



**UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA**
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



DR. ENRIQUE POZO CABRERA

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

DR. ENRIQUE POZO CABRERA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
CONSEJO UNIVERSITARIO**

Monseñor Dr. César Augusto Cordero Moscoso
Rector Fundador

Dr. Enrique Pozo Cabrera
Rector

Dr. Hugo Ortiz Segarra
Pro Rector Matriz - Decano General Estudios no Presenciales

Dr. Marco Vicuña Domínguez
Pro Rector Sedes - Decano General Sedes

Lcda. Ana Luisa Guijarro Cordero
Vicerrectora Académica

Dr. Enrique Campoverde Cajas
Vicerrector Administrativo

Dr. Aníbal Robles Ocampo
Secretario General

Dr. Diego Salamea Carpio
Procurador Síndico

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Av. de las Américas y Humboldt, teléfonos: 593 (07) 2830-751, 593 (07) 2824365, 593 (07) 2826563, 593 (07) 2830877, 593 (07) 2825435, 593 (07) 2826959, 593 (07) 2824365, 593 (07) 2822363. Página: www.ucacue.edu.ec. Correo: info@ucacue.edu.ec

Ec. Vanessa Bermeo Pazmiño, Presidenta Consejo Editorial
Dr. Diego F. Rodríguez Muñoz, Director Ejecutivo Consejo Editorial

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la portada y contraportada, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por cualquier medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo de la Universidad Católica de Cuenca.

“DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL”

© Universidad Católica de Cuenca

PRIMERA EDICIÓN: Junio 2015

ISBN: 978-9942-972-04-0

Derecho de autor: CUE-002198

Diseño y Diagramación Interior: Alexander Campoverde Jaramillo

Revisión y corrección de textos: Lcda. Catalina Ordóñez Romero

Impresión: Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA)

Tiraje: 500

Portada: Alexander Campoverde Jaramillo

CONSEJO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

El contenido de esta publicación ha sido debidamente examinado y valorado por evaluadores ajenos a la Universidad Católica de Cuenca, con el fin de garantizar la calidad científica del mismo

Cuenca - Ecuador



INDICE

PRÓLOGO.....	9
 CAPÍTULO I	
DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR.....	25
 DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	 27
 CAPÍTULO II	
EL DERECHO PROCESAL, SUS ELEMENTOS: ACCIÓN, PROCESO Y JURISDICCIÓN.....	43
 EL DERECHO PROCESAL.....	 45
LA ACCIÓN.....	45
EL PROCESO.....	46
LA JURISDICCIÓN Y LO JURISDICCIONAL.....	46
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO MEDIO DE DEFENSA DE LA SUPREMACÍA DE LA CARTA FUNDAMENTAL.....	52
 CAPÍTULO III	
EL NEO-CONSTITUCIONALISMO -EL GARANTISMO-LOS PRINCIPIOS- NEOCONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO.....	53
 EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	 55
EL GARANTISMO.....	58
PRINCIPIOS.....	60
NEOCONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO.....	72



CAPÍTULO IV

SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD..... 77

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD..... 79

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCION..... 81

CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCION..... 86

CONTROL POLITICO DE LA CONSTITUCION..... 89

CONTROL MIXTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD..... 93

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR..... 95

CAPÍTULO V

PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS..... 99

LOS TITULARES DE LOS DERECHOS..... 104

PRINCIPIOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS..... 106

CAPÍTULO VI

DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL..... 125

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE JURISDICCIÓN..... 127

CAPÍTULO VII

GARANTÍAS DE UN DEBIDO PROCESO..... 147

NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBIDO PROCESO..... 155

CAPÍTULO VIII

GARANTÍAS BÁSICAS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD..... 209



PRÓLOGO

DR. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO.

Sobre constituciones, procesos y derechos.

Tradicionalmente el pensamiento jurídico ha visto el contenido material de las normas jurídicas como lo esencial y absolutamente determinante y la normativa procesal como algo adjetivo, de importancia subordinada. De ahí que sea común contraponer derecho sustantivo y derecho procesal, siendo este de menor o de nula sustancia, nada más que aditamento necesario por razones prácticas y organizativas: porque debemos saber y en alguna parte tiene que estar fijado cuál es el plazo para presentar una demanda o ante qué juzgado o tribunal tiene que hacerse. Y poco más.

El constitucionalismo, especialmente el europeo, nace bajo tales condicionamientos de la ideología gremial de los juristas. Por una parte, se trata de igualar formalmente la posición de los ciudadanos ante el derecho, terminando con el viejo orden estamental. La idea de igualdad ante la ley tiene carácter formal. Por otro lado, esa igualación formal o meramente jurídica tiene que fundamentarse en declaraciones de derechos naturales o innatos de los ciudadanos. Pero tales proclamaciones de derechos son, en buena parte, mera justificación de dicho tratamiento formalmente igualitario y no se pretende atacar otro tipo de desigualdades ni corregir la posición material de cada ciudadano dentro de la sociedad y en función de su suerte o su destino.

En segundo lugar, ese constitucionalismo se propone amparar a los ciudadanos frente al Estado y su poder, cambiando la indefensión por límites legales y esferas de inmunidad para los individuos. La sustancia moral de esos derechos defensivos está en aquel fundamento iusnaturalista, pero el instrumento para hacerlos efectivos es la ley, una ley que, desarrollando los mandatos constitucionales, tase de modo claro lo que el Estado puede hacer



a los ciudadanos o les puede impedir y lo que no les puede hacer o debe tolerarles a ellos.

En el trasfondo estaba operando un cambio decisivo en la filosofía política, relacionado con la justificación y la legitimidad de los poderes políticos. Mientras las jerarquías sociales fueron presentadas como reflejo de un orden natural o de un orden querido por Dios, la relación entre los que mandan y los llamados a acatar resultaba religiosa, moral y jurídicamente incuestionable. Las revoluciones burguesas acaban con ese postulado de la naturalidad del poder y de su distribución y, puesto que ahora se postula el igual valor y la idéntica dignidad de cada individuo, a ninguno se le reconoce un derecho natural a mandar sobre los otros.

Ante esa constitutiva igualdad del valor y la dignidad de todos y cada uno de los ciudadanos, las salidas, en términos de filosofía política, solamente podían ser dos: o la defensa de la anarquía, de la ausencia de poderes políticos y jurídicos, con la consiguiente eliminación del Estado, la vida en estado de naturaleza, en suma, o la refundación, sobre nuevas bases teóricas, del poder estatal. Aquel constitucionalismo seguirá esta última vía y se proclamará, así, la soberanía popular: el poder pertenece a los ciudadanos, a todos y cada uno, y los que desde el aparato del Estado gobiernan lo hacen por delegación y con el consentimiento de la ciudadanía, del pueblo.

Para asegurar la efectividad de ese cambio revolucionario se introduce una nueva serie de principios formales y procedimentales: la democracia, como régimen de mayorías basado en un sistema electoral, y la separación de poderes, en cuanto modo de recíproca limitación entre los poderes del Estado, para que ninguno esté en condiciones de suplantar la soberanía popular y convertirse, él, en soberano. El constitucionalismo del siglo XIX, en Europa, es el testimonio de esa disputa entre los poderes de reyes y emperadores, heredado del Antiguo Régimen, y el poder anclado en la soberanía popular. Al tiempo, se hace patente también la tensión entre una concepción del Estado como organismo natural y supremo, con



potestades innatas, y como encarnación superior de la comunidad, y la concepción del Estado como asociación voluntaria de ciudadanos autointeresados que en libertad se unen, bajo esa forma política e institucional, para mejor defender sus intereses, en lo que tienen en común, y para conseguir grados más altos de bienestar de los que cabrían si cada uno hiciera la guerra por su cuenta.

El problema está en que el carácter puramente programático o meramente político de las constituciones del XIX lleva a que solo se pueda confiar en la ley como herramienta de defensa de esa posición de los ciudadanos frente al Estado. No existen procedimientos ni órganos para hacer valer la superioridad jurídica de la Constitución, por lo que dicha superioridad no tiene más valor que el valor político. Toda la presión política y social se aplica, pues, sobre la ley, y más sobre la democráticamente producida, y aquel legalismo extremo del XIX se explica por ser la ley garantía jurídica única y porque de la aplicación de la ley sí que existen controles, a través de los jueces. Entre los derechos puramente nominales de las constituciones y los derechos jurídicamente efectivos de los códigos y las leyes, volcarse en estos últimos es la sola manera de defender las posición ganada por la nación, por la ciudadanía. No es puro fetichismo legal, como hoy a menudo se caracteriza aquella actitud, es defensa de los logros de las revoluciones modernas que terminan con el Antiguo Régimen. Que ideológicamente haya sido acompañada dicha actitud por mitos como el del legislador racional no debe sorprendernos tanto, si tenemos en cuenta que hasta nuestros días el mito se mantiene, aun cambiando de protagonistas: del del legislador racional hemos pasado al del poder constituyente racional o, incluso, al mito de las cortes constitucionales racionales. Siempre hay alguien en la verdad, que nos guía hacia el bien objetivo y que nos defiende de los malos, ese es un componente crucial de la ideología jurídica de todos los tiempos.

Es de todos conocido que en Estados Unidos las etapas y las consecuencias son distintas, por causa antes que nada de que con la sentencia en el caso *Marbury vs. Madison* el Tribunal Supremo se



arroga, ya en 1803, capacidad para el control de constitucionalidad de las normas legales. Ahí la superior jerarquía de la Constitución ya no será meramente nominal o simbólica y los jueces sí disponen instrumentos para la defensa directa de los derechos constitucionales.

Fuera de esa excepción norteamericana y de algunas secuelas puntuales, la verdadera revolución constitucional del siglo XX consistirá en la introducción en las propias constituciones de sistemas de control de constitucionalidad, y en particular la “invención” de los tribunales constitucionales. Esto solo pudo ocurrir una vez que la superioridad jurídica de las constituciones estaba bien asentada en el imaginario colectivo y, en especial, entre los juristas y la clase política. Superada en la lucha política y social aquella tensión entre la soberanía popular y la igualdad jurídica de los ciudadanos, por un lado, y el estatismo que era reflejo tardío del antiguo orden político y social, aparece una nueva necesidad: si la constitución es norma efectivamente superior y en ella se contienen las garantías básicas de los ciudadanos frente al poder y si, además, el legislador ya no es aquel personaje mitológico perfectamente leal a la sociedad que lo alimenta y expresión prístina de la voluntad general, hace falta dotar a las constituciones de medios para su propia defensa, en primer lugar frente al legislador mismo y en bien de los ciudadanos. Con ese fin se introducen los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes. Pero hay que subrayar la paradoja inmanente a ese proceso: puesto que es en los propios textos constitucionales donde se van insertando tales mecanismos, que son de autoprotección constitucional, ha debido estar previamente asumida la primacía de la constitución. Sólo cuando la constitución es generalmente vista y aceptada como norma más alta, podrán ser efectivos los medios que para la defensa de esa superior jerarquía se plasmen en las constituciones mismas. No hay cambio efectivo de las instituciones y de los sistemas normativos si no antecede un cambio de las mentalidades, una mutación ideológica. La constitución solamente puede ser eficazmente protegida cuando las lealtades primeras del pueblo van con la constitución y no con poderes extra o preconstitucionales.



Puesto que, en términos jurídicos, la protección de la constitución es autoprotección de la constitución, se requiere una sociedad leal con ella y dispuesta también a defenderla con sus herramientas propias, que son las herramientas de la política.

Es en ese momento cuando las constituciones dejan de ser pura “sustancia” política y moral y adquieren una dimensión procesal. Desde el instante en que hay garantías procesales para los derechos constitucionales, estos ya no son “derechos” meramente morales u objetivos políticos, sino que se hacen derechos jurídicos, derechos propiamente dichos. Tanto más, cuanto más efectivos sean dichos procesos de control de constitucionalidad y de correspondiente defensa de los derechos. Radicalmente formulado: no hay en puridad derecho constitucional mientras se cuente con derecho procesal constitucional. No cobran naturaleza jurídica los derechos en tanto no existen cauces procesales para hacerlos valer frente a todos y cada uno de los poderes públicos, frente al Estado mismo, ante todo y en primer lugar. Y una vez que queda suficientemente garantizado ese efecto vertical de los derechos fundamentales, como derechos frente al poder público, podrá darse el paso siguiente, el de incorporar también su llamado efecto horizontal o frente a los conciudadanos, lo cual, como es bien sabido, se consagra ante todo por obra de la jurisprudencia constitucional alemana en el caso Lüth, a fines de los años cincuenta. En otras palabras, y para resumir, no hubo verdadero derecho constitucional sustantivo mientras no se desarrolló el derecho procesal constitucional.

En la segunda mitad del siglo XX asistimos a una nueva mutación. Puesto que los preceptos constitucionales y los correspondientes derechos cuentan ya con instrumentos procesales de salvaguarda y efectividad, las constituciones se hacen mucho más densas en derechos. Ciertas experiencias históricas avisaban de los descarríos posibles del legislador y de los peligros funestos de los poderes estatales incontrolados. Se extreman, en consecuencia, las precauciones, bajo la forma de derechos de los ciudadanos



constitucionalmente proclamados y sancionados.

Ahora la interpretación constitucional se hace labor esencial y de cómo la planteen y la realicen los órganos judiciales encargados del control de constitucionalidad van a depender dos cosas: el alcance de los derechos ciudadanos y el grado de limitación que tenga que soportar el legislador democrático. Estamos, así, abocados a un choque de legitimidades y se agudiza el llamado problema del carácter contramayoritario de las decisiones de control de constitucionalidad de la ley. El objetivo de protección de los derechos fundamentales va de la mano, insoslayablemente, con un aumento de poder de los jueces, que no dejan de ser uno de los poderes del Estado. De ahí que se haga perentoria la solución de otro problema político-jurídico: cómo se controla al controlador último, cómo se protege, incluso, la constitución misma frente a sus supremos protectores.

En términos prácticos y procedimentales, esto se traduce en cuestiones como la de qué grado de independencia tengan los jueces, y en particular los facultados para el control de constitucionalidad, cómo se nombran y cuál es su estatuto. Nos hallamos ante una de las aporías de la teoría constitucional: si los jueces constitucionales son dependientes del poder político mayoritario o del poder ejecutivo, no van a amparar los derechos constitucionales de los ciudadanos, sino las inmunidades de los poderes públicos, y desembocamos así en regímenes autoritarios y antidemocráticos revestidos de una muy engañosa terminología constitucionalista y que usan el lenguaje de los derechos como tapadera para el abuso de los mismos; pero, por otra parte, si los jueces constitucionales no se sienten sometidos a un cierto control político por la ciudadanía, sino jaleados en su activismo e impulsados a imponer su ley frente al legislador democrático, se produce una traslación de la soberanía, se pasa de la soberanía popular a la soberanía judicial. Se vuelve a descompensar, por tanto, el frágil equilibrio entre los poderes del Estado, con perjuicio, una vez más, para los derechos de los ciudadanos, empezando por sus derechos políticos, base de la soberanía popular y del principio democrático.



No olvidemos igualmente que en esas tesituras funciona una regularidad política impenable: cuanto mayor es el poder de los jueces, mayor será el empeño del poder ejecutivo o de los partidos dominantes para controlarlos y someterlos a sus dictados, las más de las veces con éxito.

Las dificultades se acrecientan por una serie de ulteriores factores y cambios. Se impulsa la eficacia directa de las normas constitucionales, en particular las referidas a derechos fundamentales. Si se entiende, como en algunos momentos sucedió, que los derechos constitucionales no pueden hacerse efectivos y aplicables sino a través de su desarrollo legal, el legislador sigue siendo dueño de tales derechos y puede convertir en papel mojado aquellos cuyo régimen no regule. Mas si se concibe que existe una sustancia propia de esos derechos y que de defenderla se han de encargar los jueces constitucionales no sólo en defecto de ley, sino también contra la ley, incluso contra la ley no declarada inconstitucional, tiene lugar una larvada mutación constitucional: la constitución ya no es lo que el texto constitucional dice, sino lo que el juez constitucional interprete que dice o, más allá, lo que el juez constitucional interprete que la constitución manda aunque no lo diga o lo diga de otro modo. Una más de las aporías de las que el constitucionalismo contemporáneo no puede librarse.

Un elemento adicional. En las últimas décadas del siglo XX ocurre otro cambio decisivo en el constitucionalismo. Se desarrollan con éxito nuevas catalogaciones de las normas constitucionales y, sobre todo, se impone la idea de que algunas de esas normas son principios constitucionales, no reglas o normas “ordinarias”, por así decir. Esos principios constitucionales se cargan de valor axiológico por entenderse que recogen los valores morales esenciales que están en el trasfondo de la constitución y que le dan su coherencia y su valor de conjunto. A través de los principios, así concebidos, las constituciones se moralizan y desaparece la identificación entre constitución y texto constitucional. Las constituciones ya no son una



serie de enunciados normativos que puedan tener un grado mayor o menor de determinación o indeterminación semántica y que, en consecuencia, deban ser interpretadas por sus aplicadores, dentro de los límites que a cada poder constitucional afectan. Las constituciones ya no son lingüísticas, sino que se materializan, son constituciones materiales, su entraña es axiológica, pero no porque el contenido de sus enunciados genéticamente se explique como reflejo de unas preferencias valorativas de la sociedad o del poder constituyente, sino porque la constitución tiene su esencia en valores, valores que, además, no son preferencias subjetivas de tales o cuales personas o grupos, sino valores que expresan un orden axiológico objetivo. La constitución verdadera ya no es la que “es”, sino la que debe ser.

Muta así la ontología constitucional y se altera la función de los jueces. El control de constitucionalidad de la ley o de los resultados de su aplicación ya no es control de la coherencia entre dos enunciados, el legal y el constitucional, ya no es resolución de antinomias entre enunciados, es control de la compatibilidad de las soluciones legales con el contenido sustantivo de ciertos valores que existen y subsisten por sí y con independencia del modo en que sean expresados en el texto constitucional. Por eso decae la importancia de la interpretación, como técnica y como ejercicio también de discrecionalidad del intérprete, dentro de unos límites que son límites lógicos y semánticos, y la decisión judicial aplicativa de la constitución pasa a contemplarse como un ejercicio de razón práctica. El juez constitucional técnico deja su sitio al juez filósofo moral. La moral ocupa el espacio del derecho al colonizar la constitución y, al tiempo, se estrechan los márgenes de la decisión política. Pues la decisión judicial ya no se concibe tampoco como decisión política, sino como expresión de unos imperativos constitucionales que son, antes que nada, imperativos morales objetivos. Desde el momento en que la constitución es algo más o algo distinto de lo que la constitución dice, puede suceder que no importe algo de lo que la constitución diga y puede haber una parte de la constitución que no



esté explicitada en su texto. Lo material derrota a lo formal, el espíritu moral se impone frente a la letra, la esencia gana al accidente: la constitución ya no es lo que parece, lo que en ella se lee, sino lo que debe ser. Aun cuando se trate de norma jurídica, ya no es creación artificial, sino esencia ontológica, como el derecho natural o como determinadas leyes fundamentales del antiguo régimen.

La norma fundamental, como fundamento virtual de la validez jurídica de la constitución, no aparece ahora como ficción o artefacto epistemológico, es esencia moral. Las constituciones valen por su correspondencia con la verdad moral, la cadena de validez jurídica termina en una norma suprema cuya validez es moral. El axioma moral destierra a la muy formal norma hipotética fundamental kelseniana o a la empírica regla de reconocimiento hartiana. El derecho natural consigue, al fin, ser plenamente derecho y no hacen falta otros recursos teóricos para fundar la juridicidad de la constitución.

Una nueva consecuencia y una nueva paradoja. La muy loable idea de eficacia directa de la constitución adquiere tintes renovados cuando es la sustancia moral constitucional la que directamente debe aplicarse. Eso, sumado al principialismo antes mencionado, conduce a pensar que el control judicial de constitucionalidad debe ser control de la compatibilidad de la solución de cada caso con esas sustancia constitucional de naturaleza moral. En últimas, se asume que lo que la constitución impone es la justa solución de cada caso, que no sea rechazable por inmoral ninguna solución legal o judicial de un caso, pues entonces sería inconstitucional aunque resultara acorde con la ley no inconstitucional. Porque decir solución inmoral de un caso se asimila a decir solución inconstitucional del mismo. El control de constitucionalidad desemboca, de esta forma, en dos sorprendentes fenómenos: es control casuístico y es control de moralidad. Las constituciones, a la postre, se reducen a un solo mandato que importe: hágase la justicia del caso concreto.



Lo anterior da pie a un juego que resulta particularmente perverso en el caso de los derechos sociales y a propósito de la cláusula de Estado social. Se trata de un magnífico tema para estudiar la relación entre derechos fundamentales y ley general y abstracta y para replantear el tipo de garantías que mejor cuadran con la filosofía de fondo de los derechos. Los derechos sociales, que son quintaesencia y condición ineludible de un Estado constitucional y democrático que merezca el apellido de social, pueden leerse de distinto modo. Uno consiste en afirmar que cada ciudadano, titulares todos de tales derechos por imperativo constitucional, debe tener asegurados unos dignos mínimos de satisfacción de ciertas necesidades básicas: alimento, vivienda, sanidad, educación... No es una visión errónea, pero deja abierta la cuestión de la forma en que pueden y deben ser garantizados. Para esto hay dos caminos posibles. El primero consiste en proclamar que cada ciudadano que por la vía procesal oportuna reclame en demanda de la satisfacción de alguna importante carencia en estos extremos (por ejemplo, porque debe someterse a una importante cirugía que no puede pagar de su bolsillo) tiene que obtener de los jueces la oportuna sentencia favorable que obligue a la correspondiente institución pública a aportar los fondos necesarios. No es una visión inadecuada, pero el tema está en si se trata de la garantía residual o de cierre o si es esa la política exclusiva o preferente para la implementación de tales derechos. El otro camino es el de propugnar que sea la ley general y abstracta la que con carácter universal asegure esos derechos, de manera que se procure su satisfacción para todos, o para todos los que carezcan de los medios económicos. En esa tesitura, el recurso a los tribunales serviría para los casos de violación de los mandatos legales generales, para los casos dudosos o difíciles y para fijar las fronteras de la constitucionalidad de dicha norma general y abstracta.

La crisis de la ley y la minusvaloración del poder legislativo es la excusa que en algunos Estados se está empleando para dejar en mano exclusiva de los jueces la realización de los derechos sociales. La manipulación interesada, desde las esferas políticas y su propaganda, del lenguaje de los derechos, sumada al judicialismo,



presenta al poder judicial como supremo y casi exclusivo protector de los derechos sociales. Pero los jueces solamente deciden caso por caso y, por muy esforzada y meritoria que sea su labor en las sentencias, dichas políticas encubren la falta de una política social general, que solo puede hacerse a través de la ley. Con el agravante de que el Estado social supone medidas recaudatorias y redistributivas orientadas a la financiación de esos servicios públicos esenciales. No se da tal redistribución a golpe de casuismo judicial, por bienintencionado que sea. Tampoco hay redistribución y política social cuando simplemente se detraen ingresos a los que más tienen, sino cuando esos medios se pone al servicio de la generalización efectiva de los derechos sociales.

En muchos Estados de hoy asistimos a un renacer del sustancialismo opuesto a las garantías procesales y acontece una visión sesgada de los derechos de los ciudadanos. Habíamos quedado en que no se amparan realmente los derechos sin una normativa procesal que ordene y encuadre los conflictos de derechos. La regulación procesal implica limitaciones para la defensa de los derechos, pues pone límites en cuanto a plazos, tipos de procedimientos, recursos posibles, pruebas válidas, garantías de la defensa, etc. Pero cuando hay un conflicto entre el derecho que se trata de hacer valer y la norma procesal, se tiende a hacer prevalecer la sustancia del primero frente las regulaciones procesales, tantas veces tildadas por los altos tribunales como fuente de estériles formalismos. No sería criticable ese antiformalismo militante, esa aversión a las trabas procesales, si no ocurriera que en muchas ocasiones la relación entre los derechos en pugna de una y otra parte constituye un juego de suma cero: en tanto como uno es expandido, es limitado el otro. E igual sucede con los principios inspiradores, los principios constitucionales incluso: cuando la justicia colisiona con la seguridad jurídica, los dos no pueden ganar en idéntica medida. Y para eso está la norma procesal y por eso debe ser tanto controlada en la constitucionalidad de sus términos, como aplicada sin nuevas “ponderaciones” de los valores o principios en juego si dicha norma es constitucional.



Porque cuando, so pretexto de la generosidad con los derechos sustantivos, se da por buena y excelentemente constitucional la supresión de plazos y cualesquiera condiciones procesales legalmente establecidas, se está abriendo la puerta a dos consecuencias indeseables: primero la desigualdad de derechos entre los ciudadanos (¿por qué para unos unas veces el plazo para interponer una demanda es de ocho días y para otros, otras veces, puede ser de doce?) y, a la larga, la desprotección de los derechos de todos. Pues, una vez disueltos los marcos procesales, sabido es que los propios derechos sustantivos acabarán evaporándose por quedar a la pura voluntad de los aplicadores de la constitución. Por muy cargada que esté de derechos, principios y valores, una constitución que sirve de pretexto para la oclusión de la ley y para la desatención a su carácter general y abstracto, acaba convirtiéndose en la excusa perfecta para un autoritarismo de nuevo cuño: un autoritarismo paternalista y populista que siempre se va a ocupar también de que los jueces estén controlados por el poder político y ante él sean dóciles.

Ese es el contexto en que crece lo que podríamos llamar una jurisprudencia simbólica, y especialmente una jurisprudencia simbólica de los más altos tribunales: gran énfasis en los derechos fundamentales, decisiones espectaculares que los alargan cuando se trata de conflictos entre particulares o que no afectan a los intereses de los poderes y los políticos que mueven los hilos, y tremenda y muy cínica cicatería cuando los derechos ciudadanos chocan con la razón de Estado, el interés de los supremos gobernantes o el “estado de necesidad de la República”. Demagogia judicial practicada por magistrados sumisos y temerosos, cuando no descaradamente venales. La verdadera entidad de las altas cortes, su grado de independencia y la talla moral y constitucional de sus magistrados no se pone a prueba cuando ordenan que el Estado ponga dinero para darle una casa o pagarle una operación a corazón abierto a un modesto ciudadano, aunque en el caso sea lo justo y lo constitucionalmente justificado, sino cuando, constitución en mano, se planta cara a los



abusos del poder político y a la corrupción de los gobernantes. Lo otro es un constitucionalismo selectivo y, como tal, hipócrita, es constitucionalismo como tapadera, como ideología, en el sentido marxista del término, como falsa conciencia y estrategia para mantener las vanas ilusiones del pueblo oprimido: opio (jurídico) del pueblo.

Una judicatura en verdad empeñada en la protección de los derechos requiere jueces y magistrados con dos tipos de atributos, institucionales unos y personales los otros. Exige jueces funcionalmente independientes, profesionales en el marco de una verdadera carrera judicial, inamovibles y no sometidos a más imperio que el de la constitución y la legalidad. Y, en lo personal, no habrá constitución efectiva ni derechos puestos a salvo si los jueces y magistrados carecen de talla moral. En algunos países el mantenimiento de esa básica catadura moral de los jueces supone poco menos que un ejercicio de heroísmo. Pero, que se sepa, nadie está obligado a ser juez si no quiere o si no lo dejan ejercer el oficio decentemente.

