el proceso civil justo.....	75
3.4. El proceso por audiencias.....	77
3.5. El fin público del proceso civil.....	81
CAPÍTULO IV	
EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO CIVIL	
4.1. Justicia civil y justicia constitucional.....	83
4.2. Criterios en el control constitucional del proceso civil.....	84
4.3. La acción extraordinaria de protección.....	86
4.4. El control concreto de constitucionalidad.....	88
4.5. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	89
Conclusiones.....	92
Recomendaciones.....	94
Bibliografía.....	96

RESUMEN

El Estado Constitucional de derechos y justicia y los nuevos paradigmas constitucionales vigentes a partir del 2008, al tiempo que transforman sustancialmente el ordenamiento jurídico en su conjunto, condicionan una nueva configuración de la estructura, sustanciación y fines del proceso civil. El presente trabajo reflexiona sobre estas nuevas realidades, sistematiza y caracteriza esa incidencia en la concepción y la práctica del derecho, contextualiza el proceso civil ecuatoriano en el marco de los nuevos paradigmas constitucionales, en subordinación a los cuales debe operar la justicia civil y destaca el imperativo de institucionalizar y dar coherencia a los valores, principios y reglas constitucionales, en la práctica cotidiana del sistema procesal, como medio para la realización de la justicia. Efectúa un análisis comparativo del proceso civil ecuatoriano antes y a partir de la instauración del nuevo modelo de Estado y de Derecho que consagra el Texto Fundamental de Montecristi; caracteriza en el marco de los nuevos paradigmas jurídicos, los estándares que definen al proceso civil constitucionalizado; y, evalúa resultados y proyecciones del control de constitucionalidad del proceso civil, en el contexto de la justicia constitucional del Ecuador.

PALABRAS CLAVE: Estado constitucional de derechos y justicia, proceso civil, constitucionalización del proceso civil.

ABSTRACT

The Constitutional State of rights and justice and the new constitutional paradigms in force as of 2008, while substantially transforming the legal system as a whole, condition a new configuration of the structure, substance and purposes of the civil process. The present work reflects on these new realities, systematizes and characterizes this incidence in the conception and practice of law, contextualizes the Ecuadorian civil process within the framework of the new constitutional paradigms, in subordination to which civil justice must operate and highlights the imperative to institutionalize and give coherence to the values, principles and constitutional rules, in the daily practice of the procedural system, as a means for the realization of justice. It makes a comparative analysis of the Ecuadorian civil process before and after the establishment of the new model of State and Law that enshrines the Fundamental Text of Montecristi; characterizes within the framework of the new legal paradigms, the standards that define the constitutionalized civil process; and, it evaluates results and projections of the constitutionality control of the civil process, in the context of the constitutional justice of Ecuador.

KEYWORDS: Constitutional state of rights and justice, civil process, constitutionalization of the civil process.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de Montecristi marca un antes y un después en el orden jurídico patrio. Desde la vigencia del Texto Fundamental (20 de octubre de 2008), el sistema jurídico ecuatoriano se halla condicionado por nuevos paradigmas: el Estado constitucional de derechos y justicia, el neoconstitucionalismo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la fuerza normativa, aplicación directa y eficacia inmediata de la Constitución, la constitucionalización de la justicia, el control de constitucionalidad de las decisiones judiciales y la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional como fuente directa del derecho, entre otros.

Esta nueva realidad jurídica tiene hondas repercusiones en el procesalismo en general, y en el proceso civil en particular. El procesalismo se ve reforzado como instrumento de realización del derecho material, los valores y principios constitucionales y los derechos fundamentales. El proceso civil se proyecta bajo nuevos cánones que miran a su publicización, por lo que es pensado no solo en su proyección instrumental o formal sino, fundamentalmente, como medio para hacer efectivo el derecho material.

El presente informe de investigación aborda la problemática planteada a través de los siguientes capítulos: el primero, explica la transformación del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el contexto de los nuevos paradigmas constitucionales; el segundo, desentraña la incidencia que esos nuevos paradigmas tienen en el procesalismo en general y en el proceso civil en particular; el tercero, caracteriza al nuevo proceso civil constitucionalizado; y, el cuarto, describe los mecanismos concernientes al examen de constitucionalidad del proceso civil mediante la acción extraordinaria de protección y el control concreto o incidental, en el marco dialógico de la justicia civil y la justicia constitucional. Se formulan, finalmente algunas conclusiones y recomendaciones atinentes al objeto de estudio.

La importancia, pertinencia e impacto del tema de la presente tesis guardan relación con la necesidad de contextualizar el proceso civil ecuatoriano en el marco de los nuevos paradigmas constitucionales, en subordinación a los cuales debe operar la justicia civil y el imperativo de institucionalizar y dar coherencia a los valores, principios y reglas constitucionales, en la práctica cotidiana del sistema procesal, como medio para la realización de la justicia.

La pregunta de investigación fue planteada en los siguientes términos: ¿Cómo debe ser concebido el proceso civil en correspondencia con el Estado constitucional de derechos y justicia en el Ecuador?. Y en virtud de un riguroso escudriñamiento bibliográfico y sistematización normativa y jurisprudencial, se dio respuesta en el sentido de que el proceso civil en el Estado constitucional de derechos y justicia debe ser concebido a partir de los estándares emanados del Texto Fundamental, la constitucionalización del derecho, la constitucionalización de la justicia, el control de constitucionalidad y la aplicación de la jurisprudencia constitucional.

Los objetivos que presidieron el desarrollo de esta investigación fueron: 1. Analizar la incidencia que el Estado constitucional de derechos y justicia y los nuevos paradigmas constitucionales vigentes desde el 2008, tienen en la configuración del proceso civil ecuatoriano; 2. Efectuar un análisis comparativo del proceso civil ecuatoriano antes y a partir de la instauración del nuevo modelo de Estado y de Derecho que consagra el Texto Fundamental de Montecristi; 3. Caracterizar, a la luz de los nuevos paradigmas jurídicos, los estándares que definen al proceso civil constitucionalizado; y, 4. Evaluar resultados y proyecciones del control de constitucionalidad del proceso civil, en el marco de la justicia constitucional del Ecuador.

Los resultados de la investigación están dados, básicamente, por la sistematización de criterios para la construcción de un nuevo enfoque acerca del proceso civil en el Ecuador, su estructura, sustanciación y fines, en clave de constitucionalización del ordenamiento jurídico; el Estado Constitucional de derechos y justicia; el neoconstitucionalismo; la constitucionalización de la justicia; el control de constitucionalidad del proceso civil; y, el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho.

La propuesta metodológica del presente estudio corresponde a una investigación cualitativa, orientada a entender la realidad jurídica del Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, bajo una perspectiva holística y a través de un exhaustivo análisis y escudriñamiento bibliográfico y documental dirigidos a la obtención de conclusiones explicativas de los estándares configuradores de un proceso civil constitucionalizado que tribute hacia la institucionalización del neo constitucionalismo y del nuevo modelo de estado y de derecho instaurados por el Texto Fundamental. La orientación de esta investigación, por la naturaleza de su objeto, fue de carácter exploratoria, descriptiva, explicativa y propositiva.

CAPÍTULO I
LA TRANSFORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
LOS NUEVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONALES

1.1. El estado constitucional de derechos y justicia.

La Constitución de 2008 define al Estado ecuatoriano como un *Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático...*¹. Este nuevo paradigma jurídico político condiciona la estructura del ordenamiento jurídico en su conjunto, el sistema procesal, la forma cómo debemos pensar y aplicar el derecho, el rol de los jueces, el sistema de fuentes y la cultura judicial en su más amplio espectro. El proceso jurisdiccional en general y el proceso civil en particular adquieren nuevas configuraciones a partir de la vigencia del Texto Fundamental.

Según *Antonio M. Peña* (1997:59) podemos definir inicialmente al Estado Constitucional de Derecho como modelo jurídico-político a partir de tres factores relevantes: 1.- la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales; 2.- la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos; 3.- la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute y a la efectividad de los derechos. El paso del Estado legislativo (sometimiento del poder público a la ley) al Estado constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes –de modo que queda definitivamente superada la imagen débil de la juridicidad constitucional característica del período liberal- al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política.

Peter Häberle (2009:641) sostiene como elementos constitutivos del Estado constitucional, antes que nada, a los derechos de igualdad y de libertad que se derivan de la dignidad de la persona: garantizan la apertura del ordenamiento y del proceso político desde el ciudadano.

Luis Prieto Sanchís (2013:21) señala como rasgos singulares del Estado constitucional de Derecho y como novedades que aporta este modelo: 1.- el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución; 2.- la rematerialización constitucional; 3.- la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución; 4.- la rigidez constitucional.

Para *Andrés Gil Domínguez* (2009:18), en el modelo de Estado constitucional de derecho se propone un paradigma distinto al del Estado liberal del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, a partir de la reafirmación –mediante la Constitución- del principio de la soberanía

¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 1.

popular y la eliminación del principio de la soberanía del Estado, expandiendo su esfera hacia los derechos económicos, sociales y culturales, como así también hacia los derechos colectivos. En este paradigma –sostiene Gil Domínguez- la Constitución se concibe como un mecanismo dirigido a la protección de los derechos y también se proyecta como una gran norma directiva que compromete solidariamente a todos en la obra dinámica de la eficaz realización de los objetivos constitucionales.

Ramiro Ávila Santamaría (2009:405) señala que el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia instituido por la Constitución ecuatoriana, permite visualizar las innovaciones en dos áreas. La Teoría del Derecho y el modelo político de Estado. El Estado constitucional, puntualiza el citado jurista, nos ayuda a responder quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener éstas. El Estado de derechos nos da luces para responder dónde encontramos las normas y para qué se las expide. El Estado de justicia nos resuelve el problema del por qué el Estado.

Santiago Andrade Ubidia (2009:240), al referirse a la caracterización del Estado constitucional de derechos y justicia que consagra la Constitución del Ecuador, señala que: 1.- se ha transitado del principio de legalidad al de constitucionalidad; 2.- ha concluido el monopolio del sistema jurídico de ley escrita estructurado bajo el modelo continental, y que junto a este sistema existen otros que tienen igual reconocimiento y validez; 3.- el Estado se organiza y funciona a fin de realizar la justicia social, que en definitiva es la justicia para todas y todos; y, 4.- se debe garantizar en todo momento la vigencia de los derechos humanos: esto último constituye el eje central del actuar íntegro del Estado.

La Corte Constitucional del Ecuador sistematiza los siguientes *rasgos característicos* del Estado constitucional de derechos y justicia que proclama el Art. 1 de la Constitución de Montecristi: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional².

² Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, pág. 14.

Para la Corte, tres *efectos esenciales* entraña el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia: 1.- El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales; 2.- El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; 3.- La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales³.

El Estado Constitucional supone *“la aproximación máxima a la que ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental, esto es, el ejercicio de los derechos que se imponen a la voluntad de quienes tienen el poder”*, ha dicho con especial énfasis la Corte Constitucional del Ecuador⁴.

En resumen, son elementos básicos del Estado Constitucional de Derecho: la supremacía de la Constitución o reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; el funcionamiento de una justicia especializada para los conflictos de orden constitucional; y, el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho. La Constitución deja de ser un programa político y se convierte en una norma jurídica, de aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y sus garantías.

Los derechos son enfocados como sinónimo de pluralismo jurídico y centralidad del ordenamiento jurídico y del sistema de justicia. Se opera el tránsito del principio de legalidad al principio de constitucionalidad; del monopolio jurídico al pluralismo jurídico. El Estado se organiza y funciona para la realización de los derechos humanos: el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El rol del juez es el de creador de derecho y garante de los derechos. La justicia es la plasmación en la práctica de los derechos fundamentales.

1.2. El neoconstitucionalismo.

La Constitución de 2008 toma partido por el neoconstitucionalismo, y así lo proclama categóricamente la Corte Constitucional, máximo intérprete del Texto Fundamental, cuando

³ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC.*, R.O. No. 351-S- de 29-diciembre-2010, pág. 4.

⁴ *Ibidem*.

alude a la materialización de la Carta Constitucional, representada en “*la adopción del neoconstitucionalismo como ideología de Estado*”⁵, ideología que viene a dar sustento y operatividad al nuevo procesalismo ecuatoriano y particularmente al nuevo proceso civil que se configura a partir de su vigencia, con marcado énfasis en la dimensión garantista de los derechos fundamentales. Para *Miguel Carbonell* (2010:161) hay al menos tres distintos niveles de análisis en torno al neoconstitucionalismo:

1.- El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos;

2.- La práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado significativamente. Los jueces constitucionales se han visto forzados a realizar su labor bajo nuevos parámetros interpretativos, por lo que su razonamiento judicial se torna más complejo. En este marco las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etc., tienen un nuevo contexto referencial (Carbonell, 2010). Los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales;

3.- Los desarrollos teóricos novedosos que parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial marcadamente activista, pero también aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no sólo a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Son importantes los desarrollos teóricos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís y Luigi Ferrajoli, entre otros.

⁵ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008.

Según *Luis Prieto Sanchís*, citado por Carlos Bernal Pulido (2007:289), el neoconstitucionalismo se caracteriza por la defensa simultánea de las siguientes tesis atinentes a la Constitución y a su interpretación: 1.- la Constitución es material; 2.- la Constitución es garantizada; 3.- la Constitución es omnipresente; 4.- la Constitución establece una regulación principialista; 5.- la Constitución se aplica mediante la ponderación; 6.- existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación. *Prieto Sanchís* (2013:29) analiza al neoconstitucionalismo en tres dimensiones: 1.- como filosofía política o doctrina del Estado justo; 2.- como una profunda renovación de la teoría del derecho positivista; y, 3.- como una propuesta de posible conexión entre derecho y moral. *Bernal Pulido* (2008:29) precisa el núcleo de aquello que se presenta como neoconstitucionalismo en esta triple caracterización: 1.- que los derechos fundamentales de la Constitución son principios; 2.- que se aplican judicialmente; y, 3.- mediante la ponderación.

Para *Paolo Comanducci* (2009:75) el neoconstitucionalismo es el modelo constitucional que recoge un conjunto de mecanismos normativos e institucionales integrados en un sistema jurídico político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y protegen los derechos fundamentales. Es concebido como Teoría del Derecho, como Ideología del Derecho y como Método de Análisis del Derecho.

Como teoría del derecho, preconiza un modelo de sistema jurídico caracterizado por una Constitución invasora (constitucionalización del derecho), la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la Ley. Representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional basada en el legiscentrismo y el formalismo interpretativo. Destaca la fuerza normativa de la Constitución. Los rasgos sobresalientes del neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho son: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y coexistencia de una constelación plural de valores.

Como ideología, el neoconstitucionalismo pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, a diferencia de la ideología del constitucionalismo clásico que perseguía como objetivo la limitación del poder estatal. Subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales exigiendo que las

actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminados a concretar, actuar y garantizar los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

Como metodología sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y justificativa entre derecho y moral. Considera los principios constitucionales como puente entre el derecho y la moral. Cualquier decisión jurídica y en particular la decisión judicial, está justificada si se deriva, en última instancia, de una norma moral.

Andrés Gil Domínguez (2009:10) construye su visión sobre el neoconstitucionalismo como teoría, dogmática, ideología y estilo de vida, al tiempo que presenta una serie de elementos estructurales que lo configuran como paradigma que explican su funcionamiento. Lo define como cierto modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Para *Gil Domínguez*, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediablemente la última palabra se encomienda a los jueces.

Con la Constitución del 2008, que declara al Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, se opera, según criterio de la Corte Constitucional, un tránsito institucional que ubica al país dentro del *“paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano”*, implicando *“toda una revolución conceptual y doctrinaria”*. El Estado constitucional de derechos implica –para esta misma tesis- *“una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia”*.

En resumen, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal que no coincide sólo con la legitimidad legal o racional propuesta y desarrollada por Max Weber. De ese nuevo paradigma, es elemento sustancial, la mayor independencia de los derechos con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Esta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también en el ámbito internacional. La Corte Constitucional puntualiza que una de las principales, sino la principal innovación del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano, es la novedosa constitucionalización de los derechos fundamentales. En efecto, como ninguna otra parte de la Constitución, en el capítulo correspondiente a los derechos y sus garantías, se refleja

la materialización de la Constitución, representada en “la adopción del neoconstitucionalismo como ideología de Estado”⁶.

En general, son notas características del neoconstitucionalismo: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes; la Constitución es una norma que está presente en todo tipo de conflictos y no sólo en los de naturaleza política que se entablan entre los órganos supremos del Estado; efecto impregnación o irradiación del texto constitucional; todo deviene derecho constitucional; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; coexistencia de una constelación plural de valores.

La teoría de las fuentes ya no gira en torno al riguroso legalismo. La ley deja de ser la fuente suprema de producción jurídica y el referente supremo para la solución de los casos y el parlamento el único sujeto competente para pronunciar la última palabra en todos los casos. La teoría de la norma ofrece nuevas tipologías. La teoría del sistema u ordenamiento postula el replanteamiento de los problemas de plenitud y coherencia. La teoría de la interpretación plantea exigencias de justificación o argumentación nuevas. La Corte Constitucional, refiriéndose a la consecuencia jurídica de la transformación a sistema normativo de la Constitución, señala que:

“... Esta transformación progresiva de la Constitución hasta llegar a ser una norma, implica, por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma. Lo anterior, como bien señala Ignacio de Otto (Derecho Constitucional, sistema de fuentes), trae sustanciales secuelas frente a la interpretación de la Constitución; a saber: a) habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico conforme al texto constitucional; b) habrán de examinarse, a la luz del texto constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conforme con el texto constitucional y con el llamado doctrinariamente bloque de constitucionalidad; c) en la aplicación concreta del derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de extraer de ella la solución a cualquier litigio o problema jurídico; y sólo si ésta no dice nada, se aplicarán las normas secundaria; y, d) la condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas preconstitucionales (ipso constitutione) y en general, previa petición de parte para las normas

⁶ Íbidem, pág. 15.

infraconstitucionales posteriores a la Constitución. La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional”⁷.

Congruente con ese desarrollo doctrinal, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, como precedente vinculante, que *“la Constitución de la República del Ecuador, para su validez y eficacia, no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno. Sus disposiciones disfrutan de eficacia directa e inmediata”⁸.*

1.3. La constitucionalización del ordenamiento jurídico.

El proceso jurisdiccional en general, y el proceso civil en particular se ven fuertemente impregnados por la Constitución cuyos principios y valores dan sentido y coherencia a todo el ordenamiento jurídico del país. El proceso civil estará legitimado en la medida que sea congruente con los derechos consagrados en la Constitución y sea sometido al examen de constitucionalidad conforme a las garantías jurisdiccionales e institucionales que franquea el Texto Fundamental.

Según *R. Guastini* (2010:155) la expresión *“constitucionalización del ordenamiento jurídico”* puede ser empleada con, al menos, tres sentidos: 1.- introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento que anteriormente estaba desprovisto de cualquier Constitución; 2.- proceso histórico cultural que transforma en relación jurídica la relación existente entre los detentadores del poder político y quienes son sujetos de tal poder; 3.- proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales.

Para *Guastini*, las principales condiciones de constitucionalización son: 1.- La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; 2.- La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3.- La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”); 4.- La “sobreinterpretación” de la

⁷ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479, suplemento, 2-XII-2008, pág. 14.

⁸ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479, suplemento, 2-XII-2008, Decisión 1, pág. 18.

Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5.- La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 6.- La interpretación adecuadora de las leyes.

La Ley Fundamental resulta extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales. Son características de este fenómeno: la rigidez y la garantía jurisdiccionales de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación constitucional, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

El constitucionalismo fuerte es caracterizado por *Luis Prieto Sanchís* (2005:674) a través de cuatro rasgos básicos: 1.- la Constitución es considerada como norma jurídica y no un catecismo moral o político, que vincula a sus destinatarios; 2.- además de norma formal o procedimental, la Constitución incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices, etc., esto es, que la Constitución no sólo establece quién manda y cómo se manda, sino que pretende condicionar también en una amplia medida qué puede o debe mandarse; 3.- la tutela de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos corresponde a la justicia como institución encargada de brindar las correspondientes garantías secundarias para la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos realizados en violación de cualquier norma primaria; y, 4.- la Constitución habla de demasiadas cosas, lo hace en ocasiones con no poca imprecisión, se dirige a todos y no solo a las instituciones.

La fuerza normativa de la Constitución, en criterio de *Andrés Gil Domínguez* (2009:20), se proyecta al ordenamiento secundario (civil, comercial, penal, laboral, administrativo), de forma tal que este último sólo será válido en la medida que cumpla con los requisitos formales y constitucionales, por lo que en un Estado Constitucional de derecho no puede hablarse, por ejemplo, de un derecho de familia sino de un derecho constitucional de familia, ni de un derecho administrativo sino de un derecho constitucional administrativo, y así sucesivamente, con todos los ordenamientos secundarios.

Signo distintivo del neoconstitucionalismo es la eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución, pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional. En el neoconstitucionalismo, la Constitución tiene verdadero carácter de norma, por lo que su

aplicación directa por parte de legisladores, jueces y administradores, es obligatoria. La eficacia directa significa que todos los llamados a aplicar el derecho deberán tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión. La Constitución no sólo es norma sobre las normas sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho sin más.

La Constitución será directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad de ningún procedimiento previo de recepción por otra fuente del Derecho, y puede ser directamente invocada o alegada por cualquier persona, sin necesidad de hacerla acompañar de precepto legal alguno. Los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos⁹.

1.4. La constitucionalización de la justicia.

La administración de justicia recibe el mandato constitucional expreso de subordinarse a los derechos consagrados en la Constitución. La justicia, en la concepción que plantea la nueva Carta, es la plasmación en la práctica de los derechos en ella establecidos. En consecuencia, el proceso jurisdiccional en general y el proceso civil en particular deberán configurarse como medios idóneos para alcanzar la justicia en los términos concebidos por la Constitución.

Luis Fernando Ávila (2009:271) considera que “el Estado constitucional de derechos y justicia abre en el Ecuador un espacio para la pluralidad de sistemas jurídicos, estatales y no estatales, y al reconocimiento sustancial de los derechos, por tanto, a la constitucionalización de la administración de justicia y, a través de ella, a la ampliación de las potencialidades democratizadoras de la sociedad ecuatoriana”, y hace notar que “el énfasis en la justicia posiciona a los jueces como garantes de los derechos frente a la decisión prioritaria de conflictos socialmente relevantes y en la materialización de los derechos en los casos concretos, y permite fundamentar la reforma judicial y las políticas judiciales sobre la base de un acceso a la justicia sustancial”; puntualiza que la constitucionalización de la administración de justicia “supera la formalidad” y apunta hacia la “creación de una nueva institucionalidad judicial al servicio de la gente que asegure el acceso sustancial a la justicia: la constitucionalización material”.

⁹ El Art. 424 de la Constitución de la República establece que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia”.

El Estado Constitucional instituido por el Texto Fundamental del Ecuador, a criterio de *Santiago Andrade Ubidia* (2009:240) precisa de un nuevo papel para el juez como garantista de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre la materia.

