

# EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL ECUATORIANA

## NEOCONSTITUTIONALISM IN ECUADORIAN PROCESS LEGISLATION

**Javier Aguirre Valdez**

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

### RESUMEN

Varios de los jueces en funciones y los abogados que litigan pertenecen a una generación que fue formada universitariamente bajo la exégesis de la ley y la rigidez doctrinaria. Los conceptos eran inflexibles y generalmente memorizados y la letra de la ley tenía una aplicación literal, directa y exacta, sin mayor lugar a interpretaciones. Con el paso de los años, nuevas corrientes de pensamientos se fueron imponiendo hasta llegar a lo que hoy conocemos como la ponderación de los derechos que prevé de modo amplio el derecho constitucional. Es necesario hacer un diagnóstico de la situación actual respecto de las actuaciones de los jueces frente a la interpretación constitucional de las normas que deben aplicar, a fin de determinar si en realidad se están cumpliendo (o intentando cumplir al menos) con lo que el garantismo constitucional pregona, o si acaso aquello no está sucediendo (o sucede deficientemente) para luego focalizar aquellas situaciones donde la aplicación indebida del sistema terminó siendo perjudicial para el usuario del sistema judicial o para el sistema en sí mismo y así, finalmente, proponer los correctivos que deberían aplicarse para su uso adecuado en beneficio de la justicia.

**PALABRAS CLAVE:** neoconstitucionalismo, jueces, ponderación, positivismo, sistema procesal, COGEP, garantismo, oralidad

**RECIBIDO:** 8/05/2017  
**ACEPTADO:** 24/05/2017

**CORRESPONDENCIA:**  
jaguirre@valverdeaguirre.com

**ABSTRACT**

Many of the serving judges and litigating lawyers belong to a generation that was formed universally under the exegesis of the law and doctrinal rigidity. The concepts were inflexible and generally memorized and the lyrics of the law had a literal application, direct and exact, with next to no place to interpretations. Over the years, new currents of thought imposed themselves until achieving what we know today as the constitutional weighting of the law that anticipates in a wide spectrum, Constitutional Law. It is necessary to make a diagnosis of the current situation regarding the actioning of the judges versus the constitutional interpretation of the norms that have to be applied, in order to determinate if in fact they are being fulfilled (or trying to fulfill at least) with what the constitutional warrantism proclaims, or if it is not happening (or happens poorly), to then focus on situations where the improper application of the system ended up being detrimental to the user of the judicial system or to the system itself and with this, finally, propose the corrective measures that should be applied for their proper use in benefit of justice.

**KEYWORDS:** neo-constitutionalism, judges, ponderation, positivism, procedural system, COGEP, warrantism, orality

**INTRODUCCIÓN**

En las primeras clases de estudio del Derecho se suele enseñar la concepción atribuida a Justiniano respecto a la justicia: *dar a cada cual lo suyo* y seguramente el profesor de turno advirtió que aquella sencillez conceptual contrastaría, de manera radical, con la complejidad que implicaría encontrar un mecanismo que lleve a esa finalidad del modo más puro posible. No en balde, a pesar de las diversas fórmulas intentadas en diversos países y épocas, no ha sido factible encontrar una que pueda satisfacer, al menos de modo suficientemente amplio, a los usuarios del sistema judicial.

Más allá de la diversidad de los sistemas implementados, se solía observar, en los países que adoptaron la tradicional concepción de Montesquieu, que la Función destinada a legislar no siempre llenaba las expectativas de la Función destinada a juzgar, produciéndose una constante situación de disconformidad reflejada, por ejemplo, cuando el legislador alegaba que había creado y proporcionado las herramientas adecuadas para administrar justicia, mientras que el juzgador manifestaba que había muchos casos en los que no podía actuar por falta de Ley u oscuridad de ella, más allá de las reglas que para tal efecto establece el Código Civil.

Si lo anotado ya era un problema histórico y crónico, sin una solución clara a la vista, la situación se tornaba aún más complicada cuando los conflictos se daban entre un enunciado constitucional (muchas veces genérico, amplio o hasta difuso) y las normas constantes en el ordenamiento jurídico remanente pues, si bien la concepción de Kelsen puso siempre a la Constitución en la cúspide de su famosa pirámide, aquella siempre quedó como un emblema, ejerciendo un liderazgo distante o teórico, como una especie de ideal inalcanzable que aún formando parte de las más altas aspiraciones de la sociedad, no se reflejaba en la legislación positiva, al menos en el contexto deseado. Los ciudadanos no veían en la diversidad de temas que podía tratar la Función Judicial una aplicación práctica de ese “mundo ideal de equidad” ofrecido por la Carta Fundamental sino, más

bien, una aplicación mecánica y fría de la norma al caso concreto. Si con ello se garantizaban derechos constitucionales, enhorabuena, pero no existía una relación indisoluble entre la norma positiva y la norma constitucional.