Volvamos a los principios. Aceptemos, si se quiere, que normas de principios son las que en la constitución recogen derechos sustantivos, empezando por las libertades primeras (libertad de expresión, libertad de información, libertad ideológica, libertad religiosa, libertad de asociación, inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad, etc., etc.). Pongamos sobre la mesa también otros principios sustanciales que las constituciones enumeran, como el de justicia, el de dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, etc. Magnífico será que se maximicen, que se “optimicen”, si se trata de mandatos de optimización, como sostiene una parte muy importante de la doctrina constitucionalista de hoy. Pero en las mismas constituciones hay también principios de otro tipo, que genéricamente podríamos llamar formales, procedimentales o institucionales. Ahí están los del debido proceso, el derecho a la defensa, el de legalidad penal y sancionatoria, el de irretroactividad



de la ley penal desfavorable, el de independencia judicial, el de igualdad de los ciudadanos ante la ley y en la aplicación de la ley, el del in dubio pro reo, el de paridad de armas en el proceso...

¿Con esos principios qué hacemos? ¿Los ponderamos acaso? Son los que ofrecen a los ciudadanos las supremas garantías, su mínima seguridad ante el Leviatán. Repito: ¿los ponderamos frente a los principios sustantivos, para que puedan perder en ciertos casos? ¿Sacrificamos el principio de legalidad penal en alguna ocasión, para que se ponga a buen recaudo al que ha hecho algo que nos parezca atroz aunque no esté esa conducta penalmente tipificada? ¿Nos saltamos la presunción de inocencia a fin de que sea castigado quien creemos con fuerza que es un malvado delincuente, aun cuando no haya podido probarse fehacientemente su fechoría? ¿Manipulamos u obviamos los requerimientos del derecho a la defensa y del derecho probatorio para que reciba su merecido sin vuelta de hoja y de modo ejemplar el que se enemistó con el Estado u ofendió a su autoridad? ¿Aplicamos derecho penal del enemigo o derecho penal de autor? ¿Nos inventamos alegremente un derecho constitucional del enemigo, a sabiendas de que enemigo acabará siendo el que al poder incomode? ¿Nos animaremos a pensar que la constitución y sus derechos fundamentales son para los ciudadanos de bien, para los ciudadanos conformes, para el pueblo sumiso, y que los demás no merecen vivir bajo un estado constitucional, sino bajo un permanente estado de excepción? ¿Acaso el constitucionalismo no nace para establecer la igualdad de los ciudadanos ante el derecho y su igual protección con idénticas garantías, piensen como piensen, voten a quien voten, critiquen a quien critiquen? ¿Podrá haber en un Estado constitucional democrático y social un estatuto procesal y un régimen de derechos diferente en función de las actitudes y las preferencias de los individuos? ¿Consumaremos, bajo falsos ropajes constitucionalistas, un giro reaccionario que lleve a negar la esencia misma de los derechos fundamentales primeros, como inmunidades y garantías frente al Estado y sus poderes?



No se me tache de pesimista o alarmista, pero búsquese respuesta justa para este enigma de nuestros días: por qué el lenguaje y las categorías del llamado neoconstitucionalismo agradan tanto y son tan empleados precisamente en los Estados y regímenes de vocación manifiestamente autoritaria, por qué se ha podido llegar a pensar que con tal instrumental conceptual y tal lenguaje es posible restaurar la preeminencia absoluta del Estado y de sus gobernantes y transformar a los ciudadanos en súbditos, so pretexto de estar velando por sus más sacrosantos derechos y por reformas sociales inaplazables, por qué esa doctrina de los derechos y de las constituciones se emplea, en dichos regímenes, nada más que para someter a la oposición y acallar a los críticos. No es este un argumento que condene al neoconstitucionalismo como doctrina, para nada, pero puede darnos qué pensar sobre el entusiasmo con que algunas de sus tesis son importadas en países que niegan en la práctica lo que al usar ese lenguaje engañosamente proclaman.

Un magnífico traje que sienta extraordinariamente bien a un gran atleta o a un modelo de pasarela se puede ver inapropiado y hasta ridículo en mi cuerpo o, no digamos, en el de un luchador de sumo. Que en Alemania o en Suecia, una vez implantado un buen grado de justicia social, de protección de los derechos de todos y cada uno y de garantías efectivas frente a todo atropello de los derechos de cualquiera por el poder o los particulares, se inventen nuevas categorías constitucionales y nuevos sistemas de razonamiento judicial para ir más allá en la realización de los derechos, que se busque la justicia del caso concreto donde la ley ya asegura un buen nivel de justicia para todos, es comprensible y loable. Que se reformule la filosofía del proceso y se establezcan nuevas regulaciones procedimentales para hacer más sensible la decisión judicial a las demandas de la equidad en cada caso allí donde no hay mayor riesgo de arbitrariedad o discriminación, seguramente es un positivo paso adelante. Mas donde esas condiciones previas no se cumplan ni por asomo, esos mismos instrumentos que en otros lugares son de perfeccionamiento se vuelven escarnio teórico y fuente de abuso político y económico.



Regresemos al derecho procesal constitucional y recapitulemos sobre su importancia. Sin garantías procesales no tienen ninguna virtualidad práctica los derechos de los ciudadanos. Y ninguna vulneración de esas garantías procesales puede estar justificada en nombre del mejor amparo de los derechos sustantivos, pues esa siempre acabará siendo la mejor vía para negarlos, para negárselos a todos o para negárselos a algunos, a los opositores, a los críticos, a los disconformes, a los mejores. Ese derecho procesal constitucional no es un mero catálogo de procedimientos y trámites formales, sino que tiene en su fondo y ha de conservar toda una filosofía constitucional, la misma que hizo surgir el constitucionalismo moderno para acabar con la arbitrariedad estatal y la impunidad de los poderes públicos. Por eso el derecho procesal no sólo no es ajeno a los supremos principios constitucionales, si nos gusta usar esa terminología, sino que es la manera de realizar los más importantes de ellos, aquellos sin los que propiamente no existen constitución ni Estado de Derecho: debido proceso, habeas corpus, derecho a la defensa, principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal desfavorable, presunción de inocencia...

Bienvenidas sean, pues, obras como esta que tanto nos enseña y que me hace el honor de incluir este prólogo. Y que Ecuador avance en la senda de la libertad de sus ciudadanos, del control efectivo de los poderes del Estado y de la justicia social, que es la única senda de la Constitución de un Estado de Derecho

CAPÍTULO I

DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR



DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

Fundamentos.- La idea de un “Derecho Procesal Constitucional” nace por la imposibilidad de solucionar los conflictos en los que se encuentran comprometidos los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución; y además cuando se presentan conflictos de competencias entre los diferentes órganos constituidos con potestades públicas en el Estado¹.

El vocablo “DERECHO” se lo considera en el sentido de conjunto de normas que integran una rama particular del ordenamiento jurídico general; que supone un saber sistemático, coherente, unitario, de las normas jurídicas de un Estado; de esta manera se alude a un conocimiento razonado; que desentraña el sentido de la ley.

En cuanto a la expresión “PROCESAL” dice de la relación con el objeto de estudio; el proceso y el procedimiento es decir, no tiene solo un lado teleología o finalista; pues se halla referido a un objetivo determinado; pero, desde la perspectiva del Derecho Procesal Constitucional, lo procesal se extiende hacia el fin ontológico, el ser, la justicia; además, se encamina por el deber ser del derecho procesal; es decir, su mundo deontológico que es la tutela judicial efectiva.

El procedimiento, siendo un lado interno del proceso² desde la óptica que analizamos, sirve para la legitimación del Estado Constitucional de derechos y justicia; pues nos sirve para detalladamente seguir el camino que ha trazado el debido proceso y que ha de ser concretado en la motivación pertinente.

¹ Nuestra Constitución habla en forma específica de la existencia del “poder público” (Art. 1, inc. 2do. Art. 167. Art. 429. Const. Ecuatoriana). La potestad; es decir, órganos del poder público a los que se les ha atribuido la potestad de ejercer imperium. Debe estar claro que para la Constituyente de Montecristi, el sujeto es el “órgano” que ejerce la potestad denominada “poder público”.

² COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del derecho Procesal Civil”, Ediciones DESALMA. Buenos Aires Argentina. 1987, Pág. 85. claro que para la Constituyente de Montecristi, el sujeto es el “órgano” que ejerce la potestad denominada “poder público”.



Con la alocución “CONSTITUCIONAL”, se precisa el campo de acción, la materia, la zona en la que ha de operar, que cada vez es más ancha, en razón de que al considerar a las normas constitucionales como auto aplicativas; es decir, de aplicación directa e inmediata³; en consecuencia, todos los demás derechos procesales están subordinados al derecho procesal constitucional y a su vez le son supletorios cuando posibiliten una mejor satisfacción de los derechos fundamentales.

Coincide con la descripción que hemos realizado del "Derecho Procesal Constitucional el profesor Argentino **OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI**, cuando aclara que los fundamentos que disciplinan el Derecho Procesal Constitucional, son:

“La justificación del poder de derecho y su legitimidad; y por otro, la situación del ciudadano, de la sociedad en general, frente al Estado y a las garantías⁴”. Fundamentos que conllevan a la operatividad de la Constitución y al fortalecimiento de los derechos como medio de constitucionalizar al Estado. La Constitución debe “inundar al Estado⁵”; todo acto debe estar de acuerdo a lo que ella manda, prohíbe o permite.

Un Estado alcanza legitimidad cuando garantice a su población la supremacía de la Constitución y una efectiva vigencia de sus derechos humanos; para ello, debe consolidar la independencia de los poderes y fortalecer la democracia. Para hacer viable esta realidad; esta legitimidad estatal, está el Derecho Procesal Constitucional.

³ Arts. 426 inciso 2do y 11 numeral 3 Const. Ecu.

⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional. AMPARO. Doctrina y Jurisprudencia. Rubinza-Culzoni Editores. 2002. Pág. 17

⁵ Término utilizado por Louis Favareau en “Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho”. Universidad Externado de Colombia-INSTITUTODE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES “CARLOS RESTREPO PIEDRAHÍTA”. Bogotá-Colombia. 2000.



El Derecho Procesal Constitucional es una rama del mundo jurídico que se sitúa en el derecho público⁶, y atiende a los mandatos jurídicos procesales destinados a asegurar sus fines. El Derecho Procesal constitucional es, principalmente, el “*derecho de la jurisdicción constitucional*”, y tiene, según **NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS** dos áreas claves: magistratura constitucional y los procesos constitucionales⁷.

El Derecho Procesal Constitucional es una herramienta operativa, tanto en cuanto le toca tutelar la vigencia y supremacía de la Constitución, mediante la implementación de la Judicatura y normas procesales pertinentes. La operatividad del Derecho Procesal Constitucional significa la vigencia del Estado Constitucional de derechos y justicia; pues, de nada servirían las declaraciones constitucionales si no existieran mecanismos procesales que aseguren su vigencia y funcionamiento de una manera real.

Las normas del Derecho Procesal Constitucional, deben ser estudiadas en armonía con las normas de la Constitución como una sola estructura constitucional, axiológica, deontológica e ideológica; pues, es creado por la Norma Suprema con el objeto específico, de que se garantice su plena vigencia y aplicación.

Origen.- Nos refiere el Profesor **SAGÜÉS**⁸ que según **FIX ZAMUDIO** es **COUTURE**⁹ el iniciador del Derecho Procesal Constitucional, al haber investigado en particular las conexiones entre la Constitución y el proceso. La apertura del Derecho Procesal

⁶ Cada órgano público asume un rol determinado en la Constitución que se desarrolla a través de normas sustantivas; pero que se armonizan a través de un derecho adjetivo-procesal. De ahí, toda actividad procesal se encuentra dentro del denominado Derecho Público, pues regula los procedimientos de las actividades estatales.

⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario ASTREA. 2002. Págs. 4,5.

⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obra cit. Pág. 6.

⁹ EDUARDO J. COUTURE publicó “las garantías constitucionales del proceso civil” (1946), en un libro de homenaje a HUGO ALSINA. Posteriormente amplió este trabajo y lo incorporó en su obra “Estudios de Derecho Procesal Civil”.



Constitucional, se observa, fue acelerado por la incorporación en las Cartas Constitucionales de la primera y segunda posguerra, una gran cantidad de normas relativas a garantías para un ética, ejercicio de la jurisdicción y la constitucionalización de ciertos procesos específicos.

GOZAÍNI¹⁰, por su parte, le atribuye a **CHIOVENDA**, la formulación de las bases de la ciencia que ha evolucionado vinculando a la Constitución con el proceso judicial; este nexo nos lleva a la conclusión de que el Derecho Procesal Constitucional surge a partir de las luchas del hombre para garantizar efectivamente sus derechos. Al inicio este proceso servía para proteger los derechos individuales del ser humano y no se extendía más allá de quienes eran parte en el litigio.

Es permanente aún el debatir la cuestión de la legitimidad de la justicia constitucional. Esta preocupación se inicia desde que el juez **JOHN MARSHALL**, en calidad de Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, instituyó en la práctica el “judicial review”. Es decir, una forma de control de la supremacía de la Constitución sobre las leyes.

Tiempo después, el “garantismo” eliminó al individualismo y lo social irrumpe en la garantía de los derechos. La aparición de las cortes constitucionales luego de la creación de **HANS KELSEN**, permitió definir valores, principios y objetivos que comporten de manera directa la defensa de los derechos del hombre.

HERNÁN SALGADO PESANTEZ¹¹ nos recuerda que con la Constitución Ecuatoriana de 1945 hizo su fugaz aparición el Tribunal de Garantías Constitucionales. De seguro, fue la influencia de la segunda posguerra y de la corriente de protección jurisdiccional

¹⁰ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra cit. Pág.18

¹¹ SALGADO PESANTEZ, Hernán. Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL.2004. Pág. 31



de la Constitución, que dio paso a la instalación de un órgano de control de la constitucionalidad; que, se vio impedido de ejercer un efectivo control de constitucionalidad; pues, sus resoluciones subían en consulta al Congreso Nacional; lo que convertía a este poder del Estado en juez y parte de la constitucionalidad.

La Constitución de 1946 reeditó al Consejo de Estado y le entregó a este órgano parte de las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales: competencias que le serían restituidas al Tribunal de Garantías en la Constitución de 1967; competencias y defectos que se mantendrán en la Constitución de 1979 que entró en vigencia luego del referéndum el 15 de enero de 1978. Las reformas de 1995 y 1996, manteniendo las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales, crearon una Sala Especializada de lo Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, Sala que debían conocer y resolver los informes que le presente el antes indicado Tribunal; quitándole al Congreso Nacional la facultad de declarar la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos. Por fin la reforma efectuada por la Constituyente derivada de 1998, crea el Tribunal Constitucional, dándole una composición corporativista y ampliando sus competencias y lo considera Tribunal de última y definitiva instancia en materia de control de constitucionalidad.

La Constitución del 2008 crea la Corte Constitucional y amplía sus competencias y lo constituye en órgano de última y definitiva instancia en materia constitucional y el único que pueda efectuar de manera vinculante la interpretación de la Norma Suprema.

Precisión del nombre.- El origen de esta nueva disciplina originó debates sobre su denominación y sobre su ubicación en el conjunto de las disciplinas jurídicas.

Nuestro derecho, de orientación romanista, tiende a sistematizar las áreas, ya que el derecho es uno solo, se diversifica y se divide según sus campos de aplicación como enseña **PEDRO CÓRDOVA**



ÁLVAREZ¹²; así, es clásica la distinción entre derecho público y derecho privado; lo mismo puede decirse de la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo o procesal. Este último de carácter instrumental, es decir, de medio para obtener un fin.

Pero, al concluir esta parte de la sistematización del derecho, debe quedar claro que, toda rama del derecho tiene, directa o indirectamente, su nacimiento en la Constitución.

Desde hace muchos años¹³, **HÉCTOR FIX-ZAMUDIO** ha sostenido que, al lado del Derecho Procesal Constitucional; disciplina que estudia los mecanismos operativos e instrumentales para hacer efectivas determinadas instituciones constitucionales; es esencialmente el estudio de la jurisdicción constitucional; y al lado del anterior, existe un “Derecho Constitucional Procesal”, destinado a resolver las instituciones procesales que están dentro de la Constitución que siendo derechos fundamentales, el constituyente les dio un carácter instrumental, es decir, un grado de garantías; en consecuencia es el estudio de los derechos y garantías que están en la jurisdicción en general; por lo tanto, no es un simple juego de palabras, sino una realidad tangible.

Derecho Constitucional Procesal.- Para ampliar lo dicho, **SAGÜÉS**¹⁴ nos refiere que: “*El derecho constitucional se ocupa de la organización y fundamentos esenciales del Estado*”; y de nuestra parte, incluiremos a la jurisdicción en general. La Constitución tiene un área normativa formal, es decir “válida”. Tiene asimismo, un

¹² CORDOVA ÁLVAREZ, Pedro. El Nuevo Concepto de Persona y su Repercusión en el derecho. UNIVERSIDAD DE CUENCA. 1984. Págs. 163 y 164.

¹³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. TEMIS.2001. Pág. 9. GOZAÍNI, OSWALDO ALFREDO. “Derecho Procesal Constitucional. AMPARO. Doctrina y Jurisprudencia”. RUBINZAL-CULZONI. BUENOS AIRES ARGENTINA. 2002. PÁG. 24. FIXAMUDIO, Héctor. “Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano”.

¹⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obra cit. Pág. 3



sector normativo informal, “existencial o fáctico”; que, alude a los comportamientos de los operadores del derecho constitucional, en el que se incluye un sector axiológico o de valores constitucionales.

De lo dicho por el Profesor Argentino, se extrae que, en la Constitución escrita (formal) es necesario involucrar en su análisis el requerimiento social del mundo extraconstitucional (informal), análisis que debe tener igualmente un contenido de valores (axiología); en este contexto, las instituciones procesales que han sido elevadas a categoría de normas de Derecho Constitucional fundamental y rigen en todo el sistema jurisdiccional; así, el contenido normativo de los Arts. 11, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 84, 86 y 87 de la Constitución ecuatoriana.

En el contexto de lo anteriormente señalado; el Derecho Constitucional Procesal, en síntesis, es un sector del Derecho Constitucional que se ocupa de instituciones procesales reputadas como fundamentales por el constituyente. Entre estas cuestiones procesales pueden mencionarse, por ejemplo, las garantías de una independencia de la administración de justicia Art.168, núm. 1 de la Const. Ecu-, garantías para los jueces -Art.170. Const. Ecu-, para las partes Arts. 11, 76, 86. Const. Ecu-, que son derechos fundamentales que deben ser observados por la jurisdicción en todo el desarrollo del procedimiento; por lo tanto, son un conjunto de valores y principios procesales que han de garantizar la vigencia plena del “Estado Constitucional de derechos y Justicia”.

En cuanto a los principios contenidos en la Constitución y que forman parte del Derecho Constitucional Procesal, **ERNESTO REY CANTOR**¹⁵ señala que: “*los principios que emergen de la Constitución cuyo reconocimiento es obra creadora de la jurisprudencia*”. Entre otros, los principios constitucionales

¹⁵ REY CANTOR, Ernesto. Derecho Procesal. Derecho Procesal Constitucional. Derecho Constitucional Procesal. Derechos Humanos Procesales. EDICIONES CIENCIA Y DERECHO. 2001. Págs. 47 y 48.



modeladores del sistema constitucional procesal son los siguientes: Principio de Constitucionalidad, principio de presunción de constitucionalidad, principio de jerarquía normativa, principio de interpretación orgánica o sistemática, principio de “perpetuatio jurisdictionis”, principio de conservación del derecho, principio de efecto útil, principio de interpretación legítima.

Principio de Constitucionalidad.- El principal atributo de la Constitución es la de ser norma fundamental, y lo es en verdad, ya que es la base de todo el sistema normativo, pues, en la Constitución se concentran todos los principios que regulan la unidad y los fines que motivan al Estado.

Principio de presunción de Constitucionalidad.- Se parte de la presunción de que todo acto proveniente de los órganos del poder público, están sujetos a la Constitución, por lo tanto, quien alega de la inconstitucionalidad debe probarlo. Se trata en consecuencia, de una presunción iuris tatum.

Principio de jerarquía normativa.- Con el fin de evitar conflictos institucionales o legales; cuando entre dos entes o dos normas jurídicas existe una relación de jerarquía, una superior y una inferior y una facultad o competencia que pueda ser ejercida por ambos, debe optarse porque ésta sea ejercida por el superior *durum est negare superior cum supplicant*. Es difícil decir no cuando es un superior quien pide.- El principio de jerarquía normativa que sirve para solucionar antinomias, así lo ha prescrito el constituyente en el Art. 425 Const. Ecu.

Principio de interpretación orgánica o sistemática.- **JORGE ZAVALA EGAS**¹⁶ expresa que “*éste es el principio hermenéutica*

¹⁶ Conferencias dictadas en el Seminario De Derecho Procesal Constitucional desarrollado en la “Universidad Espíritu Santo-UEES” en Guayaquil-Ecuador del 24 de agosto al 22 de septiembre de 2009.



constitucional de mayor relevancia". La interpretación está orientada a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico, que se sostiene bajo la dirección de la Norma constitucional.

Principio de "perpetuatio jurisdictionis".- Este principio señala que el juez que tiene bajo su conocimiento un proceso, debe conocer de él hasta el final del mismo, sin que puedan interferir autoridades judiciales o administrativas para sustraer el proceso y trasladarlo a otro juez, sin motivo alguno.

Principio de conservación del derecho.- Es un principio de restricción, que señala que de existir una interpretación sobre una norma jurídica que señala que la norma revisada es constitucional; la Corte Constitucional no puede vía declaración de inexecutable, excluir dicha norma del ordenamiento jurídico.

Principio de efecto útil.- Conforme este principio, al existir varias interpretaciones a una norma infraconstitucional, se ha de adoptar la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional; la más útil para el derecho; especialmente en materia de derechos fundamentales.

Principio de interpretación legítima.- Este principio señala que la norma constitucional se ha de interpretar en consideración a las bases sustanciales y a los valores de la Constitución; es decir a las características del Estado actual: que es Constitucional de derechos y Justicia.

Derecho Procesal Constitucional.- El Derecho Procesal Constitucional, es un conjunto de principios y normas jurídicas consagradas en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías



Jurisdiccionales y Control Constitucional, que, regulan los procesos constitucionales y los procedimientos constitucionales para garantizar la supremacía de la Constitución y la efectiva vigencia de los derechos humanos y de los tratados y acuerdos internacionales en derechos humanos.

El Derecho Procesal Constitucional, desde el punto de vista de la sistematización, es una rama del derecho procesal, ya que instrumenta y operativiza; como por ejemplo, el control de constitucionalidad de leyes, acción de Tutela, la acción de Protección, la acción de Hábeas Corpus, la acción Hábeas Data, la acción Extraordinaria de Protección, la acción de Acceso a la Información, la Acción popular. etc.

Coincidimos con **GOZAÍNI**¹⁷ que nos ofrece la siguiente definición: “*Se denominan procesos constitucionales las distintas formas adjetivas destinadas a respaldar las garantías fundamentales y demás derechos del hombre, dándoles un cauce adecuado y posiblemente para la tutela, protección y fomento de ellos*”.

El concepto antes referido, tiene los elementos del proceso según la Teoría General del Proceso de **VÍCTOR FAÍREN GUILLEN**¹⁸ y se constituye con los siguientes elementos: 1.- Los sujetos procesales; las partes y el Juez o tribunal; 2.- El objeto; 3.- El conflicto.

Los sujetos: *legitimatío ad processum*, son: el actor, legitimado activo; el demandado, legitimado pasivo; y, el juzgador que actúa bajo el principio dispositivo.

En el proceso constitucional, como en todo proceso, es fundamental el principio de contradicción; a cada una de las partes debe concederse una cantidad y una calidad de oportunidades para intervenir, atacando, defendiéndose, probando, etc., que sea igual para

¹⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La Justicia Constitucional. Garantías, Procesos y tribunal Constitucional. DESALMA. 1994. Pág.206.

¹⁸ FAÍREN GUILLEN, Víctor. Teoría General del Derecho Procesal. Universidad Autónoma de México. 1992. Pág. 20.



ambas, es decir, para cada acción, una posibilidad de reacción, esto significa que, se ha constitucionalizado el principio de contradicción o de bilateralidad de la audiencia, *audiatur altera parte*, que tiene por objeto el darle al demandado el derecho a la defensa.

El objeto de los procesos constitucionales son: la defensa de la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos.

Por su parte, **el conflicto** radica en la “colisión entre la Constitución y la ley o la amenaza o la violación de los derechos humanos.

Proceso y Procedimiento.- En un determinado momento de la historia de la teoría general del proceso, se llegaron a confundir tanto estos tópicos, que en un espacio de tiempo sólo se utilizaba la palabra “procedimiento”, para referirse a lo que hoy técnica y jurídicamente se denomina proceso.

Por lo dicho, entonces es necesario tener claro estos dos conceptos, que muchas veces se los considera como sinónimos. Conviene, por lo tanto, aclarar la confusión, ya que, todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, pero no todo procedimiento es un proceso.

El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional y de competencia de un litigio, verbigracia, el proceso penal, el proceso civil, el proceso constitucional, etc, mientras que **el procedimiento** no es únicamente jurisdiccional, ya que puede ser en sede administrativa o legislativo, se reduce a ser una coordinación de dos actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final¹⁹, que puede ser de un proceso o de una fase o fragmento suyo; un incidente por ejemplo.

¹⁹ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. Proceso, Autocomposición y Autodefensa. Universidad Nacional Autónoma de México. 1991. Págs. 115 y 116.



Para que exista procedimiento se requiere según **GONZÁLEZ PÉREZ**²⁰ **a)** Que cada uno de los actos combinados conserven íntegra su individualidad; así la acción es independiente a la etapa de prueba; y ésta es independiente de la de alegatos; y a su vez ésta es independiente de la etapa de resolución; y todas en conjunto forman el procedimiento... **b)** Que la conexión entre los actos radique en la unidad de efecto jurídico. En el procedimiento, todos los actos están encaminados a producir un efecto jurídico, que les da unidad... **c)** Que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone al anterior y el último supone al grupo entero.

Proceso Constitucional.- NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS²¹ define el proceso constitucional, según la doctrina material o en sentido amplio, en los siguientes términos: *“los procesos constitucionales se ocupan sustancialmente de tutelar el principio de supremacía constitucional (meta principal) y de proteger los derechos públicos subjetivos. Están comprendidos en tal esfera, por ende los recursos, acciones de amparo, hábeas data, hábeas corpus, inconstitucionalidad recursos extraordinarios etcétera. No importa dónde y ante quién se diligencien (jurisdicción judicial administrativa, ordinaria, especializada, etcétera.). También podría incluir los procedimientos constitucionales de destitución de autoridades públicas (juicio político – recall-, exclusión de Cámaras), los de solución de conflictos de poderes y de dilucidación de otros asuntos gubernativos de competencia. En sentido amplio, pues, se entenderá por proceso constitucional un conjunto de actos relacionados entre sí y de índole teleológica, realizados por o ante la magistratura constitucional, y que permite desarrollar la actividad jurisdiccional constitucional”*.