En el Estado Legalista, la función judicial se limita a una tarea exclusivamente aplicativa de la ley; el derecho una vez creado por el legislador, debe ser aplicado de un modo mecánico por el juez (subsunción). En el Estado Constitucional, en cambio, los jueces asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho; las prácticas de los tribunales y los principios y reglas no son una operación de subsunción lógica, sino un proceso de interpretación y argumentación racional de las decisiones sobre la base del sentido común, de los valores, del balance de los intereses políticos y de la idea de justicia imperante en la sociedad.

Así, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia implica la superación del Estado legalista o de legalidad. La Constitución deja de ser un mero programa político y se convierte en una verdadera norma, no cualquier norma sino en la “norma suprema” del ordenamiento y a partir de allí, disciplina a todos los poderes públicos y a los particulares. La práctica judicial deja de ser una operación de subsunción lógica para convertirse en una operación de argumentación y de interpretación. Se establecen garantías reales de los derechos de las personas a través de un sistema de justicia eficaz, independiente, especializada. Los jueces asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho.

La Constitución de 2008 al definir al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y de justicia y consagrar como deber primordial del Estado garantizar, sin discriminación, el efectivo goce de los derechos humanos, ha constitucionalizado a la administración de justicia y a la justicia, y ha trazado un nuevo diseño del sistema judicial, donde los jueces son creadores de derecho y garantes de los derechos a través de una justicia restaurativa y distributiva.

1.5. La jurisprudencia constitucional.

La jurisprudencia constitucional, según el nuevo modelo jurídico político instaurado por la Constitución de Montecristi, es fuente directa y formal del derecho. La exigencia de respetar la jurisprudencia constitucional es global para todo el sistema jurídico; genera un efecto

irradiación respecto a las demás materias. El máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia en materia constitucional, la Corte Constitucional, produce precedentes obligatorios y vinculantes.

A este respecto, *Juan Montaña* (2012:36) puntualiza que la Corte Constitucional tiene un papel definitivo en la transformación del sistema de fuentes, en razón de que la jurisprudencia constitucional está llamada a convertirse en la fuente fundamental de la resolución de los conflictos sociales del país. La Corte Constitucional del Ecuador ha enfatizado que *“todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional”*¹⁰.

Sin embargo, *J. Montaña* (2012:39) pone de manifiesto algunas dificultades para convertir los fallos de los jueces constitucionales en fuente directa del derecho: las sentencias no consiguen resumir y sintetizar los hechos adecuadamente; no existen criterios claros y homogéneos para el manejo del precedente horizontal; no hay un lenguaje técnico normalizado de cada una de las acciones; no existe doctrina judicial propia para identificar el pensamiento y el enfoque doctrinario que ha desarrollado la Corte; las sentencias abusan de citas doctrinarias extranjeras; existen fallas de argumentación; no hay cadena de argumentos deductivos ni esfuerzos suficientes para indicar las razones de las decisiones; subsisten problemas de registro de las sentencias que hacen muy difícil encontrarlas y utilizarlas.

Como lo remarca *Juan Montaña* (2012:91), el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde sus orígenes, fue influenciado por el paradigma del “legicentrismo”, de inspiración francesa, al amparo de dos conceptos jurídicos básicos: el Estado de derecho y la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos.

Todo ha girado alrededor de la ley como acto supremo e irresistible al que no se le opone un derecho más fuerte, cualquiera sea su forma o fundamento y la fuente principal de producción del derecho ha sido el parlamento, a través del procedimiento legislativo parlamentario, y la ley, como encarnación paradigmática de la voluntad general, ha sido la manifestación de la normativa por antonomasia.

¹⁰ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, pág. 14.

La Constitución ecuatoriana del 2008 cambia esta tradición y plantea como aspectos esenciales del nuevo sistema de fuentes, al decir de *J. Montaña* (2012:127): el reconocimiento del carácter normativo y prevalente de la Constitución, el mantenimiento de la ley como forma principal de expresión normativa, el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, la modificación de la posición y del valor del derecho internacional en el sistema de fuentes, y la superación de la tradicional identidad derecho-derecho estatal por medio del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas como fuente del derecho en los territorios indígenas.

El posicionamiento teórico plasmado por la Constitución ecuatoriana –acotan *Angélica Porras y Johanna Romero* (2012:41), ha sido precisamente el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho, particularmente mediante la justicia constitucional, ello cuanto a la Carta Fundamental cataloga a las decisiones del órgano constitucional con carácter vinculante.

Roberto Bhrunis (2010:30) afirma que la columna fundamental del derecho constitucional, depositada por el constituyente de Montecristi, es la interpretación de la Constitución entregada a los jueces, circunstancia que de forma material pone de relieve la supremacía de su contenido, en las relaciones entre las personas y de éstas con el Estado, porque la nueva institucionalidad del Estado tiene como fin el debatir el desarrollo y los límites a ser determinados por la justicia constitucional, a través de las sentencias y dictámenes constitucionales.

Como señala el Tribunal Constitucional alemán, invocado por *Jürgen Habermas* (2008:317) *“el derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un plus en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese plus y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional”*.

En el Estado Constitucional se ha operado –según *Antonio Enrique Pérez Luño* (2011:75)- un triple desplazamiento en materia de fuentes del Derecho:

1) El *desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución*: en el Estado liberal de derecho, la ley aparece como la fuente jurídica suprema, las demás fuentes normativas son subalternas o subsidiarias; la ley supone el cauce principal y normal de expresión de la voluntad normativa del Estado, de un Estado que consideraba un atributo básico de su soberanía el monopolio del sistema de fuentes jurídicas; en el Estado

Constitucional, la primacía de la ley cede su puesto a la primacía de la Constitución que como cúspide de la pirámide jurídica y norma máxima del ordenamiento jurídico, garantiza la conformidad a su contenido de todas las normas restantes y la consiguiente nulidad de las que la contradicen;

2) El *desplazamiento desde la reserva de la ley a la reserva de la Constitución*: el principio de reserva de ley suponía atribuir exclusivamente al parlamento la definición, a través de normas generales y abstractas, de los aspectos básicos del status jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...); la reserva de ley entrañaba una doble garantía: de una parte, las materias jurídicas más importantes no serían reguladas por normas de rango inferior a la ley, pero al mismo tiempo una consciente autolimitación del legislador, puesto que éste reservaría la ley a lo esencial, sin recurrir a ella más allá de lo necesario; la reserva de Constitución implica que existen ámbitos en los que el Texto Fundamental atribuye al parlamento alguna función constituyente para el desarrollo de cuestiones constitucionales básicas, como el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales, a través de leyes orgánicas, por ejemplo, que materialmente se integran al bloque de la Constitución, al implicar el desarrollo de algunos de sus aspectos nucleares; y,

3) El *desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad*: no sólo la legalidad de las actuaciones del poder público se pone bajo el control de los jueces (jurisdicción contencioso administrativa), sino que surge una jurisdicción especializada para el control judicial de la Constitución, especialmente de los derechos en ella consagrados (jurisdicción de la libertad) y el control de las actuaciones del poder público contrarias a la Constitución (jurisdicción orgánica o control de constitucionalidad).

La Constitución, dentro del modelo neoconstitucionalista –sostiene *Luis Castillo Córdova* (2008:177)- deja de concebirse como mera realidad retórica para pasar a formularse como una realidad normativa y, por tanto, efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder político y los particulares. Es una norma jurídica fundamental abierta a valores, a fin de mantener la unidad en la producción de las distintas fuentes normativas. Los contenidos de la Constitución –en particular los derechos fundamentales- se expanden y transmiten hacia el entero ordenamiento jurídico, es decir, tienen fuerza de irradiación. La Constitución proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia.

La Constitución en el Estado Constitucional ha de ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en los casos concretos. Esta

labor de concreción y determinación –al decir de *L. Castillo C.* (2008:180)- se lleva a cabo necesariamente a través de un proceso interpretativo de las normas constitucionales, en particular de las que reconocen derechos fundamentales, por parte del decisivo intérprete y protector de la Constitución, el órgano que tiene la interpretación última a la que se le otorga carácter vinculante en función de la certeza, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Pedro Grández Castro (2010:17-18) postula la estrecha relación entre el modelo de Estado Constitucional, la relevancia que adquiere en este contexto la actividad judicial en la adjudicación de los derechos y la urgencia de asumir en serio una teoría exigente de argumentación jurídica como estrategia de legitimación de los poderes públicos y, de manera especial, del poder de los jueces, puesto que el derecho en un sistema jurídico constitucionalizado no puede ser comprendido desde una concepción positivista ortodoxa, se plantean nuevos desafíos en torno a las nociones básicas del derecho como orden jurídico, las fuentes, la interpretación, la validez jurídica, entre otros.

Manuel Atienza (2006:15) remarca en la dimensión argumentativa del Derecho y puntualiza cinco factores que determinan la centralidad de la argumentación jurídica en el quehacer de los operadores jurídicos y en general en la cultura jurídica: 1.- el *factor teórico*, expresado en la necesidad de construir una concepción del derecho con énfasis en la argumentación; 2.- el *factor práctico*, puesto que la aplicación del derecho, en particular, en el Estado Constitucional, es esencialmente argumentativo; 3.- el *sistema jurídico*, diferente en el Estado legislativo con relación al Estado constitucional que exige mayores y mejores niveles de justificación de las decisiones de los órganos del poder público; 4.- el *factor pedagógico*, que demanda una enseñanza del derecho mayormente metodológica y argumentativa; y, 5.- el *factor político*, que se refiere al modelo democrático-deliberativo de sociedad, que reclama un incremento cuantitativo y cualitativo de la argumentación, el diálogo y la deliberación colectiva, como medios de legitimación democrática.

“La Ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta”, nos señala con especial lucidez *Gustavo Zagrebelsky* (2009:35). Por su parte, *Luis Prieto Sanchís* (2013:36) apunta que la teoría de las fuentes del positivismo fue rotundamente legalista y esta imagen parece hoy insostenible por la sencilla razón de que, en el marco del constitucionalismo, la ley ha dejado de ser la fuente suprema del derecho. Es casi una obviedad –acota- pero si el positivismo acertaba al ser legalista, el neoconstitucionalismo acierta al mostrarse precisamente constitucionalista.

La Corte Constitucional ha sido muy enfática al señalar que el nuevo paradigma del Estado Constitucional de derechos y justicia, en que el Ecuador se encuentra inserto a partir del 20 de octubre de 2008, *“presupone una decodificación y reconstrucción del Derecho, desde sus bases, hasta su más encumbrada cúspide”*¹¹, y que *“es jurídicamente obligatorio y políticamente necesario, interpretar todo el ordenamiento jurídico, desde el prisma de la Constitución, de conformidad con ella”*¹². La Corte también ha definido las connotaciones del nuevo modelo de Estado y de Derecho y su articulación con el paradigma del neoconstitucionalismo, en el ámbito de las fuentes, al precisar que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia *“implica toda una revolución conceptual y doctrinaria, una reformulación desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y su génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia”*¹³.

Por todo lo expuesto, es claro que el conjunto de nuevos paradigmas jurídicos que se derivan de la Constitución del 2008, y luego la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, permiten la configuración de un nuevo proceso civil, el proceso civil por audiencias, con predominio de la oralidad como eje del nuevo modelo procesal, se superó el viejo esquema escriturario, se otorgó un rol protagónico al juez, con amplias potestades para que ejerza un papel activo en diálogo con las partes, y con sujeción a los principios de inmediación, celeridad, concentración, economía procesal, buena fe, publicidad e igualdad.

¹¹ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, pág. 12.

¹² *Ibídem*.

¹³ *Ibídem*.

CAPÍTULO II
INCIDENCIA DE LOS NUEVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONALES EN EL
PROCESALISMO EN GENERAL Y EN EL PROCESO CIVIL EN PARTICULAR

2.1. Enfoques privatista y publicista del proceso civil.

El proceso civil –enseña el maestro *Devis Echandía* (2007:446) tiene diversas funciones: servir de medio para declarar un derecho, tutelar derechos subjetivos entre particulares, lograr la realización de derechos mediante su ejecución y facilitar la práctica de medidas cautelares para asegurar el derecho reclamado.

El proceso civil es el que se ventila y dirime por la jurisdicción ordinaria y sobre cuestiones de derecho privado en su esencia, sostiene *Eduardo Pallares* (1997:644). De acuerdo a la doctrina tradicional, remarca *Humberto Briseño* (2005:44), en el proceso civil, la iniciativa, por regla general, corresponde al particular, busca la verdad formal, se rige por el principio de la libre apreciación de las pruebas.

Explica *Briseño* que lo que distingue al proceso civil de cualquier otro es el tipo de pretensión. Es la particular sustancia civil que colorea la pretensión, lo que permite hablar de construcciones seccionales en la rama procesal, y aún dentro de los tipos del proceso civil. Al respecto, los privatistas piensan que el proceso civil es de derecho privado porque analizan la sustancia. Los publicistas creen que es de derecho público porque atienden a la heteronomía de la regulación de la serie dinámica.

Según *Juan Montero* (2007:25), los principios de oportunidad y dispositivo determinan la concepción ideológica propia del proceso civil, en virtud de los cuales, el ejercicio de la función jurisdiccional por los juzgados y tribunales exige la existencia de un particular que comparezca ante el órgano jurisdiccional y que pida la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que afirma como propio; presupone también que ese particular va a determinar el objeto del proceso por medio de su pretensión y que el demandado va a contribuir a determinar el objeto del debate; la distinción entre el objeto del proceso y el objeto del debate precisa completarse atendiendo al tema de la prueba esto es, a lo que debe probarse en el proceso para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte.

Lo que caracteriza al proceso civil, de acuerdo al citado procesalista español (2004:333), es el carácter privado del interés que la parte solicita sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese interés es el individuo, no la sociedad –acota- y por tanto se trata de un derecho o interés disponible, por lo que el proceso civil es el instrumento destinado a la satisfacción o tutela de intereses privados.

En el contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el ámbito de la jurisdicción civil se encuentra especificado en el Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo artículo 240 establece que son atribuciones de las juezas y los jueces de lo civil y mercantil: conocer y resolver en primera instancia los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad; conocer y resolver en primera instancia, todos los asuntos de materia patrimonial y mercantil establecidos en las leyes, salvo las que corresponda conocer privativamente a otras juezas y jueces; conocer de la indemnización de daños y perjuicios, derivados de delitos, cuando en el juicio penal no se hubiese deducido acusación particular; conocer en primera instancia de los juicios colusorios.

La doctrina ha caracterizado dos grandes tendencias en relación a los fines del proceso civil: la resolución de controversias y la adopción de una decisión justa. *Iván Hunter Ampuero* (2011) sistematiza esos dos enfoques, y refiriéndose al primero, lo identifica como aquel modelo que otorga al proceso civil la única finalidad de resolver conflictos jurídicamente relevantes, por lo que, desde esta perspectiva, cumple una función eminentemente pragmática destinada a lograr la paz social mediante la extirpación del conflicto, se orienta a la obtención de la certeza jurídica por medio de la cosa juzgada.

Se trata de un fin eminentemente pragmático donde lo esencial es asegurar a los ciudadanos el desarrollo de un procedimiento justo, y no necesariamente una decisión justa. El proceso, según este perfil, fomenta el libre juego de los litigantes, bajo el entendido de la naturaleza privada del objeto del proceso, la irrelevancia de la verdad en la decisión judicial y el rol de espectador del juez que está desprovisto de atribuciones en la conducción del proceso y particularmente en materia probatoria.

El fin del proceso civil –acota *Beatriz Quintero* (2008:396)- parte de una concepción mixta, en donde se tiene como fin inmediato resolver el conflicto entre las partes, y como fin mediato, aplicar el derecho sustancial y mantener el orden público. Por su lado *Diana Ramírez* (2010:27) sostiene que el proceso civil intenta dar respuesta a unas garantías constitucionales, está estrechamente vinculado con los valores que se estructuran desde el Estado, se caracteriza por la igualdad material de las partes y la elaboración de sentencias racionales basadas en parámetros de justicia.

Los argumentos bajo el enfoque privatista se fundan en el criterio de que la responsabilidad de la marcha del proceso corresponde únicamente a las partes y que la mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial, por lo que el desinterés o la

incuria de cualquiera de las partes en aducir sus pruebas no pueden ser suplidos por el juez con el pretexto de inquirir la verdad real sobre las materias controvertidas. La actuación del juez debe ser imparcial en todo tiempo. El decreto oficioso de pruebas, por ejemplo, supone romper la imparcialidad y la igualdad.

En el entorno latinoamericano, son varios los procesalistas que han esgrimido posiciones decididamente compatibles con la visión privatista del proceso civil. Pasemos revista a algunos de ellos, a fin de contrastar con las posturas opuestas, en orden a enriquecer el debate doctrinal sobre el tema.

Adolfo Alvarado Velloso (2004:100) considera que la figura del juez, concebida como la de un capitán de barco en funciones de director del proceso, hace perder de vista la imparcialidad que requiere esencialmente la idea del debido proceso. Los jueces –sostiene– tienen la primordial misión de resolver los litigios: solo con ese resultado logran aquietar las pasiones enardecidas de los litigantes impenitentes y, con ello, el mantenimiento de la paz social. Pero para hacerlo, debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: situado en el presente, debe analizar hechos que se dicen cumplidos en el pasado y encuadrarlos en una norma jurídica y a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para lo futuro, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta.

El juez actuante en un litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes, conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de la controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas.

Un juez –critica *Alvarado Velloso*– que sale oficiosamente a confirmar (o probar) las afirmaciones que ha hecho una parte procesal y que han sido negadas por la otra, en aras de encontrar la verdad resplandeciente y final, pertenece por derecho propio a lo más granado de la élite inquisitorial, y este juez, precisamente se concibe como paradigma de la tendencia doctrinal que se ha apropiado de nuestros ordenamientos procesales civiles (vía prueba oficiosa o en calidad de medidas para mejor proveer) y que, además, busca lograr la meta de la justicia aun con desmedro del método de discusión.

Al actuar dentro de un sistema dispositivo, puntualiza este procesalista, al juez sólo le toca establecer en su sentencia la fijación de los hechos (entendiéndose por tal la definición de aquellos acerca de los que logró durante el proceso la convicción de su existencia, sin que preocupara en demasía a este sistema si los así aceptados coincidían exactamente con los

acaecidos en el plano de la realidad social) –“verdad formal”- y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida. En este sistema, el juez solo tiene la misión de buscar -con clara imparcialidad en su actuación- el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos aceptan acerca de los hechos sobre los que discuten), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida.

El sistema inquisitivo –acota *Alvarado Velloso*- concibe en cambio, al juez como investigador de la “verdad real”, para lograr con ésta hacer justicia, y en tal sentido actúa en doble rol de investigador-justiciero, comprometiendo su imparcialidad, lo cual es gravemente preocupante. Este procesalista es partidario del sistema dispositivo y descarta por completo que en los países de la región pueda -o deba- aplicarse el sistema inquisitivo y, por ende, el sistema mixto, y frente al trance de elegir un método de juzgamiento dice enfrentarse con una alternativa inexorable: o elige un proceso que sirva como medio de opresión u opta por un método que se presente en sí mismo como último bastión de la libertad.

Con relación al enfrentamiento, que considera absurdo, de los procesalistas de América, *Alvarado Velloso* proclama la libertad, la garantía del debido proceso, el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia, donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez y puesto por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor, con absoluta bilateralidad de la audiencia y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme lo normado por la Constitución.

Hugo Botto Oakley (2006:181) estima que las medidas para mejor resolver y las pruebas de oficio afectan al principio de la imparcialidad del juez, y al ser este principio parte estructural de la justicia, ésta afectará a su vez al derecho procesal del debido proceso. Si falta la imparcialidad del juzgador, no se cumple con el requisito de justicia y por lo tanto no existe debido proceso.

A más de esto, puntualiza el prenombrado autor, no es función del juez probar. Probar es de resorte exclusivo y excluyente de las partes, las cuales deben diseñar sus estrategias probatorias y rendirlas en la oportunidad procesal que tienen. No se puede pedir ni exigir al juez funciones ajenas a su delicada misión de impartir justicia en base a la dirección del procedimiento para que aquél se desarrolle sobre los principios de bilateralidad e igualdad de oportunidades procesales y en base a la sentencia jurisdiccional, no en base a suplir el

deber probatorio que asiste a las partes, por muy loables y rectas que sean las intenciones que existan al decretar tales pruebas.

La iniciativa probatoria en cabeza del juez, sostiene *Botto*, baja al juzgador de su sitial superior y de equidistancia con ambas partes y lo pone a la altura de aquellos que deben rendir las pruebas, y luego de rendidas, se le sube nuevamente a dicho sitial para que dicte sentencia sin perjuicio alguno e imparcialmente, lo cual ya resulta a esas alturas del razonamiento del sentenciador volitivamente imposible de que ocurra.

Si propugnamos un debido proceso, al decir del prenombrado profesor chileno, necesitamos la concurrencia de los elementos de racionalidad y justicia, y si en ésta no concurre la imparcialidad del juzgador, simplemente aquélla no existe con la intensidad y fortaleza que se requiere y desaparece simplemente la base estructural de la igualdad de las partes, transformándose objetivamente la base imparcialidad en parcialidad del juez, lo que provoca el colapso del instituto y garantía fundamental del debido proceso y por qué no decirlo, también de la garantía de la defensa procesal.

Omar Benabentos (2001:420) afirma que el ideario publicista-inquisitivo-autoritario-decisionista instalado en la dogmática y la normativa procesal de América Latina, registra un altísimo grado de aceptación hacia el modelo autoritario y considera con relación a las pruebas de oficio y las medidas para mejor proveer, que deben limitarse de una buena vez los poderes desmedidos de los jueces producto del neo-inquisitismo del siglo XX.

Considera este autor que la instauración y mantenimiento del paradigma autoritario en el derecho procesal latinoamericano es una equivocación colectiva en la ciencia y en la normativa procesal y rechaza el argumento relativo a que las atribuciones jurisdiccionales de investigación y prueba constituyen una sabia mezcla introducida en los códigos procesales modernos que combinan presupuestos propios del sistema de procedimiento dispositivo con criterios inspirados en el carácter público del proceso actual.

Este engendro, para el citado jurista argentino, está legitimado en el supuesto interés del Estado para que se resuelvan todos los pleitos bajo un modelo epistemológico que busca la verdad (total) y la justicia (absoluta) en cada litigio, a cuyo efecto se otorgan más y más poderes a los jueces, bajo el supuesto de que un juez suficientemente robustecido para investigar y probar de oficio, declarar la existencia de un derecho sin un contradictorio serio y alterar las reglas de la carga de la prueba, constituye la única opción para que la jurisdicción pueda cumplir adecuadamente con la misión estelar que, en estos tiempos modernos, entienden, ha sido reservada para el juzgador.

Benabentos considera que el sistema de procesamiento dispositivo es el único que constituye un auténtico freno al poder judicial, además es el que impide que se instaure el paternalismo y el decisionismo que hoy es pan nuestro de cada día en el ámbito jurisdiccional. Sólo un sistema netamente dispositivo terminará con los híbridos ideológicos y las normas de corte inquisitivo.