Nuevas concepciones -muchas de ellas provenientes del derecho italiano- han venido imponiendo en los últimos años otra visión de la Constitución, a fin de que deje de ser una simple compilación de enunciados para pasar a integrarse de modo real y tangible con el derecho positivo, de tal manera que éste último sea siempre una forma de declaración de aquél. Dicho de otro modo, la Constitución dejaba esa cúspide -que la volvía en ocasiones decorativa- para pasar a correlacionarse de modo directo y absolutamente integral con todas las normas consideradas como jerárquicamente *inferiores*. Pero, para que esta aspiración de interrelación funcional pudiera prosperar, era necesario cambiar la concepción de todos: la del juzgador para que en lo sucesivo consulte la aplicación normas que considerarse contrarias a la Constitución, la de los usuarios del sistema judicial para que adecuen sus peticiones a los conceptos constitucionales, la de los profesores y estudiantes de Derecho para que esta nueva filosofía sea considerada en lugar de una concepción tradicionalmente positivista y, finalmente, la de la sociedad para que encuentre una forma más real de acercarse al ideal de justicia buscado por mucho tiempo.

Al tiempo que estas líneas se escriben, vivimos un proceso de asimilación de esta nueva concepción a la que se ha dado por llamar como *neo constitucionalismo* (aunque muchos rechazan esta denominación, como lo ampliaremos luego) con la subsecuente resistencia de varios sectores, ya sea por su concepción de fondo o por su aparente dificultad en aplicarla de modo práctico. Esta segunda observación es la que sirve de base para este análisis, ya que hoy muchos jueces se enfrentan a situaciones no vividas anteriormente, al verse en la necesidad de ponderar si el derecho protegido por la norma positiva no se ve superado por otro previsto en la Constitución, a fin de evitar la dicotomía de poder convertirse en un “aplicador de justicia inconstitucional” terminándose la época donde simplemente aplicaban la ley de modo directo, sin mayores miramientos.

Para resumir la temática de modo sumamente práctico: si tomamos en cuenta la existencia de normas con tono altamente imperativo en nuestra ley procesal -a lo que debe sumarse la obvia presión de las partes que intentan convencerlo de sus respectivas tesis- el Juez se encuentra muchas veces atrapado en dudas que no siempre está capacitado para resolver, no sólo porque no fue formado al amparo de esta nueva concepción, sino porque, en efecto, no es una labor sencilla. Todavía habrá que esperar varios años de doctrina y jurisprudencia -además de congresos, conversatorios y debates- para que este tema pueda darnos respuestas mucho más claras que las de hoy.

### **LOS JUECES FRENTE A LA PRUEBA: EVOLUCIÓN EN EL ECUADOR**

Los jueces en funciones pertenecen a una generación que fue formada universitariamente bajo la exégesis de la ley y la rigidez doctrinaria. Los conceptos eran inflexibles y generalmente memorizados al pie de la letra y la letra de la ley tenía una aplicación literal, directa

y exacta, sin mayor lugar a interpretaciones. El juez, durante mucho tiempo, se dedicó a ser un mero declarador de la ley o, para decirlo en la concepción positiva tradicional, a convertirse en *la boca de la ley*. La jurisprudencia, en consecuencia, se convirtió en la lógica consecuencia de este mecanismo, con lo cual aquello que debía convertirse en una fuente adicional a la ley -o al menos esclarecedora o explicativa- resultaba una simple variación de ella. Dicho de otro modo, la fuente principal era la ley mientras que la jurisprudencia era solo la misma ley aplicada como ecuación matemática a un caso concreto sin mayor análisis de las circunstancias que afectaban a la situación jurídica sometida a la decisión del juzgador. Los clásicos del Derecho Procesal del siglo XIX, ya enfocaban esta problemática. (Manresa y Navarro, 1881).

Una clara prueba de la aplicación de este esquema en el Derecho Procesal ecuatoriano, lo constituyó la denominada prueba tasada también conocida como *tarifa legal* (Devis, 1964) que implicaba la asignación previa de valores o equivalencias a determinadas pruebas que debían ser aplicadas por el juez en detrimento de otras que no contaban con un peso específico equivalente. De este modo, el juez se limitaba a “sumar” los valores pre asignados y a dar por vencedor a la parte que inclinaba esa imaginaria balanza de pesos y contrapesos. El espacio para la valoración de la prueba por parte del juez era sumamente limitado y, en algunos casos, inexistente.

Con el paso de los años, nuevas corrientes de pensamiento se fueron imponiendo y la teoría de la sana crítica se empieza a implementar. De este modo, al juez se le concedió potestad para que utilice las reglas de la experiencia y la lógica a fin de que pueda escapar de la camisa de fuerza impuesta por las palabras de la ley.

En las últimas décadas se han utilizado novedosas herramientas para que la prueba pueda alcanzar niveles de mayor exactitud o de eficacia. La teoría denominada como las *cargas dinámicas de la prueba* impulsada en América por el jurista Peyrano J. (1991) que facilita a las partes a pedir al juez que la prueba sea requerida con carácter de obligatorio a quien la posea o a quien esté en mejores condiciones de aportarla al proceso aunque no intervenga directa o indirectamente en él, es una muestra del deseo porque el juez posea la mayor cantidad de elementos de juicio a su alcance y obtener los fallos más justos posibles.