²⁰ ARMIENTA CALDERON, Gonzalo. En obra conjunta “ La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional.- Obra en homenaje a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Tomo I”. MARCIAL PONS. México 2008. Pág. M. 213

²¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obra cit. Pág. 12.



Se debe resaltar que, en el Derecho Procesal Constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos humanos y el principio de supremacía de la Constitución. De ahí que existen diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diferentes, pues los intereses en juego son también distintos. Esta realidad propia del proceso constitucional condiciona lógicamente el contenido del Derecho Procesal Constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del derecho procesal clásico, tiene que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídico procesal. El Derecho Procesal Constitucional, en consecuencia, debe entenderse como aquella disciplina que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales que por mandato de la Constitución Ecuatoriana serían: Acción de Tutela, preventiva o cautelar -Art. 87. Const. Ecu.-. Acción de Protección -Art. 88. Const. Ecu.-. Hábeas Corpus -Art. 89. Const. Ecu.-. Acción de acceso a la Información Pública -Art. 91. Const. Ecu.-. Hábeas Data -Art. 92. Const. Ecu.-. Acción por Incumplimiento de resoluciones o informes de Organismos internacionales de derechos humanos -Art. 93. Const. Ecu.-. Acción extraordinaria de Protección -Art. 93 Const. Ecu.-. Acción de inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general -Art. 436, núm., 2 Const. Ecu.-. Acción de inconstitucionalidad de Actos Administrativos con efectos generales -Art. 436. núm. 4. -Const. Ecu.-. Acción de Incumplimiento de normas y actos administrativos generales.- Art. 436, núm. 5.-. Acción de incumplimiento de sentencias dictámenes constitucionales -Art. 436. núm. 9. Const. Ecu.-. Acción por omisión -Art. 436, núm. 10. Const. Ecu.-.

He reiterado en indicar que el Derecho Procesal Constitucional cumple un papel instrumental con relación al Derecho Constitucional, opera en definitiva como una herramienta de conservación del sistema político-constitucional. *“Mediante la magistratura constitucional y*



*los procesos constitucionales, el Derecho Procesal Constitucional afianza la estructura del poder y la estructura de los valores asumidos por un régimen constitucional concreto*²². Esto conduce inevitablemente, a que el Derecho Procesal Constitucional adopte la gestión de mantenimiento del sistema político-jurídico vigente.

Se ha discutido voluminosamente y con fundamentos sobre los sujetos procesales y la calidad de contencioso o no del proceso constitucional.

MARÍA MERCEDES SERRA ABAD²³ dice que: *“Cierta comente de opinión considera que el proceso constitucional importa un verdadero proceso contencioso, ya que subsiste por debajo de una auténtica litis y su resolución dependerá de lo siguiente; si la norma impugnada por ser contraria a la Constitución, se debe aplicar o no, si permanecerá dentro del ordenamiento jurídico o si, al contrario, deberá ser eliminada del mundo jurídico”*.

Otras tendencias jurídicas señalan que se trata de un proceso sin partes; pues consideran que en la acción de inconstitucionalidad no se interpone contra el órgano del Estado, que ha promulgado la norma cuestionada por inconstitucional o que con un acto, acción u omisión, lesione un derecho fundamental. En realidad, la acción de inconstitucionalidad sólo se dirige contra un acto de Estado; no así las acciones de protección de los derechos fundamentales que se pueden instrumentar en contra de los particulares.

Por consiguiente, en el proceso de inconstitucionalidad no hay partes propiamente dichas, no hay demandados propiamente dichos. En realidad, el proceso de inconstitucionalidad es un proceso contra un acto, que puede ser iniciado por cualquier particular o funcionario público con competencias para iniciar la acción previo

²² SAGUÉS, Néstor Pedro. Obra cit. Pág. 16

²³ SERRA ABAD, María Mercedes. Recursos y procesos Constitucionales. DESALMA. 1992. Pág. 54.



el cumplimiento de ciertas formalidades que le exige la Constitución y la ley.

ERNESTO REY CANTOR²⁴, ilustra el tema del debate con una jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia, que por considerarla de mucha valía las transcribo: *“El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad corresponde, como derecho político, a todos los ciudadanos, pero, dentro del proceso que se genera a partir de la demanda, no se enfrentan intereses particulares y por lo tanto no hay partes en el sentido procesal del término, pues lo que está de por medio es el interés público consistente en la integridad y supremacía del orden constitucional*²⁵”.

Previo a intervenir en la disquisición jurídica y tomar partido sobre una de las posturas, es necesario considerar la reflexión que sobre este tema hace **GOZAÍNI**²⁶ que afirma: *“tendremos que analizar los procesos constitucionales y sus definidas particularidades, en la medida que no se trata de un proceso ordinario sujeto a reglas solemnes y consabidas”*.

La acción de inconstitucionalidad, si bien no tiene un sujeto como legitimado pasivo; no es menos cierta que existe el debate con puntos contrapuestos; uno el que promueve el sujeto activo de la acción; y otro que ha de esgrimir el titular del órgano que expidió el acto que se le imputa la inconstitucionalidad. Desde la visión anotada se concibe la existencia de dos partes contrapuestas. Tal dualidad se entiende en cuanto esas partes ostentan determinada situación intelectual, que son plenamente identificables dentro del proceso, bien por parte del que demanda o bien por el que contesta la demanda.

²⁴ REY CANTOR, Ernesto Obra Cit. Pág. 58 y 59

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-275 del 20 de junio de 1996.

²⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra Cit. Pág. 35



En el proceso constitucional, también se da esta dualidad o bilateralidad, si bien es más nítida la postura procesal en el sentido de tener titulares concretos de derechos e intereses como ocurre con las acciones de garantías de los derechos fundamentales; pero, esa dualidad y contradicción es menos evidente en las demandas de inconstitucionalidad.

En conclusión, la necesaria dualidad de partes en el proceso constitucional es el principio de contradicción; es decir, el que las partes aparezcan enfrentadas en las pretensiones; aún que debe quedar claro que cuando se instaura un proceso constitucional, no se demanda a otro sujeto, sino que el sujeto toma posición en representación del órgano.

CAPÍTULO II

EL DERECHO PROCESAL, SUS ELEMENTOS: ACCIÓN, PROCESO Y JURISDICCIÓN



EL DERECHO PROCESAL.

"El Derecho Procesal es un conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que la integran y la actuación del juez y las partes en la sustanciación del proceso²⁷".

El Derecho procesal, como ya quedó dicho, es la rama del derecho público que regula lo concerniente a la aplicación por parte de jueces y tribunales del Derecho Sustantivo, éste es el que atribuye facultades y condiciones jurídicas a los particulares, impone principios y reglas generales, como por ejemplo, el equilibrio entre las partes y sus medios en el proceso, el deber del juez de no parcializarse en su decisión y de no negarse a fallar en un asunto, el carácter obligatorio de las resoluciones dichas en la sentencia, que debe ser cumplido.

Para cada subdivisión del Derecho existente, junto con el conjunto de normas que disponen lo relacionado con su objeto de regulación, existe una agrupación de disposiciones que definen la forma en que deben defenderse y litigarse los asuntos pertenecientes a tal rama del Derecho en el órgano judicial.

En palabras de **GOZAÍN**²⁸, el Derecho Procesal se estructura sobre tres pilares: la acción, el proceso y la jurisdicción. Este último estudia los derechos y obligaciones que tiene el juez en el proceso.

LA ACCIÓN.

Del latín *agere*, que significa hacer, obrar en el léxico jurídico, indica el derecho de acceso a la justicia, y también señala el modo o la forma legal de ejercer el mismo derecho, solicitando en justicia lo

²⁷ ALSINA, Hugo. "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". 2da. Edición. T.I, EDIAR, BUENOS AIRES-ARGENTINA. 1963. Pág. 35.

²⁸ GOZAÍN, Osvaldo Alfredo. Obra cit. Pág. 35.



que nos pertenece. Es decir que la acción jurídica es el derecho en ejercicio, el medio legal para hacer valer una petición lícita ante la autoridad competente.

La acción es el derecho a ser oído, de acceso a la justicia, es la puerta de entrada en el proceso. En la teoría general del proceso, la legitimación en la causa supone solicitar al que pide una suerte de acreditación de la personalidad y del interés que reclama; es una instancia que permite debatir el acceso al órgano judicial y donde se puede postergar *sine die*, la decisión de tener un juez a que resuelva la causa; por lo tanto, estamos frente a la representación del derecho subjetivo y de la afectación que sufre el que pretende.

EL PROCESO.

El proceso, constituyen las reglas para debatir, es el nacimiento del principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve; no hay juicio sin actor, la sentencia sólo alcanza a los litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente alcanza a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias previamente señaladas en la ley; ejecución de la sentencia.

Todos los principios supradichos tienen plena adecuación en el Derecho Procesal Constitucional como así lo iremos evidenciando.

El operador de justicia está obligado a centrarse en resolver las alegaciones de las partes; el Juez en el proceso está sujeto al principio dispositivo; el Juez, no debe participar con apoyo a ninguna de las partes; el operador de justicia es imparcial.

LA JURISDICCIÓN Y LO JURISDICCIONAL.

La jurisdicción en sentido amplio, es toda "potestad" que tiene un ente o sujeto para mandar, o para hacer cumplir la ley en un



territorio. Restringiendo a lo que se refiere al hacer cumplir la ley; debemos hablar de una jurisdicción jurisdiccional que se concretaría en una función pública que realiza el Estado a través de los órganos del poder judicial, para que éstos conozcan de los pleitos y conflictos que se suscitan y que corresponde solucionar de acuerdo con lo que el Derecho prescribe y para que emitan sentencias o decisiones al respecto, poniendo fin al conflicto.

Junto con la jurisdicción va el imperio o autoridad que tienen los juzgadores para obligar a que lo contenido en fallos se cumpla efectivamente, por medios coercitivos que sea necesario emplear. El ejercicio de la función jurisdiccional, entendida ésta como la facultad de administrar justicia, se compone de a) *Notio*, el derecho de conocer el asunto litigioso, de recoger la información al respecto y acceder a la que hay disponible; b) *Vocatio*, la autoridad para involucrar en el proceso a las partes que corresponda; c) *Coertio*, el poder para hacer que las personas y cosas involucradas en el proceso concurren a las actuaciones y obedezcan a las medidas que se tomen respecto de ellas en el transcurso del pleito; d) *Judicium*, la potestad de juzgar, de emitir juicio o sentencia respecto del pleito; y e) *Executio*, el imperio, el poder hacer que lo ordenado en la sentencia efectivamente se cumpla, acudiendo a la fuerza pública o apelando a lo que sea necesario; disponiendo la colaboración inclusive, de otros órganos del poder público que tengan competencia en la materia que se trata de hacer cumplir.

La jurisdicción es la potestad dada al juzgador, por tanto, todos los jueces y tribunales tienen jurisdicción; la competencia es la capacidad que tiene un juez de conocer un asunto en particular. Así, todos los jueces tienen jurisdicción pero puede que sólo uno tenga competencia para un asunto. La jurisdicción según la materia que afecte, las atribuciones que comprenda, o en general las características que



revista, se clasifica y denomina de diversas maneras²⁹ (civil, penal, laboral, contenciosa administrativa, tributaria, constitucional, etc.). Los procesalistas coinciden en señalar que las tareas que la jurisdicción cumple son: una sobre lo referente al "poder" del Estado, y otra, que es relativo al "deber" de los ciudadanos.

La jurisdicción como poder, nace como una forma política dentro de la organización del Estado y la división de sus poderes: que permite a los habitantes reclamar el imperio del orden, la justicia, la equidad, del Estado de Derecho, dejando en manos del Estado la solución del conflicto; por ello que se afirma con razón, que la jurisdicción es una solo y rige en el territorio de un Estado.

La jurisdicción como Poder Estatal, nace de la soberanía, y le faculta a sus órganos³⁰ solucionar los conflictos de intereses que se han sometido a su decisión las personas naturales o jurídicas que la integran; inclusive, la de administrar democráticamente al propio Estado.

El Poder Judicial, *lato sensu*, evidencia dos objetivos: aplicar la ley y otorgar la paz social. En esencia, su finalidad es decidir en derecho (*iuris-dictio*).

De acuerdo con el Inciso 2do del Artículo 1 de la Constitución Ecuatoriana, la jurisdicción expresa el poder que le otorga el pueblo. Es el pueblo el que tiene la potestad de auto juzgarse, de organizarse, de limitarse y finalmente organizarse.

Por eso la jurisdicción es una función del Estado; pero el poder no le pertenece al Estado, le corresponde a la jurisdicción³¹ por mandato popular.

²⁹ Los conceptos y criterio, con los cuales comparto, son notas que fueron tomadas de las exposiciones que en el seminario de "Derecho Procesal Constitucional" las expuso el Dr. JORGE ZAVALA EGAS. GUAYAQUIL-UEES del 24 de agosto al 22 de septiembre de 2009.

³⁰ Art. 1 Inciso 2do de la Constitución Ecuatoriana

³¹ Art 167. Const. Ecu.: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los órganos de la Función Judicial..."



La Jurisdicción como deber, el Estado tiene el deber jurídico de resolver los conflictos sociales o intersubjetivos.

Estamos frente al denominado "Derecho Privado", dando interés prevalente a la efectiva de los intereses de los particulares en conflicto; sean éstos violados o amenazados.

REDENTI³² dice: "El Estado se nos presenta como el producto de procesos históricos milenarios, que determinan la diferenciación de pueblos y territorios permanentes, y dentro de ellos, la formación de organismos que provean a los intereses generales del grupo (*res populi, res publica*- cosa del pueblo, cosa pública) (*popublica* – popular- en el sentido primitivo de la expresión), así como la adopción y a la vigencia (si se nos permite la palabra) de normas (*iura*) que regulen, ya las atribuciones y las actividades de aquellos oficios, ya la conducta de los particulares en sociedad".

GOZAÍNI³³, expone el pensamiento de **DI DORIO** que dice; *"que la jurisdicción es un poder-deber del Estado. Es un poder en cuanto se manifiesta como la finalidad de lograr la sujeción de todas las personas, incluso el propio Estado, a sus mandatos, como medio para preservar la paz social al impedir que tales personas tengan necesidad de hacerse justicia por mano propia (...). Como de tal forma existe un monopolio por parte del Estado para ejercer la jurisdicción, los individuos tienen la facultad, de raigambre constitucional, de requerir a los órganos particulares la prestación de la tutela, que al presentarse como el ejercicio de un derecho, constituye por consiguiente, correlativamente un deber para el propio Estado "*.

Por lo anotado, podemos afirmar que, la jurisdicción es el Estado dentro de un proceso. La jurisdicción nace de la soberanía y por eso debemos hablar de una sola jurisdicción que como poder preexiste al

³² REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. E.J.E.A. 1957. Tomo I Pág. 3..

³³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra cit. Pág. 39



conflicto y el Estado como detentador de la soberanía, tiene el deber de solucionarlo para lograr su finalidad, la paz social.

Esto significa que en el proceso jurisdiccional intervienen tres partes: las partes (intereses contrapuestos) y el juez (intermediario para poner fin al conflicto) sin estas partes, no se puede hablar de jurisdicción.

Funciones de la jurisdicción.- La idea de jurisdicción, como producto de la soberanía nos lleva a pensar en un Órgano del Estado conforme dice nuestra Constitución en:

Art. 1 Inciso 2do. Const. Ecu.- *"La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución" en concordancia con el mandato del "Art.- 167.- "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución ". Por lo tanto, la jurisdicción es una garantía, en el sentido de instrumento para la protección de los derechos del individuo, que se expresa a través de los órganos³⁴: 1. Corte Nacional de Justicia; 2.- La cortes provinciales de justicia; 3) tribunales y juzgados que establezca la ley; y, 4.- Los juzgados de paz.*

El Art. 177 de la Constitución, precisa que la función judicial está compuesta a más de los órganos jurisdiccionales por órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. Todos éstos están bajo el principio de coordinación³⁵, aunque son independientes³⁶; ninguno tiene injerencia en el otro.

El Juez, en su condición de herramienta del órgano judicial en ejercicio de la jurisdicción, no sólo le corresponde aplicar las leyes,

³⁴ Art. 167 y Art. 168, num. 1 Const. Ecu.

³⁵ Art. 226. Cost.Ecu.

³⁶ Art.178. Cost. Ecu.



sino también controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legitimidad y legalidad de los actos administrativos Arts. 75 y 428. Const. Ecu.; es decir, a) resolver los conflictos que se dan entre particulares, y b) garantizar el principio de supremacía constitucional.

Es necesario dejar claro que la Constitución Ecuatoriana en cuanto a la jurisdicción constitucional, no ha seguido el exclusivamente modelo orgánico kelseniano de control constitucional; ha mezclado al sistema concentrado y el sistema difuso -norteamericano-. El monopolio jurisdiccional³⁷ de la Corte Constitucional es amplio, es legislador negativo cuando expulsa del sistema jurídico las leyes que contradigan la constitución, es legislador en la acción por omisión; sus fallos son precedente obligatorio y es el único intérprete de la Constitución-Arts. 429. 436 y 440; pero no de cualquier aplicación de ésta. Del texto del Artículo 426 de la Constitución resulta claramente que todos los tribunales y jueces deben aplicar e interpretar la Constitución; y el Artículo 428 de la Carta de Montecristi, manda a que los tribunales y jueces consideren, en algún proceso, una norma, cualquier precepto jurídico que contradiga a la Constitución, el operador de justicia suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional; aunque, la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; desarrolla la norma antes señalada y establece la facultad de inaplicación o la excepción de inconstitucionalidad en la tramitación de los procesos. No puede pues, el órgano judicial declarar por sí mismo que un precepto jurídico es contrario a la Constitución, esta declaración sólo le pertenece de manera exclusiva, monopólica, a la Corte Constitucional, pero sí es suya la competencia de considerar que esa contradicción, colisión entre una norma y la Constitución, existe en el proceso que conoce.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. THOMSON- CIVITAS. Duodécima Edición. 2004. Pág, 107.



JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO MEDIO DE DEFENSA DE LA SUPREMACÍA DE LA CARTA FUNDAMENTAL

La defensa de la Constitución.- Es necesario precautelar los principios superiores, fundamentales que declara una Constitución; para ello, se ha de utilizar un procedimiento; existiendo varios sistemas de control de la constitucionalidad; unos, creen que únicamente los jueces deben realizar el control; otros que creen en que deben ser jueces especializados en el control de la constitucionalidad y otros que creen que todos los representantes de la sociedad, deben ejercer la vigilancia de la supremacía constitucional.

Las dimensiones del problema son demasiadas por la diferente inteligencia que se le asigna al concepto "Constitución"³⁸. Por ello, **FIX ZAMUDIO**³⁹ señala con singular acierto que "resulta necesario establecer una elaboración sistemática del concepto de defensa constitucional, en virtud de que los diversos sectores que la integran se examinan de manera dispersa en los estudios de teoría constitucional, y más recientemente en los dedicados a la justicia y a la jurisdicción constitucional, además de emplearse de manera indiscriminada otras denominaciones como las relativas a las garantías y a los controles de carácter constitucional".

El fundamento principal para explicar el por qué deben existir métodos para la protección y defensa de la Constitución, obedece a que es necesario conservar la normativa fundamental para prevenir violaciones, restricciones, desconocimientos, ilegalidades y lo que es más importante, para demostrar su eficacia, aplicación y vigencia plena en un Estado Constitucional.

Si hablamos de jurisdicción constitucional, es decir de la voluntad soberana de un pueblo que se expresa a través de órganos para administrar justicia, la materia constitucional sólo ha de poder resguardarse por órganos ordinarios o por órganos especializados.

³⁸ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra Cit. Pág. 42

³⁹ FIX ZAMUDIO, Héctor. "*Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*". PORRÚA . 2005. Pág. 11

CAPÍTULO III

**EL NEO-CONSTITUCIONALISMO -EL
GARANTISMO-LOS PRINCIPIOS-
NEOCONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO**



EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

Según **OLANO GARCIA**⁴⁰ la expresión "Neoconstitucionalismo" es de autoría **LUIS PRIETO SANCHIÍS**; con el nombre de "neoconstitucionalismo" o "constitucionalismo contemporáneo" se alude tanto a un modelo de organización jurídico como político o de Estado de derecho.

Desde el primer punto planteado, cabría decir que el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia, coincidencias de tradiciones constitucionales que hasta finales del Siglo XX caminaban separadas; me refiero a la tradición estadounidense que con su idea fuerza de la supremacía de la constitución *norma normarum*, principalmente del derecho, no únicamente desde el punto de vista de la validez de las normas infraconstitucionales; sino, desde la vigencia normativa de la Constitución; es decir de eficacia como medio para lograr la justicia; el otro sistema es el que parte de la Revolución Francesa, que tiene como idea fuerza el legalismo y el límite a los poderes políticos, a través de órganos que tienen un peso, pero que a su vez sirven de freno a otro poder; la expresión de la voluntad popular se ha de expresar a través de órganos; de ahí parte **KELSEN** para dar nacimiento a un órgano especializado ad hoc denominado Tribunal Constitucional para el ejercicio del control de la constitucionalidad es decir, para la validez de las normas infraconstitucionales.

La forma y la sustancia del Estado ha ido evolucionando con el devenir de los tiempos; desde el modelo del Estado Monárquico, al Estado de Derecho, el Estado Social de Derecho hasta llegar al Estado

⁴⁰ OLANO GARCÍA HERNÁN ALEJANDRO. "Interpretación y Neocostitucionalismo" PORRÚA. MEXICO D.F.- MEXICO. 2006 Pág. 29



Constitucional; que desde mi visión se proyecta a una nueva modalidad el Estado Internacional de derechos.

En el Estado Constitucional, las condiciones de la existencia y validez de las normas, no depende exclusivamente de la formulación de las fuentes positivas que no son otras que las creadas por el legislador; sino que, existen una pluralidad de fuentes como los principios generales del derecho, los principios jurídicos, los precedentes jurisprudenciales, etc. En definitiva en el Estado de Derecho, la legitimidad provenía de la validez de la norma; en tanto que en el Estado Constitucional que presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, las cuales integrarán la cúspide de juridicidad superior vinculante para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes al estar situadas por encima de los poderes del Estado; de esta manera, el Estado Constitucional contribuye a solidificar la estructura Jurídica otorgando a la Constitución un carácter normativo y vinculante, siendo los derechos fundamentales la legitimidad de todo poder. La legitimidad en consecuencia, tiene como referentes a la Constitución y a los derechos fundamentales.

Con lo hasta aquí dicho, se desprende que la interpretación constitucional adquiere un sentido distinto del que cumplía en el Estado legislativo de Derecho, al ser la Constitución la que tiene la tarea de reconducir el pluralismo democrático del Estado constitucional hacia un ámbito de convivencia social.

El Estado Constitucional de Derecho basa su paradigma en la subordinación de la legalidad a la Constitución, como un rango jerárquico superior a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Registremos algunas diferencias entre los modelos de Estado; entre el legislativo y el Constitucional.



- a) La validez de las normas no depende solamente de la forma de producción, sino de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales;
- b) Se procura la eliminación de las antinomias y la corrección de las lagunas que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución⁴¹.
- c) La última palabra en materia, de interpretación la tiene la Corte Constitucional y no la Asamblea Nacional.
- d) Se verifica un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos constitucionalmente establecidos implican "prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las minorías⁴², que," de no mediar dicho límite, alcanzarían grados de absolutos. Un complemento porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos, frente a los abusos del poder, que de lo contrario lesionaría al propio sistema democrático⁴³.

ANDRES GIL DOMINGUEZ.- complementa la caracterización del neoconstitucionalismo señalando que: "en el Estado Constitucional, los derechos fundamentales no son sólo normas jurídicas fruto de una decisión política voluntaria sino que, desde la justificación interna,

⁴¹ RICARDO GUASTINI enseña que una nueva Constitución no implica la abrogación de todas las leyes promulgadas bajo la anterior Constitución, se trata de una recepción tácita, pero esa recepción tácita debe respetar las limitaciones de carácter sustancial; es decir, las leyes viejas que estén en contradicción con la Constitución nueva pierden eficacia. "Estudios de Teoría Constitucional" DJC. MEXICO DF-MEXICO.. Pág. 44

⁴² La mayoría tiene una sola obligación más que las minorías; o correlativamente, las minorías tienen una sola obligación menos que las mayorías; gobernar.

⁴³ SARTORI, GIOVANNI. "La Democracia en 30 lecciones". TAURUS. MEXICO D.F. MEXICO Pág. 73.



introducen una fuerte carga axiológica que se proyecta en el ordenamiento jurídico⁴⁴”.

En realidad, podríamos decir que, el constitucionalismo procede de las mismas ideas fuerza que impulsaron la necesidad de la codificación en materia civil y penal, puesto que una constitución no es más que una especie de ley ordenada, es código o como lo denomina **RUÍZ MIGUEL** supracódigo⁴⁵, destinado a regular el poder político y establecer los procedimientos para la vigencia plena de los derechos humanos. Esas ideas fuerzas las podemos resumir en tres: en primer, lugar la primacía de la Constitución; en segundo lugar, la exigencia de someter al poder a límites preestablecidos; hecho que confluye en la garantía de los derechos y libertades individuales; y por último, el establecimiento de la seguridad jurídica como un derecho.

EL GARANTISMO.

El "garantismo" conforme lo señala FERRAJOLI "aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento libera y se relaciona con la exigencia típica de la tutela al derecho a la vida, a la integridad y a las libertades personales⁴⁶”.

La aplicación del significado del término "garantía" que se traduce en garantizar, afianzar, proteger, tutelar algo, y cuando en el contexto jurídico se habla de garantismo, ese algo, lo que se tutela son los derechos subjetivos, bienes individuales o colectivos; se podría decir, que el derecho garantista establece instrumentos para la defensa

⁴⁴ DOMIGUEZ, ANDRÉS GIL. “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos”. EDIAR. BUENOS AIRES-ARGENTINA. 2005. Pág. 16.

⁴⁵ RUÍZ MIGUEL, ALFONSO “Una filosofía del derecho en modelos históricos”. TROTТА. MADRID-ESPAÑA-2002. Pág. 275.

⁴⁶ FERRAJOLI, LUIGI. “La democracia y el garantismo”. TROTТА. MADRID-ESPAÑA. 2008. Pág. 61



de los derechos de los individuos frente a la eventual agresión por parte del Estado o de otros individuos; estos instrumentos jurídicos son garantías, esto es, límites y vínculos con el poder a fin de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de Estado de Derecho, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder estatal.

El garantismo se extiende a todo el ámbito de derechos de la persona, y no solamente a los directamente afectados por el poder punitivo del Estado. Por eso, más allá del garantismo penal, cabe hablar de una "teoría general del garantismo" cuyo mayor referente doctrinario es **FERRAJOLI** y que indispensablemente es una teoría jurídica que empata con el Estado Constitucional, pues dentro de este Estado, las normas constitucionales reconocen los principios de justicia material, con lo cual está fuera de duda la preponderancia del "derecho por principios".