Advierte que hay un doble discurso prevaleciente en el Derecho Procesal de América Latina: garantista en los postulados constitucionales e inquisitorial en los códigos procesales. El juez se lanza a investigar o probar de oficio, porque así lo autorizan las normas procesales inspiradas en sistemas inquisitivos, pero a su vez un elemental compromiso con la imparcialidad y la igualdad debida a las partes, impuesta constitucionalmente como una garantía procesal, lo condiciona a respetar ese deber funcional y no dañar ese claro derecho que le asiste a los mismos. La figura del juez se debate en un forzado dualismo.

El resultado de ese anormal desdoblamiento –acota- implica que el juez no realiza bien ni la función de investigar –que de suyo es ajena a él y propia de las partes- ni la de fallar, porque ya con la investigación previa o el despacho de medidas probatorias de oficio, contaminó irremediablemente su imparcialidad. Así, el sistema de procesamiento se vuelve esquizofrénico y altamente inestable e imprevisible, concluye el jurista citado.

Juan Montero Aroca (2007:592) advierte el quebrantamiento del atributo de imparcialidad del juez, cuando de la prueba de oficio se trata, ya que entra en juego algo que afecta a la esencia del proceso. Señala que la prueba de oficio es contraria a la Constitución, por serlo a la imparcialidad judicial. La investigación oficial y la búsqueda de la verdad material son atribuciones del juez contrarias a su función en el proceso, pues se está erigiendo al mismo tiempo, en juez y parte.

Ángel Ascensio (2003:134) considera que la actuación oficiosa del juez en materia probatoria, al suplir la inactividad procesal de cualquiera de las partes, a condición de procurar mantener la imparcialidad y la igualdad, es injustificable en teoría porque materialmente se está convirtiendo en parte, ya que no es posible obrar con equidad y necesariamente favorecerá a uno de los dos litigantes lo que pone en entredicho su papel de tercero ajeno e imparcial al conflicto.

La prueba de oficio es analizada por *Roberto González* (2013:606) a la luz de las dos corrientes contrapuestas: el publicismo y el dispositivismo.

Según el publicismo, la prueba de oficio es un poder-deber del juez que obedece a que: (i) el proceso tiene un fin público, que es hacer justicia; (ii) el juez es director del proceso; (iii) el

juez tiene la obligación de buscar la verdad; (iv) el juez no sólo debe tener acceso a los hechos, sino que lo mínimo que su cognición debe satisfacer es aproximarse a la verdad, dada una necesidad psicológica y lógica de ella; (v) la prueba de oficio tiene carta de ciudadanía en diversos ordenamientos; (vi) despeja dudas determinantes para un conocimiento máximo de los hechos ante la insuficiencia de la actividad probatoria; (vii) condiciona la solución justa del proceso a la declaración judicial certera de los hechos; (viii) busca la materialización de los principios de igualdad de partes y de legítima defensa, tratando de fortalecer el debido proceso, la certeza de los hechos y la economía procesal; (ix) procura plenas garantías a las partes por su ordenación debidamente argumentada y motivada, por dejar abierta la defensa y la contradicción; (x) condiciona el nivel de intervención del juez al nivel de responsabilidad de las partes, de modo que “a más irresponsabilidad o, mejor, negligencia de parte, más intervención judicial”, consecuentemente “a más diligencia de parte menos intervención del juez”; (xi) es de uso excepcional a favor del descuido de una de las partes, porque ello implica que hay ruptura en la igualdad de las partes.

Roberto González (2013:607) sintetiza y enjuicia la posición del publicismo frente a la prueba de oficio, del siguiente modo:

Para el publicismo, el juez debe hacer uso de su discrecionalidad para disponer oficiosamente la actuación del medio probatorio, que convenga al hallazgo de la verdad en el proceso, para la satisfacción de su libre convencimiento. Situación que pese a aferrarse a la configuración de límites a los poderes de instrucción del juez, que son los “deberes” que fluyen de la función jurisdiccional, no deja de mostrarse abiertamente discrecional, particularmente porque no logra divisar, con la fuerza necesaria, que cualquier equilibrio entre autoridad y libertad, o función judicial procesal y acción, no obedece al estado constitucional de derecho si no se solventa en el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad, claro está, tal vez el (in) consciente arraigamiento positivista de esta parte del publicismo no deja advertir que el derecho tiene claramente la moral puesta en juego constitucional, y que es necesaria una mirada neoconstitucional que traiga a escena el orden principal necesario para poner en mesa el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad.

Según el positivismo, la iniciativa probatoria de oficio elimina la imparcialidad del juez y viola la rígida prohibición de utilizar el conocimiento privado del juez lo que conduce al quebrantamiento del debido proceso.

Por su parte, *Antonio María Lorca* (2013:233) proclama que al procesalista sólo le interesa el proceso justo, no la justicia, de ahí que el derecho procesal desee hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo que haga posible el proceso justo, sin que sea su finalidad primordial alcanzar la verdad o la justicia; sería enormemente pretencioso, considera el mencionado autor, atribuir al derecho procesal esa finalidad.

Respecto a la vertiente doctrinaria que considera que el proceso es un mecanismo de tutela y garantía de los derechos subjetivos e intereses legítimos mediante la actuación del orden jurídico, *Hunter* (2011) postula que en esta matriz conceptual, el proceso civil se orienta a la obtención de decisiones justas basadas en la verdad, puesto que ésta sería la única forma de tutelar efectivamente los derechos de los ciudadanos. La justicia de la decisión toma como condición necesaria, aunque no suficiente, la verdad o realidad de los hechos, y en tal sentido, se otorga al juez suficientes poderes para dirigir el proceso y alcanzar la verdad.

“El juez, como representante de la sociedad, tiene que encarnar las mismas necesidades de ésta, y una de ellas es la de información, saber qué pasó, qué sucedió realmente, a fin de orientar el proceso cognoscitivo, y frente a esta necesidad del juez, no es posible abortar la búsqueda de la verdad con el criterio de que todo el aspecto probatorio debe estar en cabeza de las partes”, sostiene el maestro *Jairo Parra Quijano* (2004:20).

El juez espectador ha quedado en la historia; su rol es hoy diligente, interesado en el resultado útil de lo que personalmente haga. El juez, al decir de *Augusto Morello* (2005:13) “vigila, orienta, explora y gestiona pruebas”. Y “el juez espectador, en un papel puramente pasivo, de receptor de alegaciones y pruebas, no sirve”, enfatiza *Alcalá-Zamora*.

La vertiente doctrinaria favorable a la intervención del juzgador en la actividad probatoria, parte de la consideración de que el juez es el director del proceso que debe averiguar la verdad, para sobre ella dictar una sentencia justa. Un juez interventor en el proceso, con poderes que le permitan decretar pruebas de oficio: he allí la tesis, con definidos contornos, propia del enfoque publicista del proceso civil.

En esa dirección se orienta *Hernando Devis Echandía* (1979:284), quien hace elocuente la transición de aquel juez que debía contentarse con los medios probatorios que las partes le llevaban y sobre cuya base debía fallar muchas veces contra su personal convencimiento y su conciencia, a la de aquel juez con iniciativa para la práctica oficiosa de las pruebas que

considera convenientes para la formación de su concepto sobre los hechos que interesan al proceso, y refuerza el nuevo perfil del juzgador con roles protagónicos en la conducción del proceso y el ejercicio de facultades oficiosas en relación con la actividad probatoria, como la de rechazar la admisión o práctica de las pruebas inconducentes, rechazar la admisión o práctica de las pruebas impertinentes o irrelevantes, rechazar la admisión o práctica de las pruebas cuando sean inútiles por otros motivos, ordenar oficiosamente la repetición de cualquier prueba, cuando haya sido mal practicada o la considere deficiente y la libre valoración del material probatorio.

Este mismo ilustre procesalista colombiano considera que sólo en los “países procesalmente subdesarrollados” continúan imperando aquellas absurdas limitaciones, que son rezagos del arcaico criterio privatista del proceso civil, que restringían la iniciativa probatoria del juez a la doble atadura del criterio dispositivo riguroso y a la tarifa legal; y reseña que en las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Caracas, en abril de 1967, se aprobó por unanimidad la recomendación a los países de América, para introducir esta doble libertad del juez en los procesos civiles: la doble libertad de valoración y de aportación oficiosa del material probatorio.

Al tomar partido *Devis Echandía* a favor de la facultad del juez para ordenar y practicar de oficio las pruebas que estime convenientes para fundar su decisión, refiere, en su obra citada (1979:288), la línea que en esta dirección han seguido los países de Europa y algunos países de América como Argentina, Brasil y México, así como también destaca la posición igualmente de adhesión a esta facultad, de la doctrina moderna encarnada en los procesalistas Pescatore, Lessona, Micheli, Carnacini, Carneluti, Rocco, Rosemberg, Joao de Castro Méndez, De la Plaza, López Da Costa, Pontes de Miranda, Couture, Fornatti, Sentis Melendo, Rodríguez Carlos y Peña Juan, entre otros.

Por su parte, *Augusto Morello* (2008:378) considera que “los jueces son los que, en el Estado de Derecho, rescatan y afirman los arbotantes que dan solidez y permanencia al orbe jurídico, a su plataforma ética, evitando las desviaciones, la quiebra de la seguridad jurídica, los abusos, o los actos que perjudican los legítimos derechos de terceros”.

Para este procesalista, el juez es el “director del proceso” con el control real de los abogados de parte. “El proceso es el fruto de un obrar compartido, un esfuerzo común y a su justo desenlace todos los que actúan en él deben cooperar, con el grado de intensidad que determina el perfil de cada situación controvertida”.

Actualmente, la gestión probatoria se distribuye inter partes y la obra de estructurar y definir el litigio es común y depende de su activa participación en la tarea concurrente y sincronizada de involucrarse en la paz social y en los resultados justos a través de un proceso justo y mediante el esfuerzo compartido de acceder a la verdad respetando los hechos relevantes y las circunstancias acreditadas en la causa. Y en este debate, el papel del juez, es el de director activo, atento y preocupado por la valiosa (justa) terminación de la controversia.

Este enfoque, según *Morello*, ha movido la totalidad de las piezas del tablero del proceso judicial. “Los convocados en el debate –todos- deben cooperar: actor, demandado, juez. Ninguno ajeno y distante debe mirar indiferente lo que los otros hacen o dejan de hacer”.

El maestro *Parra Quijano* (2004:9), sostiene que en el proceso debe investigarse y descubrirse la verdad, y en consecuencia es necesario permitir que el pensamiento del juzgador, en busca de ese fin, se abra paso y cree necesidades cognoscitivas, para cuyo abastecimiento cuenta precisamente con la posibilidad de decretar pruebas de oficio.

Si el valor que manejamos en el proceso -reflexiona *Parra*- es el de investigar para descubrir la verdad y sobre ella construir una sentencia justa, el proceso cognoscitivo del juzgador adquiere necesariamente un ánimo heurístico, de descubrimiento, de pesquisa, su norte es la averiguación de la verdad. Y por tanto, hace uso legítimo de su facultad para decretar pruebas de oficio. Pero, si con el proceso sólo pretendemos componer el conflicto, con prescindencia de la búsqueda de la verdad, el juez se limita a fallar exclusivamente con los elementos aportados por las partes, y en consecuencia, no decreta pruebas de oficio.

Afirma *Parra* que el juez ha sido educado para investigar (dentro de ciertos límites) y cuando descubre una deficiencia probatoria y como consecuencia, detecta un “vacío cognoscitivo” sufre una molestia similar al dolor físico, y frente a esta situación, la necesidad básica de información y comprensión, presiona al juez y debe hacer lo que sea necesario para su satisfacción. No es posible pedirle al juez que renuncie a su necesidad de información para orientar el proceso cognoscitivo, tal necesidad debe ser satisfecha, lo cual se logra con las pruebas de oficio.

Finalmente, *Jairo Parra* (2004:9) hace patente su posición doctrinaria, al afirmar que:

Tomamos partido por la ideología que afirma que en el proceso se debe averiguar la verdad, para sobre ella dictar una sentencia justa. Ello supone tener un juez interventor en el proceso, con poderes que le permitan decretar pruebas de oficio.

Piero Calamandrei (2006:127) con señalada elocuencia, asume también la posición doctrinaria que confiere al juez poderes en el tema probatorio, y se pronuncia en los siguientes términos:

De la consideración de la jurisdicción también en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta conocer el carácter público de la función jurisdiccional para considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en el que el juez asiste como espectador impasible (...) el juez, también en el proceso civil, debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo activo, rápido y seguro: no vale objetar que cuando la materia de la contienda pertenece al derecho privado también la marcha del proceso se puede considerar como negocio privado, cuya suerte puede abandonarse al interés individual de los contendientes; por el contrario también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solícita aplicación de la ley al caso concreto. La atribución de esta iniciativa ex officio no supone una quiebra o vulneración del principio dispositivo, alma mater del proceso civil, en la medida en que el actor y el demandado conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso.

Los procesalistas *Valentín Cortés* y *Víctor Moreno* (2005:239), en referencia al rol del juez en el proceso, sostienen que:

“Si bien la naturaleza del derecho dispositivo impone un proceso en el que domine el principio de la demanda y en donde sean las partes quienes aporten en exclusiva el material de hecho o propongan en exclusiva los términos concretos del debate, esa naturaleza dispositiva no impone que el juez quede totalmente maniatado en el amplio campo de los actos probatorios. Un juez mero espectador de lo que las partes hacen en materia probatoria en el proceso, no es la mejor garantía para la obtención de la decisión justa, entendiendo ésta como la más adecuada a la realidad fáctica y jurídica de las cosas. (...) Es importantísimo el equilibrio entre los poderes del juez y las partes en materia probatoria”.

Según *Michele Taruffo* (2013:30-32), el enfoque privatista, individualista o liberal del proceso civil, implica que éste debe ser “integralmente puesto a la voluntad y a la libertad de las partes”, y es así no solo en la instauración del procedimiento (*principio de la demanda*) y la

individualización de su objeto (*principio de la correspondencia entre lo solicitado y lo pronunciado*), sino también en toda la secuencia de los actos y de las audiencias, hasta la decisión final. Equivale, en otras palabras, a la total disponibilidad de las partes privadas sobre el proceso.

El valor fundamental en este enfoque es la libertad de las partes, que pueden hacer todo aquello que quieran y cuando quieran, libres para modificar la demanda y las excepciones o de introducir otras nuevas, y de deducir la prueba, a lo largo de todo el curso del procedimiento y también las fases de la impugnación (*principio de ausencia total de preclusiones*).

El proceso civil, conforme a esta perspectiva teórica, está destinado solamente a resolver controversias, y por tanto, las partes tienen el monopolio de los medios de prueba, y el juez no debe interferir, sólo asume un rol pasivo en materia probatoria. Es la concepción netamente adversarial del proceso.

La concepción publicista, en cambio, asume que el proceso civil es un instrumento que el Estado pone a disposición del ciudadano para la tutela de sus derechos, y que por tanto, debe ser eficiente. Equivale a la limitación de la autonomía de las partes y la atribución al juez, del poder-deber de gobernar el proceso en modo tal que asegure una justicia rápida y efectiva.

El proceso civil publicista tiende a ser lo más rápido posible y eficiente, concentrado en no más de una o pocas audiencias, a través de un orden en la secuencia de las actividades defensivas de las partes, evita repeticiones, pérdidas de tiempo y privilegia el principio de la preclusión, evitando tácticas dilatorias de las partes.

El proceso civil, a la luz de este posicionamiento teórico, debe tender a la tutela efectiva de los derechos, y dentro de ellos, la confirmación de la verdad de los hechos, a cuyo efecto se atribuye al juez un rol activo en la adquisición e las pruebas, paralelamente a la iniciativa de las partes.

El esclarecimiento de la función de la prueba se halla conectado directamente con el concepto y los objetivos que se asuman, respecto del proceso judicial: o es objetivo del proceso judicial establecer la verdad de los hechos; o, lo es resolver el conflicto entre las dos partes del caso.

A ese respecto, *Taruffo* (2008:20) explica que las cosas son bastante claras cuando la verdad de los hechos en disputa se asume como una meta del proceso judicial y como un rasgo necesario de las decisiones judiciales, en cuyo caso, los tribunales deberían establecer la verdad de los hechos en litigio y la verdad debería ser determinada tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles, y los elementos de prueba se deberían concebir como el medio que puede y debería ser usado para establecer la verdad de los hechos relevantes, es decir, para lograr una de las metas fundamentales de la administración de justicia. Y a este respecto, una decisión legal y justa debe fundarse en premisas fácticas fiables, y esas premisas son suministradas por los medios de prueba adecuadamente presentados ante el tribunal. Esta es la posición que concibe al proceso judicial como medio para aplicar la ley a los casos individuales tomando como base criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia.

La otra teoría, considera al proceso judicial como método de resolución de conflictos, que tiene su origen en la ideología liberal, y que para tal efecto, no es necesario establecer la verdad de los hechos en disputa, ya que en muchos casos los conflictos pueden ser resueltos aun sin buscar ni descubrir la verdad de los hechos subyacentes; la verdad de los hechos puede ser útil, pero no es una meta del proceso: se trata más bien de un subproducto o efecto colateral de un proceso cuyo objetivo es resolver la controversia entre las partes y sólo en el interés particular de las partes, por lo que no hay necesidad de definir la estructura del procedimiento judicial bajo la finalidad de la búsqueda de la verdad.

2.2. El debido proceso sustantivo y adjetivo.

Materializar los derechos de las partes, a través de un procedimiento justo y correcto, es considerado objetivo estratégico del proceso. A este respecto, tanto la doctrina como la Constitución, la ley y la jurisprudencia han ido dotando de contenido al concepto de debido proceso, comprensivo no sólo de aquellas garantías formales relativas a la conducción del proceso, sino también de la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en la litis.

Oswaldo Alfredo Gozáini (2004:9), al hacer el abordaje del debido proceso advierte de una multiplicidad de contenidos e interpretaciones que caracterizan a esta categoría jurídica compuesta por un conjunto de principios y presupuestos que, con independencia de los códigos adjetivos, considera ha sido especialmente perfilada por la jurisprudencia nacional, internacional y transnacional, y sitúa la visión del tema desde la perspectiva de los derechos

humanos, a partir de la cual construye una teoría para el acceso a la justicia que presupone, en primer lugar, el derecho a ser oído, desencadenando todo un sistema metodológico que persigue la plasmación de los derechos a la jurisdicción, a un juez independiente e imparcial, a la prueba, a una sentencia motivada, a un tiempo razonable, a la ejecución de la sentencia, entre otros.

Son aspectos que comprende el debido proceso, según *O. Gozáini*: el acceso a la justicia sin restricciones; el derecho a tener jueces independientes e imparciales; el derecho a tener abogado de confianza; el derecho a la prueba y a compartir entre todos el derecho a la verdad; el derecho a tener una sentencia motivada, y que ella pueda ser ejecutada rápidamente; el proceso debe sustanciarse y cumplir los mandatos en una plazo razonable bajo apercibimiento de hacer responsable a jueces, tribunales y al Estado mismo por las dilaciones injustificadas.

Pero la noción de debido proceso abarca dos aspectos: por una parte, el debido proceso formal o procesal; y, por otra, el debido proceso sustancial o material. El primero atiende un conjunto de reglas y principios como la bilateralidad, el derecho a la contradicción, el derecho a ser oído, el derecho a la prueba, el derecho a obtener sentencia en un plazo razonable y a ejecutarla rápidamente. El segundo, se refiere a la razonabilidad de las decisiones, es decir, comporta un límite a la arbitrariedad y la injusticia.

Como señala *O. Gozáini* (2004:314):

“Lo que el debido proceso no quiere, es que las formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismos. Las solemnidades están al servicio de los derechos sustanciales y se han de adaptar con flexibilidades razonables al espíritu de usar el proceso para lograr justicia en el caso concreto”.

El concepto de debido proceso, nos recuerda *H. Botto* (2006:181), es el de mayor logro jurídico obtenido por la civilidad moderna. Es un derecho fundamental, es decir, consagrado en la Constitución:

“La estructura del debido proceso descansa en dos pilares básicos: racionalidad y justicia. El debido proceso presupone, en consecuencia, un procedimiento racional y justo, sustentado, entre otros, en los principios de igualdad de las partes, independencia e imparcialidad del juez”.

Por su lado, *M. Taruffo* (2010:135) puntualiza dos nociones diversas de debido proceso. Según la primera, el debido proceso requiere que se respeten todas las garantías procesales fundamentales y, en particular las que se refieren a los derechos de las partes. De acuerdo a la segunda noción, existe debido proceso si éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas. *Taruffo* (2010:137) resalta:

Dado que parece demostrado que, por un lado, la determinación de la verdad de los hechos en el proceso es posible y que, por otro lado, esa determinación es necesaria, se sigue entonces que un procedimiento satisface las exigencias del debido proceso si está dirigido sistemáticamente a lograr que se determine la verdad sobre los hechos relevantes para la decisión, y que no las satisface en la medida que esté estructurado de una forma que obstaculice o limite el descubrimiento de la verdad, pues en este caso lo que se obstaculiza o se limita es la justicia de la decisión con la que el proceso concluye.

Según *Adolfo Alvarado Velloso* (2011:61), el debido proceso judicial supone el derecho a la jurisdicción, el libre acceso al tribunal, la posibilidad plena de audiencia, la determinación previa del lugar del juicio, un procedimiento eficaz y sin dilaciones, el derecho de probar, el derecho a una sentencia dictada por juez objetivo, imparcial, independiente, el derecho a una sentencia motivada, basada en pruebas válidas, adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común.

El debido proceso es una especie en el conjunto de derechos fundamentales para garantizar un proceso justo, y obliga al poder público a asegurar ciertas condiciones en todo proceso, bajo el imperio del derecho. El debido proceso es el principal principio procesal de un Estado de Derecho.

Reinaldo Bustamante (2001:181) vincula debido proceso a la satisfacción de un ideal de justicia y habla, entonces, del derecho fundamental a un proceso justo: más humano, más solidario, más comprometido con la realidad donde se desarrolla, y sobre todo con su transformación, especialmente con los valores superiores del ordenamiento jurídico político, entre ellos y principalmente con la justicia.

El mencionado autor caracteriza las dos vertientes conceptuales del debido proceso: sustantivo y adjetivo. El *debido proceso sustantivo o sustancial* exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos

fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. El *debido proceso adjetivo, formal o procesal*, conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho –incluyendo el Estado– que pretenda hacer uso abusivo de éstos, y comprende el derecho al proceso y el derecho en el proceso.

El *derecho al proceso* implica que todo sujeto debe tener la posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada. El *derecho en el proceso* significa que todo sujeto de derecho que participe en un proceso o en un procedimiento cuenta con un conjunto de derechos esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión, incluyendo el respeto por las formas esenciales del procedimiento previamente establecido.