La aparición de este nuevo esquema hizo al juez más consciente del valor integral de la prueba y de la necesidad de analizar los entornos a fin de obtener la mayor pureza posible en el proceso de valoración. Son las primeras muestras de lo que hoy conocemos como la *ponderación* de los derechos que hoy prevé de modo amplio el derecho constitucional.

## **EVOLUCIÓN DEL ASPECTO CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA**

Aunque una visión moderna del Estado constitucional sostiene que la Constitución debe ser concebida como una norma aplicable *aquí y ahora*, y no como una recomendación solamente dirigida a regular un futuro que puede no hacerse nunca presente, hay que considerar que los textos constitucionales contienen, en alguna medida, pretensiones que en el momento de entrar en vigor pueden ser consideradas utópicas. El carácter nor-

mativo de la Constitución no supone negar que el poder constituyente haya querido poner en el texto de la norma suprema sus aspiraciones de país, la forma que debería tener la sociedad desde su punto vista. (Carbonell, 2007)

Por tanto, se puede afirmar que toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídico-política y también como un parámetro de legitimación del poder público. Como sostuvo Schneider (1991) la Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro y, por ello, siempre tiene algo de *utopía concreta*. De ello resulta la orientación finalista del Derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una *conciencia política general de responsabilidad democrática*. (Carnelutti, 1971). Estos contenidos de la Constitución la mayoría de las veces no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política (Chiovenda, 1922) pues la Constitución se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.

Siguiendo a Guastini (2008) las condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está *constitucionalizado*, son las siguientes:

- Una Constitución rígida. El propio Guastini apunta sobre este rasgo que la *constitucionalización* será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de *constitucionalización* de todo el ordenamiento.
- Dar garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera).

- La fuerza vinculante de la Constitución. Utilizando dicho término en todo su alcance doctrinal como el que emplea Pallares (1990). Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (*todas* con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios.

Respecto a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, la última de las condiciones de *constitucionalización* del ordenamiento consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes:

- a. Que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales;
- b. Que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self-restraint* (Carpizo, 2009) frente a lo que en alguna época se ha llamado las *political questions*, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y
- c. Que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.

### **GARANTISMO Y NEO CONSTITUCIONALISMO: BASE DOCTRINARIA**

Curiosamente, algo que ocasiona polémica entre los estudiosos del tema es precisamente el término neoconstitucionalismo pues a muchos de ellos no les agrada, mientras que otros no coinciden en sus alcances y efectos. Sobre la denominación en sí misma, algunos prefieren hablar de un *constitucionalismo contemporáneo* otros de *constitucionalismo iusnaturalista o principialista o constitucionalismo positivista o garantista* mientras que uno de los abanderados de esta corriente: el jurista italiano Luigi Ferrajoli, se inclina por llamarlo simplemente como *constitucionalismo*.

¿Por qué es tan importante la distinción entre los términos o corrientes que se analizan? Porque, como bien anota Gascón (2011) el garantismo se basa en un positivismo metodológico, mientras que el neo constitucionalismo permite la inclusión del derecho natural (o al menos algunos de sus enunciados) dentro del derecho positivo.

Las diferencias van más allá de las simples denominaciones, pues varios analistas consideran que hay que marcar territorio claro entre corrientes a las que pueden denominarse como garantistas versus las conocidas como neo constitucionalistas. Algunos incluso (Salazar, 2011) dudaron de darle a la segunda de la nombrada la calidad de teoría, prefiriendo indicar que es una categoría que agrupa el pensamiento de varios teóricos, que muchas veces no coinciden exactamente en sus apreciaciones y que si bien tienen su fortaleza en la

idea del denominado *paradigma democrático* en realidad no ofrecen una teoría política propia relevante. Dicho de otro modo, tales pensadores coinciden en su visión de una sociedad justa pero no elaboran una teoría de poder, lo cual hace su tesis, sino contradictoria, al menos incompleta.

Es por ello que, dependiendo de la visión del analista, se puede considerar a uno u otro autor como perteneciente a una corriente o a otra. Es así como Miguel Carbonell (2003) agrupa a Dorkin, Alexy, Nino y Ferrajoli como parte de un mismo pensamiento, mientras otros consideran que hay divisiones de escuelas entre sus visiones o, al menos, diferencias derivadas de las épocas en que fueron desarrolladas las ideas, lo cual habría llevado a que un autor de los referidos haya podido tomar al otro como una referencia que no necesariamente es determinante en el resultado de sus conclusiones. Lo anterior, sin contar los señalamientos que algunos hacen sobre una supuesta ambigüedad en las obras de Ferrajoli lo cual hace mucho más complicado ajustarlo a un esquema de pensamiento garantista o neoconstitucionalista, aunque la gran mayoría de abogados o de estudiosos del derecho lo hayamos ubicado de modo claro en la segunda denominación o, para que no haya mayores discusiones, como abanderado de un *constitucionalismo garantista*.