El garantismo constituye, en suma, una completa filosofía jurídica comprometida con la defensa de los derechos que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas. La tesis metodológica apela a la conocida distinción entre el "ser" y el "deber ser", pero, a diferencia del positivismo tradicional, el garantismo lleva esta dualidad a la esfera mismo del positivismo; pues, no sólo se enfrenta un "deber ser" moral a un "ser" jurídico, sino también un "deber ser" jurídico a la realidad o efectividad del mismo. La tesis conceptual acoge también una idea arraigada en el positivismo, las fuentes sociales del derecho; los sistemas jurídicos y las instituciones en general no son frutos naturales dotados de alguna justificación independiente, sino artificios humanos al servicio de fines más o menos valiosos. Finalmente, como teoría de la justicia, como tesis axiológica, el garantismo propone un ambicioso modelo llamado a



culminar el proyecto emancipador que arranca de la ilustración; pero un modelo que, al estar ya anunciado en la Constitución, compromete no sólo al legislador, sino también al juez y al jurista. Es más, justamente por esa continuidad entre la normativa constitucional y la filosofía moral y política en que descansa, la función del jurista (del dogmático, pero sobre todo del teórico del Derecho) no se limita a la crítica interna de la praxis institucional, sino que comprende también la crítica externa de la misma y de la propia Constitución.

Esto último reside en la aportación fundamental del garantismo. Su propuesta de jurista y de juez que es conceptualmente positivista, pero fundamentalmente iusnaturalista. Es positivista porque circunscribe el objeto de su conocimiento al derecho positivo, sin concesiones a ninguna subjetividad. Pero, salvo las evidentes distancias, cabe decir que es iusnaturalista o que tiene una dimensión filosófica, porque desempeña una función crítica interna en la ley, en los reglamentos, en los actos administrativos y de hecho, en las sentencias, por cuanto, en el mejor de los casos, sólo parcialmente dan cumplimiento a la preceptiva constitucional y al valor justicia que se constituye en el fin primero, principal del derecho ; y crítica externa, por cuanto la propia Constitución representa una proposición garantista; que desplaza a las reglas poniendo en primer plano a los principios; haciendo una clara diferencia dentro el derecho por reglas y el derecho por principios.

PRINCIPIOS

De manera amplia es simplemente el primer término de una serie cualquiera. En sentido estricto es el origen de donde deriva algo distinto. La palabra "principio" desde la visión de la lógica es de origen griego, "axioma" que es el primer anillo de una cadena de



proposiciones; unas proposiciones de donde derivan las demás, o verdades que son fuentes de otras verdades⁴⁷. El vocablo principio tiene también una acepción latina "*principium*" y significa primer instante de la existencia de una cosa. El inicio de algo que hay que emprender. También puede ser la base sobre la cual se asienta una cosa.

Dejamos dicho que el vínculo del Estado Constitucional con el garantismo son los principios; razón por la cual, creo indispensable, primero procurar una visión general sobre los principios. A este respecto **SAGRABELSKY** dice: "La superación del Estado de derecho legislativo, lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Se puede decir, en general, que las dos separaciones de la ley, la de los derechos (principios) y la justicia (valores) han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado Constitucional, debe ser valorada mucho más..."⁴⁸ⁿ

Para el Derecho, los principios integran el sistema jurídico normativo, por constituir una fuente de creación del Derecho, erigidos en el fundamento axiológico por excelencia del sistema normativo, se encuentran implícitos, encarnando la vida de relación; por lo tanto, son de obligatoria observancia en los procesos de juridificación para que la norma jurídica válida tenga eficacia; que permite, que la sociedad viva en juridicidad; pero, los principios, no únicamente sirven de fuente de derecho; constituyen proposiciones instrumentales de los derechos, son de obligatoria observancia del operador jurídico para solucionar antinomias, para integrar leyes o reglas con lagunas.

⁴⁷ PEREZ VIEDA, GUSTAVO. "Lógica. Para estudiantes de derecho". EDICIONES DOCTRINA Y LEY BOGOTÁ-COLOMBIA . 2003. Pág. 131

⁴⁸ ZAGREBELSKY, GUSTAVO. "El derecho dúctil". TROTTA MADRID-ESPAÑA. 2006. Pág. 109.



Desde la visión axiológica que son la base de la construcción de los principios, compartido lo expuesto por **ENRIQUE ALONSO GARCIA**⁴⁹, que expresa: “Los valores son expresión del deber ser (nivel axiológico), de la pretensión de normatividad de conceptos jurídicos. Son una forma de manifestación jurídica que, aunque existente desde siempre, sólo han venido a racionalizarse modernamente. Se mueven en un plano distinto al de la diferenciación entre normas y principios, aquellas como manifestación de un sistema en el que su incumplimiento genera automáticamente una consecuencia; éstos como abstracción de aquellas manifestaciones de un sistema en el que su infracción puede no conllevar consecuencia jurídica alguna, reflejando más bien el espíritu del grupo normativo. Los valores, al hacer referencia a la dimensión axiológica, añaden un plus a normas y principios”.

La jurisprudencia de valores ha sido una creación de los tribunales norteamericanos y han sido recogidos especialmente por los tribunales alemanes. Los valores son conceptos axiológicos como la justicia, la paz, la libertad; etc.

Los principios según **ROBERT ALEXY** son normas⁵⁰ que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades reales sino

⁴⁹ MONROY CABRA, MARCO GERARDO. “La interpretación Constitucional”. LIBRERÍA PROFESIONAL. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2002. Pág. 46

⁵⁰ “La palabra norma alude a algo que deba ser o producirse en particular; a que el hombre deba comportarse de determinada manera” ZAGREBELSKY. Obra cit. Pág. 109



también de las jurídicas ⁵¹, en tanto que las reglas sin normas que exigen un cumplimiento pleno y en esa medida, pueden ser siempre cumplidas o incumplidas⁵².

Sostengo que, desde la perspectiva del Derecho Procesal, los principios y los valores constituyen la base en la que se han de sostener las instituciones que componen el pleno normativo adjetivo; desde esta perspectiva **ZAGREBELSKY** enseña que: Los principios jurídicos, expresan valores y el derecho funciona ..., la realidad se vivifica y adquiere valor ..., los principios no se agotan en lo absoluto, son eficaces, las reglas jurídicas se apoyan en ellos, pues poseen una autónoma razón frente a la realidad⁵³. Debiendo aclarar que, existen principios que son generales del derecho y otros que son principios específicos de lo jurídico.

Existen autores como **MARGARITA BELADIEZ ROJO**⁵⁴ que considera que los principios generales del derecho y los principios jurídicos son y representan lo mismo; para ella son simplemente expresiones diferentes, pero que llegan a la misma concepción; es decir, son fuentes del Derecho que expresan valores jurídico- éticos de la comunidad. Particularmente considero que las diferencias que existen, entre principios generales del derecho y los principios deben relativizarse en consideración a la función integradora, sistematizadora que cumplen los principios en el derecho.

⁵¹ ALEXY, ROBERT. "Teoría de los derechos fundamentales". CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES. 2da. Edición. MADRID-ESPAÑA. 2008. Pág.68

⁵² Ibidem

⁵³ ZAGREBELSKY. GUSTAVO. Ob.cit.Pág. 110

⁵⁴ BELADIEZ ROJO, MARGARITA, "Los principios jurídicos" TECNOS. MADRID-ESPAÑA. 1997. Pág.130



Principios generales del Derecho

El concepto de "principios generales del Derecho" se elabora en el Derecho italiano y aparece por primera vez reconocido en el Código Civil italiano de 1865⁵⁵. Los principios generales del derecho conforme señala **ESSER**⁵⁶ son metabólicos, rigen en toda la existencia; de modo que, los principios tiene un ciclo vital propio al estilo de las otras instituciones del Derecho. Surgen porque la sociedad, en un momento determinado, considera importante valorar ciertas posibilidades entorno al Derecho, y decaen cuando esos valores pierden importancia en la sociedad.

Hay tres concepciones básicas en cuanto a los principios generales del Derecho:

a.- Iusnaturalismo. Considera que los principios generales son manifestación del derecho natural, como principios o verdades universales, basadas en la naturaleza humana y en la recta razón⁵⁷; por lo tanto, son principios superiores, axiomas, que derivan de la naturaleza humana. Los principios que ilustran este punto de vista son: el respeto el derecho ajeno, a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la igualdad, el cumplimiento de buena fe de los pactos y acuerdos, etc.

b.- La escuela positiva.- Es la que sostiene que los principios generales, son aquellos que sirven de fundamento a un derecho

⁵⁵ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. "Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico". TECNOS MADRID-ESPAÑA. 1997. Pág 125.

⁵⁶ Autor referido por MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Obra. Cit. Pág. 125.

⁵⁷ MONROY CABRA, MARCO GERARDO. "Introducción al Derecho". Décimocuarta edición. TEMIS. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2006. PÁG. 251.



positivo dado, y que no tiene el carácter de metajurídico⁵⁸. Para los positivistas, los principios son la generalización de la legislación positiva, que derivan de la lógica del sistema y que sirven como cimiento para la interpretación de ese Derecho positivo. “Forman parte del derecho como el alcohol forma parte del vino” Los principios generales de acuerdo con esta línea de pensamiento, no son una fuente autónoma del Derecho.

c.- Teoría eléctrica o integrativa.- Parte de la idea de que el positivismo acierta en el método para obtener tales principios y el ilustramiento en lo que se refiere al contenido y carácter de los mismos; los principios generales estarían compuestos que aquellos criterios técnicos utilizados por el ordenamiento, por ejemplo los utilizados para la resolución de las antinomias también por aquellos otros derivados de la sistematización del derecho objetivo como ordenamiento jurídico; por ejemplo, los principios de jerarquía temporalidad o sucesión de normas y especialidad; que, las considero absolutamente precisas para la estructuración del ordenamiento normativo y, por fin, por aquellos principios de carácter axiológico y meta jurídico que consideramos son del derecho natural, pero de un derecho natural que no le es extraño al derecho positivo y es susceptible de ser discutido; pues está incorporado al derecho positivo y forma parte esencial del ordenamiento jurídico y puede, por tanto, ser perfectamente determinado mediante el método de la abstracción lógica⁵⁹. Los principios generales más decisivos están expresados en la Constitución y tiene el carácter de normativo obligatorio.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Se entiende por abstracción lógica la operación que realiza el entendimiento para formar conceptos universales a partir del conocimiento de las particularidades; de ahí la abstracción “haciendo abstracción”, que significa expresar algo prescindiendo de sus características particulares.



Con lo dicho, podemos afirmar que, la función que tradicionalmente tenían los principios; ésto es la de ser supletoria de la ley o de la costumbre como se reseña en el *i*. Art. 18, núm., 7 del Código Civil ecuatoriano, ha cambiado; hoy los principios sirven para crear, interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico; en consecuencia, los operadores jurídicos para interpretar la norma jurídica deben aplicar los principios que constan en el Código Orgánico de la Función Judicial y, utilizar los métodos de interpretación que constan en el Código Civil para resolver las antinomias jurídicas.

Compartimos con **MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN**⁶⁰ cuando explica que: "...la función que cumplen los principios en un ordenamiento jurídico, va unida a la idea de una reactualización permanente de los valores que la sociedad comparte. Los principios como inspiradores de un ordenamiento jurídico, sustentadores del mismo, actualizan de manera permanente y constante, ese ordenamiento manteniendo su identidad. Ciertamente, esta es una función que puede muy bien conectarse con elementos extrapositivos, en el sentido de una adaptación permanente del ordenamiento jurídico a las nuevas necesidades de la sociedad"; en consecuencia, la utilidad de los principios es de naturaleza general y apriorística⁶¹ en parte, pero, con más frecuencia, es moldeable, dúctil, de actualización constante, caminan junto a los hechos sociales ajustándose a sus requerimientos.

La doctrina de la "multifuncionalidad y versatilidad" de los principios, habla que hay que entender al orden jurisdiccional en el que vayan a ser aplicados y a su pertinencia en cada caso concreto.

⁶⁰ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. Ob. Cit. Pág. 126

⁶¹ Es una interrogante de índole lógica preguntar por los fundamentos suprapositivos de las leyes que existen, que están vigentes, *hic et num*, o preguntar, por los supuestos apriorísticos, que constituyen los supuestos de hecho a partir de los cuales han de inferirse determinadas consecuencias.



Los principios Jurídicos

Cuando en técnica jurídica hablamos de los presupuestos de hecho, nos referimos a los supuestos previos, a las razones suficientes por las cuales se ha de crear una norma; es decir, se ha de juridificar los valores, requerimientos, que se producen de un hecho social; por ello, decimos que "el fundamento del Derecho ha sido siempre aquello que una población ha considerado valioso". Desde este punto de partida, toda norma jurídica se ha de fundamentar en valores abstractos y absolutos, es decir, en principios generales del derecho verbigracia igualdad, libertad, justicia, seguridad: etc. Y, el resultado de las relaciones que se producen entre la norma válida, creada, con la sociedad; en la búsqueda de la eficacia, se producen los principios jurídicos como son los de jerarquía normativa, presunción de inocencia; de especialidad; y es en razón de esta diferenciación entre principios generales y principios jurídicos que, no se habla de jerarquía y se habla de preferencia aplicativa, de ponderación o primacía⁶².

GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ reflexionan y dicen: "*...desde la idea de que la soberanía reside en el pueblo, parece lógico que el Derecho se fundamente en sus convicciones jurídicas, pues es la comunidad de donde surge todo el poder jurídico*"⁶³. Los principios jurídicos, son valores jurídicos de la sociedad.

⁶² MONROY CABRA, MARCO GERARDO, Ob. Cit. Pág. 253.

⁶³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "Curso de Derecho Administrativo". Duodécima edición. CIVITAS. MADRID-ESPAÑA-2004. Pág. 171.



Como sostenemos que los principios jurídicos se fundamentan en los valores jurídicos que resultan de la relación de la norma con la sociedad: y lo que afirmamos, es admitir algo que sostenemos siempre fue así. No obstante, se ha precisado algo, que la norma no se fundamenta en algo abstracto, ideal o trascendental, sino que tiene origen en la propia sociedad que genera hechos sociales; y que, hechos sociales en relación normativa jurídica, producen principios que dan nacimiento a leyes abstractas e impersonales. Los principios jurídicos, son, en conclusión valores jurídicos de la sociedad.

Lo jurídico no puede fundamentarse más que en aquello que la sociedad considera valioso, pues el primer principio jurídico nacido de la convicción de nuestra sociedad, se expresa en que "la soberanía radica en el pueblo⁶⁴"; y que esa potestad, se ha de ejercer a través de "órganos del poder público⁶⁵", por lo tanto, sólo cuando el ordenamiento jurídico recoja las convicciones del pueblo soberano, se puede considerar legítimo y tener por lo tanto en su aplicación eficacia.

Luego de lo afirmado; podemos coincidir con dos definiciones de principios jurídicos con las cuales coincidimos.

DE CASTRO: *"Los principios jurídicos son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una determinada Comunidad⁶⁶".*

GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ

" Los jurídicos expresan los valores materiales básicos de un

⁶⁴ Constitución del Ecuador. Art. 1, inc, 2do.

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ DE CASTRO. F. "Derecho Civil Español". CIVITAS. MADRID-ESPAÑA. 1984. Pág. 420



*ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituyen como tal las convicciones ético-jurídicas de una sociedad*⁶⁷".

Podemos concluir, afirmando que, los principios jurídicos constituyen la parte permanente de la norma; pero que a su vez, es cambiante y mutable que determina la evolución jurídica. Son ellos los que permiten la constante actualización del ordenamiento jurídico, haciendo real la interrelación entre el Derecho, la sociedad, lo jurídico y los valores; que permite justificar la existencia organizada. En cuanto a los valores jurídicos, dentro de esta interrelación, señalaremos que pueden ser o no ser positivizados; pero, siempre serán un referente inexcusable para la elaboración de la norma positiva.

Un principio jurídico con características de universalidad es el denominado *ius cogens* que por disposición del Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es "*una norma imperativa de derecho internacional (...) aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter*".

Como se podrá evidenciar, no se trata únicamente de una regla que emana de un tratado o convenio, sino de derechos que resultan de la costumbre internacional, de las relaciones contractuales (jurídicas) entre los Estados; constituyendo principios jurídicos que son fundamentales, supra-constitucionales de una institución internacional.

⁶⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Ob. Cit. Pág. 172



Los principios, el garantismo y la jurisdicción

La Constitución es un modelo jurídico-político que es adoptado por los contratantes; ésto es, Estado y ciudadanía en expresiones de **JULIA VICTORIA MONTAÑO DE CARDONA**⁶⁸ forma de Estado, el sistema de gobierno y ha de precisar el sistema jurisdiccional procesal que adopta el Estado.

Las garantías procesales en la Constitución son el producto de un modelo de Estado, concretamente del Estado Social de Derecho, que ha influenciado en el constitucionalismo moderno, que entre otras características tiene la de haber elevado a rango constitucional las garantías procesales y, establecer acciones que garantizan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, lo cual implica un control especial de ellas en el ejercicio de la vigencia de la supremacía de la Constitución y su aplicación directa e inmediata por parte de los operadores de justicia en particular y los servidores públicos y ciudadanos en general.

El Derecho como ciencia social, obedece a la lógica del deber ser, es conducta en interferencia intersubjetiva al decir de **COSSIO** y se rige por principios; desde esta óptica, el deber ser del derecho es la justicia; la que, se procura a través de la jurisprudencia como ciencia de lo justo y el discernimiento de lo injusto.

RONALD DWOEKING⁶⁹ ideó la "*Teoría de la responsabilidad política*" que sólo aquellas decisiones que pueden justificar sobre la base de una teoría general que permita justificar también otra decisiones que se proponen adoptar *-a parí*, por igual-

⁶⁸ MONTAÑO DE CARDONA, JULIA VICTORIA. "Derecho Constitucional Procesal". LEYER BOGOTÁ-COLOMBIA. 2003. Pág. 83.

⁶⁹ DWORKIN, RONALD. "El imperio de la justicia" GEDISA. BARCELONA-ESPAÑA. 2005. Pág. 126 y ss.



Ubi Aedes est ratio, Aedes debet esse juris. Donde existe la misma razón, de ser el mismo derecho o a igual petición, igual resolución. Esto facilita la previsibilidad de las decisiones" judiciales y aporta a la seguridad jurídica de un Estado.

Distingue **DWOEKING** entre principios que establecen derechos, y políticas que fijan objetivos sociales colectivos. Los jueces deben juzgar según principios y dejar las políticas a los otros poderes del Estado.

ZAGREBELSKY⁷⁰ dice que "*el paso del Estado legal al Estado constitucional no es sólo subir un peldaño en la escalera de las normas, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho; por lo que hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado legislativo; los jueces en el Estado constitucional son los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, derechos y justicia*".

Dentro del Estado constitucional, las normas constitucionales reconocen principios de justicia material, con lo cual está fuera de duda la preponderancia del derecho por principios **DWOEKING** ha enarbolado la bandera de los principios, los ha revalorizado al punto que la casuística judicial está orientada según principios, apartándose de las reglas a las que como indica **ZAGREBELSKY**⁷¹ hay que obedecer: en tanto que a los principios hay que adherirse.

Los principios que integran el modelo procesal garantista son: *Supremacía de la constitución, el dispositivo, carga de la prueba, doble instancia, cosa juzgada, juez natural, independencia e imparcialidad del juez, gratuidad en*

⁷⁰ ZAGREBELSKY. GUSTAVO. Ob. Cit. Pág. 153.

⁷¹ ZAGREBELSKY. GUSTAVO. Ob. Cit. Pág. 110



la administración de justicia, intermediación, solución alternativa de conflictos, contradicción, preclusión, publicidad, dignidad de las partes, legalidad. Principios que los desarrollaremos a lo largo de este trabajo.

NEOCONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, como hemos dejado señalado, alude a una nueva cultura jurídica caracterizada por cuatro acepciones principales.⁷²

1.- La primera de ellas se refiere a un cierto modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo toma de las dos grandes corrientes constitucionales, los que tradicionalmente han caminado separados: el norteamericano que estableció una constitución garantista y de principios de aplicación directa, pero sin contenidos normativos; y el europeo, que estableció constituciones con un denso contenido normativo y con principios como fuentes para la validez del derecho pero sin garantías. El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos y saca como resultado un sistema de constitución normativa garantizada y con principios de aplicación directa e inmediata; estableciendo en última instancia el control de constitucionalidad en el Poder Judicial; en nuestro caso la Corte Constitucional.

Podríamos resumir lo dicho en este punto de la siguiente manera:

- a) Carácter normativo vinculante de la Constitución.
- b) Supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes.
- c) Eficacia o aplicación directa,

⁷² PRIETO SANCHOS, LUIS. “Justicia Constitucional y derechos fundamentales” TROTTA. MADRID-ESPAÑA. 2003. Pág. 101.



d) Garantía judicial.

e) Un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, y formado por principios que se aplican de manera directa en el caso concreto.

f) Rigidez constitucional.

Se podría decir, para concluir, que el Estado está inundado de Constitución, todo sale de ella, todo llega a ella, todo se hace en base a ella.

2.- Una segunda acepción configura una teoría del derecho apta para describir o explicar las características del modelo. El Estado constitucional reclama una nueva teoría del derecho, que bien podríamos resumir en las siguientes líneas:

a) Más principios que reglas.

b) Más ponderación que subsunción

c) Omnipresencia de la Constitución en todos los conflictos.

d) La última palabra en la interpretación de la Constitución la tiene la Corte Constitucional y no el Legislativo.

e) Coexistencia de valores y normas.

3.- La tercera acepción establece una ideología o filosofía política que justifica o defiende el paradigma propuesto y donde subyace un alto grado de tensión entre democracia y Constitución; así, argumentación vs. Deliberación.

4.- Una última acepción se refiere a una dimensión que podríamos denominar filosófico-jurídica, y que tiene por objeto revisar las categorías tradicionales instituidas por la teoría general del derecho.



FERRAJOLI⁷³ recuerda que existe una diferencia entre "garantías" y "garantismo"; así, por garantías debemos entender cualquier norma que tutela un derecho subjetivo; y por el neologismo "garantismo" hemos de comprender al conjunto de técnicas y normas que tutelan los derechos fundamentales.

Hemos señalado que por garantismo debemos entender la suma, una completa filosofía jurídica comprometida con la defensa de los derechos que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas; y desde el punto de vista práctico por garantismo es el conjunto de normas instrumentales que tienen por objeto precautelar la supremacía de la Constitución y garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales; en definitiva, hacer efectivo el "Estado Constitucional de derechos y justicia"

De lo dicho, podemos señalar que, por garantismo constitucional entendemos el conjunto de mecanismos políticos y jurisdiccionales que incorporan a la democracia una dimensión sustancial que supera el viejo Estado legislativo de Derecho; ya que, en el Estado Constitucional de derechos, la legitimidad política y jurídica del ejercicio del poder, no está condicionada solamente a la legitimidad directa o electiva; sino también a la legitimidad indirecta o por ejercicio; que se traduce en la responsabilidad del órgano jurisdiccional por la mala administración de justicia.

El garantismo, es instrumental, maximizador y gradual; no es un abstracto que pueda esfumarse o escindirarse, ni siquiera para su análisis; pues es un conjunto cosificado de derechos y valores instrumentales, que tienen por objeto proteger y promover, maximizando el grado de tutela de los derechos fundamentales y

⁷³ FERRAJOLI, LUIGI. Ob. Cit. Págs. 60 y 61.



restringiendo al Estado legislativo al sometimiento de la norma constitucional.

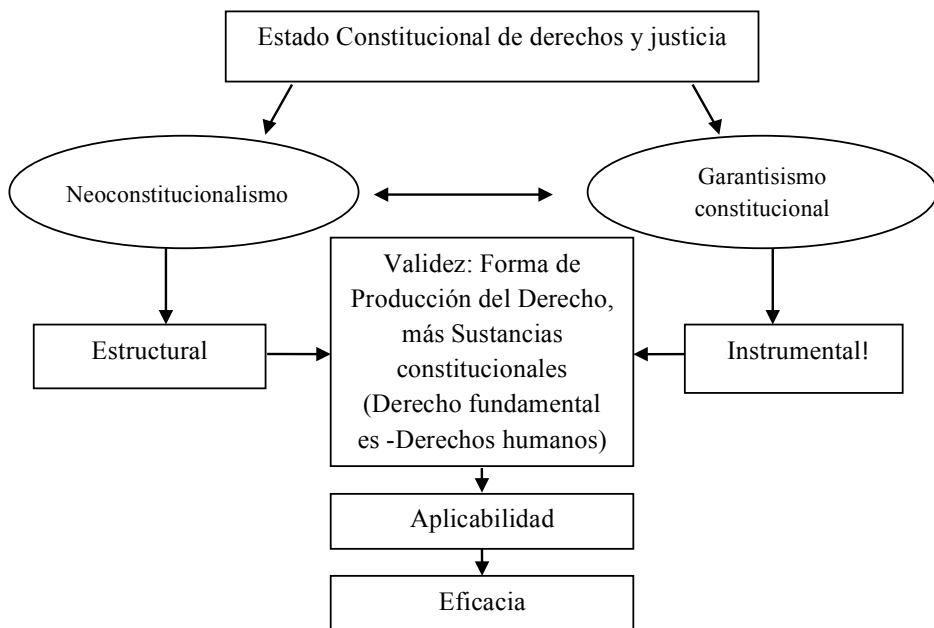
El garantismo es gradual, en razón de que nunca se garantiza o todo o nada; todo está garantizado; pero, esa garantía se expresa en el caso concreto; en consecuencia, se expresa argumentativamente según la intensidad de la afección a un derecho.

Su existencia se encuadra en la categoría de la eficacia, por cuanto frente a los distintos incumplimientos que puedan suscitarse, los diversos instrumentos previstos por el ordenamiento (garantías) tendrán por objeto restituir el derecho ilegítimamente lesionado.

Las garantías dice **FERRAJOLI** no son otra cosa que *"técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre la normatividad y la efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional"*⁷⁴ⁿ.

La articulación entre modelo estructural (lo sustantivo) y garantismo instrumental (lo adjetivo), trae consigo una inevitable consecuencia que consiste en que, lo instrumental tiene por único objeto dotar de eficacia a lo estructural; pero, imposibilita que desde lo instrumental, desde la perspectiva de la validez, se pueda definir lo estructural.

⁷⁴ *Ibídem.*



Un claro ejemplo de esto, se manifiesta en la declaración de oficio inaplicación de una norma legal por inconstitucional. Si entre las notas que definen al Estado constitucional de derechos y justicia encontramos la fuerza normativa, su aplicación directa e inmediata y la supremacía de la Constitución, la declaración de inaplicación⁷⁵ por considerar la norma infraconstitucional como inconstitucional de oficio (es decir sin mediar petición de las partes en el caso concreto) por parte de los jueces es una consecuencia irremediable. De lo contrario, entre el modelo que decimos vivir y al que los jueces dicen someterse y juran defender y la eficacia de los derechos, existiría una antinomia insuperable que denotaría una crisis de seguridad jurídica nada deseable.

⁷⁵ Art. 426 Const. Ecu. Arts. 141, 142 y 167 LOGJCC.