Jairo Parra (2004:1) considera que en el epicentro del proceso está el juez, dirigiéndolo. El juez es, por definición, según este tratadista, el director del proceso, su figura central, su artífice; es el operador máximo en la actividad de hallazgo de la verdad objetiva y promotor y realizador, además, del principio de inmediación. El juez es garante del debido proceso. Lo primero que debe garantizar es el derecho a la prueba, y cuando la actividad probatoria de las partes no le resulte suficiente para generar su pleno conocimiento, está en condiciones de ejercer el poder-deber de decretar pruebas de oficio. Facultad legitimada por el ordenamiento legal que debe ser ejercida atendiendo el objeto del proceso y con la prudencia, objetividad y espíritu reflexivo que exige la imparcialidad de su rol supra partes.

El *proceso debido o equitativo*, ilustra *José Garberí* (2009:244) es comprensivo de un conjunto de derechos: derecho de defensa, derecho a la asistencia letrada, derecho a ser informado de la acusación, derecho a no declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable, derecho a la prueba, derecho a un proceso público, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la presunción de inocencia, derecho a un proceso con todas las garantías.

Antonio María Lorca (2013:232) habla en cambio, de *proceso justo*, que lo es “por aplicar inexorablemente las garantías procesales”, lo que garantiza, según este autor, no la verdad sino el convencimiento de la parte respecto de que se ha desarrollado un proceso justo a través de un “juego limpio”.

Roberto González (2013:279) aporta con el concepto de *debido proceso proporcional*, que es un enfoque neo procesal del debido proceso, sustentado en una estructura de derechos y

garantías correlativas; el debido proceso es siempre procesal fundamental y su aplicación siempre ponderativa con aplicación del principio de proporcionalidad, soportado en el criterio de razonabilidad; descarta que exista un debido proceso sustancial y otro debido proceso procesal; el debido proceso, asegura, es uno solo y ni más ni menos, procesal fundamental.

El debido proceso ha de entenderse como parte de una macro estructura de principios que se denominan la tutela judicial efectiva –acota *Diana Ramírez* (2010:24)- y seguidamente señala que se trata de una estructura compleja que se erige transversalmente como columna vertebral del derecho procesal, asegurando al ciudadano una orientación del proceso hacia la justicia, la verdad, la igualdad, la coherencia y la racionalidad.

Rubén Morán Sarmiento (2012:35) identifica las siguientes aristas del debido proceso: interpretar y aplicar la normativa procesal, en todas las fases del procedimiento, cuidando el cumplimiento de toda formalidad para asegurar, garantizar y cumplir además con la seguridad jurídica, formalidad que tiene que ver con el manejo de un procedimiento simplificado uniforme y eficaz; situación que permitirá que el proceso se desarrolle con celeridad y economía procesal en favor de una justicia ágil y expedita; permitir a las partes intervenir en todas y cuantas diligencias procesales se promuevan en el trámite de la controversia; atender el aporte y la práctica de medios probatorios, conducentes y pertinentes, con la cosa o situación materia del conflicto; atender el ejercicio de los medios de impugnación que con apego a la ley promuevan los litigantes; hacer ejercicio de la facultad de impulsar de oficio la marcha del proceso a efectos de evitar dilatorias y la injustificada rémora de la tramitación y lo más grave de la justicia privada, el abandono de las causas; motivar todas y cada una de las decisiones que se adopten en el proceso, tratándose de la sentencia, los hechos y las hipótesis jurídicas que los sustenten y que constituyen los fundamentos de la acción y la contradicción, deberán reflejarse en las conclusiones que asuma el juzgador; velar porque el procedimiento sea público; considerar para la aplicación de la ley, la supremacía y jerarquía de las normas legales; no desatender los principios de interpretación de la norma procesal: la proporcionalidad, la ponderación, la equidad; propiciar un procedimiento simplificado, concentrado, lo que significa tramitación de un procedimiento sin la rigurosidad del formalismo, que pone en riesgo (sacrifica) la justicia que propicia dilatorias, incidentes; sencillez frente a la complejidad a la que puede conducir el profesional desleal o el juez inexperto; simplificación que tiene que ver además, con los otros principios: economía procesal, celeridad y concentración; economía procesal, demanda la menor cantidad de actos incidentales, para evitar dilatorias y despilfarro de tiempo en perjuicio de la celeridad de la causa; celeridad, quizá la más importante y sentida exigencia social para el servicio de la justicia; esa celeridad se logrará entre otras cosas,

simplificando los trámites, haciendo economía procesal y concentrando los actos procesales; subsumir varias fases en una por ejemplo; para eso tenemos que vencer la rigurosa formalidad procesal, con nuevos jueces.

Las normas consagradas en los preceptos de la Carta Fundamental del Ecuador, orientadas hacia la realización de una justa y rápida impartición de justicia, en todas las ramas del enjuiciamiento, conforman el amplio espectro de garantías constitucionales del proceso.

Conforme prescribe el Texto Constitucional ecuatoriano¹⁴, “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye, entre otras, las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...); 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria (...); 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; c) ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones (...); h) presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; *presentar pruebas* y contradecir las que se presenten en su contra (...)”.

2.3. El garantismo procesal y derechos procesales fundamentales.

Frente a la interrogante: ¿el proceso judicial es una garantía; un principio (debido proceso), o una regla (el procedimiento propiamente dicho)?, el jurista argentino *Oswaldo Gozaini* (2013-II-:43), se pronuncia en el sentido de que el proceso es una garantía preexistente al conflicto y, como tal actúa, como un reaseguro para quien necesita formalizar una pretensión. Es una garantía que responde en el nuevo constitucionalismo al concepto formal de cómo se debe desarrollar un procedimiento, y cómo debe justificarse la decisión (principio de razonabilidad). Pero también –acota *Gozaini*– es una garantía en el sentido planteado por Calamandrei: observancia de la ley, reintegrar el derecho transgredido, ofrecer certidumbre y seguridad jurídica, restituir la vigencia del derecho afectado, construir un estado jurídico, actuar preventivamente, etc.

¹⁴ Constitución Política, Art. 76, Capítulo Octavo, Derechos de Protección Título I, Derechos.

Roberto González Álvarez (2013:730) nos ilustra con la siguiente correlación de conceptos: en el derecho procesal civil, al ser éste concebido como estructuralmente garantista y eficientista, supeditase lo eficiente a lo garantista (efectivo), en la medida que lo fáctico social se supedita a lo fundamental o, mejor, a lo constitucional. Y presenta la diagramación conceptual de los tres ejes temáticos fundamentales del derecho procesal civil: acción, jurisdicción y proceso.

El *principio fundamental de acción*, conformado normativo-estructuralmente por el *derecho de acción* y su correlativa *garantía de la jurisdicción*: (i) la acción como derecho fundamental tiene un contenido fundamental: derechos de postular, alegar, probar, impugnar, reconocer hechos, desistir de pretensiones, etc.; (ii) el derecho fundamental de acción y su contenido vinculan deónticamente a sus garantías que son la jurisdicción y sus contenidos, comenzando por las garantías del debido proceso y tutela jurisdiccional; (iii) el principio fundamental de acción se aplica por ponderación cuando su contenido interacciona entre derechos, entre éstos y garantías o entre garantías; (iv) el derecho de acción es derecho de “acceso al proceso”, derecho a un método eficiente, pacífico y sistémico para la efectividad de los derechos, que configura para su propia eficiencia una garantía: el debido proceso; (v) la principal garantía que enlaza el derecho de acción como derecho de acceso al proceso es el debido proceso; y, (vi) la garantía del debido proceso es el componente estructural del derecho de acción en el plano funcional, que es el que procura la eficiencia del derecho.

La *jurisdicción*: (i) es una garantía fundamental correlativa al derecho fundamental de acción; (ii) es un atributo de la soberanía y un deber del Estado, a partir del derecho de acción del particular; (iii) limita los poderes de los que está investido el órgano judicial en el proceso (*gnotio, vocatio, coercitio, iudicium y executio*); (iv) implica un contenido de garantías, tanto de obrar negativo (de prohibición) como de obrar positivo (de obligación); y, (v) hace efectivos los contenidos del derecho de acción, a los que se enlazan con correlación normativo-estructural.

Correlativo al concepto de *jurisdicción-garantía*, se halla la garantía de la *tutela jurisdiccional*, como elenco de garantías que propicia el derecho de acción que es un derecho de acceso a la función jurisdiccional. La tutela jurisdiccional es una garantía de la libertad y dignidad que fundamentan el derecho de acción. Las garantías contenidas en la garantía de la tutela jurisdiccional tienen que ver con la función jurisdiccional y no propiamente con el método de debate que es el proceso. La tutela jurisdiccional hace posible que los derechos materiales tutelados sean reales en la vida de los titulares.

La diferencia entre las garantías contenidas en la tutela jurisdiccional y las garantías contenidas en el debido proceso gravita en la perspectiva de la consecuencia jurídica que enlaza la acción: si se trata de cualquier ámbito vinculado a la función jurisdiccional, corresponderá a la tutela jurisdiccional; si se trata de lo referido al proceso como método instrumental pacífico de interacción litigiosa, corresponderá al debido proceso.

El proceso: (i) es un instrumento de realización el principio fundamental de acción y de la función jurisdiccional; permite que el derecho de acción como derecho de acceso al proceso sea efectivo; (ii) es un método para la formación o actuación del derecho o un método de debate; (iii) es un método riguroso, preestablecido, reiterado en la práctica general y sobre todo, ordenado, es decir, legalmente concertado con buena disposición (temporal, espacial, lógica) de sus componentes entre sí; el proceso se entiende como método a partir de su instrumentalidad; (iv) es la interacción litigiosa –acciones recíprocamente ejercidas- de sujetos, objetos, actos, fuerzas, funciones, principios y todo cuanto jurídicamente sea recibido y transite en reciprocidad de accionar por el método procesal; y, (v) es eficaz en tanto se justifica racionalmente, no asume interés en la simple interacción litigiosa humana sino que tenga finalidad, fundamentalidad y funcionalidad jurídicas, procura una sentencia justa y es socialmente legítimo.

Es ampliamente aceptado por la doctrina, que el proceso no es más considerado como una secuencia de actos predeterminados legalmente, sino como un sistema de garantías constitucionales, orientadas a la protección de las situaciones jurídicas que se alegan están siendo lesionadas o amenazadas. El concepto omnicompreensivo de ese conjunto de garantías, está recogido en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que va desde el acceso a la justicia hasta la efectividad de la decisión jurisdiccional.

Con lucidez, nos recuerda O. Gozáini (2013:44) la evolución histórica y la interrelación de los conceptos proceso y derechos procesales fundamentales:

“Con la aparición de los derechos humanos, el *derecho al proceso* exigió que fuera con todas las garantías, generando una evolución notable en el concepto. De ser un *proceso legal* basado en reglas y principios se pasó al *proceso constitucional*, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento que, sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar

los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, el debido proceso es una garantía autónoma cuyos contenidos son principios intangibles”.

La protección constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal se concentra en la tutela judicial efectiva, sin dejar de invocarse el debido proceso. Desde el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias singulares. La tutela jurisdiccional debe ser efectiva y los procesos deben ser adecuados a las necesidades de protección de cada uno de ellos. Elevada a la categoría de derecho fundamental, la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra constitucionalizada en el marco del Estado Constitucional¹⁵ y exige de técnicas procesales idóneas para la adecuada protección de cualquiera de los demás derechos. En esencia, es concebida como el derecho a la efectiva protección del derecho material: acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda e la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etc.

La tendencia contemporánea es hablar de *garantismo*, y en este contexto se sitúan la tutela y el proceso, como medios para garantizar al ciudadano la tutela de sus derechos esenciales, por cuya razón los procesos deben estar cubiertos del mayor número de garantías.

La visión garantista del proceso, al decir de *O. Gozáini* (2013-I-:28), conceptúa que el proceso judicial se basa y argumenta desde la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes, en igualdad de condiciones y de oportunidades, frente a un tercero imparcial (independiente) e imparcial (que no ayuda ni beneficia a ninguna de las partes) que resuelve la controversia. El juez dirige el debate dialéctico entre las partes y garantiza permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción, porque esa es la base del sistema. Es el juez quien debe preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

¹⁵ En la Carta Constitucional del Ecuador (R.O. 449, 20 de octubre de 2008), “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso queda en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

El concepto macro de garantismo es enfocado por *Luigi Ferrajoli* (2006:851) desde tres perspectivas semánticas: 1.- como modelo normativo de derecho; 2.- como teoría jurídica de la validez y de la efectividad; y, 3.- como filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.

Víctor Obando (2011:147) concibe al proceso como un instrumento de tutela del Derecho, de modo que si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con él sucumbe inexorablemente el derecho de los justiciables, por lo que existe la necesidad de cuidar el normal desarrollo del proceso a través de técnicas procesales capaces de permitir la tutela de todos los otros derechos fundamentales, puesto que la única manera de pensar que la tutela jurisdiccional pueda ser efectiva es mirando el proceso en función al derecho material.

Giovanni Priori Posada (2013:590) formula el principio de maximización de los derechos procesales fundamentales, según el cual, cada uno de los derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva, deben obtener el máximo grado de protección posible, sin que ello suponga la anulación de la protección de otro derecho procesal fundamental, para lo cual es necesario aplicar la técnica de la ponderación o proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales y el papel de juez es determinante para la efectiva protección de los derechos procesales de las partes.

Augusto Mario Morello (1998:35), al referirse a las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil, explica la expansión y profundización de la Constitución en el marco del conjunto de las disciplinas jurídicas y en la tarea interpretativa de los jueces, y remarca en el concepto de “*constitucionalización del litigio*”, lo cual presupone: un nuevo rango de las normas e interpretación que protegen el derecho a la justicia o el derecho a la jurisdicción; y, la necesidad de un procedimiento que lleve a un proceso justo y una seguridad legal en la práctica efectiva, a través de reglas básicas, como la debida audiencia, considerada la categoría magna del procedimiento.

La regulación del proceso presupone la protección que el ordenamiento jurídico establece a favor de cada una de las garantías que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y a ese respecto, el profesor *Antonio María Lorca Navarrete*, citado por G. Priori Posada (2013:589), sostiene que el proceso como sistema de garantías, supone otorgar, al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional, una respuesta constitucional sustantiva,

procesal y de “aquí y ahora”, respecto de este (y no otro) concreto momento constitucional, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común procedimentalismo de las normas adjetivas ordinarias.

La publicización del proceso civil presupone dos variables, según *O. Gozáni* (2013-I-:30), por un lado, es una actividad política del Estado por medio de la cual ejerce el poder de resolver el conflicto que tienen las personas; y, por otro lado, el proceso judicial es una garantía constitucional. La publicización, enfatiza el prenombrado autor, fue el pasaje del proceso en manos privadas, hacia el interés público y comporta un conjunto de atribuciones que dinamizan la función jurisdiccional convirtiendo al juez en director del proceso.

2.4. La justicia como elemento rector del proceso.

El principio supremo de justicia –al decir de *Roberto González Álvarez* (2013:290)- es el nervio central estructural del derecho y también su objeto. La justicia es un valor natural absoluto y tiene tres despliegues de lo óntico (ente real) a lo ontológico (entidad ideal):

- a) como valencia: la justicia es un ente ideal exigente por lo que vale y constituye un valor (óntica dikelógica y eficacia del derecho);
- b) como valoración: el material estimativo de la justicia es la “interacción humana eficaz”; el rigor del principio supremo de justicia es asegurar a cada cual su libertad y dignidad (óntica normológica y efectividad del derecho);
- c) la orientación de la justicia: orientación sociológica vista en repartos regidos por criterios de valor; aseguramiento fáctico de optimización del principio supremo de justicia (óntica sociológica y eficiencia del derecho).

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica no sólo que las personas puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela de su derecho sino que, además, debe asegurar la expedición de sentencias en justicia y no arbitrarias, por lo que, convertir a la justicia en una herramienta dinámica para la materialización de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, es un imperativo del proceso civil constitucionalizado.

Para que se pueda hablar de justicia de la decisión del juez, ésta debe basarse en la verdad, que debe ser investigada por el juez. Una decisión no es justa si no se ha logrado investigar

la verdad de los hechos. Luego, “un valor que hay que defender en el proceso es la averiguación de la verdad sobre los hechos, para tener en claro uno de los ingredientes que integran el proceso justo”, precisa *Jairo Parra* (2004:20).

Michel Taruffo (2008:23) esclarece el sentido justo de una decisión del juez en relación con la investigación de los hechos, al sostener que:

La decisión judicial no es justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos. La certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa. La declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Roberto Omar Berizonce (2005:138) establece la relación entre el rol activo del juez y la decisión final justa, precisando que:

Del adecuado manejo del instrumental del proceso por el juez depende generalmente la correcta instrucción de la causa y el esclarecimiento de la verdad de los hechos que se controvierten, y ello resulta esencial para el acierto y la justicia intrínseca de la decisión final. A partir de esta premisa, debe convenirse que sólo un juez que asuma protagónicamente, “activamente”, el rol del conductor, director y autoridad, puede garantizar la satisfacción de los fines de la jurisdicción.

La justicia de la decisión, señala por su parte *Taruffo* (2010:136) no deriva exclusivamente de la corrección del procedimiento y no se agota en ésta, sino que depende de la concurrencia de condiciones específicas. Estas condiciones pueden ser resumidas en tres, según este autor: a) que la decisión sea el resultado de un proceso justo, pues difícilmente sería aceptable como justa una decisión producida en un proceso en el que hayan sido violadas las garantías fundamentales; b) que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión pues no puede considerarse justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho, con observancia del principio de legalidad; y, c) que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que ninguna decisión es justa si se funda en hechos erróneos.

La decisión judicial justa, en el esquema conceptual planteado implica, entonces, la “justicia del proceso” y la “determinación de la verdad de los hechos”: ambas, condiciones necesarias, pero no suficientes por sí solas, por separado, para alcanzar la calidad de la decisión final en términos de justicia.

Taruffo (2008:23) enfatiza, concluyentemente, que “*la verdad es condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa*”, y que la decisión judicial puede y debe basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa (2009:84), destacando el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos, por lo que no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma, y que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera.

Para que se pueda hablar de justicia de la decisión judicial, señala *Jairo Parra* (2004:1) ésta tiene que basarse en la verdad que el juez debe investigar, en el contexto de los hechos narrados por las partes. En todo proceso hay que distinguir su norte esencial de la finalidad buscada por las partes. La finalidad del proceso consiste en lograr la realización del derecho, que es un interés público del Estado y de la sociedad; hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, los principios generales del derecho, la analogía, la costumbre jurídica y la doctrina jurisprudencial.

Carlos Álvaro de Oliveira (2007:142) nos recuerda que el valor justicia refleja la finalidad esencial del proceso, el mismo que se encuentra íntimamente vinculado con la actuación concreta del derecho material, entendiéndose éste en sentido amplio, como todas las situaciones subjetivas de ventaja reconocidas por el ordenamiento jurídico a los sujetos de derecho.

Bruno Cavallone (2012:52) advierte que no hay que olvidar la importancia que tiene, en función de una decisión racional y justa, la correcta y rigurosa organización del procedimiento y de cada uno de sus actos, construida completamente sobre el efectivo respeto del contradictorio, tanto entre las partes como entre ellas y el juez, y que sea también -por qué no- respetuosa de estándares aceptables de decoro formal, demasiado a menudo olvidados por nuestros tribunales.

2.5. Los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad.

El proceso civil, en su expresión constitucional, destaca *Roberto González Álvarez* (2013:538), es escenario del ejercicio y, por tanto, de la delimitación de derechos fundamentales, entendidos éstos en su estructura integrativa trialista: *eficacia* (connotación axiológica del principio-derecho dignidad humana), *efectividad* (concreción normativa) y *eficiencia* (interpretación y aplicación mediante ponderación). El principio de

proporcionalidad es condición necesaria para la eficiencia jurídica y para la efectividad del derecho.

El *principio de proporcionalidad* –enseña *Carlos Bernal Pulido* (2005:66)- se compone de tres reglas, que son los subprincipios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Según el subprincipio de *idoneidad*, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de *necesidad* implica que toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido. Y, según el subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, la importancia que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido.

Miguel Carbonell (2012:10) puntualiza que el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado, y en tal sentido, la proporcionalidad actúa como una técnica de interpretación orientada a tutelar los derechos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos ellos sean compatibles entre sí, en la medida en que sea posible.

Ignacio Villaverde (2012:182) define al principio de proporcionalidad como la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es evitar la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad –sostiene *Roberto González Álvarez* (2013:539)- opera como medida de enjuiciamiento de la constitucionalidad de la decisión jurisdiccional, cuando ésta atenta contra los derechos fundamentales en el proceso, por lo que, la actuación de ese principio exige una medida de participación (interacción) de los derechos fundamentales, que se inicia con el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional, como garantía procesal fundamental.

Con respecto a los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad en el proceso civil, *R. González Álvarez* (2013:542), puntualiza:

“El principio de proporcionalidad al tiempo de controlar la delimitación del contenido de los derechos fundamentales tutela los mismos, asumiéndolos como mandatos, principios, programas y derechos; en consecuencia:

- a) Los derechos fundamentales tienen un doble carácter: como derechos subjetivos y como institutos, ligados a la situación positiva de Estado que los promueve en su mayor fuerza expansiva;
- b) En la lógica de las normas reglas y las normas principios, la proporcionalidad es un principio, y como tal se halla consagrado a nivel constitucional como principio fundamental para la delimitación el contenido de los derechos fundamentales, es la garantía de tutela de los contenido de éstos;
- c) La injerencia del juzgador civil en el manejo del principio de proporcionalidad es consecuencia del compromiso fundamental de las circunstancias del caso concreto, que no llegan a ser colmadas por la reserva de la ley en el desarrollo de los derechos fundamentales; por eso, se requiere de ponderación en sujeción a circunstancias potencialmente relevantes;
- d) Los derechos fundamentales son limitados por inmanencia, ilimitables y delimitables en su contenido;
- e) El principio de proporcionalidad le permite al juzgador delimitar o configurar la expansión del contenido fundamental de un derecho, eso y nada más;
- f) Las decisiones limitadoras de derechos fundamentales deben interpretarse en forma restringida por la fuerza expansiva de esos derechos, y siempre de la manera más benigna para los mismos.

El Tribunal Constitucional español ha dicho, con relación al principio de proporcionalidad, lo siguiente:

“...Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicos protegidos. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del

derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial”¹⁶.

El empleo de la proporcionalidad en el proceso civil, advierte *R. González Álvarez* (2013:540), será: (i) en todos los procesos; (ii) con el despliegue de sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto se consigue que en el proceso civil se concrete: la *accesibilidad* (uso adecuado de los medios procesales), la *probidad* (conocimiento de derechos por personas capaces de ejercerlos o de sujetarse a sus garantías de efectividad, y la *utilidad* (ponderación como equilibrio entre propiedades empíricas y propiedades normativas); y, (iii) con el soporte del criterio de razonabilidad, que exige la justificación de la decisión proporcional.

El *principio de ponderación*, en definición de Bernal Pulido (2005:97), es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización, esto es, aquellas que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. La ponderación permite resolver incompatibilidades entre principios y cuya estructura comprende, según *Robert Alexy* tres elementos mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución de caso concreto: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

El derecho a la tutela judicial efectiva se configura, fundamentalmente –señala *Augusto Morello* (1994:286)- como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. La *razonabilidad* es el principio fundamental que configura al debido proceso material sustancial, ligado también al principio de seguridad jurídica, que comporta la obligación de impedir sentencias contradictorias o arbitrarias.