No es fácil resumir el pensamiento del precitado jurista italiano puesto que el mismo necesita de una amplia explicación y del análisis de varias situaciones jurídicas reales o hipotéticas que permitan entender los alcances de sus ideas. De hecho, ha necesitado de varias obras para poder ir desarrollando su visión de la mejor manera. Por ello, asumiendo la responsabilidad de lo incompleta que pueda quedar la idea, nos arriesgamos a indicar que una primera premisa se encuentra en descubrir que la real diferencia entre aquello que se denomina como *Estado legislativo de Derecho* y *el Estado constitucional de Derecho* no está en la mera existencia de una ley superior -como lo concebimos tradicionalmente- sino en aquello a lo que puede llamarse como *rematerialización constitucional*. Ferrajoli (2011) es partidario de una concepción positivista jurídica que concibe como Derecho todo conjunto de normas jurídicas producidas por aquel que se considere en capacidad para producirlas, quedando el contenido en un segundo plano, aún a riesgo de tener un producto injusto, de tal manera que el Derecho depende de hechos determinados y no de juicios morales o de la justicia de sus contenidos.

Es por ello que Prieto (2013) se cuestiona si será factible dar cuenta de la existencia o validez jurídica de las normas en el marco del Estado constitucional partiendo de la tesis de las fuentes sociales, entendiendo por ella que el Derecho es un fenómeno tangible, que podemos identificarlo a través de hechos externos, como la promulgación de normas jurídicas por una autoridad o determinadas prácticas sociales. Él considera (y coincidimos con su opinión) que sí respecto a la Constitución pues su existencia es, indiscutiblemente, una cuestión de hecho. De ahí que pueda evidenciarse el carácter jurídico de una norma con independencia de su contenido (el Derecho es un hecho ajeno a la justicia) en lo que puede constituir el denominado *Estado legislativo de Derecho*. Sin embargo, quizás no pueda sostenerse lo mismo para el resto de las normas -en lo que constituiría el *Estado*

*constitucional de Derecho*- donde los conceptos morales incorporados a la ley se convierten en criterios internos para analizar la pertenencia de una determinada norma al ordenamiento jurídico. Así, el razonamiento moral se evidencia en la aplicación del Derecho y, además, en su identificación (Villabella, 2010).

Ya centrándonos en Latinoamérica, hay varias teorías sobre las circunstancias y momentos en que la corriente *neoconstitucionalista* apareció o se empezó a imponer aunque algunos autores como Viciano y Martínez (2012) sostienen que fue generada por la acción de movimientos sociales que promovieron cambios estructurales en la década de los ochenta, luego de soportar en la década inmediatamente anterior largas y poco beneficios las dictaduras, sin descartar como factor adicional -según sus criterios- el excesivo apego a la liberalidad tomada como ejemplo de algunos países europeos que se tradujo en una fragilidad política que no consideró de modo integral determinadas realidades históricas, sociales o económicas de la región.

Es complejo hablar de este tema sin entrar en análisis que pudieran sonar como políticos, sin embargo parece ser un hecho cierto que las nuevas corrientes que tomaron algunos países latinoamericanos aprobando Asambleas Constituyentes y nuevas constituciones (Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela, etc.) y otros que adoptaron esquemas de gobierno diferentes a los tradicionales (Brasil, Uruguay, Paraguay, etc.) fueron producto de una propuesta de cambio a la sociedad para que los derechos tomen un rol preponderante real y no meramente denunciativo en las normativas y acciones de los gobiernos, lo cual tuvo amplia acogida. Así, la aparición de organismos más modernos de control constitucional vendría a ser una de las medidas tangibles de estas nuevas estructuras de gobierno para velar que las garantías establecidas en la Constitución se apliquen dentro del entorno cotidiano del ser humano. Si aquello fue mal utilizado desde las esferas de poder o si se quedó en meros enunciados, sería materia de otro análisis que no corresponde a la orientación de este trabajo.

### **LA ORALIDAD PROCESAL EN EL ECUADOR Y SU INFLUENCIA EN EL ASPECTO CONSTITUCIONAL**

Como se veía en el análisis histórico - doctrinario antes anotado, las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico sí han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar -o lo están dando ya- a problemas importantes dentro del Estado constitucional pero, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo. Debemos, entonces, empezar a enfocar ahora el tema hacia el tema procesal para analizar el nivel de influencia logrado en esta área.

Parecería demostrado históricamente que el sistema oral es el más adecuado para poder alcanzar los fines de aplicación de justicia que persigue el proceso. A pesar de ello, es innegable que el sistema escrito tiene también algunas ventajas, como el hecho de dejar constancia de las diligencias testimoniales o de los razonamientos jurídicos mediante alegatos o escritos debidamente preparados por los abogados con la utilización de

apoyo doctrinario y jurisprudencial, que le permiten al juez una lectura posterior -en los momentos que considere tener mejor o mayor concentración- para poder analizar los argumentos allí constantes. Sin embargo, es indudable que la lentitud del sistema y la falta de una debida intermediación se convierten en debilidades sumamente fuertes que traen consecuencias negativas como, por ejemplo, que las personas prefieran renunciar a sus derechos antes que acudir al órgano de justicia al no estar dispuestos a esperar varios años para obtener una sentencia definitiva que, además, es apenas el inicio de una nueva fase llamada “de ejecución” en la cual recién podrá intentar acciones concretas para recuperar su crédito u obtener el cumplimiento del derecho que le haya otorgado la sentencia. Valga destacar que, dependiendo del tipo de proceso, de los incidentes que se den, de los abogados que patrocinan, de la lentitud o agilidad del juez, entre otros factores, algunas fases de ejecución pueden demorar varios años en culminar.