CAPÍTULO IV

SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD



EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En su libro “LA POLITICA”, **ARISTOTELES** concebía a la Constitución como una “*cierta ordenación de la ciudad*”⁷⁶. Pero, la estagirita, en otra parte de su obra la concebiría como “*la ordenación de todas las magistraturas y especialmente de la suprema y es suprema en todas partes el gobierno de la ciudad, y ese gobierno es el régimen*”⁷⁷ y así afirma también que “*las leyes deben establecerse en armonía con el régimen y no los regímenes de las leyes*”⁷⁸. En consecuencia, para **ARISTOTELES** siempre estuvo claro que la Constitución es norma superior y que en caso de contradicción entre una norma de la ley y una norma de la Constitución, se ha de preferir aplicar la Constitución.

En el Derecho Romano, la ley era la declaración solemne que vinculaba en doble sentido; a aquel que la aprobaba y a aquellos que eran sus destinatarios. La *lex privata* era el resultado de un “negocio jurídico”, en tanto que la *lex pública* constituía la voluntad del magistrado que ha sido autorizada por el *populus (iussium)*. En tal sentido, que consistía en un acuerdo entre ambos reunidos en los denominados “comicios” (*lex codicia*). O entre el Tribuno y la concilia plebis (leyes plebiscitarias).

El ius Civile no podía modificar la *lex*. El papel de la ley no era como aconteció con el nacimiento del Estado constitucional, una fuente de innovación, sino de defensa del derecho consuetudinario amenazado por disposiciones nuevas pero perjudiciales.

SANTO TOMAS DE AQUINO: “*Como toda clase de ley; eterna, natural, divina, la ley humana no es más que una prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el*

⁷⁶ ARISTÓTELES (siglo V. A.C.) “La Política”. FUNDACIÓN I.C.Y.S. 1996. QUITO-ECUADOR. PÁG.80.

⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 89.

⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 101 y 170



*cuidado de la comunidad*⁷⁹”. Por consiguiente el gobierno no puede irse en contra de la ley natural, eterna y superior a los mandatos provenientes de voluntad.

En Inglaterra donde se desarrollara la idea de que el Common law es superior al Derecho legislado; en consecuencia, el soberano está limitado por tres clases de leyes: la ley de Dios, la ley natural y las leyes fundamentales del Estado.

El monarca no podía transgredir ciertos derechos y libertades que los hombres poseían por el hecho de ser hombres (derechos naturales). Las leyes fundamentales del Estado regulaban la potestad soberana del príncipe, su modo de actuar frente a la máxima magistratura.

La *Common law* en términos generales se puede decir que es un Derecho de origen judicial, pues la fuente normativa son los precedentes que resulta del principio conocido con el nombre de *star decisis*, conforme el cual los jueces deben resolver sus casos de acuerdo con lo decidido por jueces de la misma jurisdicción de mayor o igual jerarquía judicial, en casos concretos de naturaleza similar⁸⁰ por lo tanto los jueces prefieren la *Common law* a las leyes del Parlamento.

FIX- ZAMUDIO⁸¹ dice: “*existe consenso en la doctrina en el sentido de que no es suficiente que se expida un texto fundamental que contenga los principios, valores y normas que se consideran esenciales para la comunidad política en un momento determinado, sino que es indispensable, si no se quiere que el documento se transforme en un simple texto normal, que éste tenga aplicación en la realidad, y si dicha aplicación no es efectiva así sea de manera limitada, deben establecerse los mecanismos necesarios*”

⁷⁹ VELASQUEZ TURBAY. CAMILO E. Ensayo sobre el origen de los “Principios Constitucionales” UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2001. Pág. 109

⁸⁰ CUETO RÚA. JULIO CÉSAR. “El Common Law”. ABELEDO-PERROT. BUENOS AIRES-ARGENTINA. 1997. Pág. 22.

⁸¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Obra. Cit. Pág. 1.



para que esta situación pueda corregirse y se restablezca el orden constitucional desconocido o violado”.

Algunos creen que el control de la supremacía de la Carta Fundamental debe vigilarse a través del poder judicial, es decir a través de todos los jueces del sistema Art. 425 Const. Ecu- sistema implementos en los Estados Unidos de Norteamérica y al que se lo denomina difuso; Otros a *contrario sensu* creen que es indispensable crear un órgano especial *ad hoc*, que actúe con una jurisdicción específica en materia constitucional Art 429. Const. Ecu, este sistema es el denominado concentrado u orgánico.

Otros en cambio indican que el control por los jueces, sean éstos ordinarios, es decir perteneciente a todo el poder judicial o aquellos circunscritos en un órgano especial, modifica la composición de la división de poderes dentro de un Estado, al correr el riesgo de que, por medio de la interpretación y ejecución de las decisiones jurisdiccionales, se dejen de aplicar normas establecidas mediante un sistema institucional- legislativo que no reconoce a los jueces como órganos de legislación; y se denomina control político de la constitucionalidad.

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCION:

El sistema jurisdiccional dentro del concepto racional- normativo de Constitución, como norma suprema creada de una vez y para siempre, destinada a reglamentar derechos y deberes de los gobernados y gobernantes, la sumisión de la ley desde la validez y llegando a su eficacia de lo dispuesto en la norma suprema, aparece como la función esencial atribuida al Poder Judicial.

La Constitución norteamericana no recogerá expresamente la doctrina de la “*judicial review*”, sino que fue el resultado de muchas star decisis expedidas con anterioridad a la Constitución de 1787. La constitución de los EE.UU recoge el sistema del “*judicial review*” (revisión judicial), y es en 1803, como se sabe, **JHON MARSHALL**



en el famoso caso “Marbury vs. Madison” que proclama que es inherente a la Constitución escrita, de que los jueces tienen la potestad de declarar nulo cualquier acto contrario a la Constitución, ya se trate de un acto normativo o un acto administrativo, basado en una norma institucional **MARSHALL**, fundamentará su doctrina en la idea de que las atribuciones del Congreso están limitadas por la Constitución, en la medida que ésta ha llevado a cabo la división de poderes y, en consecuencia, de nada serviría esta división si el Parlamento rebasara las competencias que le han sido asignadas. Como parte de su razonamiento, **MARSHALL** se pregunta en el célebre caso si se debía o no acatar las normas que eran contrarias a la Constitución; y el Juez se respondió negativamente y afirmó que es misión de la judicatura decidir en cada caso lo que es la ley y lo que no lo es. Como las leyes incompatibles con la Constitución no son tales, la misión de los jueces es reafirmar la constitución frente a cualquier acto normativo, que intente desconocer los derechos de hombre y la división de los poderes. Para **MARSHALL** ésta será en esencia la función del Poder Judicial; de esta manera se ratifica el rol de los jueces; y establece el control de las leyes. Pero la respuesta que podemos extraer es clara: *“si corresponde a los jueces interpretar las normas, es obvio que en esa tarea están ejerciendo permanentemente la vigilancia de su sometimiento a la carta Fundamental”*.

Es un método difuso de control de la constitucionalidad, aquel en el cual son partícipes los operadores de justicia⁸², no únicamente un órgano ad hoc que se estructura por mandato Constitucional y específicamente para ejercer la función de guarda, da la integridad de la Carta Política Fundamental de un Estado.

Es inherente entonces a un sistema de control difuso, el ejercicio de aquella técnica constitucional por parte de los jueces, a través de la cual emprendan en cumplimiento de su deber como guardianes

⁸² En el Ecuador, ejercen el control de la Constitucionalidad, las Cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas. Atrs. 18 y 273. Const. Ecu.



de la Constitución y de la ley, de manera práctica y moderada predeterminada en la ley o precepto constitucional, la instauración de un órgano especializado, cuyas funciones se concentren específicamente en la intangibilidad del principio de la supremacía de los textos constitucionales.

Para el Profesor **AMURRO CAPITEL**⁸³, la aparición del control Difuso es originario del Sistema Americano en los sistemas de la *Civil Law* y argumenta el autor que, este sistema Americano en los sistemas de la *Civil Law* traía inseguridad jurídica, en este sentido la consecuencia de que la misma ley es inaplicable por parte de algunos jueces, por estimarla inconstitucional, pues, no es uniforme para otros jueces que estimen conveniente aplicarla, debido a que en su opinión la ley es constitucional.

Es necesario hacer notar en esta parte, a diferencia del control constitucional americano, en el Ecuador, este control no se limita al ámbito judicial; este control compromete a todos los poderes del Estado⁸⁴.

Es necesario partir de la base de que hemos adoptado el Sistema de Control Difuso, en virtud de la cual un juez o tribunal suspende la tramitación de una causa⁸⁵, en un caso concreto sometido a su decisión; siempre que a su juicio genere duda razonable y motivada la norma es inconstitucional⁸⁶; pues, como queda dicho, en el juez radica la potestad de determinar el derecho aplicable a la controversia jurídica concreta, que está sometida a su decisión⁸⁷.

El sistema de control constitucional por vía de excepción, como también se la denomina; el Juez no puede declarar la

⁸³ CAPITEL, Amurro. El Control Judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado. Revista de la Facultad de Derecho de Mexico. Nro. 6, 1996. P. 33.

⁸⁴ Art. 426, inc, 2do. Const. Ecu.

⁸⁵ Art. 428. Const. Ecu.

⁸⁶ Art. 142, inc, 2do LOGJCC.

⁸⁷ Art. 167 y 172. Const. Ecu.



inconstitucionalidad⁸⁸, puede excederse o generalizarse, únicamente deben quedar limitados al caso concreto sometido a su jurisdicción. Suspendeda la tramitación de un caso, el juez deberá enviar una consulta a la Corte Constitucional; para que sea este órgano especializado el que en un plazo de cuarenta y cinco días, resuelva si la norma puesta a su consideración es inconstitucional o no. Si la Corte Constitucional no se pronuncia dentro de los cuarenta y cinco días de plazo, el Juez continuará con la causa manteniendo de “facto” su criterio de inconstitucionalidad de la norma; pero, si la Corte Constitucional declara la constitucionalidad de la norma, el juez está obligado a aplicar en casos posteriores⁸⁹.

Características del Control Difuso de la Constitucionalidad:

1.- Partimos de la necesidad de la existencia de la Constitución Rígida⁹⁰; pues, como todos los otros métodos de control constitucional, el método difuso presupone la existencia de una Constitución concebida como norma de normas- *norma normarum*- o cúspide del ordenamiento jurídico; pero, en el sistema difuso, la Constitución desde el punto de vista de la creación de la norma debe ser rígida; pues ello implica la invalidez de las normas generales si contradicen y el procedimiento para la sanción legal o las que determinan su contenido material; es decir, inconstitucionalidad por la forma o por el fondo.

El control difuso de constitucionalidad norteamericano, está a cargo exclusivamente de los integrantes del Poder Judicial, sin que exista un órgano especializado y único.

⁸⁸ Art. 428. Const. Ecu.

⁸⁹ Art. 142, inc, 2do LOGJCC.

⁹⁰ *Ibíd*em



2.- El control de la constitucionalidad en el sistema difuso, puede ejercerse de oficio y a petición de parte, es decir por la vía de excepción escrita⁹¹, que interponga debida y pertinentemente motivada una de las partes intervinientes en litigio que se considera agraviada por la aplicación del texto legal que contradice a la Carta Fundamental; esta razón por la que el legislador en el caso del control concreto de constitucionalidad faculta a la Corte Constitucional a pronunciarse sobre la inaplicación – *inexequibilidad*- de la norma para el caso concreto; generando de esta manera un precedente jurisprudencial- *stare decisis*- para los casos análogos⁹².

3.- El control constitucional se traduce en una decisión judicial concreta; esto conlleva a una decisión judicial en el caso controvertido; es decir, centrada la decisión en el litigio donde produce los efectos; dicha decisión declara que la norma inferior a la Constitución es incompatible con esta; no implica la invalidación *per se* de la norma sino que sigue vigente; en espera de la resolución de la Corte Constitucional.

4.- En el control norteamericano, el impugnante de la constitucionalidad de una norma, no debe haber admitido previamente la validez total o parcial del precepto que tacha de inconstitucionalidad; esta característica se centra en la posibilidad de la aceptación futura de beneficios de carácter patrimonial, derivados de la norma jurídica para el particular que acuse su no aplicación. En este sentido, los derechos patrimoniales se consideran como renunciables debido a su contenido y su recepción impide que la suspensión legal opere en el caso controvertido.

⁹¹ *Ibíd*em

⁹² Art. 143, num, 2 LOGJCC.



5.- La interpretación del impugnante respecto de la norma debe ser clara y no susceptible de diversas interpretaciones respecto a su constitucionalidad, en este sentido, el accionante es quien emprende la partida para establecer los lineamientos de la eliminación de las ambigüedades y procurar una sola interpretación legal, en virtud de la cual, considere que la norma aludida por él, infringe flagrantemente el texto constitucional. En este sentido, la incompatibilidad legal de la norma jurídica infra constitucional, deber ser evidente y no dar lugar a interpretaciones ambiguas.

6.- La inaplicabilidad legal, tiene efectos *inter partes*, es decir, únicamente para los intervinientes en el juicio; no tiene efectos para terceros. La inaplicación de una norma no significa su declaratoria de inconstitucionalidad; la norma inaplicada en una causa puede ser aplicada por otro juez o por el mismo juez en otro proceso; pues, la norma no sale del mundo jurídico; únicamente se deja de aplicar en un caso concreto y con efectos jurídicos en ese caso en particular.

CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCION:

El sistema jurisdiccional del Tribunal Constitucional, denominado también concentrado o austriaco, que en 1920 fuera creado por **HANS KELSEN** en oposición al sistema Americano.

KELSEN, sostiene que el orden jurídico personificado por el Estado, no es un sistema de normas coordinados entre sí que se hallen yuxtapuestas en un mismo nivel.

Lo que caracteriza más bien al sistema es la relación jerárquica entre distintos niveles de normas, cuya unidad está dada porque la creación de la norma más baja en el grado inferior, está determinada por otra de grado superior que, a su vez, está condicionada en su creación por otra de mayor jerarquía. La unidad del sistema se basa en que este *regresus* concluye en la Constitución, como norma hipotética fundante que representa la validez de todo el orden jurídico.



En virtud de lo indicado, podemos afirmar que, el Derecho a través de la vía que recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución es decir su aplicación práctica, no deja de concretarse, de tal modo que cada grado del orden jurídico supone una creación del derecho, respecto del grado inferior y una reproducción frente al grado superior. Pues bien, la idea de regularidad, según el jurista austriaco, se aplica a cada regularidad y termina siendo la validez de una norma inferior en relación con la norma superior.

Para garantizar la supremacía de la Constitución como la norma fundamental que establece los grados de producción y aplicación del Derecho como referente de validez.

La jurisdicción como resultado de la soberanía del Estado como ya hemos dejado indicado y la ley establecen; es decir, existe una sola jurisdicción que se manifiesta a través de órganos distintos⁹³, cada uno con competencia para ejercer esa jurisdicción, de acuerdo con el reparto que se haya hecho de ella, en función de la materia, el territorio, el turno, las personas, etc.

El control concentrado de la constitucionalidad, es aquel en virtud del cual la función de guarda e integridad constitucional, se centraliza en un órgano especializado que no siempre es parte del Poder Judicial, en algunos casos, como el ecuatoriano, que el órgano especializado en materia constitucional es un órgano autónomo e independiente de todos los poderes del Estado⁹⁴. En virtud de este control, el órgano protector y centralizado ejerce sus competencias para interpretar la constitución; conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad y de oficio, una vez declarada la inconstitucionalidad de una norma, de todas aquellas que le sean conexas; conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales; conocer y resolver sobre las acciones de incumplimiento de normas o actos administrativo de carácter general; conocer y resolver el incumplimiento de sentencias

⁹³ Art. 178 Const. Ecu.

⁹⁴ Art. 430. Const. Ecu.



o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos; emitir jurisprudencia vinculante- precedentes *star decisis* en acciones de protección, cumplimiento, habeas corpus habeas data, acceso a la información pública: dirimir conflictos de competencia o atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad; el ejercicio del control abstracto, lo puede ejercer, en calidad de legitimado pasivo, cualquier persona, de manera individual o en forma colectiva⁹⁵; de esta manera, la Corte Constitucional puede examinar casos de normas generales respecto de su validez constitucional y en estas circunstancias, una decisión adversa de validez, deja sin efecto a la norma, en este caso, la decisión es de carácter derogatorio y vincula a la totalidad de los asociados- *erga omnes*.

Notas Características del Control Concentrado:

1.- El órgano centralizado que ejerce el Control constitucional debe ser distinto e independiente del que sanciona las leyes; es decir un órgano ejerce la exclusividad la función de control de la constitucionalidad.

El órgano de control debe conservar los rasgos genéricos que le son inherentes al órgano jurisdiccional; pues las decisiones a tomar en ejercicio del control de la constitucionalidad, deben ser realmente fundamentadas y argumentadas⁹⁶.

2.- No es necesaria la existencia previa de un juicio o cuestión prejudicial. La acción de inconstitucionalidad se plantea directamente ante la Corte Constitucional.

3.- El control de la constitucionalidad opera de manera abstracta y general⁹⁷. Lo que quiere decir que las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad, alcanza a todos los integrantes del

⁹⁵ Art. 77 LOGJCC

⁹⁶ Art. 4, num 9 LOGJCC.

⁹⁷ Art. 74. LOGJCC.



ordenamiento jurídico; es decir tiene efectos *erga omnes*; y la norma jurídica declarada inconstitucional queda otorgada- *ipso jure*.

4.- La declaratoria se orienta bajo el principio de irretroactividad-*ex nunc*-;en consecuencia, la eficacia de la norma en relación al tiempo es *pro futuro*. La sentencia de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos. Todos los actos efectuados al amparo de la ley, hasta antes de su declaratoria de inconstitucionalidad, son legítimos.

5.- La producción de precedentes jurisprudenciales vinculantes y obligatorios a cargo de la Corte Constitucional.

6.- Aprobación y ratificación de tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por lo *sui generis*, comento el caso del ordenamiento constitucional alemán, que otorga competencias al Tribunal Constitucional Federal para declarar la “pérdida” de determinados derechos, por quien realiza un ejercicio abusivo de los mismos. La ley fundamental de 1949 señala: “*Pierde los derechos fundamentales de libertad de opinión (Art 18, la libertad de prensa (Art.5), de reunión (Art. 8), de asociación (Art.9), el secreto de correo (Art 10), el de propiedad (Art 14). Quien para combatir el régimen fundamental de la libertad y democracia, abuse de los mismos. La pérdida y alcance de los mismos, serán dictados por la Corte Constitucional Federal*”.

CONTROL POLITICO DE LA CONSTITUCION:

El sistema político, original de Francia, encuentra su fundamento en la voluntad del pueblo como supremo legislador y, como contrapartida, la desconfianza hacia los jueces que la Revolución los reorganizó.



El pueblo como creador originario de la ley, no podía ser superado en ningún orden, ni siquiera en cuanto a la revisión de la Norma Suprema. En este sistema, el Parlamento que crea un “Consejo Constitucional” de control de constitucionalidad de las leyes”. Bajo el signo de la Revolución Francesa y de acuerdo con el pensamiento de las “leyes”. Bajo el signo de la Revolución Francesa y de acuerdo con el pensamiento de **ROUSSEAU**, la ley es la expresión de la voluntad general, y esa expresión de la voluntad general era sancionada por el parlamento, que es el órgano que representa la soberanía popular.

Francia es el país más identificado con el sistema no judicial, crearon el Consejo Constitucional como órgano de control sui generis, atípico dentro de los procedimientos de control o defensa de la Constitución que existe en la actualidad. A este órgano, la Constitución le reserva el derecho y el deber exclusivo y excluyente de determinar la inconstitucionalidad de la ley o de un acto de gobierno y la facultad derogar una ley o establecer mecanismos de corrección ante el acto inconstitucional.

Luego del establecimiento del *judicial review* en Estados Unidos de Norte América, Europa y especialmente Francia rechazaron dicho sistema, pues, los monarcas eran considerados tiranos al igual que los jueces; por ese motivo se le entregó al parlamento el control de la supremacía de la Constitución, ya que gozaba de representación popular⁹⁸.

En 1789 dominaba en Francia, la concepción racionalista, concepto desarrollado por **LOCK**, **MONTESQUIE** y **ROUSSEAU**. **MONTESQUIEU** asigna a los jueces simplemente, un valor de voceros de la ley, es decir, el juez no tiene poder particular de análisis, mucho menos podría declarar la inconstitucionalidad. Existía

⁹⁸ ALDEA CORREA, Henry. Código Procesal Constitucional. CORPORACIÓN GRÁFICA. LIMA-PERÚ. 2004. Pág. 44



verdadera preocupación por vincular al juez como un esclavo de la letra de ley.

Por su parte **ROUSSEAU**, tenía la convicción de que la justicia era corrupta y que por lo contrario, la voluntad general era infalible. Los criterios contrarios a la Función Judicial, se debía a que los criterios de ese entonces favorecerían al Parlamento y en consecuencia el poder y su control colocaban en manos de la legislatura.

De lo visto, nos lleva a la conclusión que como indica **MAURO CAPPELLETTI**⁹⁹ existen razones ideológicas, prácticas e históricas que explican la solución francesa al problema de la defensa de la Constitución en general y del control de constitucionalidad de la ley en particular.

- a) *Razones ideológicas* **MONTESQUIEU**, consideraba la división de los poderes como irreconciliable con la posibilidad de un Poder Judicial capaz de inaplicar la ley o de derogarla, en la medida que esta última se entendía como la expresión de la voluntad popular, articulada por medio del Parlamento. Existía una confianza sin límites en las bondades de la ley, y es la creencia acerca de la infalibilidad del Parlamento como expresión de la *volunté générale*.
- b) *Razones prácticas*.- La creación desde los inicios del constitucionalismo francés y su consecuente desarrollo histórico por más de siglo y medio, de un consejo de Estado orientado a la tutela de la legalidad, frente a los abusos del

⁹⁹ CAPPELLETTI Mauro. "Proceso, Ideologías, Sociedad". E.J.E.A. BUENOS AIRES- ARGENTINA. 1974. Págs. 368 a 394.



Poder Ejecutivo y no a la constitucionalidad frente a las probables arbitrariedades del parlamento.

- c) *Razones históricas*.- El extremado recelo frente a los jueces que durante el periodo de las monarquías absolutas convirtieron la justicia en simple ejecución de las órdenes dictadas por el Monarca.

Características del control político.- El Consejo Constitucional tiene varias atribuciones:

1. La fiscalización normativa, control *a priori* y *ex post facto*.
2. En materia electoral dispone la legalidad o ilegalidad de un proceso electivo o de una consulta popular- *referéndum*, *plebiscito*.
3. Aprobación de tratados y convenios internacionales, antes de su ratificación o aprobación.
4. Los fallos sobre la inconstitucionalidad que emite el Consejo, pueden ser de la anulación que se expide para evitar la promulgación normativa- *a priori*- por la evidente violación constitucional o por razones de oportunidad y conveniencia; o, por el rechazo; es decir, por la conformidad con los preceptos constitucionales.

Por la característica anotada, control previo, el sistema de control político y sus resoluciones son de carácter subjetivo¹⁰⁰ (a diferencia del jurisdiccional que es objetivo). Obliga esta condición a fundamentar la fiscalización constitucional, en razones que exceden el marco de lo jurídico propiamente dicho, porque se valoran otras cuestiones como la oportunidad o la conveniencia.

¹⁰⁰ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra. Cit. Pág. 67.



CONTROL MIXTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD:

De la “fusión” del cual resulta el neo constitucionalismo y del garantismo como su fin, ha posibilitado la unión de los dos sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad; el norteamericano o difuso y el europeo o concentrado, dan nacimiento al denominado *sistema mixto de control de constitucionalidad*; sistema que fue utilizado por el Ecuador en aplicación de la Constitución de 2008.

Sobre este sistema, al que denomina también híbrido¹⁰¹ de control de la constitucionalidad, se lo conceptualiza señalando en razón de la compatibilización procedimental de los sistemas: difuso y concentrado.

La armonización procede cuando se faculta a los jueces a expresar, en un caso concreto, la invalidez de una norma porque la considera inconstitucional (sistema estadounidense), tomando la decisión de suspender la tramitación de la causa; pero pone en conocimiento de la Corte Constitucional el expediente¹⁰²; para que sea el órgano *ad-hoc* el que en última instancia y de manera definitiva, se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de la norma (sistema austriaco); esta resolución tiene efectos *erga omnes*; es decir, la norma infra constitucional pierde total y absoluta eficacia; se la declara “*inexequible*”¹⁰³, siempre y cuando el pronunciamiento de la Corte Constitucional haga referencia a la compatibilidad de la disposición infra constitucional y una norma constitucional¹⁰⁴; o, de lo contrario,

¹⁰¹ SAGUES, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Tomo I. Pág. 173

¹⁰² Art. 428 Const. Ecu.

¹⁰³ Los efectos de la declaratoria de inexequebilidad se explica a través de la tesis derogatoria; que se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; no produce efectos de nulidad; sino de derogatoria de la norma causada, se fundamenta no en el principio de legislador negativo (KELSEN); sino en el concepto americano del judicial review.

¹⁰⁴ Art. 143 num, 1 LOGJCC.



la Corte Constitucional puede emitir un fallo de inaplicación de la norma interna en el caso concreto; es decir, con efectos *inter partes-ad litem*¹⁰⁵.

Debo aclarar que, el control en el Ecuador, en lo que a control difuso se refiere, el Juez no únicamente debe ejercitar el control de constitucionalidad; sino que está obligado también a ejercer el "*control de convencionalidad*"; rompiendo o mejor diría, ampliando el esquema del control estadounidense. El control de convencionalidad consiste en la obligación constitucional que tiene el Juez¹⁰⁶ de analizar si una norma infraconstitucional interna se ajusta, tiene compatibilidad, con las normas que se encuentran en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que legítimamente ha reconocido el Estado. Pero, no sólo se ha de observar la norma; sino que debe observarse obligatoriamente también, la jurisprudencia que se haya desarrollado en relación a las normas convencionales; por lo tanto, las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen fuentes de interpretación Constitucional, es decir constituyen parte sustancial en la formulación de la decisión del operador jurídico y son en consecuencia elementos de la *ratio decidendi*. Recordemos que las cláusulas convencionales tienen jerarquía constitucional e inclusive puede llegar a tener supremacía, es decir son supra constitucionales.¹⁰⁷ El procedimiento es igual al del control de constitucionalidad; es decir, el Juez en el caso concreto, es decir con efectos *inter partes*, debe suspender el trámite de un proceso si encuentra que una norma jurídica es contraria a una norma consagrada en una convención de derechos humanos; enviar el expediente a la Corte Constitucional para que se pronuncie en última

¹⁰⁵ *Ibidem*, num 2.

¹⁰⁶ Arts. 10; 11. 3; 424, 425 y 428 Const. Ecu.

¹⁰⁷ Art. Inc. 2do. Art. 424 y 428 Const. Ecu.



instancia y con efectos *erga omnes*, sobre la convencionalidad o no de una norma y declararla inexecutable por inconventionalidad o inválida en el caso concreto con efectos *ad ítem*.

De conformidad con lo expuesto, podría afirmarse, que estando en juego un derecho o una garantía contenida en los tratados o acuerdos legítimamente celebrados por un Estado en materia de Derechos Humanos, no debe regir el derecho interno; se debe aplicar de manera directa e inmediata la norma convencional; en consecuencia, el examen que debe realizar el operador jurídico, es el de convencionalidad; esto es, si ésta es o no contraria al tratado o al acuerdo internacional, y debe hacerlo como ya quedó explicado, del mismo modo y con el alcance que lo hace la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR.