Una decisión razonable es, al decir *C. Bernal Pulido* (2005:69), una decisión no arbitraria, es decir, fundada en una razón jurídica legítima; por tanto, una decisión es irrazonable cuando carezca de todo fundamento, cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante. Pero este mismo autor explica el principio de *racionalidad*, como sucedáneo de la objetividad y más abstracto que los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad.

¹⁶ STC 18/1999, invocada por Ignacio Villaverde en *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad* (2012:183).

Dicho principio comporta los siguientes criterios: claridad y consistencia conceptual; consistencia normativa; saturación; respeto a la lógica deductiva; respeto de las cargas de la argumentación; y, consistencia argumentativa y coherencia.

Por lo expuesto, cabe afirmar que los nuevos paradigmas constitucionales han tenido una fuerte influencia en el procesalismo en general y en el procesalismo civil en particular. En efecto, el Texto Fundamental concibe al sistema procesal como medio para la realización de la justicia y propone un modelo más justo, eficaz y dinámico, acomodado a la necesidad social, a fin de materializar los postulados constitucionales del debido proceso y de la justicia material, la simplificación, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, todo lo cual a través de la sustanciación de los procesos mediante el sistema oral y de acuerdo a con los principios de concentración, concentración y dispositivo, por lo que bien cabe hablar de un proceso civil constitucionalizado, es decir, impregnado de los valores y principios emanados de la Constitución.

Las grandes coordenadas que trazó la Constitución de 2008 para el procesalismo ecuatoriano, tuvieron su concreción, en el caso del proceso civil, en el Código Orgánico General de Procesos, pues éste se hizo eco de los principios, de rango constitucional relacionados con la oralidad, la simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, que hacen posible armonizar el sistema procesal con el Texto Fundamental en la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, fases y diligencias, y fundamentalmente, instrumentaliza al sistema procesal como medio para la realización de la justicia e institucionaliza en la práctica, el Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, que es el paradigma superior del ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la vigencia de la Constitución de Montecristi.

Junto a los principios constitucionales relativos a la administración de justicia: independencia interna y externa, autonomía administrativa, económica y financiera, unidad jurisdiccional, gratuidad, publicidad, sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencia mediante sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo; se encuentran los principios consagrados en el Código Orgánico General de Procesos: dirección del proceso, oralidad; impulso procesal (dispositivo), de intermediación; pero también completa este marco axiológico de inspiración constitucional, los principios establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial: dispositivo, de intermediación y concentración, de intimidad, transparencia y publicidad.

CAPÍTULO III
EL NUEVO PROCESO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO

3.1. Los derechos fundamentales y el proceso civil justo.

¿Cómo entender la estructura del derecho procesal civil y el contenido de los derechos fundamentales en el proceso civil?. Primero pasemos revista a algunas tendencias de la doctrina en torno a los derechos fundamentales, y luego reflexionemos acerca de la relación entre derechos fundamentales y proceso civil, y finalmente, establezcamos parámetros para distinguir cuándo el proceso civil es justo.

Para *Robert Alexy* (2009:37) la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico se caracteriza por cuatro extremos: 1.- el máximo rango, por encontrarse regulados en la Constitución, de lo cual se sigue que toda norma jurídica que los infrinja es inconstitucional y en consecuencia nula por regla general; 2.- la máxima fuerza jurídica, porque vinculan como derecho directamente vigente al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial; no son más meras declaraciones programáticas (o “poesía constitucional”), carentes de tutela judicial, gozan de justiciabilidad plena; el control jurisdiccional se extiende sobre los tres poderes. Si antes valía decir: derechos fundamentales sólo en el marco de las leyes, ahora se quiere decir: leyes sólo en el marco de los derechos fundamentales. Cada juez debe tener en cuenta en cada decisión los derechos fundamentales; éstos deben irradiar al derecho en su totalidad como valores o “juicios de valor objetivos”; 3.- la máxima importancia del objeto, porque mediante los derechos fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad; 4.- el máximo grado de indeterminación, que se expresa en el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional; los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación de la jurisprudencia.

En definición teórica, puramente formal o estructural, *Luigi Ferrajoli* (2009:37) estima como “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. Ferrajoli postula cuatro tesis en torno a los derechos fundamentales: 1ª, enfatiza la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares

con exclusión de todos los demás; 2ª, los derechos fundamentales corresponden a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de igualdad jurídica; 3ª, la naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales; y, 4ª, las relaciones entre los derechos y sus garantías: primarias y secundarias, las primeras comportan obligaciones de prestación y prohibiciones de lesión, y las segundas, obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.

Según *Giancarlo Rolla* (2010:193) en los últimos años se aprobaron nuevas cartas constitucionales, las cuales –más allá de las especificidades históricas, de la diversidad de las formas de gobierno y de Estado- tienden a homologarse en la lista de los derechos de la persona reconocidos como fundamentales y en las técnicas de garantía. Las nuevas constituciones tienen en común la voluntad de reservar una amplia parte del texto a la enumeración de una vasta gama de derechos fundamentales y a la identificación de instrumentos específicos y órganos para su tutela.

Para el jurista *Tulio Chinchilla* (2009:115) un derecho es fundamental en la medida que se integra por cinco elementos esenciales sin los cuales tal derecho es impensable como categoría jurídica: 1.- el núcleo axiológico que lo fundamenta: valores o principios ético-políticos explícitos o implícitos, de los cuales el derecho es concreción inmediata y necesaria; 2.- situación ventajosa, beneficiosa o favorable de la cual alguien puede sacar partido y que se concreta en un conjunto de facultades: libertad de acción, “poder” de limitar la libertad de alguien, legitimidad para reclamar algo a alguien en las relaciones sociales, etc.; 3.- un sujeto identificable titular de la situación ventajosa descrita y un sujeto obligado (identificable) sobre el cual recaerán las cargas o limitaciones de conducta que del derecho se deriven; 4.- un conjunto de deberes de dar, hacer o no hacer, tanto específicos como generales, que constituyen el correlato obligacional del derecho y que van surgiendo en cada situación fáctica a partir de la afirmación de éste; y, 5.- un conjunto de garantías institucionales cualificadas o reforzadas, es decir, diferentes y cualitativamente superiores a las acciones judiciales ordinarias (supergarantías objetivas y subjetivas), que habilitan al titular del derecho a reclamar su respeto por vías coercitivas en caso de vulneración o desconocimiento.

Los derechos humanos, llamados también derechos fundamentales, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales, traducen en el fondo, ideales de dignidad, de justicia y de libertad. Están proclamados en instrumentos internacionales y en los textos constitucionales internos. Son en esencia, universales,

indivisibles, interdependientes e interrelacionados, progresivos, mejorables, perfectibles, irrenunciables, inalienables, imprescriptibles. Protegen a la persona humana y son inherentes o immanentes a ella.

La doctrina y la jurisprudencia enfatizan en la noción de contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales, por lo que es pertinente preguntarse ¿en qué consiste el contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales?, y concomitantemente a esta cuestión principal, plantearse el interrogante ¿cómo identificar los elementos que hacen parte de la esencialidad de los derechos fundamentales, a fin de establecer en cada caso concreto, el contenido y alcance de lo constitucionalmente protegido y, consecuentemente, de lo que es objeto de protección a través de una garantía?. Como bien nos recuerda *Tulio Chinchilla*, el concepto *derechos fundamentales* emerge de la terminología tradicional (derechos civiles, libertades públicas, derechos humanos, derechos individuales, etc.), y adquiere relieve en el derecho constitucional europeo. En la Constitución Alemana -artículo 19, párrafos 1 y 2- encontramos ya el reconocimiento de derechos fundamentales “1. Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. 2. En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”. También la Constitución española en el artículo 53.1 nos habla de contenido esencial. En palabras de Hesse “Todo esto para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen su contenido normativo”.

La dogmática constitucional utiliza la expresión derechos fundamentales para nombrar únicamente aquellos derechos humanos –y como tales derechos morales o derechos subjetivos de fuerte carga ética- que han alcanzado dos requisitos esenciales: a) el reconocimiento explícito o implícito en textos constitucionales vigentes, y b) para su defensa han sido blindados con el máximo nivel de garantías reforzadas (institucionales, sustantivas y judiciales) que el derecho positivo puede hoy otorgar.

En la historia jurídica del Ecuador, no ha sido empleado el término derechos fundamentales en los textos constitucionales. Así, por ejemplo, la Carta de 1830 alude a derechos políticos, derechos civiles y garantías (arts. 11 y 57 y ss.). La Constitución de 1998 emplea el término “derechos”, simplemente, y los clasifica en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y colectivos (art.16 y ss.). La actual Constitución de 2008 refiere el término genérico de “derechos” y el específico de “derechos constitucionales”, que los agrupa en derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de

libertad, derechos de la naturaleza, derechos de protección (art. 12 y ss.). Lo que sí hace la vigente Constitución de Montecristi, recogiendo el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia internacionales, es caracterizar a todos los derechos como “inalienables”, “irrenunciables”, “indivisibles”, “interdependientes” y “de igual jerarquía”.

Volvemos al origen de la denominación. La teoría de los *derechos fundamentales* como derechos dotados de un conjunto de modalidades de protección reforzada surge en la Ley Fundamental de Bonn y en los desarrollos doctrinarios ulteriores. La idea central es que ciertos derechos forman el núcleo del sistema político adoptado en la Constitución, por cuanto sobre tales derechos descansa dicho orden constitucional, es decir, son su fundamento. Por ello, derechos fundamentales es sinónimo de “derechos fundantes”, que la misma Constitución alemana los particulariza: “1. La *dignidad* del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección; 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los *derechos inviolables e inalienables* del hombre, como *fundamento de toda comunidad humana*, de la paz y de la justicia en el mundo; 3. Los *derechos fundamentales* que se enuncian a continuación vinculan al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”.

Un derecho es fundamental a partir de tres significaciones: a) En el orden *moral*, significa que ese derecho emana directamente de la dignidad del hombre y que es esencial o inherente o inalienable al ser humano (derecho sin el cual el ser humano deja de ser tal, se rebaja en su dignidad o se destruye en su esencia); b) En el orden *político-social*, significa que ese derecho representa un pilar sobre el cual descansa y se sostiene el orden de convivencia pacífica y justa (sin el cual el orden social desaparecería o se tornaría insoportable por injusto y la existencia en él se tornaría miserable); c) En el plano *técnico-constitucional*, ese derecho goza de un conjunto de garantías reforzadas frente a los poderes públicos, aún frente al legislador y frente al poder constituyente.

Un derecho fundamental goza de las siguientes modalidades garantistas: a) tienen carácter vinculante sobre todos los poderes públicos; b) son derechos de aplicación directa por los jueces y órganos administrativos; c) están dotadas de la garantía de la reserva de ley; d) gozan de la garantía del *contenido esencial* frente al poder legislativo; e) están garantizados mediante acciones de amparo constitucional eficaz; f) son derechos protegidos aun frente al poder constituyente secundario.

Para *Antonio Manuel Peña* (1997:108) los derechos fundamentales son la expresión jurídica de los valores y opciones centrales del pacto social, lo que quiere decir que éstos no son sino el fundamento de aquéllos. La principal consecuencia de esta conexión con los valores

externos nos lleva a considerar los derechos fundamentales como el vaso comunicante o la correa de transmisión de los valores dimanantes de la centralidad de la persona hacia el resto del orden jurídico-político.

La esencia es el constitutivo de un ente que hace que éste sea una cosa y no otra – puntualiza *Iván Vila Casado* (2012:498) por lo que el contenido o núcleo esencial de un derecho fundamental, para este jurista colombiano, es “aquello que lo identifica como tal”, aquello que expresa su naturaleza distintiva respecto de los demás; el núcleo esencial es el “ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares”. El citado autor colombiano le da un fino acabado a la definición al precisar que, al núcleo esencial pertenecen “aquellos elementos sin los cuales el derecho deja de ser lo que es”.

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales encuentra su formulación y asentamiento en el ordenamiento constitucional alemán. La Ley Fundamental de Bonn establece en su artículo 19.2: *“En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”*. La norma constitucional alemana invocada establece lo que en doctrina se llama un “límite a los límites” o una “restricción a las restricciones” de los derechos fundamentales, lo que implica la posibilidad que un derecho fundamental pueda ser “limitado”, “restringido” por una ley de manera constitucional siempre que la ley se adecue a determinadas exigencias, y entre ellas, la que puntualiza categóricamente el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que la ley no afecte el “contenido esencial” del derecho fundamental que limita.

El Tribunal Constitucional alemán ha dictado diversas sentencias en las que ha determinado la afectación de un derecho en su núcleo esencial, entre ellas destacamos las siguientes: a) El caso ELFES, donde la Corte Constitucional determinó que las leyes no deben infringir la dignidad de las personas por ser el valor supremo del ordenamiento jurídico, pero tampoco deben restringir las libertades moral, política y económica de las personas, ya que afectaría a su contenido esencial. Concluyendo que las personas tienen reservado un ámbito de configuración de su vida privada que comprendería un último reducto inafectable de la libertad humana excluido de la actuación del poder público en su conjunto; b) En sentencia sobre extracción de líquido cefalorraquídeo como medio de prueba en proceso penal, la Corte Constitucional estableció que, frente a determinadas intervenciones en la integridad corporal, aun cuando estuvieren establecidas en el cuerpo de una ley, existiría un límite absoluto cuya infracción afectaría el contenido esencial de un derecho fundamental; c) Sobre la internación de personas sin suficientes medios económicos de subsistencia en

instituciones de ayuda social, se estableció que dicho internamiento de personas adultas para mejorar su calidad de vida constituía una intervención que afectaba el contenido esencial del derecho a la libertad personal. Este carácter pionero de la concepción relativa a la garantía del contenido esencial de los derechos Fundamentales recogido por el constitucionalismo alemán, tuvo eco en otras Constituciones de Europa y América Latina.

La Constitución española establece en el artículo 53.1 que: “(...) *solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)*”. Para la doctrina del Tribunal Constitucional español, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarios para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así” ((STC 11/1981, 8 de abril, F.J.8, primer párrafo). En esta misma línea de pensamiento, el Tribunal estima que “se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

Lucas Verdú (1985:171) señala que el contenido y núcleo esencial del derecho “circunscriben el intervencionismo legislativo en los derechos fundamentales porque se trata, respecto a ese núcleo esencial, de un límite absoluto que respete el contenido material del derecho básico, pues de lo contrario tal derecho quedaría vaciado”

Es menester resaltar que, mientras en el constitucionalismo alemán se alude a “limitación” del derecho fundamental, en el constitucionalismo español se hace referencia a “regulación del ejercicio” del derecho fundamental.

Rafael de Asís (2001:7) puntualiza que el contenido esencial de un derecho viene a ser precisamente aquel que lo hace reconocible como tal y se constituye en un límite infranqueable a la actuación del legislador aunque también podríamos pensar que a toda actuación de desarrollo y/o aplicación del derecho.

El jurista peruano *Luis Castillo Córdova* (2007:223) da luz al concepto en estudio, al afirmar que la esencialidad del contenido de un derecho hace referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. El citado autor considera que debe rechazarse la existencia de un “contenido esencial” si con ello se pretende que existe a la vez un “contenido no esencial”, no vinculante. El contenido de los derechos fundamentales es uno solo y no dos –sostiene enfáticamente- y todo ese

contenido es plenamente normativo y, por tanto, vincula la actuación del poder político (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y a los particulares, pues a ellos vincula la Constitución y, con ella, también las disposiciones de ésta que reconocen derechos, por lo que concluye el jurista, que el contenido constitucional de cada derecho fundamental es indivisible, al punto que, frente a la pregunta ¿cuál es el contenido constitucional de un derecho fundamental?, la respuesta no es dividir al derecho en dos partes, de modo que una de ellas pueda ser “no respetada” (limitada, restringida o sencillamente lesionada) por el legislador en su labor de “regulador del ejercicio” de los derechos fundamentales. Existe un “único contenido” en cada derecho fundamental, y ese es el “contenido sin más”. Y es precisamente todo ese contenido el que se “erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir los derechos”. En consecuencia –sostiene el profesor Castillo- los principios de razonabilidad o proporcionalidad no se deberían emplear para saber hasta dónde debe llegar la “afectación al contenido del derecho constitucional” sino que deberá ser empleado para –valorando las circunstancias concretas- definir los contornos jurídicos del contenido constitucional del derecho en el caso concreto.

La Constitución colombiana (1991) no contiene una norma relativa a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales; sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia, siguiendo la jurisprudencia extranjera, ha sostenido la tesis que *“la interpretación y la aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales están indisolublemente vinculadas al orden de valores consagrado en la Carta Constitucional”* (sentencia T-426 de 1992).

La Constitución peruana (1993) tampoco se refiere a la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales, pero esto no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional del Perú la invoque como doctrina jurisprudencial en sus sentencias. La incorporación de esta figura al ordenamiento constitucional peruano –refiere Luis Castillo- se ha hecho vía jurisprudencial por el supremo intérprete de la Constitución. Así, ha proclamado la tesis de que “el límite al que se encuentra sometido el legislador en relación con los derechos, precisamente lo constituye el que se respete su contenido esencial, esto es, aquel núcleo indisponible para el legislador, cuya existencia lo hace reconocible” (Exp. 0003-1996-I/TC, de 20 de diciembre de 1996). El mismo Tribunal Constitucional peruano en sentencia N° 1417-2005-AA (Manuel Anicama Hernández) ha definido el contenido constitucionalmente protegido de un derecho en estos términos: “Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal

Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental”.

En Chile, la Constitución de 1980, en el artículo 19 asegura a todas las personas: N° 26 *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*. A ello debe unirse el artículo 5 inciso 2° de la Constitución que determina que "La soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", con lo cual, el límite del contenido de los derechos se proyecta no solo al legislador, sino también al poder constituyente instituido, estableciendo una prohibición de regresión o expresada de manera positiva, una garantía de irreversibilidad en materia de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado sobre el sentido y alcance del contenido esencial de los derechos, señalando: *"la esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide "el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica* (TC, Rol N° 43 de 24 de febrero de 1987. Considerandos 20 y 21. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional, roles 200, 226 y 280.)

La Constitución ecuatoriana del 2008 ha recogido la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera expresa en los numerales 4 y 5 del Art. 11, que a la letra disponen: *"ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales"* (Art. 11.4); y, *"en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan a su efectiva vigencia"* (Art. 11.5).

Como bien puntualiza el profesor emérito *Iván Vila Casado*, (2012:499) no es tarea fácil determinar cuáles hechos y circunstancias integran el núcleo esencial de un derecho, por lo que no es posible hacerlo en forma general e inequívoca, y asigna al intérprete, en cada caso específico, establecer si una norma inferior vulnera o no el núcleo esencial de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional español ha desarrollado una doctrina sobre el contenido esencial, y al respecto señala que existen dos caminos complementarios para “tratar de aproximarse de algún modo a la idea de contenido esencial” de un derecho fundamental: el primero consiste en “tratar de acudir a lo que suele llamarse la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”, método según el cual, hay que establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho; el segundo camino consiste en “tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”. En síntesis, dos son los mecanismos propuestos por el Tribunal Constitucional español para la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental: la especificación de la naturaleza jurídica del derecho y la determinación de los intereses que este derecho está destinado a proteger.

Antonio Manuel Peña (1997:107) señala que el objeto de la garantía está constituido por los distintos elementos jurídicos que resultan protegidos o tutelados de algún modo por el ordenamiento en su función de garantía o, en otros términos, los presupuestos jurídicos a los que es referible la garantía, sea porque se reclame ante la afectación de un determinado bien, sea porque se pretenda su promoción, y junto a ello, es necesario también localizar una serie de procedimientos a través de los que se reclama o manifiesta la garantía. Entre los objetos de la garantía, uno de los principales elementos a través de los que se hace efectiva en el ordenamiento esta función son los derechos humanos fundamentales reconocidos constitucionalmente: su peculiar vínculo con los valores externos, su situación en el contexto constitucional y sus garantías jurisdiccionales o institucionales, los convierten en un factor jurídico de primer orden y en el elemento jurídico más potencialmente garantista de los presentes en el ordenamiento.

Maurizio Fioravanti (2009:24) os hace volver al contexto de la realidad, cuando expresa que “en concreto, cada tiempo histórico produce su propia cultura de los derechos, privilegiando un aspecto respecto a otro o poniendo las libertades en su conjunto más o menos en el

centro del interés general; en definitiva, es precisamente esta cultura de los ciudadanos y de los mismos poderes públicos la que vuelve operativas, o al contrario ineficaces, las elecciones positivamente hechas desde el ordenamiento para la tutela de las libertades y los mismos mecanismos de garantía; por lo tanto, más allá y aun antes del dato jurídico-formal, de la dogmática jurídica de los derechos, del análisis del derecho positivo vigente en materia de libertades, existe el condicionamiento de la cultura de las libertades que un momento histórico concreto es capaz de producir con la acción de los ciudadanos y de los mismos poderes públicos”.

Jorge Zavala Egas (2012:257) nos orienta sobre cómo establecer el derecho fundamental protegido para constatar su vulneración directa, y al respecto puntualiza, en primer lugar un conjunto de premisas que orientan y sustentan el ordenamiento jurídico patrio: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1); en el Estado ecuatoriano rige el principio de supremacía constitucional, por el cual todo precepto y todo acto del poder público debe guardar conformidad con sus normas, caso contrario carecerán de eficacia jurídica y prevalecen en el sistema normativo las de derechos humanos sobre cualquiera otra o acto del poder público (Art. 424); Las normas constitucionales surten plenos efectos jurídicos y en consecuencia vinculan a toda persona, autoridad o institución (Art. 426); La Constitución determina que todas las normas y actos que se producen en nuestro sistema jurídico pertenecen a éste en tanto sean compatibles por forma y contenido con las normas de derechos de las personas, grupos y colectividades que expresa la Constitución y la de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos (Art. 84); La validez jurídica de las normas en nuestro sistema constitucional radica en la compatibilidad formal y material de todas y de todo acto con la que expresan los derechos de rango constitucional; Los derechos constitucionales tienen su dimensión subjetiva, pero se expresan en principios jurídicos, lo que los configuran en su dimensión objetiva, y bajo la forma de normas-principios de jerarquía suprema; Los derechos constitucionales, a través de las normas-principios que los expresan, irradian todo el sistema jurídico y determinan directamente las relaciones jurídicas entre los particulares; las normas-principios de derechos constitucionales tienen eficacia directa e inmediata ante cualquier funcionario o autoridad pública o judicial y ante cualquier particular, por lo que son plenamente justiciables o judiciales (Art. 11.3); Ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos constitucionales ni de sus garantías (Art. 11.4); Los jueces ordinarios tienen la potestad de inaplicar leyes que por su contenido sean incompatibles con los contenidos de las normas constitucionales (Arts. 425 y 428); El legislador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales, sin restringir sus contenidos esenciales (Arts. 132.1 y 133.2); El legislador

solo puede restringir un derecho constitucional para satisfacer otros, siempre que resulte proporcionado el sacrificio de uno en relación con la satisfacción del otro (Art. 76).