La intermediación es un principio procesal que estudia el contacto que mantiene el Juez con las personas (lo que se conoce como *intermediación subjetiva*) o con el objeto materia del derecho litigado (a lo que se llama *intermediación objetiva*) (Cruz, 1992). La primera clase de intermediación se verifica en las diligencias testimoniales mientras la segunda se observa en aquellas como la exhibición o la inspección judicial. Y a pesar de que estas clases de intermediación sí se dan en nuestro sistema procesal actual, debe tenerse cuidado para que no se desaprovechen pues, en algunas diligencias testimoniales, el juez es un mero calificador de las posiciones planteadas por las partes al momento de la diligencia o la aportación de pruebas periciales o documentales se limitan a una simple presentación escrita de argumentos donde el juez asume un papel sumamente mecánico limitándose a correr traslado a las partes para escuchar sus opiniones y continuar la sustanciación de la causa, lo cual conlleva un absoluto desperdicio respecto de los alcances que debería tener la actuación del juzgador (Alsina, 1963). Aunque en el sistema denominado de jurados el tema de la intermediación parece ser más completo, las dificultades de la valoración de las pruebas y de las ponderaciones de derechos pueden ser aún más complejas (De la Oliva A, 1999) tomando en cuenta la multiplicidad de personas que los conforman y la variedad de su origen, sumado a ello que juzgan en base a equidad y no necesariamente en base a la ley, lo cual sería un interesante tema de análisis para algún próximo estudio. Es por ello que algunos autores como Vescovi (1998) abogan por jueces que tengan mucha más discrecionalidad en su actuar y que estén cada vez menos ceñidos a la “camisa de fuerza” que puede suponer un sistema donde no pueden aplicar criterios de valoración más acordes con las evoluciones del Derecho Procesal. Nos preguntamos si esa meta es de difícil alcance en el Ecuador y por qué.

Buscando ampliar criterios -y para evitar que las opiniones o conclusiones a las que pueda llegar este trabajo dependan de un único enfoque- se solicitó la opinión de tres profesionales del derecho, de distintos perfiles, a fin de efectuarles un breve cuestionario respecto del aspecto positivista en la actuación de nuestros jueces y consultar su opinión sobre los alcances que -de acuerdo a sus respectivos criterios- está alcanzando o

podría alcanzar el neo constitucionalismo en nuestro medio. A pesar de tratarse de tres enfoques de profesionales dedicados a diferentes ramas procesales, fue muy interesante observar que todos ellos consideraron que el *neo constitucionalismo* -debidamente aplicado y dentro de la medida justa- sí debería ser incorporado en el criterio valorativo de los jueces al tomar sus decisiones. Si bien existen dudas sobre la naturaleza jurídica de esta figura (si es sistema, corriente o método) o sobre la preparación o actualización de los jueces en dicha materia o de la influencia de la política o la corrupción sobre ellos, ninguno de los entrevistados denostó contra la figura y, más bien, dieron sus opiniones respecto a la vía más adecuada para que el neo constitucionalismo sea aplicado correctamente.

Los entrevistados opinaron que el neo constitucionalismo es bienvenido dentro del sistema procesal ecuatoriano, siempre que los jueces puedan cumplir con tres requisitos: 1) capacitarse de modo adecuado, a fin de que puedan entender realmente los alcances de esta corriente de pensamiento y lo puedan aplicar de modo real y proporcional, dejando de ser una simple fachada o elemento de forma; 2) cambiar sus estructuras de pensamiento positivistas o legalistas, en el caso de formar parte de la generación que fue formada bajo un esquema fundamentalmente exegético o normativo; y 3) mantenerse alejados de las influencias de los intereses políticos y de las tentaciones de la corrupción pues, en ambos casos, el juez traiciona su compromiso de impartir justicia y, obviamente, dejará de lado no sólo al neo constitucionalismo sino a cualquier principio que deba ser aplicado al proceso. Es casi innecesario acotar que este último elemento es un problema que afecta -en mayor o menor medida- a la justicia a nivel mundial y que no es un tema que se puede restringir exclusivamente al área que estamos estudiando, siendo además conocido que no existe una solución sencilla a la vista. Todos sabemos lo que se debe hacer, todos sabemos la teoría correcta, pero casi nadie ha sido capaz de encontrar una medida eficaz para erradicar este grave mal. Tema de largo y nunca definido debate.

Un tema de particular análisis es definir los alcances que tiene un juez para poder aplicar, por sí mismo, criterios constitucionales en sus sentencias que pudieran liberarlo de una aplicación literal de la norma, sin que sea considerado como una intromisión en una materia ajena a la que ha correspondido originalmente. El temor a ser considerados como “parcializados” termina constituyéndose en una de las principales causas para que los jueces no se sientan seguros de aplicar tales atribuciones conferidas por la ley, prefiriendo mirar al costado y así evitar conflictos o ser señalados.