Se podría decir que el Ecuador vive hoy un “panconstitucionalismo¹⁰⁸”; estamos inundados de Constitución; hecho que, de no ser bien cuidado, protegido, garantizado, devendría en populismo que desalentaría al pueblo, lesionaría a la democracia y estancaría el proceso de desarrollo del Estado.

Por mandato de los Art. 426 y 428 de la Constitución; todos los jueces son garantes de la constitucionalidad y la convencionalidad; y ejercen esta función de oficio o a petición de parte; pero, no tienen la competencia para declarar inexecutable una norma que considera es contraria a la Constitución o a un tratado o acuerdo internacional en derechos humanos; su competencia se reduce a “suspender a tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte

¹⁰⁸ SÁCHICA, Luis Carlos “La Corte Constitucional y su Jurisdicción”. TEMIS. 1993. Bogotá Colombia. Pág. 1.



Constitucional”); para que el órgano *ad-hoc* en el caso concreto y con efectos *inter partes*, en un plazo no mayor de cuarenta y cinco días resuelva la consulta.

Por lo anteriormente indicado, considero que en el Ecuador se ha instaurado un sistema orgánico y descentralizado de control constitucionalidad.

Características del Control Ecuatoriano:

1. Control de constitucionalidad y convencionalidad jurisdiccional descentralizado, con efectos *inter partes- ad litem*.
2. Control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad con un órgano *ad-hoc* con efectos *erga omnes*.
3. En esta posición hay control descentralizado como regla. Sin embargo existen procesos constitucionales que son atribuidos con exclusividad a la función jurisdiccional, estableciendo una desconcentración jurisdiccional en materia constitucional; *verbi gratia*, los jueces ordinarios conocen las acciones de protección, *habeas data*, *habeas corpus* y las medidas cautelares independientes; dejando con exclusividad al órgano concentrado *ad-hoc*, las acciones de inconstitucionalidad, extraordinaria de protección y de cumplimiento.¹⁰⁹
4. Control de constitucionalidad y convencionalidad sobre actos normativos de carácter general y actos normativos no parlamentarios.
5. Declaratoria *ex officio* de las normas conexas a aquellas declaradas inconstitucionales por la Corte.

¹⁰⁹ Art. 436. Const. Ecu. TÍTULO III. LOGJCC



6. Control de constitucionalidad y convencionalidad sobre omisiones normativas.
7. La interpretación constitucional y de los tratados internacionales de derechos humanos le corresponde a la Corte Constitucional; despojando de esta competencia al poder legislativo
8. Dentro del control de constitucionalidad, la Corte Constitucional debe realizar el estudio, revisión y selección de las resoluciones, que dentro de sus competencias hayan dictado los jueces ordinarios en procesos de garantías constitucionales y expedir las sentencias que se han de constituir en “precedentes” vinculantes.
9. Dirimir el conflicto de competencias entre las funciones de los órganos del Estado.
10. Declarar la omisión por inconstitucionalidad en la que se incurra por incumplimiento total o parcial de los mandatos, establecidos en la Carta Fundametal.

Podría decirse que el control jurisdiccional en el Ecuador, es extra poder; pues es independiente de todos los cinco poderes del Estado; es legislador negativo y a su vez es juez garantista de la supremacía de la dignidad humana.

En lo que comporta la demanda de inconstitucionalidad de una ley o acto administrativo; así como en el caso de inaplicación de una norma¹¹⁰, le caracteriza al sistema ecuatoriano, el principio de supremacía de las normas; no únicamente de la Constitución en la que se incluye su Preámbulo; sino, además, de los tratados y acuerdos internacionales¹¹¹, lo que se denomina "el bloque de

¹¹⁰ Art. 428. Const. Ecu.

¹¹¹ Art. 417 Const. Ecu.



constitucionalidad, en el que incluimos las resoluciones que desarrolle la Corte Interamericana de Derechos Humanos"

La expresión "Bloque de Constitucionalidad", según **GOZAINI**¹¹², proviene de las jurisprudencias de los tribunales constitucionales. Según este concepto y reconocimiento por parte de los estados de este conjunto sistemático de normas y resoluciones, obliga al operador de justicia a la confrontación de la norma interna con el bloque de constitucionalidad.

Este grupo de normas se constituyen en un conjunto normativo de desarrollo constitucional; especialmente protegido; sistema al que se encuentra subordinado las leyes infra constitucionales de un Estado.

En nuestro país, se acepta la existencia de un bloque de la constitucionalidad, incorporando al sistema normativo los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos¹¹³. Creo, que el bloque de la constitucionalidad, como normas supra constitucionales o como equivalentes de la Constitución, son útiles para ejercer el control de la constitucionalidad y convencionalidad; es decir, son norma de inmediata aplicación¹¹⁴ y los fallos que se han expedido en relación a este sistema normológico, son fuente de derecho; consecuentemente una herramienta para la interpretación de la Constitución y de las normas internas de un Estado.

¹¹² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra. Cit. Pág. 63

¹¹³ Arts. 424 y 425 Const. Ecu.

¹¹⁴ 417. Const. Ecu.

CAPÍTULO V

PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS



Los Principios constitucionales.- Como ya habíamos señalado, según **ALEXY** son "*mandatos de optimización*". La concepción del Maestro alemán nos conduce ineludiblemente a considerar a los "principios" como normas; es decir, reglas de comportamiento que se deben realizar en la mayor medida posible; pero, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes los principios están llamados a desarrollar al máximo los derechos por ello, son normas fundamentales. Como dice **RODALD DWORKIN** "*los principios están por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor*"¹¹⁵.

AARNIO rechaza que los principios puedan ser definidos como mandatos de optimización; sostiene el autor citado por **JUAN CIANCIARDO**¹¹⁶ que "*el principio conceptualmente no puede ser un mandato; pues, los mandatos son proposiciones normativas a cerca de los principios; y como tal es parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado 'más o menos'. O se optimiza o no se optimiza. El principio [jurídico], por su parte, se refiere a ciertos estados de cosas ideales que deben alcanzarse y el modo de alcanzarlos, el mandato de optimización, que dice algo acerca del uso de un principio: el contenido de un principio debe ser optimizado en el proceso de ponderación*".

Desde el punto de vista práctico al que nos invita **DWORKIN**, podemos decir que los principios son normas ambiguas, generales y abstractas. 1) Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes; no son reglas, son parámetros de compresión; desde la perspectiva de su creación, diremos que no tiene

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. Obra. Cit. Pág. 290

¹¹⁶ CIANCIARDO, Juan. "Una Introducción a los Principios Constitucionales" Editorial AD-HOC 2008. Buenos Aires - Argentina. Págs. 26 y 27.



un presupuesto de hecho; determina obligaciones y promueve varias soluciones, pues un mismo principio, en cada caso concreto, frente a un mismo derecho fundamental, puede tener un comportamiento diferente. 2) El principio es general en razón de que rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados; y por último, 3) Son abstractos, como atracción y como expulsión; como atracción, porque llama a varios elementos a que lo conformen y crear entre varios uno; y, es de expulsión, en virtud de que puede servir, iluminar la interpretación de cualquier norma jurídica y de cualquier situación fáctica, que carece de concreción. Recapitulado el tema de los principios, podemos ingresar al análisis de los Arts. 10 y 11 de la Carta Fundamental.

Criterios de distinción entre principios y reglas.- Según ALEXY¹¹⁷ la distinción entre principios y reglas constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es la clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel de los que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico¹¹⁸.

Constituye, además, un soporte sobre el que se asienta, en general¹¹⁹, la solución de todos los casos en los que se encuentren en conflicto los derechos fundamentales.

Dentro de las normas fundamentales es posible distinguir entre normas que son principio y normas que son reglas. Las unas no excluyen a las otras. La pregunta sobre qué es un principio y qué es un

¹¹⁷ ALEXY, Robert. Obra cit. Pág. 81.

¹¹⁸ CIANCIARDO, Juan. Obra cit. Pág. 8

¹¹⁹ Art. 3. 2 y 3 LOGJYCC



regla, sólo pueden ser respondidas cabalmente, una vez uno y otro han sido distinguidos. Los criterios que se han sugerido para ello son varios. Pero, quizá el mejor modo de entender el asunto consiste en partir de un ejemplo.

Transcribimos a continuación dos normas:

I.- Art. 66. 3.a) “Se reconoce y garantiza a las personas. 3) el derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

II.- Art. 76.4 “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 4) Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

Ambas normas tienen rango constitucional; la norma I es un principio, la II es una regla. Las diferencias estructurales y fuente de creación entre unas y otras no existen; pero tienen diferencias en cuanto a su deber ser; su fuerza deóntica, como señala **CIANCIARDO**¹²⁰ y en la solución de las antinomias.

Diferencia en cuanto a su fuerza deóntica.- Las normas citadas, tienen diferencias en su deber ser. En efecto, por su propia índole, la prescripción normativa **I** puede ser llevada a cabo en más o en menos, es decir, admite distintos niveles de cumplimiento o incumplimiento; lo que la norma manda es a que sea observada en la mayor medida posible, en otras palabras, que sea optimizada. La norma **II**, en cambio, ordena algo que no admite distintos niveles de cumplimiento. Puede ser observada o no; no hay puntos intermedios; o la prueba es válida o es inválida.

¹²⁰ CIANCIARDO, Juan. Obra cit. Pág. 20



Diferencia en cuanto a la solución de antinomias.- En cuanto a la diferencia entre reglas, hay que decidir la precedencia entre una y otra, y esa decisión conllevará a la anulación de la regla anterior. Una colisión entre reglas en efecto, sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción a través de la argumentación, o, se elimina el conflicto invalidando una de ellas.

Cuando la colisión es entre principios; no hay otra alternativa que dilucidar el conflicto a través del método de la ponderación. Y, cuando la colisión se da entre principios y reglas, el enfrentamiento se ha de solucionar a través del test de proporcionalidad¹²¹.

LOS TITULARES DE LOS DERECHOS.

El Art. 10 de la Constitución ecuatoriana señala que: "*Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.*

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución".

El concepto positivista sobre el derecho subjetivo se amplía; pues el positivismo tradicional señala que los derechos subjetivos son derechos de carácter personalismo en las relaciones horizontales; desde esta perspectiva, sólo el titular de un derecho tiene acción ante la justicia; el neoconstitucionalismo cambia esta realidad y provoca la evolución del derecho subjetivo hacia lo público, teniendo la misma lógica, salvo que la parte denunciada puede ser el Estado. Otra persona puede demandar en nombre de otra, con autorización expresa

¹²¹ Art. 3. 2 LOGJYCC



del titular¹²². La Constitución incorpora una doble dimensión a los derechos humanos: la individual y la colectiva.

El artículo que comentamos comienza señalando que las personas de forma individual o como parte de un colectivo, son titulares de derechos. La norma indica que las comunidades, nombre que la Constitución otorga a los grupos constituidos por personas relacionadas por su pertenencia natural o jurídica; unidas por lazos más profundos que los surgidos por el *appetitus societatis*; recordemos que la comunidad es el resultado de relaciones interpersonales de participación, sea por etnia, lengua, tradición; así podemos hablar de comunidades educativas, de raza; o de otra especie como los denominados GLBTT (gay, lesbiana, bisexual, travesti, transexual).

Constituyen derechos individuales los que se refieren a la persona de manera inherente e indisoluble, cuyo ejercicio sólo puede ser realizado por el individuo como un acto que se desprende de su fuero interno cuyas consecuencias son responsabilidad de la persona que lo ejecutó. El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, el derecho al sufragio, el derecho al nombre, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a tener una familia y no ser separado de ella, a enamorarse, son ejemplos de derechos individuales. El conjunto de los derechos establecidos en los tratados internacionales, conforman el bloque de constitucionalidad de los derechos que procuran la mejor calidad de vida de la persona.

Los derechos colectivos, de los pueblos, comunidades y nacionalidades son los que están consagrados a estos grupos humanos y se configuran a partir de la noción de sujeto colectivo. Son derechos

¹²² GIL DOMÍNGUEZ, Andrés “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos” EDIAR. Pág. 125 BUENOS AIRES-ARGENTINA. 2005.



que protegen el interés general. Los derechos colectivos se han constituido y desarrollan al ritmo de las concentraciones urbanas, la utilización de los recursos naturales y la manipulación de la ciencia y de las industrias. Estos factores están produciendo derechos y elementos contaminantes que afectan a la integridad física de la colectividad en general y la desvalorización del medio natural de la especie. El derecho al medio ambiente sano, el derecho a la paz, el derecho a la conservación de la integridad genética de la especie, el derecho a la armonía en las relaciones familiares, constituyen ejemplos de los derechos colectivos.

Como señala el Art. 11. 1 de la Carta Fundamental, los derechos colectivos no excluyen la titularidad del sujeto individual sobre esos derechos, ni la posibilidad de las personas para reivindicarlos. La característica de los derechos colectivos es que al exigir su cumplimiento, sea por una persona o por el grupo, se beneficia necesariamente toda la comunidad; "cuando un sujeto reivindica un derecho colectivo, actúa en su interés particular y también en el interés colectivo"¹²³.

PRINCIPIOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

La titularidad de los derechos consagra una doble dimensión: la individual y la colectiva, por lo tanto, como ya quedó explicado, el ejercicio de los derechos puede ser variado, dependiendo de las circunstancias como lo señala el Art. 11.1 de la Carta de Montecristi, una individual y otra colectiva; pues la Constitución señala que todos y cada uno de los derechos enunciados tienen doble dimensión, la

¹²³ GALVIS ORTÍZ, Ligia. "Comprensión de los Derechos Humanos" Pág. 65 4ta Edición. AURORA. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2008.



individual y la colectiva. **RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA**¹²⁴ nos pone el siguiente ejemplo: el derecho a la identidad, que podría ser reivindicada por un individuo a quien se le niega hacer constar su nacionalidad en su documento de identificación que podría ser considerado un derecho colectivo para demandar una ley en la que se establezca la obligación de la autoridad de hacer constar la nacionalidad de una persona; es decir, el legitimado activo bien puede hacer valer el derecho subjetivo o el derecho colectivo.

Legitimidad activa.- Los derechos se reivindican cuando son violados; y la legitimidad para la exigibilidad es al igual que la titularidad de los derechos, en doble dimensión: individual y colectiva; así lo señalan los Art. 11. 1 y 86. 1 de la Constitución bajo el principio *actio popularis*, en efecto, cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, podrán ejercer las acciones previstas en la Constitución.

Igualdad y prohibición de discriminación.- El Art. 11.2 de la Constitución tiene integrados tres principios relacionados al derecho a la igualdad: 1.- La igualdad formal, 2.-La igualdad material, 3.- la prohibición de discriminación.

La igualdad formal significa la igualdad ante el sistema jurídico y no sólo ante la ley¹²⁵, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. La igualdad ante la ley fue desarrollada por los teóricos liberales, que impulsaron la noción como uno de los pilares del sistema democrático. El concepto se funda en la existencia de un

¹²⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. En Obra conjunta “Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano” Fundación Regional de Asesoría en derechos humanos-INREDH. 2009-QUITO-ECUADOR. Pág.32.

¹²⁵ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Ibidem*.



elemento trascendente que la hace posible: el sistema jurídico. Por lo tanto, se accede a la igualdad por la majestad del sistema jurídico.

La igualdad material, se introduce en un análisis de convivencia bajo el desarrollo de sentimientos de solidaridad; y desde este punto de vista, hay que procurar la igualdad entre los desiguales; es decir, se procura la existencia de otro como interlocutor válido del ser humano, porque en él reconoce la igualdad que percibe en su propio ser. La igualdad material mantiene una relación íntima con la democracia, por lo que podríamos decir, no hay igualdad sin democracia, ni democracia sin igualdad.

Existen teóricos como **NORBERTO BOBBIO** que niegan la existencia de la igualdad; lo que existe es la oportunidad, y en ese contexto sólo se puede hablar de igualdad de oportunidades para todos en el ámbito de la democracia.

Prohibición de discriminación significa una actuación dirigida a establecer un trato diferencial a favor de las personas o colectivos menos protegidos; suprimiendo injusticias que menoscaban derechos por causas de raza, sexo, orientación sexual, color, idioma, religión, opinión, territorio, posición económica. Por mandato de la Constitución todas las personas deben ser tratadas igual, recibir la misma protección y el mismo servicio por parte de las autoridades, gozando de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna. El Estado tiene la obligación de adoptar acciones afirmativas a favor de los grupos discriminados; es decir, el Estado, sus órganos que son la expresión de la potestad pública, deben tomar medidas para hacer la igualdad material a favor de los grupos marginados o discriminados, con el fin de remediar su injusta situación de inferioridad; en consecuencia, las acciones afirmativas abarcan beneficios especiales, regímenes privilegiados, exenciones,



ventajas que al generar desigualdades en los mecanismos, provoquen igualdad en los resultados.

Aplicación directa e inmediata de derechos y garantías.-

Art. 11. 3. Const. Ecu.-DANIEL MENDONCA¹²⁶ toma de **THOMAS PAINE** un criterio apropiado para justificar el porqué las normas que trae la Constitución son directa e inmediatamente aplicables; así señala: "Una Constitución no es cosa que exista sólo de nombre, sino de hecho. No tiene una existencia ideal, sino real; y dondequiera que no pueda presentarse en forma visible, no existe".

Cualquier norma jurídica, primero debe ser válida, es decir que haya sido expedida por autoridad competente, siguiendo las reglas de producción y que no se contradiga con los principios constitucionales; y en segundo término, debe ser eficaz, es decir, aplicada.

La teoría tradicional del Derecho Constitucional dividía a las normas constitucionales en operativas o autoaplicativas y en programáticas. Las primeras, las operativas se aplicaban directamente desde la Constitución, no requieren de normas infraconstitucionales para ser eficaces; el juez hace un proceso de subsunción a la aplicación; en cambio, las normas programáticas no se aplican directamente desde la Constitución; para que ellas puedan ser eficaces, requieren de un desarrollo normativo infraconstitucional.

Para la Constitución ecuatoriana es irrelevante la categorización de las normas de la Carta Fundamental, pues las considera a todas operativas, son autoaplicativas; esto implica que todos estamos sometidos a la Constitución y no a la Ley. La norma

¹²⁶ MENDONCA, Daniel. "Análisis Constitucional una Introducción. Cómo hacer cosas en la Constitución" segunda edición UNIVERSIDAD DE ROSARIO. BOGOTÁ-COLOMBIA. 2008. PÁG. 24



Constitucional ha de ser eficaz a través de los principios que se han de aplicar en cada caso concreto.

Por otro lado, la norma constitucional no sólo obliga en su aplicación a los operadores de justicia; obliga y es autoaplicativa para todos los ciudadanos del Estado; manda a que todos los que están en situación de poder realicen ejercicios de control de constitucionalidad y convencionalidad. Con lo dicho, no cabe la menor duda que estamos frente a la aplicación de principios; y para solucionar los conflictos entre principios, **ALEXY**¹²⁷ propone la teoría de la posición jurídica; según ésta, las personas tienen derecho a considerar que están siendo violados sus derechos, sólo podrán encontrar satisfacción por parte del Estado cuando tienen razones válidas y suficientes para ello. Esto nos remite al problema de la argumentación jurídica y de la ponderación para encontrar la justificación, en caso de que la norma no surta efecto en el caso concreto.

Otro efecto de la directa aplicación es que no se requiere de intermediación alguna para que pueda invocarse el cumplimiento de una norma Constitucional o convencional; con ello, se han liquidado los pretextos de falta de ley o reglamento en el que se escudaban los funcionarios (burocracia) estatales para negar los derechos.

Ahora, la norma constitucional que revisamos, dice: que los derechos y las garantías son directa e inmediatamente aplicables; bueno, nos parece lógico y adecuado que, si los derechos son autoaplicativos, las garantías de igual forma deber operativas; pues son las herramientas de la efectividad y protección de los derechos. No hay derecho sin su garantía que la proteja y, si se ha lesionado el derecho que sea reparado por la acción de una garantía.

¹²⁷ ALEXY, Robert. Obra. Cit. Pág. 68. “El art. 3.3. de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional toma textualmente el método de solución de conflictos de derechos-ponderación-de Alexy.



Todo derecho es justiciable.- Art. 11.3. Const. Ecu.- Siempre el perfil democrático de los derechos fue colectivo, pero el "deber ser", que es el sujeto que ejerce, respeta, reivindica y defiende los derechos es individual; inclusive, creo que la acción del individuo siempre fue personal y no colectiva en cuanto al ejercicio del derecho; así, ejercía el derecho al sufragio más por obligación que por su propio interés, sin que le importe el interés colectivo o el de la Patria.

La dinámica social, que se mueve con la suma de intereses individuales, creó intereses colectivos que entraron en conflicto con los intereses individuales; y la divergencia en el derecho se aplacó con la fuerza o con legislaciones que se dirigían a satisfacer los intereses individuales y no los grupales. Construir el modelo de sociedad que deseamos, desde la reflexión filosófica quiere decir *"consolidar un corpus institucional, en el cual el individuo, la sociedad y el Estado sean interlocutores legítimos en la gestión pública, en la solución de los conflictos y en la búsqueda de una mejor calidad de vida de todos los miembros de la sociedad; modelo que sea capaz de transformar las divergencias de hoy, en un movimiento convergente en la triple dimensión de los derechos humanos"*¹²⁸ "

La norma que analizamos, pasa de la dimensión individualista a la dimensión social y política; integrando así las tres dimensiones de los derechos humanos: la individual, la social y la política. En términos muy concretos diría que; la dimensión individual mira a los derechos humanos como el yo íntimo, es una conciencia normada por sus propias determinaciones y las que recibe de sus relaciones interpersonales. La dimensión social, por su parte, tiene como característica el reconocimiento del otro como semejante, es decir como ser humano con los mismos atributos fundamentales que el yo y regido por los mismos principios que regulan la conducta individual.

¹²⁸ GALVIS ORTÍZ, Ligia. Obra. Cit. Pág. 54.



Y la dimensión política, de su lado, proyecta la mirada a lo universal; todas las facultades del yo y de lo colectivo se trasladan hacia lo universal.

La justiciabilidad de los derechos, pasó de lo individual a lo colectivo, y desde ahí ahora a lo universal. Este cambio de paradigma; hace que, las acciones negativas del Estado, es decir la abstención del Estado para satisfacer derechos que los consideraba prestacionales o progresivos (entre los que están los derechos económicos, sociales y culturales) sean eliminados; obligando al Estado a tomar acciones positivas para hacer posible todos los derechos.

Prohibición de restricción normativa.- Art. 11.4. Const. Ecu.- El principio de restricción normativa está vinculado de manera directa con los principios: 1.- de supremacía de la Constitución; 2.- principio pro nomine, 3.- el principio de progresividad y 3.- el principio de no regresividad.

1.- La Constitución reconoce, en los derechos y las garantías un núcleo intangible, un mínimo que no puede ser disminuido. Por lo tanto, lesionar el núcleo, irrespetar el mínimo a través de una norma de cualquier jerarquía; significa que la Constitución está siendo irrespetada y que, por tanto, esa norma deviene en ilegítima, consecuentemente, inaplicable e inválida. La prohibición de restricción no significa que no se pueda legislar; si se puede, lo que no se debe es menoscabar el núcleo esencial del derecho; pero, si la idea es no ir hacia atrás en el desarrollo de los derechos significa, por lo tanto, que la legislación secundaria, infraconstitucional sí puede y sí debe ampliar, desarrollar los derechos para procurar una mejor comprensión de los mismos y una mayor cobertura de las garantías; y por esta razón, la norma constitucional señala que se ha de aplicar en



caso de anotomías la norma y la interpretación que más favorezca a los derechos y a la cobertura de las garantías¹²⁹.

2.- El principio *pro homine* nos indica la real posibilidad de solucionar antinomias que se han de encontrar en el sistema jurídico. Si existe una norma constitucional que restringe un derecho y se enfrenta, colisiona con una norma infraconstitucional que es más amplia que la Norma Suprema, se aplica la norma infraconstitucional. En la práctica, se debe resolver las colisiones normativas con la aplicación del principio *pro homine*, es decir, cuando una norma es sospechosa de restringir derechos, no debe ser aplicada, es una norma inválida.

3.- El principio de progresividad es decir, la Constitución sólo establece un principio, un punto de partida que debe ser desarrollado, expandido en todo sentido; si alcanza ámbito de protección, número de personas que han de hacer efectivo, autoridades que han de aplicar.

4.- El principio de no regresividad; necesariamente vinculado al principio de progresividad, establece la prohibición de restricción de un derecho; cuando un derecho ha logrado un alcance; éste no puede retroceder, no puede disminuir, el derecho adquirido se convierte en su salvaguardia y una garantía en su escudo protector.

Este principio empata con la caracterización que hace la Constitución en el Art. 11.8, cuando señala: "Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos".

¹²⁹ Art. 11.5 Const. Ecu.



Aplicación más favorable.- Art. 11.5 Const. Ecu.- La norma presupone que se pueden presentar dos hechos: 1.- la existencia de dos normas aplicables para una misma situación o caso; y, 2.- que se puedan dar dos interpretaciones posibles para una misma norma. En cualquiera de los dos hechos, hay que aplicar aquella norma e interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de los derechos o la efectividad de una garantía.

Entre dos normas, se ha de aplicar la que de mayores beneficios a la persona o la que esté más alejada de afectar el núcleo intangible o de lesionar el mínimo del derecho; aplicar la que brinda un mayor ejercicio de los derechos.

Entre varias interpretaciones, la mejor. Todo derecho es interpretable; pues este fenómeno se presenta porque las normas se expresan a través de palabras y las palabras pueden tener varios significados; porque el conjunto de palabras hacen un texto y el texto puede ser ambiguo o puede tener vaguedad; pero, en concreto, se interpreta para encontrar una finalidad, dirigir, valorar con mayor o menor precisión y rectitud una conducta humana o el alcance de un derecho en relación a la justicia¹³⁰. Ejemplo de lo dicho constituyen la aplicación de los principios *pro reo*, *pro operario*, *pro libertatis*, *pro homine*.

Características esenciales de los derechos.- Art. 11. 6 Const. Ecu.- La Carta Fundamental caracteriza a los derechos por ser: inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

¹³⁰ VIGO, Rodolfo L. "Interpretación Jurídica". RUBINZAL-CULZONI. BUENOS AIRES-ARGENTINA. 2006. Pág. 87



Inalienables: Desde un punto de vista etimológico la palabra es de origen latino, se construye a partir de la partícula negativa “in” y del adjetivo latino “alinius” que significa, ajeno, de ahí su acepción de que lo inalienable es lo que no se puede enajenar. Este es el sentido que jurídicamente se la ha dado a la expresión inalienable.

Si lo terminológico lo aplicamos al campo de los derechos humanos, debemos calificar a éstos como derechos que no pueden ser enajenados. De otro lado, la palabra enajenar, en sentido estricto, significa: pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún derecho sobre ella; pero en una comprensión algo más amplia, enajenar es sinónimo de disponer; o sea, de ejercer sobre un bien las facultades propias del dominio que generalmente se concretan en, actos de disposición. Por consiguiente, una cosa será inalienable cuando su propietario no está autorizado a realizar sobre ella actos de disposición y, en consecuencia, serán inalienables aquellos derechos sobre los cuales su titular no puede disponer.