En conclusión, el contenido esencial de los derechos fundamentales está íntimamente ligado a la dignidad del ser humano. Todo ordenamiento jurídico tiene como límite mínimo la dignidad humana, éste sería el núcleo concomitante con la libertad y la igualdad, pilares indiscutibles de una sociedad democrática que legitiman la existencia de los Estados.

Con relación a la clasificación de los derechos fundamentales, *Pedro Néstor Sagüés* (2004:3) hace una explicación de las tres generaciones de derechos reconocidas por la literatura tradicional de los derechos humanos: los *derechos de primera generación*, característicos del constitucionalismo de la primera etapa de tipo liberal-individualista: derecho de propiedad, derecho de comerciar y de asociarse, derechos de participación política democrática, derecho de expresar libremente las ideas y los cultos, libertad de circulación, igualdad formal ante la ley, derecho al debido proceso, inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, etc.; los *derechos de segunda generación*, característicos del constitucionalismo social, protector de los trabajadores: derecho al trabajo y al salario digno, descansos y vacaciones pagadas, indemnizaciones por accidentes laborales, acceso a la vivienda y a la salud, derecho de huelga y de agremiarse y de celebrar convenios colectivos de trabajo, derechos que exigen prestaciones por parte del Estado y de los particulares; los *derechos de tercera generación*, propios del constitucionalismo de fines del siglo XX, como los derechos que amparan al medioambiente y a otros derechos colectivos (patrimonio cultural), a los usuarios o consumidores, a la libre competencia, al niño, a la mujer, a los discapacitados, a la propia imagen y a la autodeterminación informativa, derechos de los pueblos indígenas y ciertas minorías, derecho a la paz, etc. Finalmente, refiere derechos de cuarta generación, en vías de elaboración, referidos a los derechos de las generaciones futuras y derechos de la humanidad en general.

La Constitución ecuatoriana de 2008 reformula la clasificación de los derechos, apartándose de la clásica distinción entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos, que constaba hasta la Carta de 1998¹⁷. En efecto, la notable innovación clasificatoria en *derechos del buen vivir* (agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social), *derechos de las personas y grupos de atención prioritaria* (adultas y adultos mayores, jóvenes, movilidad, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas

¹⁷ Constitución de 1998, Art. 23 y ss.

con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras), *derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades* (indígenas, afroecuatorianos, montubios), *derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección*¹⁸.

La Carta de Montecristi rompe con la tradición liberal restrictiva de considerar que existían derechos individuales y excepcionalmente, colectivos; ahora esta dicotomía ha sido superada; todos los derechos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva y el Texto Fundamental constituye como titulares a todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos¹⁹, y se podrán promover y exigir de forma individual y colectiva²⁰, por lo que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución²¹.

En cuanto a la protección de los derechos, *Humberto Nogueira Alcalá* (2006:266) nos ofrece una interesante metodología para su aplicación por parte de los jueces: primero se debe partir por *delimitarlos*, es decir, determinar sus contenidos y sus límites o fronteras, como asimismo resolver en los casos concretos cuál es ese contenido y límite. La determinación del contenido de un derecho, implica precisar los siguientes elementos: el titular del derecho; los obligados al respeto del derecho; el contenido de la obligación y las circunstancias y condiciones para su aplicación; las facultades que el titular posee en caso del incumplimiento del deber de respeto de su derecho; la especificación de las fronteras o límites del derecho para que no se superponga parcialmente con otro derecho, armonizándolos o ajustándolos. Los límites pueden ser internos o inmanentes, que se derivan del sentido y contenido de cada derecho (por ejemplo, en el derecho de libertad de información, sus límites internos son la veracidad y la relevancia pública del asunto informado). Los límites externos, en cambio, son aquellos que están fijados por otros derechos o bienes constitucionales o fijados por el legislador en cuanto regulador y autorizado para restringir el ejercicio de los derechos dentro del ámbito autorizado por la Carta Fundamental; para determinar los límites externos, hay que estudiar en abstracto el derecho infringido por alguna norma, determinando si hay una restricción inconstitucional de tal derecho, si teniendo en cuenta otros bienes constitucionales en juego, la infracción se encuentra justificada, aplicando un test de ponderación, justificando la preferencia de uno sobre el otro en el caso concreto por ser una limitación adecuada en virtud de un principio

¹⁸ Constitución, desde el artículo 12 hasta el artículo 82, inclusive.

¹⁹ Constitución, Art. 10.

²⁰ Constitución, Art. 11 num. 1.

²¹ Constitución, Art. 86 num. 1.

determinado, por ejemplo: si es proporcionada a un fin legítimo, si es necesaria en una sociedad democrática.

En síntesis, la metodología propuesta por Nogueira, comprende en una primera etapa, el examen solo del contenido inicialmente protegido o *prima facie*, por el enunciado normativo constitucional del derecho, estableciendo las facultades que se relacionan con el interés protegido por el derecho, sin investigar si tal derecho daña o afecta algún otro derecho o bien constitucionalmente protegido; en una segunda etapa, se establece el contenido definitivamente protegido por el derecho, haciendo intervenir los límites que desde afuera afectan o restringen el derecho, produciéndose un pronunciamiento si hubo o no una injerencia ilícita o si la restricción está justificada y no vulnera al derecho.

Ahora bien, cuál es la relación entre derechos fundamentales y proceso civil, y cuándo éste es justo?. Para dilucidar esta problemática, acudiremos a los criterios de dos acreditados juristas latinoamericanos: Roberto González y Osvaldo Gozaíni, que aportan a la comprensión de la estructura del derecho procesal civil y el contenido de los derechos fundamentales en el proceso civil.

R. González (2013:659) parte de una premisa: el objeto del proceso no es la relación sustancial, sino la “interacción humana litigiosa eficaz”. Y en este contexto, plantea la necesidad de entender lo siguiente: (i) el objeto jurídico en la estructura del derecho óptica y ontológicamente reflejada en una cognición y proyección dimensional completas; (ii) el estudio procesal desde la Constitución; (iii) los derechos fundamentales tienen un ligamen deóntico con sus garantías correlativas; (iv) los derechos fundamentales son valores y principios inspirados en la naturaleza y dignidad humanas, que se positivizan o reconocen expresa o implícitamente en la Constitución, desde donde se concretan horizontal o verticalmente por sus garantías correlativas, legitimando el poder público, su estructura y obrar (positivo o negativo), bajo un control amplio y una tutela reforzada; (v) el contenido de los derechos fundamentales es en sí mismo limitado, único (todo él esencial), indivisible, vinculante del poder estatal y de los particulares, que se “delimita” según las propiedades empíricas y normativas del caso concreto y nunca se “limita”, porque nace limitado en la Constitución; (vi) los principios fundamentales son limitados, ilimitables y delimitables; (vii) la delimitación del contenido iusfundamental se da sólo en un caso concreto, en el que se hace efectivo un reparto autoritario-ordenancista-individual a través de una norma individual que se logra por la elección y configuración razonables del derecho fundamental maximizado, a través de la ponderación de las propiedades empíricas y normativas,

potencialmente relevantes del caso concreto; (viii) la ponderación obedece a una secuencia subsunción-ponderación-subsunción, que da como resultado la delimitación del principio, que no es nuevo principio sino el mismo que se presentó *prima facie* pero en un óptimo condicionamiento aplicativo factual *in casu*, y como tal se aplica todo o nada.

El autor concluye en la necesidad que tengamos presente los derechos fundamentales en el proceso civil, delimitando el contenido de los principios esenciales comprometidos, y en esa labor considera imprescindible el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad.

3.2. El rol del juez como director del proceso civil y la argumentación judicial.

El juez, en el Estado Constitucional, es el encargado de realizar los ideales de justicia material, más allá de la justicia formal. El juez interpreta el derecho, ya no desde un enfoque sacramental del texto legal, sino a la luz de los valores y principios de la Constitución y su mayor preocupación es la justicia material y el logro de soluciones con arreglo a la especificidad de los hechos.

En la justicia civil constitucionalizada, el centro de producción del derecho se desplaza del legislador, hacia el juez constitucional, guardián de la Constitución y de los valores y principios en ella contenidos, así como de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El juez busca la eficiencia de la tutela jurisdiccional para hacer posible la efectividad de los derechos materiales.

A este respecto, O. Gozáini (2013-II-:44) pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional en la conducción del proceso, y afirma categóricamente que son los jueces quienes tienen que preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopten.

Calamandrei, refiriéndose al rol de los jueces en el proceso civil, señala:

“De la consideración de la jurisdicción también en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta conocer el carácter público de la función jurisdiccional para considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en el que el juez asiste como espectador impasible (...); el juez, también en

el proceso civil, debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo activo, rápido y seguro: no vale objetar que cuando la materia de la contienda pertenece al derecho privado también la marcha del proceso se puede considerar como negocio privado, cuya suerte puede abandonarse al interés individual de los contendientes; por el contrario también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solícita aplicación de la ley al caso concreto”.

“La atribución de esta iniciativa ex officio no supone una quiebra o vulneración del principio dispositivo, alma mater del proceso civil, en la medida en que el actor y el demandado conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso”.

Las formas de razonamiento de los jueces, pueden materializarse en cuatro modelos de interpretación jurídica: del formalismo jurídico decimonónico; de la discrecionalidad judicial; de los principios y del razonamiento práctico (Mora, 2009:37).

Es posible deducir que el modelo formalista, tiene como finalidad principal, resolver todo problema jurídico en base a la comparación de lo acontecido. Una vez que los hechos han observados y verificados a la luz de la norma jurídica, el silogismo lógico-deductivo se convierte en el instrumento principal en la toma de decisiones. Este caso privilegia la premisa de la supremacía del legislador y del sometimiento de los jueces. A este modelo se lo conoce también como positivista legalista; función mecanicista, subsunción, modelo dogmático, o exegético.

Por otro lado, el modelo de la discrecionalidad judicial prioriza la necesidad del razonamiento adecuado, con la aplicación del ejercicio de subsunción silogística, facilitando a los jueces la creación de nuevas situaciones, que pueden contribuir al ordenamiento jurídico (Mora, 2009).

De igual forma, en el modelo de los principios, los jueces buscan fundamentarse en los principios jurídicos, los mismos que sirven para proporcionar elementos de protección de derechos tendientes a garantizar la moralidad y consideraciones políticas de los sujetos.

A estos elementos, se puede adicionar la importación de la debida motivación en la justificación de una sentencia. Es decir, se debe explicitar las pruebas que se utilizaron y que precisan su justificación. La motivación es dual: por un lado, la motivación analítica, donde se detallan en forma pormenorizada las pruebas practicadas, junto con las inferencias

consideradas en el caso y por otra parte, la motivación globalizadora, que consiste en hacer una exposición conjunta de los hechos, en forma de narrativa o de relato (Gascón 2005:408).

Una decisión adecuadamente motivada, debe ser consistente y estar debidamente contextualizada con la normativa existente; debe ser coherente con las demás normas y principios del ordenamiento jurídico; debe conservar el principio de la universalidad; las consecuencias deben ser aceptables y finalmente, la decisión debe ser correcta y permitir que exista armonía entre el criterio judicial y la decisión tomada.

El proceso decisorio en el ámbito judicial, atraviesa por situaciones que es preciso tomar en cuenta a fin de fortalecer su predictibilidad, transparencia, ilustración y consistencia. Entre estos elementos intervinientes en las resoluciones jurídicas, se encuentran: el formalismo excesivo, el razonamiento silogístico defectuosos, el empleo del legalismo crónico, la falta de sentido común, entre otros (Fernando Liendo Tagle, 2015:52).

En lo referente a la desatención y escamoteo de los asuntos fácticos, se esgrimen situaciones sin una reconstrucción apropiada de los hechos controvertidos. En este caso, se prioriza lo abstracto, en detrimento de lo concreto.

Si bien es cierto que toda decisión judicial debe estar basada en una ley, como única fuente de derecho, donde los tribunales puedan reconocer su fuerza vinculante con el resto de fuentes y la jurisprudencia, sin embargo no debieran predeterminedar el sentido de una decisión.

Por otro lado, la primacía del dogma, que torne justificable una decisión en un conflicto, de manera formalista y donde de se rinda culto a una interpretación literal y exegética del derecho, puede dejar de considerar elementos subjetivos intervinientes que sería preciso considerar.

La motivación debe estar adicionada de recursos de lenguaje, que hagan clara y comprensible, las motivaciones que se deseen presentar, a fin de darle prestancia y calidad a los argumentos esgrimidos.

Por otro lado, Velloso (2011), hace una síntesis sobre la importancia de las posiciones doctrinarias, en los siguientes términos:

(...) Las partes son dueñas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los

términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, y las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Como consecuencia, sostiene el citado procesalista, en este sistema el juez carece de poder impulsorio, ha de aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes, ha de conformarse con los medios de prueba que ellas aporten y ha de resolver de acuerdo con el mandato legal, ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas.

Se predica, entonces, del sistema dispositivo, los siguientes rasgos característicos: el proceso sólo puede ser iniciado por el particular, nunca por el juez; el impulso procesal sólo es dado por las partes, nunca por el juez; el juicio es público, salvo casos excepcionales que deben establecerse fundadamente; existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor y demandado; el juez es un tercero que, como tal, es imparcial e independiente de cada uno de los contradictores; no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley.

El *sistema inquisitivo*, según el propio *Alvarado Velloso* (2011:43), fue originariamente un método unilateral, y sigue siéndolo, en el cual el propio pretendiente, convertido en acusador de alguien le imputaba la comisión de un delito y esa imputación la hacía ante el mismo como encargado de juzgarla oportunamente, de lo que desprenden las siguientes características: el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto; el juez era la misma persona que el acusador, y por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser oficiosa o propia de su oficio) o porque admitía una denuncia nominada o anónima; como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia, buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo que él sostenía que había acaecido en el plano de la realidad social; para ello, comenzó entonces la búsqueda de la verdad real.

En el sistema dispositivo, puntualiza *Azula Camacho* (2008:41), la iniciativa para proponer o solicitar la prueba radica en las partes, a quienes corresponde dar comienzo al proceso mediante la formulación de la demanda, establecer los puntos materia de la controversia y los hechos que la sustentan, así como la disponibilidad del derecho mediante el

desistimiento, la transacción, etc. En el sistema inquisitivo, en cambio, radica en el juez la iniciativa para decretar las pruebas tendentes a establecer los hechos objeto del proceso.

Los postulados contrapuestos que exhiben estos dos sistemas judiciales, giran en torno a la concepción y funcionalidad del proceso: es éste un método de discusión, o es un medio de investigación. Y a ese respecto, se distinguen dos posiciones doctrinarias diferentes: el garantismo procesal y el activismo judicial.

El *garantismo procesal*, al decir de *Alvarado Velloso* (2011:74), parte de la premisa fundamental según la cual, “el proceso judicial es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos”, y no tolera, en consecuencia, alzamiento alguno contra la norma constitucional y se contenta con que los jueces –comprometidos sólo con la ley- declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos.

El *activismo judicial*, en explicación del citado procesalista (2011:95), es la posición doctrinaria que elimina la idea del proceso como método de discusión y lo asume como medio de investigación, y entonces postula: la prueba de oficio por el juez de las pretensiones improbadas de las partes, conocida como “medidas para mejor proveer”; la aplicación de instituciones ajenas a la idea constitucional del debido proceso: la inversión de las cargas probatorias legales mediante la utilización del concepto de cargas dinámicas; la tutela anticipada de toda suerte de pretensiones; la eliminación del proceso mismo como medio de debate cuando al juez actuante le parece que no hace falta sustanciarlo pues le cree lisa y llanamente al peticionante y, con ello, dicta sentencias autosatisfactivas, que son verdaderas sentencias de fondo con apariencia y envoltura de cautelar; la flexibilización de la regla procesal de la congruencia, lo que le permite al juez fallar un asunto litigioso de esencia transigible más allá de lo pretendido y aceptado por las partes; el desconocimiento del valor político de la cosa juzgada cuando hay jueces que no aceptan el sentido de justicia contenido en la sentencia que ganó tal efecto; la eliminación de la preclusión procesal pues ella hace prevalecer la pura forma por sobre el sentido de justicia.

Roberto González (2013:568) identifica el “inquisitivismo procesal” como “activismo judicial”, y lo sitúa dentro de la corriente del “publicismo procesal”, cuyos postulados puntualiza: (i) confía en los jueces y por eso los dota de poderes discrecionales; (ii) busca la justicia del caso concreto a toda costa; (iii) hace prevalecer la realidad de la urgencia en las decisiones

de los jueces dejando atrás lo imperativo de las normas; (iv) privilegia las consecuencias sociales de la decisión jurisdiccional.

El “garantismo procesal” es identificado, según el citado autor (2013:570), dentro de la corriente del “dispositivismo procesal”, que pregona: (i) retomar la visión dispositiva del proceso civil; (ii) erradicar el publicismo procesal; (iii) eliminar los atributos oficiosos probatorios; (iv) la inalterabilidad absoluta del debido proceso.

José Garberí (2013:236) hace una clasificación de los modelos procesales en función de los contenidos del proceso y de los principios que lo informan: *proceso inquisitivo*, donde el juez ostenta todo el protagonismo quedando las partes relegadas a un segundo plano, siendo aquél quien asume la tarea de decidir la iniciación y conclusión del proceso, la conformación del objeto procesal o la determinación de los hechos necesitados de prueba; *proceso liberal*, donde es el juez el que interviene como una suerte de convidado de piedra hasta que le corresponda dictar la resolución final, mientras que las partes hacen y deshacen procesalmente sus alegaciones y pruebas como estiman oportuno; *proceso social*, donde los diferentes cometidos se distribuyen entre el juez y las partes, asumiendo el primero algunos roles inquisitivos destinados a posibilitar el descubrimiento de la verdad material y a equilibrar la eventual desigualdad que pudiera existir entre las partes contendientes; el *proceso debido*, *proceso equitativo* o *proceso justo*, el cual se identifica con aquel sistema procesal que, del lado del juez, incorpora garantías tales como la independencia e imparcialidad, así como las potestades propias del modelo social de proceso, mientras que, del lado de las partes, proclama garantías estructurales tales como la contradicción y la igualdad, el derecho de defensa, la publicidad de las actuaciones procesales, la presunción de inocencia...

El juez tiene facultades (poderes-deberes) en la conducción del proceso y en particular en materia probatoria, como enseña el maestro *Hernando Devis Echandía* (1979:302), y los especifica así: deber de imparcialidad y honestidad; deber de abstenerse de actividades extraprocesales incompatibles con la dignidad y la independencia de su cargo; deber de utilizar las facultades oficiosas que la ley le otorga para la mejor marcha y solución del proceso; deber de hacer efectiva la intermediación y el impulso procesal; deber de resolver dentro de los plazos señalados en la Ley y pérdida de competencia por su mora; deber de responder civilmente por los perjuicios causados a las partes, por su dolo, sus demoras injustificadas y sus errores inexcusables.

En lo que respecta a las facultades oficiosas del juez, en relación con la actividad probatoria, *Devis Echandía* (1979:284) señala las siguientes: rechazar la admisión o práctica de las

pruebas inconducentes; rechazar la admisión o práctica de las pruebas impertinentes o irrelevantes; rechazar la admisión o práctica de las pruebas cuando sean inútiles por otros motivos; ordenar y practicar de oficio las pruebas que estime convenientes para su decisión; ordenar oficiosamente la repetición de cualquier prueba, cuando haya sido mal practicada o la considere deficiente; nombramiento por el juez de los peritos, intérpretes, traductores y testigos actuarios en inspecciones; la libre valoración por el juez del material probatorio, salvo la exigencia legal de formalidades *ad substantiam actus*.

Augusto Morello (2001:60) plantea el interrogante de ¿cuál es el papel del juez ante la prueba, en calidad de conductor del proceso? Y puntualiza, al respecto, dos escenarios: el primero, mantener un rol pasivo frente a lo mostrado por las partes, en base al tradicional concepto del principio dispositivo; y, el segundo, asumir un rol activo en la búsqueda de la justicia, aplicando los poderes-deberes para mejor proveer.

Y en esa misma línea reflexiva, *Morello* se cuestiona: ¿qué es lo que el juez puede hacer, o mejor, lo que debe llevar a cabo, y con qué profundidad y límites, a fin de arribar al convencimiento necesario (y desde luego motivado) que le permita con claridad y amplitud suficiente, estar en una certeza bastante para fallar adecuadamente? Y, ¿cuántas veces obligada viene la pregunta de si el juez verifica, o también investiga; si suple a las partes en lo que ellas no han hecho, o que no lo intente porque está arrinconado por el poder dispositivo de aquéllas, que son las que en verdad hacen y deshacen el proceso y construyen la prueba o dejan de practicarla?.

En esa perspectiva, *Augusto Morello* (2007:760) traza el perfil del juez activo, en los siguientes términos:

El juez preside, ordena y dirige en todas las latitudes el trámite de las causas. Activo, prudente, resguarda con firmeza el avance coordinado de los desarrollos -igualitarios- en pos de la sentencia o del arreglo (conciliación interpersonal). No es distante espectador que “deja hacer a conveniencia de las partes”; es el garante público de un resultado de formidables proyecciones sociales: paz con justicia. Está en la cancha, no en la tribuna y custodia y guía de lo que en ella se desarrolla y dramatiza.

Roberto Omar Berizonce (2005:137) en relación a la misión del juez en el proceso contemporáneo, sostiene que:

En el proceso moderno, el juez se erige necesariamente en protagonista principal, por el considerable cúmulo de sus atribuciones; sin perjuicio, claro está, de la paralela y concurrente misión que se reserva a las partes, no sólo en cuanto a la iniciativa y

disponibilidad del derecho material –coto exclusivo de ellas- sino también, en el terreno de la instrucción probatoria. Es que el proceso constituye una labor conjunta que realizan en común las partes (y sus abogados) y el juez, pero bajo la dirección de éste (...).

Bruno Cavallone (2012:31) reseña las dos tesis que, cobijadas por los principios inquisitivo y dispositivo, se hallan confrontadas en torno a la cuestión de las iniciativas probatorias, y las caracteriza, en su orden, con las figuras del juez activo en la búsqueda de la verdad y del juez pasivo reducido al papel de espectador inerte de las iniciativas probatorias de las partes; modelos de jueces que a su vez, responden respectivamente, a las matrices conceptuales de los dos sistemas procesales típicos: el uno, inspirado en las ideologías publicistas o sociales, y el otro, inspirado en las ideologías individualistas o liberales.

Rubén Morán Sarmiento (2012:17) enfatiza respecto del rol del juez:

“Tenemos que forjar el nuevo juez: un juez sabio, firme, enérgico en sus decisiones, sin dobleces y, temores que en un sistema lleno de vicios y dependencia lo colocan como mero espectador, y por consiguiente, participe por acción u omisión, de la deslealtad procesal, del abuso del derecho, de las dilatorias injustificadas, de la lentitud de los procesos. La sociedad demanda un juez diferente, lleno de ciencia fundamentalmente, diligente en el ejercicio de su misión e imbuido plenamente de una profunda vocación por la justicia.”