### **LAS PRINCIPALES AMENAZAS PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO POR PARTE DE LOS JUECES**

Como antecedente necesario para este punto, debemos recordar que existen tres corrientes que intentan explicar los alcances del control de constitucionalidad en los jueces:

Uno conocido como *sistema político* que lo constituyen organismos de especiales que controlan las leyes que están a punto de ser expedidas a fin de encontrar en ellas posibles violaciones a principios constitucionales. Las decisiones de estos organismos no constitu-

yen una actividad jurisdiccional, de modo literal, sino más bien preventivo o protectorio, por decirlo más simplemente.

Otro denominado como de *pleno ejercicio jurisdiccional* que, a su vez, tiene dos corrientes: uno amparado en el sistema anglosajón mediante el cual los mismos jueces tienen las atribuciones para poder interpretar o aplicar las leyes, cuidando que las mismas vayan en comunión con la supremacía constitucional, mientras la otra tiene una vertiente europea que confiere a un organismo, independiente a la función judicial, el control de la aplicación de los principios constitucionales por parte de los jueces o tribunales en sus sentencias o decisiones. Estos organismos suelen ser llamados como Tribunales Constitucionales o, como en el caso del Ecuador, Corte Constitucional.

Finalmente habría un tercer esquema, todavía incipiente, mediante el cual se nombran *jueces constitucionales* que forman parte del Poder Judicial. Algunos analistas mencionan este último esquema como *híbrido* y sostienen que resulta algo inocuo analizar las diferencias entre este estilo de control constitucional y el anteriormente mencionado.

De lo que no queda duda es que la tarea de supervisión en el Ecuador ha sido encargada a un organismo ajeno a la Función Judicial: la Corte Constitucional (antes llamada Tribunal Constitucional o Tribunal de Garantías Constitucionales) donde se resuelven, en *ultima ratio* los conflictos en esta materia. Este organismo no ha estado lejos de la polémica, puesto que le ha tocado tomar decisiones en causas de gran interés nacional que han sido cuestionadas por uno u otro sector. Y es que, dentro de un sistema denominado como *garantista* reflejado en una Constitución que es sumamente amplia en la concesión de derechos, resulta fácil encontrar violaciones casi en todo tipo de procedimiento, si se quiere encontrar una contradicción con la carta fundamental. Del mismo modo, la amplitud del alcance de las normas constitucionales permite, casi de modo ilimitado, poder cambiar una opinión judicial encontrando en la privación de derechos constitucionales un fundamento conveniente.

Por todo lo antes anotado es que muchos abogados que han estudiado la problemática constitucional en el Ecuador consideran que los problemas que actualmente enfrenta el Ecuador en materia de aplicación adecuada de los preceptos constitucionales en los procesos a cargo de los jueces ordinarios, radica en un error esquemático ya que se crearon normas sumamente modernas que se ven muy bien en los códigos, sin contar con la infraestructura para poderla aplicar de modo eficaz. Quizás, uno de los ejemplos históricos más gráficos lo constituya la acción constitucional prevista en nuestra Constitución de 1998 denominada como *Recurso de Amparo Constitucional* que lo podía implementar cualquier ciudadano que se sintiera afectado en sus derechos constitucionales. La normativa quedó tan ampliamente redactada que muchos advertimos que sería utilizada de una manera errónea e inclusive como un elemento dilatorio. Lamentablemente tuvimos razón, pues muchos abogados encontraron en este recurso un mecanismo para entorpecer los procesos, saturando la capacidad de atención de los jueces, que ya estaba suficientemente afectada de manera previa. Esto obligó a la Corte Suprema de Justicia

(como se denominaba al organismo máximo de justicia en aquel entonces) a dictar una Resolución (opción válida cuando hay vacío u oscuridad de ley) mediante la cual se restringió el uso de dicho recurso en varias situaciones. Varios especialistas en derecho constitucional consideraron esto como un retroceso, sin embargo, varios otros lo consideramos adecuado ya que, aunque no resulte popular decirlo, existen sociedades que no están preparadas para autorregularse y terminan por abusar del derecho originalmente previsto para situaciones específicas. En el caso que estamos analizando, conociendo el modo de pensar que existe en nuestra sociedad (lo cual incluye nuestra sociedad jurídica) era previsible que una normativa de amplísima aplicación iba a ser tergiversada, por lo que tuvo que aplicarse dicho correctivo.