De acuerdo con lo señalado, cabría definir la inalienabilidad, en relación con los derechos humanos, como aquella calidad distintiva que impide a sus titulares realizar sobre ellos ningún tipo de actos de disposición física o jurídica, parcial o total, temporal o definitiva, que haga imposible su futuro y pleno ejercicio y disfrute.

Pero, nos preguntamos; si los particulares están impedidos de disponer de sus derechos; el Estado, sus órganos podrán privar de derechos? La respuesta es categóricamente no; el principio de inalienabilidad se extiende a que los derechos no pueden ser ocupados, conculcados, confiscados por el Estado o sus órganos; todo lo contrario, el deber más alto que tiene un Estado legítimo es el de proteger los derechos humanos.



Irrenunciables: Ninguna persona, bajo ninguna circunstancia, puede renunciar a sus derechos; este principio está ínsito en la inalienabilidad; por lo tanto es una perogrullada el que se indique que los derechos son inalienables; ésto como ha quedado ya dicho conlleva el impedimento a renunciar los derechos; en consecuencia que se diga también que los derechos son irrenunciables es llover sobre mojado, una perogrullada.

Indivisibles: Es un principio rector de los derechos humanos, se aplican para todas las personas, por el simple hecho de serlo; es decir se aplican a todos, sin consideración alguna por cuestiones de raza, color, sexo, idioma, religión, territorio; en consecuencia, los derechos son integrales y no puede sacrificarse un derecho a costa de otro; las personas al mismo tiempo están ejerciendo varios derechos; así, vivir, libertad de movilidad, de pensamiento, expresión, información, etc., etc.

Interdependencia: Los derechos humanos son interdependientes, todos ellos son atribuibles a una misma persona y se establecen en función al respeto debido al ser humano en virtud de su esencia y como el conjunto de condiciones mínimas para garantizar su existencia y la continuidad de la especie. No hay por lo tanto jerarquía en el reconocimiento de los derechos humanos, ni derechos dignos de mejor tratamiento que otros. Todos ellos son fundamento de la existencia y son necesarios para mantener la calidad de vida de todos los seres humanos. La interdependencia garantiza el tratamiento horizontal de todos los derechos; este principio está recordando a los Estados de abordar su tratamiento de manera integral y crear las condiciones para la vigencia de todos los derechos, haciendo énfasis en su interdependencia.



Si el ser humano no es divisible, sus derechos tampoco lo son; este principio es una garantía que tiene el ser humano para que se procure por parte de toda autoridad pública a no menoscabar un derecho, puesto que, al lesionar un derecho de facto, se lesionan los demás; un derecho sobrevive gracias a los otros; ninguno está suelto.

Todos los derechos están interrelacionados. El objeto de la vigencia de los derechos humanos es el respeto a la vida y a la calidad de vida de todos los seres humanos. Por esta razón, las acciones encaminadas a alcanzar su vigencia, deben manejarse con el criterio de interrelación que existe entre el derecho a la vida y la garantía de las condiciones económicas, sociales, culturales, y ambientales, para asegurar la calidad de vida que merecen todos los seres humanos.

Igual jerarquía: La interdependencia lleva implícita la igual jerarquía de los derechos; pero el constituyente ha querido poner énfasis en este principio, sin escatimar en cometer otra perogrullada. Como ya indicamos, ningún derecho está sobre otros; entre derechos rige el principio de horizontalidad, interdependencia e interrelación.

Las fuentes de los derechos.- Art. 11.7 Const. Ecu.- La fuente de los derechos son tres: 1.- La Constitución; 2.- Instrumentos internacionales de derechos humanos; y 3.- Los derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

1.- La Constitución: No cabe duda que con la sola palabra Constitución hacemos relación a derechos fundamentales, separación de poderes; en definitiva a cargas de significado político, evocaciones de libertad, democracia, garantía de derechos. La Constitución contiene valores, principios y reglas; pero, en su conjunto forman la



norma constitucional, incluyendo el Preámbulo, tienen fuerza obligatoria.

La Constitución y la interpretación que de ella haga la Corte Constitucional son fuentes de derecho; así con claridad lo señalan los arts. 426, 427 y 436 núm. 1 de la Norma Suprema.

2.- Los instrumentos internacionales: Los instrumentos internacionales son de dos clases; los tratados y el *soft law*- derecho suave.

Los tratados, convenios, pactos, protocolos, que tienen igual naturaleza jurídica, son instrumentos que requieren un trámite de aprobación; en tratándose de derechos humanos; exclusivamente parlamentario en el caso ecuatoriano¹³¹.

La norma constitucional da prevalencia a los derechos humanos¹³² a los que ha de proteger inclusive en los estados denominados de emergencia y otorga primacía a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Según la Convención de Viena - Art. 26- los principios del derecho internacional obligan a los Estados a respetar los tratados que los vinculan y, sobre todo, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, so pena de comprometerse eventualmente al juez internacional, con respecto a los Estados hacia los cuales están obligados.

En síntesis, tanto las constituciones como el derecho internacional, reconocen la supremacía de los tratados en materia de derechos humanos; que son directa e inmediatamente aplicables por los Estados; por lo tanto, si una norma interna contraviene los tratados internacionales en materia de derechos humanos no es válida, no

¹³¹ Art. 419. Num. 4. Const. Ecu.

¹³² Arts. 1; 11.3 y 5 y 417 Const. Ecu.



puede ser eficaz. Entendemos lo dicho como la implementación “conditio sine qua non” del efectivo cumplimiento; es decir, de la puesta en práctica de medidas nacionales de distinta naturaleza, destinadas a que las normas internacionales tengan plena vigencia en el Derecho Interno¹³³.

El *soft law* no es un tratado; son actas declarativas que suscriben los Estados; que lo hacen bajo el imperio del principio soberano; consecuentemente lleva implícita la voluntad del pueblo soberano; por lo tanto, desde mi punto de vista, son hacia el interior del Estado vinculantes, solo si esta declaración, resolución, compromiso, contiene una ampliación a los derechos humanos; más cuando, el Art. 11. 3 y 5 los está reconociendo y protegiendo con una garantía; esto es, aplicar el principio del *effet utile*.

3.- Dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades: En el sistema jurídico actual, el derecho y la garantía de la dignidad humana ocupa una posición de norma fundamental - derecho- y norma básica que instrumentaliza el ordenamiento jurídico-garantía-. De este modo, en cuanto al principio constitucional, no es sólo "medida para todos los preceptos particulares sobre derechos fundamentales y su interpretación¹³⁴ "; al mismo tiempo, como norma fundamental para el conjunto del ordenamiento jurídico, de ella se desprende que, bajo el nuevo ordenamiento, la vida en su conjunto, debe estar bajo el signo de la dignidad de la persona, todas las normas jurídicas, en su promulgación e interpretación, deben armonizarse con el principio de la dignidad de la persona; esto significa; que el Estado

¹³³ SALOMÓN, Elizabeth. “El derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho Interno de los Estados” PALESTRA-LIMA-PERÚ. 2007. Pág. 30

¹³⁴ MAIHOFER, Werner. “Estado del Derecho y Dignidad Humana”. IB de F. BUENOS AIRES-ARGENTINA. 2008. Pág.3



tiene como prioridad la persona y su dignidad; en consecuencia, no puede existir norma infra constitucional o acto de cualquier autoridad que atente contra la dignidad de la persona.

Hablar de la dignidad de la persona es expresar todo, es un principio muy amplio, es una "cláusula abierta", como bien lo señala la norma que analizamos cuando dice "...que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. "; expresión que abre la puerta para que derechos no reconocidos en la Constitución o en los instrumentos internacionales a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, puedan ser justiciables.

Coincido con **RAMIRO AVILA** cuando señala "*La referencia a la dignidad humana, sin duda, nos ofrece parámetros más objetivos para la determinación de los derechos*¹³⁵". Se evita que la legislación o acto pueda lesionar el principio de no discriminación; de ahí la necesidad de una cláusula abierta en beneficio de la especie humana y como herramienta de protección contra los males o amenazas no identificadas.

Principio de progresividad normativa.- Art. 11.8 Const. Ecu.- Si el núcleo de todos los derechos es la dignidad de la persona; en consecuencia, no hay derecho acabado, concluido, todos los derechos son progresivos. A más de que los derechos son una realización histórica, que cambia, se transforma, por lo tanto, se perfecciona. En conclusión, no hay derecho acabado, hay derechos en permanente progresividad.

El avance, el desarrollo de los derechos debe ser recogido por la legislación y la jurisprudencia, en procura de garantizar el

¹³⁵ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Obra. Cit. Pág.49.



mayor nivel de dignidad de la persona. Todos los derechos son de aplicación inmediata; y todos los derechos son progresivos.

Principio de no regresividad.- Art. 11. 8, inc 2do. Const. Ecu.- Un complemento necesario, una salvaguardia del principio de progresividad es la prohibición de regresividad, que impide desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el ejercicio de los derechos. En consecuencia será inconstitucional cualquier acción u omisión de contenga carácter regresivo, que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el goce de los derechos.

En cuanto a las políticas públicas; el principio de no regresividad impide que las inversiones que el Estado realiza en salud, educación y los presupuestos establecidos para su desarrollo, no puedan ser disminuidos; pues, eso significaría atentar contra la cobertura de los servicios. El principio de no regresividad garantiza la continuidad en las políticas públicas.

El más alto deber del Estado.- Art. 11. 9 Const. Ecu.- El más alto deber del Estado, consiste en respetar y hacer respetar los derechos.

El Estado tradicionalmente ha indicado que su deber es el de respetar y cumplir la voluntad soberana; el Estado de Derecho promovía el deber de cumplir la ley; el Estado Constitucional por su parte, manifiesta que el deber del Estado es el de respetar, promover y hacer respetar los derechos fundamentales. Los otros fines son secundarios; primero son los derechos, entendiendo que la soberanía y su defensa, son necesarios, sí, pero se ha de preocupar de esa tarea el Estado secundariamente; siempre ha de anteponer en la prestación de un servicio, de una política pública a los derechos.



Con la expresión respetar los derechos, la constitución establece un mandato, el de que se abstenga el estado frente a manifestaciones positivas del ejercicio de los derechos; mientras que, con la expresión "hacer respetar", significa en cambio promover acciones positivas, evitar que terceros por acción u omisión provoquen violaciones a los derechos; para ello, el Estado ha de garantizar un acceso a la justicia imparcial, independiente y eficiente; por lo tanto, se establece la obligación del Juez de especificar las acciones positivas o negativas que ha de emprender el órgano público para satisfacer un derecho¹³⁶. El Estado está obligado a generar las condiciones de protección integral a sus habitantes, a lo largo de sus vidas¹³⁷.

La responsabilidad objetiva es propia de los derechos humanos; ello, en oposición a los derechos civiles cuya reparación es subjetiva. En la responsabilidad objetiva, cuando existe un daño al derecho por negligencia, imprudencia o culpa, responde el Estado; en el subjetivo responde la persona posterior a que se demuestre que existe culpa o dolo.

La responsabilidad objetiva se extiende hacia los delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de la potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos.

Aún cuando no aparezca expresamente la responsabilidad objetiva, se debe proceder a la reparación, pues no cabe la aplicación del derecho privado en la institucionalidad de los derechos fundamentales.

Ahora, si bien el Estado responde por la responsabilidad objetiva, lo hace prescindiendo de la identificación y del grado de responsabilidad del servidor público; pero en ese momento, cuando se

¹³⁶ Art. 86.3. Const. Ecu.

¹³⁷ Art. 341. Const. Ecu.



ha sancionado al Estado por la violación de un derecho y éste repara el daño de manera objetiva; nace el derecho del Estado a repetir; es decir, nace la obligación de investigar y sancionar al funcionario del Estado que provocaron la violación de derechos, de tal forma que la responsabilidad se individualiza y el funcionario es conminado a pagar lo que el Estado hizo en su nombre.

La víctima de una violación de un derecho fundamental reclama al Estado y no al servidor, pero cuando el Estado es condenado, tiene la obligación de reclamar al funcionario.

En el derecho internacional de los derechos humanos, cuando un Estado es sancionado de manera expresa, se determina en la sentencia que debe investigar y sancionar a quienes provocaron la violación y la subsiguiente responsabilidad del Estado.

Al concluir, debo dejar claro que, la Constitución imprime con firmeza en la obligación del Estado en la calidad de la administración de justicia; en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la tutela judicial es el derecho ciudadano a la efectiva protección de sus derechos. Si un ciudadano ha recibido una violación a sus derechos el estado tiene la obligación de ofrecer un recurso sencillo, rápido y eficaz; pero si el Estado es el que causa el daño por una mala calidad en la administración de justicia, es el Estado el llamado a reparar objetivamente al ciudadano por el derecho lesionado.

La Constitución señala que el Estado es responsable por la detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, violación de principios y reglas del debido proceso, revocación de sentencia condenatoria; en definitiva, por la violación a la tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO VI

DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL



LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE JURISDICCIÓN.

Ubicación del tema.- El proceso cumple una función de servicio. Es cierto que tiene principios y presupuestos que lo especifican en la teoría general, pero ellos no pueden ser estáticos, inamovibles, porque precisamente su vida se desarrolla en la transformación social; caso contrario, en proceso estático no puede cumplir con la función garantista a la que está llamado.

Tradicionalmente se acepta que el proceso es la herramienta que permite la actuación del derecho. En la actualidad se pueden señalar otras funciones.

El proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el Derecho Constitucional Procesal y el Derecho Procesal Constitucional, porque es la auténtica entrada a la protección de los derechos a través de las garantías. Desde este punto de vista, **GOZAÍNI**¹³⁸ⁿ, manifiesta que es la única garantía.

El proceso, es un medio que utiliza la garantía para hacer efectivos los derechos invocados y requeridos por el hombre. La garantía, es el combustible que pone en funcionamiento a la jurisdicción; por lo tanto, el proceso resulta una garantía, pues es un instrumento anterior al conflicto¹³⁹ y una vía de acción específica, cuando se producen las amenazas o violaciones a los derechos fundamentales.

La acción como garantía constitucional.- Las garantías constitucionales, en todo proceso comienzan a operar con el primer

¹³⁸ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra. Cit. Pág. 106

¹³⁹ El derecho es anterior a la justicia; el proceso es un medio que utiliza el derecho para invocar a la justicia su comparecencia en un conflicto.



movimiento que inicia la actividad judicial, en este sentido, la acción es el reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe según el derecho reclamado en contra del adversario.

El acto de pedir informa, al mismo tiempo, una manifestación típica del derecho constitucional de petición y acceso libre a la justicia. Para obrar así, basta con presentar la demanda, se tenga o no razón, o respaldo normativo alguno; el Estado garantiza el libre acceso.

Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no sólo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sin toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado; aparece entonces el derecho subjetivo público que dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Sería ésto, ni más ni menos, que el deber estatal de garantizar ese derecho a la jurisdicción. En este aspecto, el derecho constitucional procesal es la garantía de acceso a la justicia; por lo que podríamos decir que no hay acción sin jurisdicción, ni juicio sin acción.

De esta perspectiva, resulta muy interesante observar que la acción es un tema de naturaleza estrictamente procesal-constitucional. No puede elaborarse sobre ella una teoría que abandone alguna de estas facetas. Tanto interesa su función como derecho fundamental, como lo es su medida para la eficacia de los presupuestos que todo proceso exige desde el comienzo por ejemplo, legitimación, representación.

Es necesario dejar claro que, la acción, como impulso de la garantía fundamental para acceder a la justicia, motivar a la jurisdicción, no reconoce una categoría de derechos "o intereses a



tutelar, no hace diferencia entre los derechos, todos son protegidos por igual y con la misma intensidad.

Sostengo que el hilo conductor al debido proceso es el acceso a la justicia, pues es parte del derecho de toda persona a ser oído en un proceso justo, imparcial e independiente. Es una garantía judicial y un derecho individual de rango constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones; sin embargo, no todos pueden ingresar, es necesario tener la llave, un presupuesto formal de admisión, que no significan cerrojos, es decir elementos rituales complicados de cumplirlos. La llave es tener un derecho que se encuentre atentado o lesionado, un motivo en derecho *-fumus boni iuris-* que deba ser ventilado en la jurisdicción; en definitiva tener justificación legitimare que significa tener la titularidad de un derecho o la capacidad para realizar un acto determinado.

La acción, desde la visión procesal, es presentar un reclamo a la autoridad jurisdiccional para que actúe consecuentemente, contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlos a las reglas del proceso judicial.

Este acto de pedir, es hacer efectivo el derecho de petición, cuya decisión es el resultado de ponderar entre la posibilidad de solucionar pacíficamente el conflicto o llevarlo al litigio; y para ello, se tenga o no la razón, se hace necesaria la acción que motiva el derecho de una tutela judicial efectiva.

La acción como derecho a la tutela judicial efectiva.- hemos indicado que, la acción es un derecho fundamental que le sirve al ciudadano para acceder a la justicia, estableciéndose una conexión con el proceso a través de la demanda; es decir las pretensiones del que accede a la jurisdicción en búsqueda de justicia.



Entablada la litis ingresamos en el proceso, donde debe afirmarse la condición de garantía a través de los básicos inmodificables¹⁴⁰ que consolidan la noción de "debido proceso" constitucional.

La defensa judicial efectiva exige que las partes del proceso debatan en posiciones y condiciones de igualdad, tengan idénticas posibilidades de alegación y prueba, y que la sentencia que resuelva el conflicto suscitado, sea suficiente y pertinentemente motivado.

Hemos dicho y así lo hemos ubicado, que el derecho a la protección judicial se encuentra dentro del derecho a la jurisdicción, y que tiene los siguientes elementos: a) derecho a un juez predeterminado, derecho al juez natural¹⁴¹, b) proceso ágil y sin dilaciones innecesarias¹⁴², c) derecho a las instancias procesales¹⁴³, d) efectivo control de legitimidad del proceso¹⁴⁴, e) prueba legal, oportuna y oportunamente actuada¹⁴⁵; y, f) sentencia fundamentada y pertinente en derecho¹⁴⁶.

Con lo anotado, dejamos claro que, el debido proceso no comprende el acceso a la justicia, comprende, el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso y durante el proceso.

El derecho a la jurisdicción.- ha quedado claro que si es una garantía el derecho de acceder a las instancias judiciales; así como también los pasos que continúan (procedimiento) el desarrollo

¹⁴⁰ Esta es la denominación que nos trae el Inciso Primero del Artículo 76 de la Constitución Ecuatoriana que dice: "*En todo proceso en el que se determina derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes básicas:*" (lo subrayado es nuestro)

¹⁴¹ Arts. 75 y 76, lit. k) Const. Ecu. "El derecho al Juez Natural es parte del derecho de tutela efectiva".

¹⁴² Arts. 86 Const. Ecu.

¹⁴³ Arts. 76.7. lit. k) y 86 Const. Ecu.

¹⁴⁴ Art. 76.1. Const. Ecu.

¹⁴⁵ Art. 76.4. Const. Ecu.

¹⁴⁶ ART. 76.7 LIT. l). Const. Ecu.



(procedimiento justo). Este tema, nuestra constitución lo consagra como el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁴⁷, que garantiza que, ninguna persona pueda quedar en indefensión.

El acceso a la justicia es un derecho, es libre, pero no es discrecional, es reglado (debido proceso), condicionado por la ley al cumplimiento de requisitos necesarios que deben cumplir las partes; precautelando la igualdad entre los litigantes.

Para el derecho procesal constitucional, el derecho a la jurisdicción supone privilegiar la actuación del juez en cualquiera de las actividades esenciales que dinamizan su obrar, es decir que, dadas las características que tiene el proceso constitucional, no es posible pensar que se obstruya su intervención sobre la base de normas técnicas o que precisen procedimientos tradicionales (ritualidades) del proceso común ordinario.

Lo comentado hasta ahora hace relación a un "debido proceso", es decir, sustanciar (tramitar) en base a un procedimiento que, en la lucha por obtener el reconocimiento de los derechos, le permita a las partes debatir sin resultar sorprendidas por actos de autoridad que vulneren la posibilidad de llegar a una sentencia justa, motivada pertinentemente sobre el fondo del problema. Es decir, el

Estado tiene la obligación de impedir cualquier obstáculo, al acceso de una justicia debida.

Garantías de la jurisdicción.- Inicio estas líneas indicando que para ser juez, es necesario tener cualidades y condiciones especiales en su personalidad; además, es indispensable partir de la legitimidad del juzgador que ha de nacer de la Constitución y la ley.

¹⁴⁷ Art. 75. Const. Ecu.



Tácticamente, el acceso a la jurisdicción es el derecho de acceso a los administradores de justicia, los jueces que han de garantizar a la justiciable protección a su derecho en litigio.

Por lo tanto, las partes tienen derecho a un juicio justo, ante un juez independiente e imparcial, es en consecuencia una garantía incuestionable de las partes, que está implícito en el concepto del derecho a un debido proceso¹⁴⁸.

La confianza es en consecuencia de lo dicho, un aditamento a la garantía, por eso es tan importante tener cubierto el espacio de legitimidad¹⁴⁹ procesal. Una justicia confiable reporta aspectos positivos (neutralidad, idoneidad, equidad, justicia, etc.). Es decir, la figura del juez que garantiza a la sociedad la plena vigencia del Estado de Derecho, la tutela constitucionalmente prometida está segura y tiene pacífica aceptación, que legitima¹⁵⁰ al órgano administrador de justicia; es decir, cuando la figura del juez por sí sola garantiza los requerimientos de la sociedad y el Estado de Derecho; éste es, la tutela constitucionalmente prometida está segura y tiene aceptación social (legitimación indirecta). Por lo tanto, cuando el juzgador no responde a los principios fundamentales consagrados en la Constitución; el proceso ya no es debido y el órgano judicial se descalifica.

La imparcialidad y la independencia del juez son nexos imprescindibles para hacer efectivas las garantías. En el ejercicio de la jurisdicción, ningún juez puede hallarse comprometido con otros intereses, que no sean la recta administración de justicia.

¹⁴⁸ Debido proceso es un concepto abstracto, al igual que los conceptos de Estado o Seguridad Jurídica, etc. Lo abstracto (del latín *abstractio*) es una faceta, una parte de un todo; la independencia, la imparcialidad del Juez, son partes que componen el todo, el debido proceso.

¹⁴⁹ Toda resolución que provenga de un operador jurídico, ha de estar debida y pertinentemente motivada para legitimar sus actos. Art. 76.7, lit l). Const. Ecu.

¹⁵⁰ Legitimación por la calidad, por resultados.



La garantía de la jurisdicción -acceso a la justicia- considera a la libertad de actuación del órgano judicial respecto a otros y también al propio sistema procesal; con el máximo respeto a las garantías de imparcialidad e independencia; ejerciendo el mandato de control de la constitucionalidad y la tutela de los derechos fundamentales, evitando que sufran limitaciones absurdas.

Protección de los derechos y garantías.- Un proceso "debido" es un conjunto de garantías puestas en funcionamiento. Sin embargo, la plenitud del sistema no requiere que funcionen todas al mismo tiempo; es más, no existe la idea que lleve a todo Derecho Procesal la base de constitucionalizar cualquier procedimiento; pero las reglas mínimas¹⁵¹ que garantizan un debido proceso no pueden -ni deben- estar ausentes.

Para la protección efectiva de las garantías constitucionales de todo proceso, es necesario en consecuencia, ir elaborando una serie de precisiones que indiquen al operador jurídico, cuáles son estos requisitos mínimos.

Ha quedado claro que, la jurisdicción¹⁵², es una garantía fundamental que presupone la posibilidad de que en libertad se pueda concurrir ante el órgano jurisdiccional en procura de justicia, lo que no debe ser impedido por consideraciones de orden procesal y de derecho¹⁵³, tratándose de que, el acceso a la justicia es un derecho fundamental consagrado en el Artículo 75 de la Carta Suprema en relación con el Artículo 11.3 y 76 de la misma Norma Fundamental. Los jueces tienen el deber jurídico constitucional de proteger de manera eficaz el derecho fundamental de acceso a la justicia.

¹⁵¹ Art. 76 Const. Ecu.

¹⁵² Art. 75 Const. Ecu.

¹⁵³ Art. 11.3. Const. Ecu.



Los Pactos Internacionales han incorporado el derecho a ser "oído"¹⁵⁴; así: "**Art. 8.1** del Pacto de San José de Costa Rica y el **Art. 14** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que mandan: Toda persona tiene derecho a ser oída...por un juez o tribunal competente".

La protección efectiva de los derechos y garantías supone, el derecho a acceder a la justicia sin restricciones; que el juez privilegie el principio constitucional del *favor actionis* o *pro actioni*; que se traduce en la búsqueda de un servicio judicial efectivo a través del órgano jurisdiccional, que el procedimiento se desarrolle sin obstrucciones ni retardos absurdos; y que, finalmente, la sentencia dictada sea razonable¹⁵⁵ y motivada, bases fundamentales, ineludibles, de un debido proceso constitucional.

Derecho a la tutela judicial efectiva.- Al referirnos a este derecho consagrado en el Artículo 75 de la Constitución Ecuatoriana, lo hacemos, lógicamente que este derecho está garantizado por una autoridad jurisdiccional.

Hablar de tutela supone, referirse a una autoridad que ha de proteger, guiar y defender a una persona. Este es el sentido correcto a otorgar; pues, la protección que consta en la Constitución es al derecho de la persona y, que es el Estado el que a través de los jueces y sus instituciones procesales, está obligado a contribuir.

Este derecho no es otro que el "derecho a la defensa" que significaría la oposición a un daño, o al rechazo de una agresión. La defensa por lo tanto, tiene la noción de una defensa a sí mismo; por lo tanto, la defensa no es una acción en sí mismo; es una reacción a un ataque.

¹⁵⁴ COLAUTTI, Carlos E. "*Derechos Humanos*". EDITORIAL UNIVERSIDAD. 2004. Pág. 102

¹⁵⁵ HERVADA, Javier. *¿Qué es derecho?*. TEMIS. 2005. Pág. 82.



El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por el Ecuador el 16 de diciembre de 1966, en su Artículo 9. 4 dice: *"Toda persona que sea privada de su libertad en virtud de detención o prisión, tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad, si la prisión fuera ilegal. "*

La extensión de la garantía no es puramente subjetiva, ésto es, que el alcance de la tutela no sea únicamente en beneficio de la parte y de terceros; requiere para su correcta implementación el control efectivo del órgano jurisdiccional en cada uno de los procedimientos que tramite y en las etapas en la que se encuentre.

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un nexo indisoluble¹⁵⁶ con el "derecho a la asistencia jurídica idónea¹⁵⁷ "; conocido como "derecho a la defensa¹⁵⁸ " que es la base del debido proceso y obliga a responder con acierto y eficacia. En definitiva, es un derecho a una "asistencia letrada idónea¹⁵⁹"; por lo tanto, no se trata únicamente de evitar la indefensión¹⁶⁰ , sino también de lograr que quienes actúan ante la justicia, estén asesorados adecuadamente, permanentemente instruidos de manera técnica por profesionales capaces que conozcan de manera solvente el proceso y sus procedimientos, bajo cuya jurisdicción y competencia se tramita la causa. Este derecho no admite diferencia entre causas civiles, penales, administrativas, etc., porque el derecho fundamental nace de un concepto previo, mediante el cual todo proceso judicial debe

¹⁵⁶ Los derechos fundamentales deben ser interpretados unos en conexión con los otros; de manera integral, así como la Constitución de igual forma se la debe interpretar en su conjunto de manera sistemática.