Por otro lado, Piero Calamandrei (2006) destaca el rol del principal protagonista: el juez, el mismo que debe gozar de atributos tales como la imparcialidad, que le permita no comprometer sus emociones con la razón, sino que debe actuar con serenidad y actuar en procura de la paz social. En este contexto, el juez debe actuar con independencia de toda subordinación jerárquica, no lo que sus resoluciones tendrán un matiz apegado a la verdad.

Todas las partes deben tener idénticas oportunidades procesales. Es decir, no deben existir subterfugios o arterias contrarias y perjudiciales a la contraparte, sino que se deben resolver los conflictos donde cada uno de los actores intervinientes en el conflicto, sean conscientes de las decisiones que se tomen (Botto, 2006)

Asimismo, José Garberí (2009) considera que la independencia judicial, es uno de los principios consustanciales en el quehacer judicial. Esta independencia debe ser a nivel

global, donde los jueces en su conjunto tengan independencia del poder judicial y no existan interferencias de colectivos u organizaciones sociales que intenten soslayar este principio básico. Toda autoridad debe gozar de esta legitimidad que le permita al juez, imparcialidad judicial.

En consecuencia, esta imparcialidad, asegura la usencia de todo interés, por parte del juez con la partes en conflicto. En otros términos, el juez debe gozar de una posición de neutralidad, sin supuestos frente a las partes contrapuestas y sin intereses que pudieran contaminar al objeto procesal.

Según Michel Taruffo (2010) la imparcialidad del juez se manifiesta cuando la verdad de los hechos es buscada de forma objetiva, haciendo de este proceso el verdadero y exclusivo fundamento racional, para las decisiones tomadas. Así, la búsqueda de la verdad se convierte en una peculiaridad de un juez probo.

La imparcialidad -señala *Vásquez Sotelo*- no debe confundirse con la neutralidad. La neutralidad consiste en convertir al juez en un simple espectador de lo que pasa ante él en un proceso, sin poder tomar iniciativas; es el juez cruzado de brazos y con la boca cerrada (...). La neutralidad es una exasperación de la imparcialidad. Hoy, por el contrario, se defiende que el juez, sin bajar a la arena del combate procesal, pueda tener en la dirección del proceso y en la práctica de la prueba todas las facultades necesarias para dictar sentencias justas.

El juez independiente e imparcial, puntualiza *J. Aguiló* (2004:168), está comprometido con la verdad de los hechos descritos y con la corrección de los criterios normativos aplicados.

El interés público, señala *Álvaro de Oliveira* (2007:308), exige que se expida la decisión sólo cuando se forme la convicción del juez, asentada ésta lo más posible en la verdad de los hechos, por tratarse del ejercicio de la tarea propia de su oficio, debiendo establecer el legislador cómo se procesará tal investigación, disciplinando del mismo modo los poderes instructorios del juez; la imparcialidad del magistrado no se compromete con la asunción de los medios probatorios; el contradictorio es el mejor medio para controlar distorsiones, así como también el deber de motivación y la posibilidad de reexamen de la decisión en segundo grado de jurisdicción.

El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial define al juez imparcial como aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, lo cual significa, al decir de *Taruffo* (2010:138), que el juez no debe limitarse a permanecer en una

posición de ajenidad y de equidistancia con respecto a las partes, y de indiferencia con respecto al objeto de la controversia: debe dirigir su actuación hacia la finalidad consistente en la determinación de la verdad de los hechos sobre la base de las pruebas.

De igual manera, Gabriel Mora Restrepo (2008:37) identifica cuatro modelos de interpretación jurídica que ilustran el razonamiento a seguir por parte de los jueces. En primer lugar señala el modelo del formalismo jurídico decimonónico (modelo destacado); en segundo lugar señala el modelo de la discrecionalidad judicial; en tercer lugar el modelo de los principios, y finalmente, el modelo del razonamiento práctico.

El modelo formalista reconoce que para resolver todo problema jurídico, se cotejan los acontecimientos con fórmulas legales. Es decir, el juez debe observar los hechos y verificarlos a la luz de la norma jurídica. Este modelo es denominado también positivista legalista; dogmático; mecanicista; exegético, etc.

En segundo lugar, el modelo de la discrecionalidad judicial, señala que frente a disyuntivas entre casos fáciles y difíciles, los jueces deben llevar a cabo un ejercicio de subsunción silogística y a la vez un ejercicio racional de carácter discrecional para las situaciones menos obvias.

Por otro lado, el modelo de los principios, apela a las dimensiones morales y de valoración política por parte de los encargados de juzgar. Los razonamientos deben favorecer principios jurídicos que asistan una perspectiva moral, en la adjudicación de justicia, frente a hechos concretos. La aplicación de estos principios facilitará que de manera efectiva y práctica se puedan tomar decisiones asertivas.

Para concluir, en el contexto de los fines del proceso civil, sostengo junto a *Iván Hunter Ampuero* (2011), que “no cabe otra figura que la de un juez activo, provisto de los poderes necesarios para alcanzar una decisión justa –basada en la verdad- en un tiempo razonable, con estricta sujeción al procedimiento legalmente previsto y con el menor costo posible para el Estado y el ciudadano”.

3.3. Los principios procesales en el proceso civil justo.

Proceso civil justo es el proceso que concluye en una sentencia justa y en el que se plasman los derechos y las garantías del debido proceso constitucional en sus dimensiones sustantivas y procedimentales, orientado por definidos principios procesales, todos los cuales giran en torno a la dignidad humana.

Entiéndase por principios procesales, al decir de *Alvarado Velloso* (2011:27) las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo a la orientación filosófico política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado. *Alexander Rioja* (2014:28) los asume como directivas u orientaciones en las que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal y permiten describir y sustentar la esencia del proceso.

Alvarado Velloso identifica cinco principios procesales: la imparcialidad del juzgador; la igualdad de las partes; la transitoriedad del proceso como medio de debate; la eficacia de la serie procedimental prevista por el legislador; y, la moralidad en el debate

Juan Montero (2004) enuncia los siguientes principios del proceso judicial en general y del proceso civil en particular: dualidad de posiciones; contradicción o audiencia; igualdad de las partes; el principio de oportunidad; y, el principio dispositivo.

Por su parte, *Alexander Rioja* distingue entre principios del proceso y principios del procedimiento. Señala como principios del proceso: exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional; independencia de los órganos jurisdiccionales; imparcialidad de los órganos jurisdiccionales; contradicción o audiencia bilateral; publicidad; obligatoriedad de los procedimientos establecidos por la ley; motivación de las resoluciones judiciales; y, cosa juzgada. Como principios del procedimiento menciona: dirección judicial del proceso; impulso del proceso; integración del derecho procesal; iniciativa de parte; buena fe y lealtad procesal; intermediación; concentración; economía; celeridad procesal; preclusión; socialización del proceso; gratuidad; vinculación y elasticidad; formalidad; y, doble instancia.

Oswaldo Gozaíni (2013:3) establece diferencias entre principios y presupuestos, reglas y garantías procesales. Los principios son imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados; los presupuestos son las condiciones que deben revestir los actos y las actuaciones que el proceso desarrolla; las reglas constituyen el sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes; y, las garantías son los derechos constitucionales o fundamentales que siempre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido. Los principios establecen las formas ineludibles como se debe desarrollar un procedimiento judicial; las reglas imponen normas de conducta para el juez, las partes y sus abogados; y las garantías se convierten en los fundamentos objetivos y subjetivos que salvaguardan los derechos inalienables de toda persona que esté en juicio. Los principios procesales disciplinan cómo ha de ser el debate; las reglas

conforman la regulación adjetiva con modalidades y efectos específicos; las garantías se ocupan de los presupuestos no canjeables y permanentes que la Litis debe tener para salvaguardar el debido proceso.

En el plano de las garantías en su articulación con los principios y las reglas, *Gozaíni* especifica al debido proceso, la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la defensa en juicio y el principio de razonabilidad, como garantías implícitas del proceso; y, el derecho al recurso, el cumplimiento de la sentencia y el plazo razonable, como garantías concretas. Enumera como principios procesales: el principio dispositivo; el principio de congruencia; el principio de la buena en el proceso civil; el principio de legalidad de las formas; y, el principio de bilateralidad. Finalmente, menciona como reglas: el principio de economía procesal; el principio de inmediación; y, las reglas de la oralidad y la escritura.

Martín Hurtado Reyes (2014:121) alude a los principios generales del derecho procesal, principios generales del proceso, principios del proceso o principios procesales, como aquellas pautas, directrices o “ideas-eje” que sirven de orientación para hacer viable el desarrollo de un proceso, y los enuncia del siguiente modo: principio de preclusión; principio de la audiencia bilateral o del contradictorio; principio dispositivo; principio de cosa juzgada; principio de publicidad; principio de motivación de las resoluciones judiciales; principio de congruencia; principio de adquisición o comunidad; principio de defensa privada; principio de impugnación privada; principio de impulso de oficio; principio de inmediación; principio de concentración; principio de la moralidad; principio de economía procesal; principio de celeridad procesal; principio de socialización del proceso; principio de integración; principio de vinculación; y, principio de formalidad.

3.4. El proceso por audiencias.

Característica esencial del proceso jurisdiccional en general y del proceso civil contemporáneo en particular, es la sustanciación del procedimiento mediante audiencias, con sujeción al principio de la oralidad. Así lo recoge la Constitución de la República²² y lo operativiza el nuevo Código Orgánico General de Procesos²³.

Las ventajas del sistema oral radican en la inmediación: los sujetos procesales se encuentran presentes para contraponer sus pretensiones sobre la litis. El juez está en

²² Art. 168, num. 6, Constitución de la República.

²³ R.O. 506, 22-V-2015.

posibilidad de analizar no solamente las alegaciones de las partes sino también sus actitudes y comportamientos, el perfil psicológico, y en general, los aspectos que permiten acercarse más a la verdad histórica, que es a lo que debe propender el proceso jurisdiccional.

A este respecto, Gustavo Morales Marín (2005: 351) ilustra lo siguiente:

“La experiencia judicial indica que la sentencia justa se fundamenta en el precedente de un debate y esclarecimiento, que las partes adelantan oralmente acerca del caso, objeto del litigio. Las controversias expresadas por las partes (ónticas, normativas y políticas) en el juicio oral sirven a los fines de la justicia, porque en el choque de sus parcialidades está contenida la síntesis de la imparcialidad de los funcionarios judiciales, los cuales deben persuadirse de que sólo del choque de las libres opiniones puede surgir, ante su mesa, la chispa mágica y esplendorosa de la verdad”.

La oralidad hace posible la publicidad: las audiencias son públicas, abiertas a las miradas de la sociedad, y las partes conocen recíprocamente todos los actos procesales que los pueden controvertir plenamente, plasmando el principio de contradicción y el desahogo transparente de las pruebas. La oralidad en los juicios fortalece al sistema garantista, al hacer prevalecer los principios de inmediatez, contradicción, publicidad y transparencia.

Al referirse a los beneficios y problemas del sistema oral, *Javier De Luca* (2013:44) señala el siguiente diagnóstico:

“El juicio oral ha traído grandes beneficios, pero también problemas que se han ido tratando de solucionar con la práctica. Todavía estamos en eso. Es evidente que cualquier sistema u organización, por más perfecto que sea en la teoría, depende de los hombres y las mujeres que lo componen. Nada puede funcionar bien, y es imposible modificar y superar los aspectos negativos sin la actuación de personas capacitadas para el área del conocimiento de que se trate, de modo que este aspecto no puede ser desatendido. Por más estudios previos que se realicen o que se recurra al consejo de juristas y expertos, previsiones y seguridades que se plasmen en las normas que diseñan un sistema, si los actores no toman parte positivamente, no funcionará”.

Es de aceptación general en la doctrina, que las ventajas de la oralidad son, entre otras: a) el aseguramiento del principio de contradictorio de las partes, testigos y peritos, mediante la confrontación; b) la asistencia inexcusable del juez a las audiencias y a la práctica de las pruebas, lo que hace posible concretar el principio de inmediación, y su fruto más inmediato,

la debida apreciación de las pruebas; c) la elaboración de mayores elementos de convicción, por parte del juez, sin contratiempos procedimentales; d) la eliminación de las solemnidades innecesarias y la plasmación, por tanto, de la economía procesal; e) el mejoramiento de la administración de justicia como servicio público, gracias al rol proactivo del juez en la acertada dirección del proceso.

En torno a la oralidad se articulan los principios procesales de concentración, inmediación, contradicción, publicidad,

El principio de concentración permite que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad; la reunión de la mayor actividad procesal, en especial la práctica de pruebas, en el menor número posible de actos hace que se optimice el tiempo. La concentración es entendida como la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral. A este respecto afirma *Mónica María Bustamante* (2009:99), que:

“La concentración, la celeridad y la oralidad forman de esta manera el trípode sobre el que descansa la ritualidad del procedimiento con principio acusatorio”.

El principio de inmediación hace posible el contacto directo del juez con el procesado, el acusador, los testigos y demás intervinientes; el juez preside y observa el desarrollo de la práctica de las pruebas, las aprecia y las valora directamente, con lo cual puede justificar su decisión. *Mónica María Bustamante* (2009:99), explica la triple caracterización del principio de inmediación, al precisar que:

“La inmediación implica una comunicación directa entre el juez y las partes: inmediación subjetiva; el contacto directo del juez con los hechos objeto de debate: inmediación objetiva; y, su intervención directa en la práctica de las pruebas: inmediación en la actividad”.

El principio de contradicción significa que el acusado tiene derecho a presentar y controvertir las pruebas que se alleguen en su contra; la controversia probatoria tiene mayor dinámica en las audiencias públicas, escenario en el que se puede analizar detalladamente cada uno de los elementos fácticos del conflicto. En relación al principio de contradicción, *Mónica María Bustamante* (2009:99), enfatiza:

“Dicha contradicción supone el conocimiento por parte de cada uno de los sujetos procesales de todas y cada una de las pruebas decretadas y practicadas, con la finalidad de evitar medios de convicción secretos u ocultos, obtenidos de manera ilegal

y con violación del debido proceso, carentes de controversia y oposición probatoria en el juicio oral”.

El principio de publicidad permite plasmar en la práctica el respeto por igual a los derechos del acusado y del acusador, evitando procedimientos ocultos y fallos sin motivación; hace posible la difusión de la actividad procesal; la publicidad se refleja en el hecho de que las pruebas se practican de manera integral en la audiencia pública oral dando la posibilidad a cada uno de los sujetos procesales para presentar sus propios medios de convicción; hace posible la transparencia y el control ciudadano sobre la función judicial. Con magistral acento, el jurista *Ferrajoli*, citado por *Mónica María Bustamante* (2009:101), expone:

“La publicidad asegura el control, tanto interno como externo de la actividad judicial, pues el procedimiento debe realizarse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y sobre todo del imputado y su defensor”.

El principio de celeridad implica que el proceso debe ser llevado a cabo en forma rápida sin dilaciones injustificadas. La celeridad consiste en que el proceso se concrete a las etapas esenciales y cada una de estas etapas se encuentre limitada a un término perentorio fijado por la norma. Las dilaciones indebidas en los procesos desvirtúan la eficacia de la justicia y quebrantan el deber de diligencia y agilidad que postula el ordenamiento jurídico. Y en relación al principio de celeridad, Carlos Bernal Pulido, citado por *Mónica María Bustamante* (2009:102), explica:

El principio de celeridad integra el derecho fundamental al debido proceso. Este principio aparece institucionalizado en la Constitución en los siguientes términos: “Quien sea sindicado tiene derecho... a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.

Juan Gabriel Rojas (2009:85) señala, en síntesis, con relación a los principios que giran alrededor de la oralidad, lo siguiente:

“Muchos son los principios que irradian el sistema de la oralidad procesal (...) La publicidad característica fundamental del sistema e importante factor de legitimidad, implica que en las audiencias públicas son el escenario para la discusión probatoria, la presentación de alegaciones y la adopción de la decisión (...). El principio de concentración, que hace posible que el proceso se ventile en el menor número de audiencias (...). El principio de inmediación propicia las condiciones para que el juez mantenga un contacto directo con las partes, con las pruebas, el análisis de los

testimonios, las declaraciones, las reacciones, los gestos y todo aquello que ocurre en una audiencia, que contribuyen a formar su juicio sobre lo que se está debatiendo (...). La aplicación de los principios de publicidad, inmediación y concentración requiere de gran razonabilidad en el manejo del tiempo de los procesos y, por ende, su efectivo acatamiento debe traducirse en una sustancial mejoría en términos prácticos de la labor judicial en procura de una pronta y cumplida justicia”.

3.5. El fin público del proceso civil.

Existe consenso en la doctrina respecto a que el proceso civil sirve de medio para declarar el derecho, tutelar derechos subjetivos entre particulares en el campo civil y lograr la realización de derechos mediante su ejecución, así como facilitar la práctica de medios cautelares para asegurar el derecho reclamado.

El fin inmediato, se afirma, es el de resolver el conflicto entre las partes. El fin mediato, aplicar el derecho sustancial y mantener el orden público. Sin embargo, existe controversia respecto a si la finalidad del proceso civil es la resolución de controversias; o, en su defecto, el descubrimiento de la verdad.

Y a este respecto, se bifurcan las vertientes de pensamiento que, por un lado, sostienen que si su orientación es meramente privada, la finalidad del proceso civil será la solución del conflicto intersubjetivo; y, por otro, si el fin del proceso es social, el proceso civil debe estar encaminado hacia el cumplimiento de los objetivos del Estado, la búsqueda de la verdad y el acoplamiento del proceso a los fines y valores constitucionales.

Un tercer enfoque, de carácter integrador, señala que el proceso debe ocuparse de la resolución de los conflictos, pero en su interior debe buscar la verdad y estar acorde, ciertamente, con los fines y postulados constitucionales.

En el contexto ecuatoriano, la Carta Fundamental irradia al sistema procesal en su integralidad, atentos los valores consagrados por la Constitución desde su preámbulo, respecto a la construcción de una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el respeto a la dignidad de las personas y las colectividades, así como la profundización de la democracia, en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia, los deberes del Estado como promotor y garante de los derechos y el norte axiológico del sistema procesal como medio para alcanzar la justicia sustancial.

CAPÍTULO IV
EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO CIVIL

4.1. Justicia civil y justicia constitucional.

En el Estado constitucional existe una relación dialógica entre justicia constitucional y justicia civil. Mientras la justicia constitucional está orientada a hacer respetar el principio de supremacía de la Carta Fundamental y de los derechos en ella consagrados, la justicia civil se encamina a la tutela de los derechos subjetivos entre particulares en el campo civil, particularmente en cuestiones de propiedad, posesión, contratos, familia, sucesiones, entre otros conflictos privados.

Son dos modelos de justicia que, en lo esencial, no transitan por andariveles separados. Se encuentran en permanente intersección, en la medida en que los principios y valores constitucionales impregnan al conjunto de los engranajes adjetivos del debido proceso civil y lo orientan hacia la plasmación sustancial de los derechos fundamentales.

La incidencia de la justicia constitucional en el ámbito de la justicia civil, en el caso ecuatoriano, se concreta a través de los controles constitucionales del proceso civil por medio de la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección, que erige al máximo órgano de administración de justicia constitucional, la Corte Constitucional, en el fiscalizador institucional de la más alta jerarquía, del proceso civil y del respeto a los derechos constitucionales.

Otra arista de la incidencia de la justicia constitucional sobre el proceso civil es el control incidental o control concreto de constitucionalidad, que se viabiliza a través de la consulta que los jueces pueden elevar a la Corte Constitucional cuando exista una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma que deba ser aplicada en el proceso que se encuentran sustanciando.

Dos objetivos persigue la consulta de norma: garantizar la supremacía constitucional, mediante la interpretación conforme o la invalidez de normas que componen el ordenamiento jurídico, cuando éstas contradigan el texto constitucional; y, tutelar a las partes de un proceso judicial, evitando la posible aplicación de normas inconstitucionales.

Así, en el ejercicio de sus atribuciones en materia de acciones de garantía y en acciones de control de constitucionalidad, la Corte Constitucional del Ecuador, a partir del modelo instituido por la Constitución de 2008, ha venido produciendo un significativo acervo jurisprudencial en materia de acciones extraordinaria de protección planteadas por las

partes contra decisiones definitivas en un proceso civil, y de consultas de constitucionalidad efectuadas por jueces civiles.

4.2. Criterios para el control constitucional del proceso civil.

Las garantías fundamentales del proceso civil constituyen el criterio rector para su control constitucional. A este respecto, *Luigi Ferrajoli* (2009:25) nos recuerda que el Derecho en su conjunto constituye un sistema artificial de garantías, constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales, por lo que las garantías funcionan como técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.

La plasmación en la práctica de los derechos constitucionales configura el papel que tienen las garantías constitucionales en el proceso civil, y la primera de ellas deriva del derecho a la jurisdicción, esto es, el derecho a petitionar ante los jueces competentes la prestación del servicio de justicia y el pronunciamiento de una sentencia justa. Pero el derecho a la jurisdicción comporta también el derecho a la tutela judicial efectiva y oportuna, y el correlativo deber del Estado de asegurar la prestación de ese derecho.

Constituyen criterios para el control constitucional, según *Mabel de Los Santos* (2010:551):

- a) el derecho fundamental a la tutela efectiva y oportuna, que no se circunscribe al derecho de acción sino a todos aquellos medios capaces de dar efectividad al derecho sustancial, de manera oportuna y en algunos casos preventiva;
- b) el debido proceso legal, garantía constitucional en sí misma, que abarca diversas garantías procesales específicas destinadas a salvaguardar los derechos del ciudadano con ocasión del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado, como la inviolabilidad de la defensa en juicio, la garantía de igualdad de las partes en el proceso, la garantía del juez imparcial, etc.;
- c) la garantía de la defensa en juicio, que comprende la facultad reconocida a toda persona para solicitar la ejecución de todos los actos razonablemente necesarios o convenientes para participar en el proceso, ser oída por el juez, producir las pruebas de los

hechos invocados como defensa y controlar la actividad de la contraparte (“oportunidad adecuada de audiencia y prueba”);

d) la garantía del juez independiente e imparcial, o de la igualdad en el proceso, implica el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales y a no ser apartado de los jueces designados por la ley antes del hecho que motiva la causa (garantía al juez natural), y se orienta a garantizar la máxima imparcialidad en el juzgamiento de las personas;

e) la irretroactividad de la ley procesal, bajo el entendido que las leyes reguladoras de la organización judicial y el proceso aplicable para el trámite de las causas judiciales son de orden público y su aplicación opera a partir de su entrada en vigencia, aún sobre las relaciones procesales en curso;

f) la congruencia, que consiste en la exigencia de identidad entre lo postulado y lo resuelto en la sentencia;

g) la debida fundamentación, exigencia constitucional en virtud de la cual, el juez debe fundar desde el punto de vista legal y lógico todas y cada una de sus decisiones, bajo pena de nulidad;

h) la publicidad del proceso judicial, aun cuando allí se discutan cuestiones privadas, como es el caso del proceso civil, constituye un principio general que deriva del principio de publicidad de los actos del poder público de jerarquía constitucional, que asegura la vigencia efectiva del debido proceso adjetivo, la igualdad de las partes, la defensa en juicio y favorece la tutela efectiva de los derechos, en tanto incorpora el control de la sociedad sobre el trámite y resolución de las causas judiciales;

i) la cosa juzgada o garantía contra el doble juzgamiento, garantía instrumental al debido proceso, cuyo fundamento radica en razones de seguridad jurídica y paz social que hacen necesario poner un término al conflicto sometido al juzgamiento y tratar la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto; pero la institución de la cosa juzgada debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales, por lo que cabe su revisión cuando no se ha observado en el trámite de la causa el debido proceso, por ejemplo;

j) la doble instancia o doble conforme, consiste en una garantía constitucional instrumental que permite la revisión de las sentencias recurridas en una segunda instancia, sin perjuicio de limitaciones que puedan plantearse por restricciones a la apelabilidad, sea por la índole de la resolución, ausencia de agravio o monto en discusión, entre otras.