Al parecer, no aprendimos de nuestras propias experiencias y por ello, curiosamente, repetimos el error cuando se expidió la Constitución del año 2008, popularmente conocida como la Constitución de Montecristi (Constitución Política del Ecuador, 2008) al incorporarse en ella las denominadas Acciones de Protección que permitirían a los ciudadanos que se sintieran afectados de cualquier modo en sus derechos constitucionales acudir a un Juez, de cualquier materia, a solicitar su auxilio al respecto. Nuevamente, la normativa quedó muy ampliamente redactada y se repitieron las prácticas anteriormente comentadas al utilizarse la figura de modo indiscriminado, a tal punto de que se la empezó a conocer popularmente como el retorno de la tercera instancia queriendo decir con esto que si bien la “tercera instancia” había quedado abolida hace décadas en el Ecuador, este mecanismo constitucional iba a ser mal utilizado por muchas personas para lograr efectos dilatorios equivalentes a los de aquella vía de impugnación ya desaparecida. Dicho de otro modo: al repetir el error, se repitió el efecto. El problema no quedó ahí, puesto que ante la no existencia de jueces de primer nivel en materia constitucional, se dispuso que los jueces ordinarios, de cualquier materia, pudieran ser competentes para conocer de este tipo de acciones. Es así cómo hoy vemos que jueces de lo laboral, de la niñez y adolescencia o hasta de contravenciones resuelven temas constitucionales que, en muchos casos, requieren de un conocimiento especial y hasta de una especialización.

Independientemente de lo antes anotado, el problema real lo constituyó la avalancha de acciones que se propusieron y, nuevamente, hubo de actuar el Estado para corregir esta distorsión. Apareció así la denominada *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (2013) que encaminó los alcances de las acciones de protección previendo presupuestos procesales específicos para las diferentes clases de conflicto pero, al parecer, fue demasiado tarde. Muchos jueces -por increíble que parezca- no quisieron aplicar esa ley de modo adecuado pues consideraban que la misma “conculcaba algunos derechos previstos en la Constitución”. Tal como se lee: los jueces empezaron a descartar normas de la ley prevista por el Legislador precisamente para limitar los excesos de los ciudadanos en las acciones constitucionales para seguir aplicando los preceptos de la Constitución de modo amplio como si dicha ley no existiera. A la fecha, esta problemática sigue existiendo y es el claro reflejo de una situación de falta

de formación conceptual en algunos juzgadores, que constituye una problemática de resolución pendiente.

Un comentario aparte merece el tema de las denominadas *acciones extraordinarias de protección* puesto que estas permiten la revisión de sentencias o autos inimpugnables ante la Función Judicial cuando se aduce que en ellos se han violado derechos previstos en la carta fundamental. La consecuencia lógica -tal como lo previmos algunos que fuimos tildados como *pesimistas*- lo constituye el altísimo porcentaje de acciones extraordinarias de protección que se plantean, muchas veces con el argumento coloquial de “*probar fortuna*” lo cual nos da a un diagnóstico claro de la mentalidad del usuario en este campo. Aunque la ley establezca que no se suspenderá la ejecución de la sentencia por dicha causa, el simple hecho de que la acción esté planteada ya es una espada de Damocles para el juez que debe ejecutar la sentencia pues, aunque no lo acepte de modo frontal, preferirá evadir la ejecución o al menos darle una tramitación lenta, esperando la opinión de la Corte máxima en materia constitucional. En conclusión, para el abogado que tiene como estrategia la dilación de la ejecución de la sentencia, esta figura le permite cumplir la *finalidad*. Adicionalmente al extenso tiempo de espera para obtener una resolución, son pocas las acciones extraordinarias de protección cuyo fondo termina siendo aceptado lo cual implica que, a pesar de que la gran mayoría no tuvieron razón jurídica, sí lograron el objetivo de detener -o al menos bajar la intensidad- del cumplimiento de lo ordenado en sentencia.

No obstante lo dicho en los párrafos anteriores, debe dejarse en claro que las acciones de protección y las acciones extraordinarias de protección son instrumentos totalmente válidos para corregir aquellas violaciones constitucionales que no fueron tomadas en cuenta por los jueces inferiores, sobre todo en aquellos casos donde las infracciones a la ley o al principio constitucional han sido flagrantes. Las observaciones efectuadas no deben interpretarse como una desaprobación de la figura, sino más bien a las distorsiones que pueden causarse si no es entendida o aplicada correctamente que, es la preocupación o finalidad principal del enfoque.

## CONCLUSIONES

La primera -y quizás obvia- conclusión, es la necesidad de un plan integral de capacitación judicial a fin de que los juzgadores puedan conocer a fondo, no solamente los elementos doctrinarios del neo constitucionalismo, sino su aspecto teleológico, que no es otro que la aplicación correcta de los principios fundamentales en consonancia con los principios positivos de las leyes inferiores (en especial utilizando de modo adecuado la ley específica creada para el control constitucional) para lo cual deben estudiarse experiencias ya obtenidas en otros países, analizarse fallos expedidos dentro y fuera Ecuador, escucharse opiniones provenientes de profesionales especializados, foros universitarios o seminarios, en referencia a las dificultades encontradas al respecto. El complemento sería la implementación de talleres prácticos que permitan análisis más directos y didácticos de

las situaciones jurídicas que el juez debe enfrentar y las soluciones más adecuadas que pueda aplicar.