4.3. La acción extraordinaria de protección.

La acción extraordinaria de protección, garantía jurisdiccional incorporada al ordenamiento jurídico patrio con la Constitución de 2008, hace posible la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las sentencias judiciales, bajo el supuesto de que los jueces pueden incurrir en violación de tales derechos. En consecuencia, la acción extraordinaria de protección es una garantía de los derechos fundamentales frente a los jueces.

Esta garantía jurisdiccional contra las sentencias de los jueces que violan los derechos fundamentales tiene su razón de ser en las siguientes consideraciones de la doctrina constitucional:

1. La Constitución es la máxima norma del orden jurídico, que tiene la máxima eficacia jurídica. Todos los poderes públicos deben respetar los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales vinculan por igual a todas las ramas del poder público y demás órganos del Estado. La máxima intérprete de la Constitución es la Corte Constitucional.
2. Todas las ramas del poder público –legislativa, ejecutiva, judicial- pueden vulnerar los derechos fundamentales. Si todas las autoridades pueden vulnerar los derechos fundamentales, entonces la acción extraordinaria de protección es consecuente con la búsqueda de la protección plena de los derechos fundamentales, en este caso, contra decisiones judiciales, para corregir las actuaciones de los jueces que los amenazan o vulneran. También los jueces pueden quebrantar los derechos inalienables de las personas.
3. La justicia prevalece sobre los demás fines del derecho, incluida la seguridad jurídica. Si bien la seguridad jurídica y su manifestación en la cosa juzgada son valores importantes en el derecho, se hace necesario romperla cuando entra en conflicto con otros valores como la justicia o la protección de los derechos fundamentales.

4. La acción extraordinaria de protección no es una vulneración al principio de la seguridad jurídica. El fin primordial de la seguridad jurídica no puede ser otro que los ciudadanos conozcan sus derechos. Sólo de esta manera los ciudadanos tendrán certeza de sus derechos, de qué pueden hacer y qué no pueden hacer. No hay cosa juzgada contra la Constitución.

5. Los jueces pueden, mediante sentencia, conculcar los derechos fundamentales, por lo que es necesario protegerlos frente a las decisiones judiciales. Si aceptamos que los derechos fundamentales no pueden contra las providencias de los jueces, debemos concluir que no pueden contra todo el Estado, que los derechos de los ciudadanos no valen ante los jueces, y que el Estado no está al servicio del individuo, sino que éste está sometido a aquél, y que el núcleo esencial de los derechos puede ser infringido por los jueces.

6. Es deber de cada juez, dentro de cada proceso que dirige, velar por la observancia y protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, es posible que el juez ordinario no garantice, dentro del proceso correspondiente, los derechos fundamentales o, lo que es más grave, que sea el propio juez quien en el proceso ordinario los viole.

Los requisitos generales de procedencia de la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales se derivan del carácter excepcional y residual del mecanismo. Así, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prescribe:

- a) Que la cuestión que se discuta con ocasión del ejercicio de la acción extraordinaria de protección, resulte de evidente relevancia constitucional;
- b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada;
- c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la acción se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración;
- d) Cuando se trate de una irregularidad procesal debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna, y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora;
- e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiera alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiera sido posible.

La acción extraordinaria de protección contra sentencias judiciales cumple una valiosísima función en orden a extender de manera unificada y uniforme a todos los estrados judiciales, una cultura jurídica de primacía y protección de los derechos fundamentales. Pero no implica que se establezca una instancia adicional a las ordinarias, orientada a controvertir de manera general las decisiones judiciales.

La Constitución de la República, dentro del Título de las Garantías Jurisdiccionales, Art. 94, instituye la acción extraordinaria de protección, que procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Por otra parte, el Texto Fundamental, en el Título de la Supremacía de la Constitución, al abordar el Capítulo de las atribuciones y competencias de la Corte Constitucional, Art. 437, prescribe que los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

La acción extraordinaria de protección contra sentencias y autos definitivos en proceso civiles es el mecanismo que posibilita identificar la violación, por acción u omisión, de derechos reconocidos en la Constitución, y por tanto garantiza la integridad adjetiva sustantiva del proceso civil constitucionalizado.

4.4. El control concreto de constitucionalidad.

El control concreto de constitucionalidad, en el ámbito del proceso civil constitucionalizado, implica el examen de constitucionalidad de un precepto legal en el momento en que se lo aplica a un caso concreto. En concepto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el control concreto tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad en la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

Se trata, ciertamente, de un control incidental de constitucionalidad, en virtud del cual, en cualquier proceso, y para el análisis que nos ocupa, en el proceso civil, en el que una norma sea objeto de cuestionamiento respecto de su constitucionalidad por parte de un juez ordinario, tal cuestionamiento deba ser sometido a consulta ante la Corte Constitucional. Tal consulta se constituye en cuestión previa a la resolución de fondo por parte del juez civil.

Si dentro de un proceso civil, el juez considera que la norma que va o debe aplicarse es contraria a la Constitución, le corresponde suspender la tramitación de la causa y elevar en consulta a la Corte Constitucional, para que sea ésta la que resuelva. El procedimiento tiene su fase inicial en el juez a quo, que formula la consulta de constitucionalidad y una fase concluyente en la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha establecido reglas para el trámite de las consultas de normas, dentro del control concreto de constitucionalidad. Al efecto, los jueces ordinarios deben identificar el enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta; identificar los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos; explicar y fundamentar de manera clara y precisa la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado²⁴.

En definitiva, se trata de un procedimiento constitucional de control concreto, incidental y prejudicial de constitucionalidad, que garantiza la integridad, libre de vicios constitucionales, del proceso civil constitucionalizado.

4.5. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El modelo jurídico político instituido por la Constitución del 2008, que creó el Estado constitucional de derechos y justicia, instituyó una nueva estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. Se erigió a la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, como fuente directa del Derecho.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 031-13-SNC-CC de 23 de mayo de 2013.

Juan Montaña (2012:125) caracteriza esta transformación del orden jurídico ecuatoriano al señalar que:

“Uno de los elementos más importantes de la revolución jurídica que propició la Asamblea Constituyente de Montecristi, fue la apuesta por romper con el sistema de fuentes del derecho que ha imperado en nuestro país desde la adopción del Código Civil de don Andrés Bello (...)El sistema de fuentes ha experimentado un giro de 180 grados en el que la ley ha dejado lugar a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos en la cúspide del ordenamiento donde la expresión de la voluntad general comparte espacio normativo secundario con la jurisprudencia que ha pasado a ser fuente directa del derecho”.

La Constitución de la República determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (Art. 429) y dota de carácter vinculante a sus decisiones (Art. 436.1), enfatizando que las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables (Art. 440).

La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el proceso civil constitucionalizado se expresa en la obligatoriedad de aplicar, por parte de los jueces, los preceptos jurisprudenciales pertinentes emanados de la Corte Constitucional, en la sustanciación y decisión de las respectivas causas.

La Corte Constitucional ha construido en estos diez años de funcionamiento, un importante acervo jurisprudencial, que modela el perfil del proceso civil, tanto en sus engranajes adjetivos como en sus contenidos sustanciales. Ha desarrollado un amplio marco conceptual de las categorías esenciales que se ventilan en los procesos de la justicia ordinaria, a partir del análisis de los principios y derechos constitucionales involucrados en los procesos, desde el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a la seguridad jurídica y muchos otros, hasta los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La Corte Constitucional ha establecido jurisprudencia, por ejemplo, en materia de impugnación de paternidad (verdad biológica), derecho de propiedad, amparo posesorio, cobro de dinero, concurso de acreedores, daño moral, daños y perjuicios, despojo violento, divorcio, embargo de bienes, incumplimientos contractuales, insolvencia, expropiación,

enriquecimiento sin causa, recuperación de posesión, reivindicación de dominio, rescisión y resolución de contratos, alimentos, tenencia, entre otros diversos temas de naturaleza civil.

Y así mismo, se ha pronunciado en múltiples ocasiones respecto de la constitucionalidad de las normas del derecho civil, elevadas a consultas por parte de los jueces de la materia, por lo que asimismo, se ha ido construyendo un conjunto de preceptos emanados de la Corte Constitucional, que orientan la aplicación del derecho por parte de los jueces de la jurisdicción civil.

CONCLUSIONES

1. El modelo político jurídico instituido por la Constitución de 2008: el Estado constitucional de derechos y justicia y el neoconstitucionalismo, condicionan la nueva configuración del procesalismo en general y del proceso civil en particular.
2. El procesalismo que surge a partir de la Constitución de 2008 se caracteriza por el ensanchamiento y consolidación de los derechos fundamentales y las garantías jurisdiccionales, la definición de nuevos perfiles del proceso justo y el fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, la consagración del proceso por audiencias, la oralidad, la simplificación de los tipos procesales, el manejo de criterios interpretativos finalistas y dinámicos acordes con el Estado constitucional de derechos y justicia, y la consagración del juez como director y garante del proceso justo.
3. Con la Constitución de 2008 y la entrada en vigor de los nuevos paradigmas jurídicos de ella derivados, se produce una ruptura con el sistema procesal de bases individualistas y liberales, gobernado técnicamente por las partes y los abogados que reducían los conflictos a una discusión privada, y se transita hacia un proceso social o de socialización procesal, concebido como contradicción dinámica y concentrada para producir mejores y más eficientes decisiones, es decir, se adopta un modelo participativo y cooperativo del proceso, con énfasis en el protagonismo judicial y el papel garantista de los derechos fundamentales. Se transita hacia el proceso civil constitucionalizado.
4. Los estándares que configuran el proceso civil constitucionalizado giran alrededor del concepto del proceso como estructura de formación de las decisiones a partir del necesario aspecto cooperativo y policéntrico de los entramados formadores de las decisiones. La técnica procesal es puesta al servicio de los derechos fundamentales mediante la simplificación de los procedimientos y el aumento de los poderes judiciales, especialmente en el campo probatorio, en la búsqueda de la verdad y la confirmación de los hechos, la igualdad material de las partes y la elaboración de sentencias racionales basadas en parámetros de justicia..
5. Son características del proceso civil constitucionalizado el carácter cooperativo y participativo de la actuación de los sujetos procesales; el protagonismo del juez, pero interdependiente de todos los interesados en la decisión dentro de sus respectivos roles; y, una contradicción dinámica y concentrada para la construcción de mejores y más

eficientes decisiones. El proceso civil constitucionalizado hace posible la garantía de participación de los interesados en la formación y control del proceso y viabiliza la materialización de los derechos fundamentales.

6. Los nuevos paradigmas constitucionales, a partir de los cuales debe ser pensado el proceso civil hacen posible la estructuración de éste a través del sistema de la oralidad, bajo los principios de inmediación, concentración y publicidad, lo cual conlleva a procesos más cortos, decisiones más rápidas y justas y la eliminación de formalismos innecesarios, y todo esto bajo un enfoque participativo y cooperativo del proceso civil.
7. El control de constitucionalidad del proceso civil, a cargo de la Corte Constitucional, a través de la acción extraordinaria de protección, constituye la expresión de la constitucionalización de los derechos, del proceso y de la justicia. Esta garantía jurisdiccional permite concretar el derecho de acción y lograr realmente una tutela judicial efectiva, bajo una perspectiva amplia y sistémica en la aplicación de los derechos fundamentales y la concreción de la justicia sustancial a través del proceso civil constitucionalizado.
8. La justicia constitucional garantiza la dimensión constitucional y la dimensión social del proceso civil. Mediante la dimensión constitucional, se plasman los valores fundamentales del ordenamiento superior. Y mediante la dimensión social, se viabilizan el acceso a la justicia material y la efectividad de los derechos.

RECOMENDACIONES

1. Frente a las nuevas perspectivas del proceso civil, derivadas de la nueva realidad constitucional del Ecuador, es imperativo la participación activa de la academia, a fin de contextualizar el ensanchamiento y consolidación de las garantías jurisdiccionales y derechos fundamentales en beneficio de la justicia en el país. El surgimiento de nuevos perfiles del proceso justo y el fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, deben servir de norte en las nuevas orientaciones áulicas.
2. De igual manera, el Consejo de la Judicatura, afrontando una nueva realidad jurídica, con hondas repercusiones en el procesalismo en general y en el proceso civil en particular, está llamado a reforzar, como instrumentos de realización del derecho material, la aplicación de los valores y principios constitucionales y los derechos fundamentales. Estos nuevos cánones contribuirán a hacer más efectivo la aplicación del derecho en el país.
3. Por otro lado, es fundamental que la Corte Constitucional, encargada de avalar la vigencia y supremacía de la Constitución, garantice los derechos y justicia, junto con los nuevos paradigmas constitucionales vigentes desde el 2008, transformando sustancialmente el ordenamiento jurídico en su plenitud, en torno a estas nuevas realidades. Para esto, se hace necesario que caracterice y sistematice esta incidencia, en la concepción y práctica del Derecho, lo que fortalecerá el pleno ejercicio de los derechos constitucionales y las garantías jurisdiccionales en el Ecuador.
4. Los gremios de abogados, frente a la sistematización de nuevos criterios para la construcción de un enfoque acerca del proceso civil en el Ecuador, deben conceder un mayor énfasis a la jurisprudencia constitucional; su estructura; sustanciación y fines, como elementos significativos en la constitucionalización del ordenamiento jurídico; el Estado Constitucional de derechos y justicia; el neoconstitucionalismo; la constitucionalización de la justicia; el control de la constitucionalidad del proceso civil; y, el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho.
5. La ciudadanización de la justicia y el principio democrático y el control del poder, debe servir de motivación al lector, para asignar mayor protagonismo a la

jurisprudencia constitucional, a fin de consolidar los paradigmas del Estado Constitucional instituido por el Texto Fundamental de Montecristi.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Joseph (2004) *La Constitución del Estado Constitucional*. Bogotá: Editorial Temis.
- Alexy, Robert (2009) *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, en Neoconstitucionalismo (s)* (Miguel Carbonell, editor). Madrid: Editorial Trotta.
- Alvarado Velloso, Adolfo (2011) *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial: ¿Qué es el garantismo procesal?*. Rosario: Ediciones Nueva Jurídica.
- Álvaro de Oliveira, Carlos (2007) *Del formalismo en el proceso civil: propuesta de un formalismo-valorativo*. Lima: Palestra Editores.
- Ávila, Luis Fernando, Editor (2012) *Repertorio constitucional 2008-2011*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios de Difusión del Derecho Constitucional.
- Benabentos, Omar A. (2001) *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Rosario: Editorial Juris.
- Bernal Pulido, Carlos (2009) *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, Carlos (2005) *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bertolino, Pedro (2003) *El derecho al proceso judicial*. Bogotá: Editorial Temis.
- Botto, Hugo (2006) *La congruencia procesal, principio base para una teoría general del procedimiento civil, planteamiento general en relación a la prueba*. Córdoba: M.E.L. Editor.
- Briseño Sierra, Humberto (2005) *Derecho Procesal*. México D.F.: Oxford University, Biblioteca de Derecho Procesal.
- Bustamante, Reynaldo (2001) *Derechos fundamentales y proceso*. Lima: Ara Editores.
- Bustamante, Mónica (Coord.) (2013) *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*. Colombia: Universidad de Medellín.

- Bustamante, Mónica (Coord.) (2014) *Reformas procesales en Colombia y en el mundo*. Medellín: Edit. Universitaria.
- Calamandrei, Piero (2001) *Derecho Procesal Civil*. México: Oxford University, Biblioteca Clásicos del Derecho.
- Calamandrei, Piero (2006) *Proceso y democracia*. Lima: Ara Editores.
- Calderón, Juan (2011) *La constitucionalización del derecho privado*. Bogotá: Editorial Temis.
- Carbonell, Miguel, Editor (2012) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, Editores (2009) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (2ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Carnelutti, Francisco (1982) *La Prueba Civil* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Carnelutti, Francesco (2007) *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Editorial Temis.
- Castillo, Luis (2007) *Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general* (3ª ed.). Lima: Palestra Editores.
- Chinchilla, Tulio (2009) *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Editorial Temis.
- Cianciardo, Juan, Coord. (2006) *La interpretación en la era del constitucionalismo*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Cortés, Valentín y Moreno, Víctor (2005) *Derecho Procesal Civil, Parte General* (2ª ed.). Valencia: Ediciones Tirant Lo Blanch.
- Couture, Eduardo (1958) *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- De Los Santos, Mabel (2010) *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en "Tratado de Derecho Procesal Constitucional", de Pablo Luis Manili (Dir.). Buenos Aires: Editorial La Ley.
- De Santo, Víctor (1991) *Diccionario de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

- Devis Echandía, Hernando (2007) *Estudios de Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial ABC.
- Ferrajoli, Luigi (2006) *Derecho y razón* (8ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2009) *Derechos y Garantías, La Ley del más débil* (6ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Fioravanti, Maurizio (2009) *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Garberí, José (2009) *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Civitas.
- González, Roberto (Coord.) (2013) *Constitución, Ley y Proceso*. Lima: Ara Editores.
- González, Roberto (2013) *Neoprocesalismo: Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara Editores.
- Gozaíni, Osvaldo (2004) *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gozaíni, Osvaldo (Coord.) (2009) *Proceso y Constitución*. Buenos Aires: Ediar.
- Gozaíni, Osvaldo (2013) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomos I y II. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Hernández, Gabriel (2008) *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Hoyos, Arturo (2004) *El debido proceso* (2ª reimp.). Bogotá: Editorial Temis.
- Hurtado, Martín (2014) *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial IDEMSA.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2003-2005) *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (varios números). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- López Blanco, Hernán (2008) *Procedimiento Civil*, Tomo III (2ª ed.). Bogotá: Dupre Editores.
- Lucas Verdú, Pablo (1985) *El sentimiento constitucional*. Madrid: Ed. Reus.
- Montaña, Juan (2012) *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador.
- Montero Aroca, Juan (2007) *La prueba en el proceso civil* (5ª ed.). España: Editorial Aranzadi, Thomson Civitas.

- Montero, J. y Otros (2004) *Derecho Jurisdiccional Proceso Civil*, Tomos I y II (13a. edición)
Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Monroy Gálvez, Juan (2007) *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra Editores.
- Morales, Juan (2005) *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Editorial Palestra.
- Morán Sarmiento, Rubén (2012) *El Código Orgánico de la Función Judicial y su incidencia en el Procesalismo Civil*. Guayaquil: Edilex S.A.
- Morello, Augusto (1998) *Constitución y proceso*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Morello, Augusto (2001) *El Proceso Civil Moderno*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Nieva Fenoll, Jordi (2009) *Jurisdicción y Proceso*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Nogueira, Humberto (2009) *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Legales EIRL.
- Peña, Antonio Manuel (1997) *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto-Castro, Leonardo (1984) *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Prieto S., Luis (2009) *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Priori, Giovanni, Editor (2011) *Proceso y Constitución*. Lima: Ara Editores.
- Priori, Giovanni, Coordinador (2013) *La garantías del justo proceso*. Lima: Palestra Editores.
- Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio (2008) *Teoría General del Derecho Procesal* (4ª edición). Bogotá: Edit. Temis.
- Ramírez, Diana y otros (2010) *Derecho Procesal Contemporáneo*. Medellín: Edit. Universitaria.
- Rolla, Giancarlo (2010) *Técnicas de garantía y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales*, en *Derecho Procesal Constitucional y Europeo* (Víctor Bazán, Coordinador). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Ruiz, Alfredo (2015) *Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales*. Guayaquil: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil.
- Sarmiento Sosa, Carlos (Comp.) (2005) *Estudios iberoamericanos de derecho procesal*. Bogotá: Legis S.A.
- Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio (2008) *Teoría General del Derecho Procesal* (4ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Ramírez, Diana y Otros (2010) *Derecho Procesal Contemporáneo*. Colombia: Universidad de Medellín.
- Rioja, Alexander (2014) *Derecho Procesal Civil*. Lima: ADRUS Editores.
- Sagüés, Néstor (2004) *El sistema de derechos, magistraturas y procesos constitucionales en América Latina*. Buenos Aires: Instituto de Derecho Público Comparado.
- Sagüés, Néstor (2011) *La interpretación judicial de la Constitución* (2ª ed.). Buenos Aires: LexisNexis.
- Sumaria, Omar (2013) *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: ARA Editores.
- Tam, José (2009) *Proceso, poder jurisdiccional y tutela efectiva*. Lima: ARA Editores.
- Taruffo, Michele (2006) *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Taruffo, Michele (2008) *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Taruffo, Michele (2011) *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Taruffo, M. y Otros (2009) *Constitución y proceso*. Lima: ARA Editores.
- Vásquez, Rodolfo (2011) *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Vila Casado, Iván (2012) *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo* (2ª ed.). Bogotá: Legis Editores.

OBRAS COLECTIVAS.

González, Roberto (2013) El debido proceso proporcional, *Constitución, ley y proceso*, Lima: Ara Editores.

Gozaíni, Osvaldo (2009) El debido proceso adjetivo y sustancial, *Proceso y Constitución*, Buenos Aires: Ediar.

Greif, Jaime (2005) El debido proceso, *Estudios Iberoamericanos de Derecho Procesal*. Bogotá: Legis S.A.

Lorca, Antonio María (2013) El denominado proceso justo, *Constitución, ley y proceso*, Lima: Ara Editores.

Morales, María Cristina (2008) Poderes del juez en el proceso civil, *Temas vigentes en materia de Derecho Procesal y Probatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Rodas, X. (29 de 05 de 2014). Tesis Pruebas de Oficio. Obtenido de <https://secure.arkund.com/view/document/11060517-631612-467756/download>

Villaverde, Ignacio (2012) La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Zagrebelsky, Gustavo (2009) *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

Zavala Egas, Jorge (2012) *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil: Edilex Editores.

REVISTAS.

Zambrano, Diego (2012) Casación y constitucionalización del derecho ordinario, *Jurisprudencia ecuatoriana*, Quito: Corte Nacional de Justicia (113-115).

Picó, Joan (2008) La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites, *Revista de Derecho Procesal*, Tomo II, Lima.

Derecho Procesal, Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, 1998, Lima, Perú.

Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2002, Buenos Aires, Argentina.

Revista Peruana de Derecho Procesal, varios números, Lima.

TEXTOS LEGALES.

- Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20-X-2008.
- Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. 544, 9-III-2009.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. 52, 22-X-2009.
- Código Orgánico General de Procesos, R.O. 506, 22-v-2015.