Más allá de las normas, debe entenderse que la oralidad procesal no es una mera *verbalidad*. La primera es un sistema implica una serie de reglas que deben ser seguidas por las partes y el juez, mientras la segunda es un simple modo de comunicación entre las personas en cualquier ámbito de la vida. El juez debe tener muy claro que la oralidad no consiste en que las partes acudan a mencionarle sus aspiraciones y se celebren audiencias sino que él debe estar capacitado para poder procesar y valorar todo el bagaje de información que va a recibir de modo integral, de manera que dé atención prioritaria a la controversia pero sin olvidar los derechos fundamentales que por lo general acuden simultáneamente a formar parte de ella. En definitiva, aprovechar las herramientas más idóneas para una adecuada ponderación que, a su vez, lleve al juzgador al fallo más justo posible.

El análisis de sentencias dictadas tanto por la Corte Nacional de Justicia como por la Corte Constitucional -en los cuales se haya utilizado o analizado el sistema neo constitucional- es indispensable para los juzgadores pues les permitirá ver la aplicación práctica del mismo dentro de su entorno. Sin embargo, también debe hacerse un análisis crítico de tales fallos, encontrando los errores de aplicación que pudieran haberse dado en ellos y encontrando nuevas opciones. Las opiniones de los abogados litigantes respecto a las deficiencias que se encuentran en el actuar de los jueces en este campo, también son una fuente importante de análisis para que el juzgador pueda focalizar las áreas donde se deben tomarse correctivos.

Por otra parte, los talleres prácticos que simulan audiencias orales, organizados por expertos, han constituido un importante aporte para la capacitación judicial en el sistema oral en países como México y Colombia. Los colegios profesionales y las universidades adquieren vital importancia para colaborar en la organización de estos eventos, cuando sean requeridos. Sin embargo, no deben quedarse en una mera representación teatral de los mecanismos o formalidades a utilizarse, pues el elemento más importante estará en el modo en que estos talleres enfoquen la valoración de la prueba en casos complejos y el planteamiento de ejercicios de ponderación de derechos a fin de que el juez pueda tener una idea mucho más cabal de la mentalidad valorativa que el sistema *neoconstitucionalista* le exige en estos nuevos tiempos.

Como conclusión final, podemos afirmar que es ampliamente factible conciliar los enfoques positivistas con las nuevas corrientes neo constitucionalistas, siempre y cuando no se caiga en el error de considerar que las segundas son enemigas de las primeras o que buscan su abolición, pues es la distorsión más común que puede apreciarse en el pensamiento de algunas personas que siguen las nuevas escuelas. Debemos ver al esquema neo constitucionalista como enriquecedor, innovador o dinamizador del sistema positivista que, sin duda, ya estaba resultando insuficiente.

Con la selección adecuada de jueces, adicionando a ello una sistemática capacitación y el adecuado complemento de las leyes que deban ser modernizadas para que se

adecuen a las nuevas formas de pensamiento jurídico, la aplicación del neo constitucionalismo -bien entendido en sus reales finalidades- podrá darse de un modo progresivo en todos los estamentos de la justicia ecuatoriana. La clave está en entender que tanto el sistema tradicional como la nueva teoría aquí analizada, buscan exactamente lo mismo: que los fallos de los jueces sean lo más justos posibles. Encontrar el adecuado equilibrio entre ambos elementos constituye el desafío constante de los jueces en estas nuevas épocas, pues la búsqueda del mejoramiento del sistema de justicia es un desafío constante en el que estamos involucrados todos los que amamos el Derecho.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSINA, H. (1963). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar.
- CARBONELL, M. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- CARNELUTTI, F. (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal*. Buenos Aires: Ejea.
- CARPIZO, J. (2009). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: Grijley.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008
- Código Civil. Registro Oficial No.46, Suplemento, Quito, Ecuador, 24 de junio de 2005
- Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial No.58, Quito, Ecuador, 12 de julio de 2005.
- CRUZ, A. (1992). *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*. Guayaquil: Edino.
- CHIOVENDA, G. (1922). *Principios de Derecho Procesal*. Madrid: Reus.
- DE LA OLIVA, A. (1999). *Comentarios a ley del Jurado*. Madrid: Cera.
- DEVIS, H. (1964). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Parte General. Tomo IV. Bogotá: Temis.
- GUASTINI R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. 2008: Trotta.
- GUILLERMO, A. (2014). Luigi Ferrajoli, “El mejor jurista del mundo” presente en Cuenca en seminario de la U.Católica. 21 de julio de 2015, de Diario El Mercurio Sitio web: <http://www.elmercurio.com.ec/456616-el-mejor-jurista-del-mundo-presente-en-cuenca-en-seminario-de-la-ucolica/#.VdtFoD9RG70>
- HANS PETER SCHNEIDER. (1991). *Democracia y Constitución*. Madrid: CEC.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No.52, Suplemento, Quito, Ecuador, 25 de junio de 2013
- LÓPEZ J. (1993). *La falacia naturalista y el derecho natural*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, 29, pp. 265-292.
- MARESA Y NAVARRO J. (1881). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- PALLARES E. (1990). *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. México: Porría.
- PEYRANO, J. (1984). *Tácticas en el proceso civil*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.
- QUINTERO, MARIOLGA. (2005). *La Apelación: algunas posturas*. Estudios Iberoamericanos de Derecho Procesal, I, p.245
- VÉSCOVI, E. (1988). *Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: De Palma.