¹⁵⁷ Art. 76.7. lits. b) y e) Const. Ecu.

¹⁵⁸ Art. 76.7, lit. a). Const. Ecu.

¹⁵⁹ Art. 76.7, lit. g) Const. Ecu.

¹⁶⁰ Art. 75. Const. Ecu.



someterse a la garantía de protección de la persona en el órgano jurisdiccional y su efectivo cumplimiento del orden jurídico.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶¹ determina cinco garantías mínimas a este respecto:

- 1) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o habla el idioma del juzgado o tribunal (Art. 8.2, lit.a)
- 2) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada (Art. 8.2, lit. b)
- 3) Concesión al inculcado del tiempo y las medidas adecuadas para la preparación de su defensa (Art. 8.2, lit, c)
- 4) Derecho de la defensa a interrogar a los testigos o presentes en el tribunal (Art. 8.2, lit, f), primer inciso)
- 5) Derecho a obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (Art. 8.2, lit f), segundo inciso).

El derecho de asistencia jurídica idónea tiene aspectos centrales, su núcleo duro intangible que son: a) derecho a un Abogado; b) defensa técnica idónea; c) garantía de no indefensión; y, d) asistencia jurídica gratuita.

¹⁶¹ Suscrito en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 aprobado por el Ecuador mediante resolución Legislativa publicada en el R.O. 26 de octubre de 1968 y, ratificado mediante Decreto Ejecutivo Nro. 37 publicado en el R.O. Nro. 101 del 24 de enero de 1969.



Derecho a la independencia e imparcialidad de los jueces.-

La independencia es un presupuesto esencial del debido proceso¹⁶², llega del principio del Estado de Derecho, la división de los tres poderes del Estado; lo que significa la separación del juez de toda influencia externa; y se compone también del aislamiento de toda influencia interna. Dicho de otra manera, la obligación del juez es aplicar la constitución, los tratados internacionales y la ley¹⁶³, la responsabilidad que se traduce en justicia, cuando emite una sentencia en la que ha de observar también la realidad que vive la sociedad.

La independencia judicial es un derecho fundamental, más que una garantía judicial; pues la jurisdicción es el ejercicio de un poder autónomo y la motivación pertinente -juridicidad- es el vehículo que la transporta a la legitimación social.

La Constitución Ecuatoriana, en el Artículo 168.1 de manera categórica manda: "Los órganos de la Función Judicial, gozarán de independencia interna y externa... "; Lo que significa que, el poder judicial, está libre de influencias e interferencias; hecho que se garantiza en el mandato constitucional del Artículo 226 que consagra el principio de legalidad o reserva de ley: "Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, suscritos desde el 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985,

¹⁶² GOZAÍN, Osvaldo Alfredo, *El Debido Proceso*. RUBINZAL-CULZONI. 2004. Pág. 253.

¹⁶³ Art. 172. Const. Ecu.



consideran que el derecho fundamental a la independencia judicial es indispensable para hacer efectivos los derechos y las garantías de las personas; y así se expresa en sus considerandos cuando dice:

"Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley". Lo transcrito nos conduce también a entender que el principio de independencia judicial, es la base del Estado de Derecho, requisito sine qua non.¹⁶⁴

La Independencia del poder judicial es así mismo, la base sine qua non, para la vigencia del Estado Social y Democrático de derecho; así se halla expresado desde la Declaración de Derechos del Hombre que dice: *"Art. 16.- La sociedad en que no estén garantizados los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no está constituida"*. Por lo tanto, como poder del Estado, la Función Judicial no puede estar subordinada a los poderes políticos, ya que va a controlarlos a fin de que su actuación se ajuste a la constitucionalidad y a la legalidad. Como de manera clara manda el Artículo 199 de la Constitución Ecuatoriana que dice: *"Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquéllos."*

Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, aún frente a los demás órganos de la Función Judicial; sólo estarán sometidos a la Constitución y a la Ley".

¹⁶⁴ ANDRADE UBIDIA, Santiago. *La Independencia judicial y el Estado de Derecho*. Obra conjunta Temas de Derecho Constitucional. EDICIONES LEGALES. 2003. Pág. 286.



El mandato transcrito, nos hace evidenciar la existencia de dos ámbitos de independencia del poder judicial; la una funcional y la otra orgánica, que bien se podría decir, una independencia externa y otra interna.

El aspecto orgánico institucional se lo conoce generalmente como una independencia externa; es decir, se refiere al ámbito de la actuación del Poder y la función Judicial frente a los otros poderes y funciones; este principio tiene su raíz en la teoría de **MONTESQUIEU**, de los frenos y contrapesos. Desde este punto de vista, la independencia orgánico-institucional es una obligación del Estado, y así se declara en el Artículo 1 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura que dice: "*La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país.*"

El Artículo 198 de la Constitución Ecuatoriana, señala cuales son los órganos de la Función Judicial cuando dice: "*Serán órganos de la Función Judicial: 1) La Corte Suprema de Justicia. 2) Las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley. 3) El Consejo Nacional de la Judicatura. Estos órganos en cuanto al ejercicio de su función y sus titulares son independientes, cada uno de ellos imparte justicia en su jurisdicción, sin la interferencia o intervención del otro órgano, independencia interna.*"

El derecho a la independencia del Poder Judicial, así como de su Función y funcionarios, se enlaza indisolublemente con el derecho a la imparcialidad judicial.

Lo dicho hasta ahora nos conduce a verificar la imparcialidad del juez, al tiempo de dictar sentencia abstrayéndose de las partes intervinientes y únicamente confrontando los hechos suscitados y probados en la causa.

En realidad, la imparcialidad que describimos, supone, un juez que aplica el derecho, que impone el orden y la legalidad -juridicidad-



pero sin desprenderse del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque hacer justicia es dar a cada uno lo suyo, sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.

La sustanciación de los procesos (civil, penal, laboral, administrativo, etc.), se llevarán a cabo bajo el principio "dispositivo"¹⁶⁵ dispone que el material fáctico lo pongan las partes, y que ellos son los que enmarcan la cuestión litigiosa, sin que el juez pueda apartarse de esa litis contestada.

Bajo el principio dispositivo, la prueba es la que juega el papel preponderante, porque la sentencia ha de ser el producto de lo alegado y probado por las partes.

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA¹⁶⁶, dice: "Los rasgos característicos de un proceso cuya prevalencia es el principio dispositivo son:

- 1) Sólo las partes pueden iniciar un proceso, sólo ellas están dotas de legitimidad suficiente para abrir el espacio judicial (salvo los delitos de acción penal pública, que se pueden iniciar de oficio, es decir, el Estado).
- 2) Las partes tienen cierta disponibilidad del proceso, de modo que el actor puede desistir, y de común acuerdo ambas pueden transigir o poner fin al proceso, por expresión acabada de su voluntad.
- 3) El impulso del proceso corresponde al demandante, de este modo el proceso puede llegar a marchitarse.

¹⁶⁵ Art. 168.6. Const. Ecu.

¹⁶⁶ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Teoría Constitucional del Proceso*. EDICIONES DOCTRINA Y LEY. 1999. Págs. 307 y 308.



- 4) Las partes tienen la obligación de probar lo que han alegado; y,
- 5) El juez no puede decretar las pruebas de oficio, sólo las partes pueden solicitar la práctica de aquéllas.

El principio dispositivo comportaría también los límites de actuación del órgano jurisdiccional, a lo exclusivamente propuesto en la demanda; en consecuencia, la sentencia a pronunciarse será única y exclusivamente sobre lo propuesto, sin ir más allá -*ne eat ultra petita partium*- menos de lo pedido -*cifra petita*-.

Cuando el juez resuelve fuera del marco de lo propuesto en la demanda, conduce a la nulidad de lo sentenciado. La única libertad que ostenta el juez, radica en el conocimiento y en la aplicación del derecho, provocando con esta facultad la calificación jurídica del hecho -*iura novit curia*-.

La mayor preocupación de la aplicación del principio dispositivo formal, radica en la aportación de la prueba, toda vez que, sólo las partes pueden aportar prueba, sin que el juez tenga posibilidad alguna de investigación oficiosa - *index iudicare debet secundum allégala et probata partium*-.

Es indiscutible que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, que le permita al juzgado estar más cercano a la justicia; más allá de las verdades expuestas por los litigantes, el sistema procesal ha de ser un medio para lograr justicia¹⁶⁷.

La publicitación trae un cambio de funciones del juzgador; debía actuar dirigiendo su deber era buscar la verdad, no en el sentido de ponerlo a cargo de la instrucción y la investigación, sino con el fin

¹⁶⁷ Art. 169. Const. Ecu.



de colaborar con las partes, para que el proceso, para que el litigio se resuelva sobre realidades antes que sobre las ficciones.

El principio de publicidad¹⁶⁸ desprivatiza el proceso, desplazando prácticamente por completo la idea del juez neutral y desinteresado. El juez, ha de obrar bajo el principio de razonabilidad; esto es, "debe interpretar la ley racionalmente, según lo que es racional y lo que resulta razonable en cada momento, precisamente porque así lo exige la íntima índole racional de las leyes. Por eso, el intérprete de la ley no mira sólo a ésta, fija también su mirada en la realidad social y en las circunstancias del caso concreto y aplica razonablemente al caso"¹⁶⁹,

El juzgador actúa en el proceso bajo el principio de inmediación¹⁷⁰, esto significa participar activamente en la aportación de la prueba que hacen las partes; es "el umbral de la declaración útil para formarse una idea del grado de credibilidad del testigo"¹⁷¹ y, la veracidad de la prueba material.

Garantía del Juez natural.- El Artículo 76.7, lit k) de la Constitución Ecuatoriana dice: "Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto".

La garantía del juez natural exige como principio básico, que el juzgador se halle establecido por ley anterior al hecho que ha de conocer y resolver.

El primer concepto sustancia es que se trata de una Autoridad de carácter jurisdiccional establecido por la ley, es decir es un concepto institucional y no personal.

¹⁶⁸ Art. 168.5. Const. Ecu.

¹⁶⁹ HERVADA, Javier. Obra. Cit. Pág. 82

¹⁷⁰ Art. 169. Const. Ecu.

¹⁷¹ VILAMIL PORTILLA Edgardo. Obra. Cit. Pág. 304



El principio de que toda persona tiene derecho a ser "oído" ante un juez establecido por la ley, para conocer acerca de la "litis" con anterioridad, constituye pues la garantía del juez natural.

El juzgamiento por tribunales de excepción o por comisiones especiales prohibidas por la Constitución, se da cuando los habitantes son juzgados por tribunales constituidos "a posteriori" del hecho. Consiste en leyes "ex post facto" sacando al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales, para someterlos a tribunales o comisiones accidentales, circunstanciales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al final del Artículo 8 desarrolla las garantías mínimas a las que en plena igualdad tiene derecho toda persona inculpada durante el proceso cuando dice: "Toda persona tiene derecho a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley".

Es decir que establece cuatro elementos que configuran el principio de juez natural; competente, independiente, imparcial y establecido con anterioridad a la ley; y bajo estos principios se estructura el Artículo 76.7, lit, k) de nuestra Constitución.

El juez natural es en definitiva el que está facultado para ejercer dentro de la jurisdicción una competencia que, ha de estar previamente señalada en la Constitución y en la Ley.

La competencia está caracterizada por: su origen objetivo, por ser taxativa, irrenunciable, inenajenable, improrrogable, indelegable.

Origen objetivo, en razón de que tanto el órgano¹⁷² como el funcionario-juez-tienen competencia otorgada por la Constitución o la ley; es decir, tiene un origen externo a la voluntad del titular, de modo que nadie puede auto asignarse únicamente puede hacer lo que la constitución y la ley le facultan principio de reserva de

¹⁷² Arts. 177 y 178 Const. Ecu.



competencia¹⁷³; es decir, está prohibido arrogarse competencias o adquirirlas mediante contratos o acuerdos; es como señala **DROMI** "no depende la voluntad de los administrados, ni del órgano-institución, ni del órgano- individuo¹⁷⁴".

Es taxativa, toda vez que aparece señalada de manera expresa y precisa, tanto en el objeto como en las circunstancias que la determinan, respecto de las funciones que ha de cumplir del juez. **BERROCAL**¹⁷⁵ considera que lo taxativo trae implícito lo exceptivo, en el sentido que excluye a todo Juez conocer y resolver en asuntos distintos de los que se han señalado expresamente; puede conocer sólo lo que la Constitución y la ley le ha facultado.

Es irrenunciable, por cuanto los jueces no pueden declinar sus competencias (principio de perpetualio jurisdictionis) Así como implica un derecho a su favor, en tanto aptitud para actuar sobre un asunto, también implica un deber para proceder, de hacer uso de las funciones¹⁷⁶.

Es inenajenable, pues el titular de la competencia no puede disponer de su relación o asignación, no le es permitido transferir su titularidad mediante actos suyos.

Es improrrogable, ya que la competencia no debe ejercerse fuera de las circunstancias de tiempo, modo, lugar, etc. que prevé la Constitución y la Ley.

¹⁷³ Art. 226 Const. Ecu.

¹⁷⁴ DROMI, Roberto. "*Derecho Administrativo*". CIUDAD ARGENTINA. BUENOS AIRES-ARGENTINA 1998. Pág. 226.

¹⁷⁵ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. "*Manual del Acto Administrativo*". LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL. BOGOTÁ-COLOMBIA 2003. Pág. 51.

¹⁷⁶ Art. 11.9. Const. Ecu.



Es indelegable, pues toda competencia debe ser ejercida de manera directa por el juez o el órgano que le ha sido asignada por la Constitución o la ley. El Juez sólo puede transferir el ejercicio de la competencia, cuando la Constitución o la ley expresamente le autoricen y bajo las circunstancias que las fuentes normativas señalen; es decir de manera excepcional.

La competencia tiene límites, tanto objetivos como subjetivos; los primeros son el territorio, la materia, el tiempo, el grado; y los segundos están dados por el fuero personal, esto es, en razón de la persona que lo desempeña.

Límite territorial (ratio loci), Es el ámbito geográfico o espacio dentro del cual le es permitido a cada juez ejercer sus atribuciones. Se delimita mediante lo que la doctrina del Derecho Administrativo denomina "circunscripción administrativa"; que en el plano del derecho interno va desde todo el territorio del Estado; conocida como circunscripción nacional, hasta las distintas subdivisiones del territorio, para el cumplimiento de las diferentes actividades administrativas¹⁷⁷.

Límite por la materia (ratio tnerie) Hace relación a la naturaleza o índole de los diferentes asuntos sobre los cuales se ha de ejercer la autoridad; es decir, sobre las materias que se ha asignado la competencia al juez (civil, penal, trabajo, administrativo, constitucional, etc., etc.). Desde mi punto de vista, la materia tiene una correspondencia directa con el contenido de las funciones, tanto que podemos decir que la materia de la respectiva competencia es la que señala las funciones.

¹⁷⁷ Art. 242. Const. Ecu.



Límite temporal (ratio temporis) Si bien el principio perpetuatio jurisdictionis manda a que la competencia sea permanente, no obstante, el derecho a la seguridad jurídica, que tiene entre sus principios constitutivos a la temporalidad; esto es, la pérdida o la adquisición de derechos por el paso del tiempo (prescripción adquisitiva o extintiva, preclusión, caducidad, etc.) cuando se otorga para ser ejercida por un lapso de tiempo, o con sujeción a períodos regulares; o cuando se puede ejercer en el espacio determinado en el ordenamiento jurídico (términos o plazos en los que se ha de cumplir actos procesales); también puede suceder en relación a la oportunidad para ejercer una competencia específica; así el derecho ciudadano a recibir respuesta, motivada y pertinente en un plazo razonable -Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado-.

Límite personal-subjetivo-(ratio) Se refiere a una condición específica de la persona sobre la cual recae el ejercicio de la autoridad en un caso dado, de modo que tal condición es la que determina cual de los jueces tiene competencia para conocer y resolver el caso. Jurídicamente al límite de la competencia en razón de la función que desempeña la persona se la denomina "fuero"; y éste puede ser, directo, es decir, cuando sólo cuenta la función específica del titular del fuero; pero, puede ser también indirecto o también denominado fuero de atracción, que es el que se adquiere por una relación circunstancia con aquel que posee el fuero directo.

CAPÍTULO VII

GARANTÍAS DE UN DEBIDO PROCESO



LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO: Los derechos y las garantías se confundían; al respecto VESCOVI¹⁷⁸ manifiesta: *"La expresión "garantías" se vincula originalmente a la de "declaración" de derecho, y más concretamente al establecimiento constitucional de determinados principios referidos a los derechos humanos fundamentales. Se consideraba en esa época, que esos principios estaban "garantizados" con su simple establecimiento o consagración en la Carta Fundamental, respondiendo al concepto un tanto ingenuo, del constitucionalismo del Siglo XIX"*.

Debemos referirnos al debido proceso como una garantía constitucional, en razón de la función garantista que cumple esta institución. Es evidente que se trata de un verdadero derecho fundamental, pero los derechos fundamentales pueden ser de carácter sustancial o material, de carácter formal o instrumental. La función del debido proceso es garantizar la efectividad de los demás derechos fundamentales, especialmente de los de carácter material, en definitiva de todos los que sean exigibles judicialmente. A la vez, los elementos que integran el debido proceso, como partes de un derecho fundamental, son exigibles principalmente frente al Estado, pero también frente a la contraparte o ante los terceros que intervengan en el proceso. Se trata de un derecho fundamental de carácter de garantía, que tiene elementos de los derechos de prestación, porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso, y de los derechos de libertad porque crea una esfera para los titulares libre de ciertas injerencias por parte del Estado.

Luego, con mayor precisión nuestra doctrina latinoamericana, preocupada especialmente en el estudio del tema, ha distinguido entre esos derechos fundamentales y sus garantías constitucionales,

¹⁷⁸ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *"Derechos y Garantías Constitucionales en el Proceso"*. EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL. 1987.Pág. 23.



entendiendo que estas últimas constituyen los medios (remedios) procesales para lograr la protección efectiva de los primeros, especialmente cuando son desconocidos.

Por lo dicho, podemos indicar que la garantía del Debido Proceso, es un fin institucional, un medio por el cual el derecho hace efectiva la justicia; pero para llegar a ésta, se hace necesario que el proceso sea protegido en su desenvolvimiento por unos derechos mínimos que garanticen los denominados derechos fundamentales.

Aclara los conceptos señalando la **Interpretación Constitucional del debido proceso legal, efectuada por la Corte Suprema de Estados Unidos**. En los Estados Unidos de América, la garantía constitucional del debido proceso se consagra en las enmiendas quinta y décimocuarta de la Constitución Federal, de cuya interpretación nos ocupamos ahora. El elemento básico de estas dos enmiendas declara que *"nadie podrá ser privado de su vida, libertad y propiedad, sin un debido proceso legal"*. Hay que recordar que esta garantía era sólo aplicable en el ámbito federal y que se extendió a los diferentes Estados que integraban la Unión con posterioridad a la guerra civil, y ese fue el objeto de la enmienda décimocuarta.

En el Tallo (Hurtado vs. California. 1884), se manifiesta que, el debido proceso se ha considerado como un diseñado para proteger *"aquellos principios fundamentales de libertad y justicia que yacen en la base de todas las instituciones civiles y políticas"*.

Sobre el tema que abordamos, el **Tribunal Constitucional de España sobre la Garantía del Debido Proceso Legal** señala: *"La trascendencia tiene el Artículo 24 de la Constitución española; que el Constitucionalista español **LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER**¹⁷⁹ ha afirmado que esa norma es el gran símbolo de la*

¹⁷⁹ PICO i JUNIO, Joan. "Las Garantías Constitucionales del Proceso". J.M. BOSCH. 1997. Pág. 18.



Constitución de 1995; criterio que lo comparte el Tribunal"; cosa parecida podríamos afirmar de la Constitución del Ecuador de 2008, que fuera elaborada por los Constituyentes de Montecristi. La Constitución de 1 2008 es la base de la interpretación constitucional que aquí nos ocupa. Es evidente que el texto constitucional español en esta malcría, concretamente, el Artículo 24 ha tenido un fuerte impacto en América Latina y particularmente en el Ecuador. Los elementos detallados en esta norma se encuentran también en el Artículo 29 de la Constitución de Colombia de 1991 y en los Artículos 76 y 77 de la Carta Magna del Ecuador de 2008.

Esta garantía ha recibido considerable atención en España, sobre todo por la excepcional importancia que ha adquirido; en el Ecuador se puede decir que es la piedra angular de la defensa de los derechos, la única defensa que tienen los ciudadanos frente a la arbitrariedad es el derecho fundamental al debido proceso; por ello sostenemos que el derecho al debido proceso es incanjeable, irrenunciable y de estricta aplicación.

Bilateralidad y contradicción procesal: El proceso debe desarrollarse de manera tal que se brinde oportunidad igual a las partes de participar efectivamente, en una relación dialéctica, en la actividad de administración de justicia. Este método de oportunidad igual de acción y de contradicción, es el que debe seguirse para buscar la verdad material en el proceso. Esto ha llevado a **MAURO CAPPELUTTI**¹⁸⁰, a hablar del carácter participativo del proceso. A saber: "*El Juez como tercero que decide sobre mi relación, que no es suya*", sólo sobre demanda de parte en congruencia con la demanda; la existencia de partes y el respeto al principio de defensa o al principio de contradicción. Se trata, insisto, de garantías de carácter estructural

¹⁸⁰ QUIROGA CUBILLO, Héctor Enrique. Obra. Cit. Pág. 169.



y formal - procesal. En particular, la "tercería" del Juez no significa que éste no puede participar en la creación del derecho, ni menos aún que deba ser extraño o insensible a los valores que se deducen en el proceso. Significa sólo que la estructura del proceso, ha de permitir que la controversia sea llevada a juicio por aquellos a quienes el ordenamiento considera ululares de la situación o de la relación controvertida, o por sus representantes. Y, además, que tales titulares, o sus representantes, se encuentren en situación de poder hacer valer ante el Juez sus pretensiones, con argumentos y pruebas.

El debido proceso sus nuevos principios: Hemos dicho ya que, los principios que comportan el debido proceso son incanjeables, irrenunciables y de estricta aplicación, son aplicables en cualquier tiempo y en todo tipo de procedimiento como un derecho fundamental; por lo tanto un derecho de las personas que acuden a la jurisdicción y un deber de los jueces en cuanto a su aplicación. Por lo dicho, debe quedar claro que los principios que comportan el debido proceso, no son accesorios o supletorios de las normas procesales ordinarias; a más de que los principios del debido proceso deben ser aplicados de manera inmediata. pues son normas operativas constitucionales, que deben ser aplicadas directamente desde la Carta Fundamental¹⁸¹.

Los principios del debido proceso y sus garantías mínimas, actúan como valores implícitos en todo procedimiento y por su calidad se imponen sobre los demás normas; al respecto **GOZAÍNI**¹⁸² dice: "*Esta conclusión, desde luego, es coherente con una premisa con la que es fácil estar de acuerdo: de los juicios de hecho sólo pueden derivar otros juicios de hecho; de los juicios de*

¹⁸¹ Art. 11.3. y 246. Const. Ecu.

¹⁸² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra. Cit. Pág. 34



valor, sólo otros juicios de valor. El paso de unos a otros presupone que se introduzca en los primeros un juicio del segundo tipo, o en los segundos un juicio del primer tipo. Más o menos es el razonamiento de PARELMAN al desarrollar la lógica jurídica".

La primera exigencia hermenéutica llega del artículo 2, primer inciso, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸³ que alude al compromiso de las partes signatarias adoptar "...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias...", para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en el Tratado, lo que implica un deber a cargo no sólo del órgano legislativo, sino de los otros dos restantes poderes del Estado.

En este aspecto, continúa **GOZAÍNI**, *se debe tener presente que la obligatoriedad de los pactos y convenios internacionales, dependen de dos condiciones:*

- a) La situación jurídica respecto al acatamiento de la Convención de Viena sobre Derechos y Tratados, y,*
- b) El orden jerárquico que tiene cada Constitución en la interpretación de los Tratados.*

Lo primero es el efectivo cumplimiento del Artículo 27 de la Convención de Viena¹⁸⁴, según el cual "...una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un Tratado... ". Esta norma se fundamenta en el principio de Derecho Internacional "*Pacta Sunt Servanda*" que

¹⁸³ Convención suscrita por el Ecuador el 22 de noviembre de 1969. Ratificado el 27 de octubre de 1977, mediante Decreto Supremo 1883, publicado en el R.O. Nro. 452 y publicado en el R.O. mediante Acuerdo Ministerial Nro. 202 en el R.O. Nro. 801 de agosto 6 de 1984.

¹⁸⁴ Viena-Austria. DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA. Suscrito el 25 de junio de 1993 y entró en vigencia internacional el 25 de junio de 1993.



significa "los tratados deben ser cumplidos". La Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados (1969) dice en su Artículo 26: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"¹⁸⁵". Lo segundo, es la aceptación del valor jerárquico superior de las normas fundamentales, que precautelan los derechos humanos y las garantías para su protección. La Constitución Ecuatoriana es clara en señalar que, "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución"¹⁸⁶ ", y que en caso de conflicto, de choque, normativo el exegeta ha de interpretar la norma siempre pensando en favorecer a los derechos del hombre; es decir, bajo los principios "*pro homine*" y *pro libertatis*"¹⁸⁷", y además consagra el principio de jerarquía, supremacía de la Constitución cuando manda: "La Constitución es norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico"¹⁸⁸ "; aclarando que, también la Constitución es precisa en indicar que "... los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"¹⁸⁹".

Notamos que la Constitución Ecuatoriana, partiendo de la doctrina internacional que ubica a la protección de los derechos humanos entre los principios generales del derecho internacional, reconoce el "*ius cogens*", es decir, aquel sector de normas de derechos humanos, imperativas, intangibles, progresivas e inderogables.

¹⁸⁵ VASCO, V. Miguel. *Diccionario de Derecho Internacional*. NUEVA EDITORIAL. 1986. Pág. 333.

¹⁸⁶ Art. 11.9. Cont. Ecu.

¹⁸⁷ SAGUES, Néstor Pedro. *Problemas de la Interpretación de los Derechos Humanos*. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. 1999. Pág. 43.

¹⁸⁸ Art. 424. Const. Ecu.

¹⁸⁹ Art. 417, 424. Const. Ecu.



NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBIDO PROCESO.

MONTESQUIEU quería que los jueces se convirtiesen "en boca que pronuncia las palabras de la ley, en seres inanimados que no puedan moderar ni su fuerza, ni su rigor". Todo ello derivado del anhelo de restablecer la libertad y respeto a las leyes, frente al despotismo que reinó en su época.

El profesor **JUAN MONTERO AROCA**¹⁹⁰, admite que el proceso como instrumento de la jurisdicción, no implica el reducirlo a medio técnico neutro. Antes al contrario, en las últimas décadas estamos asistiendo a la constitucionalización de sus principios básicos. El ha advertido con claridad **CAPELLETTI**¹⁹¹: "Salidos de una guerra desastrosa y de una atroz e inhumana experiencia de organización política y de credo ideológico, varias naciones de Europa, y especialmente Alemania, Italia y Austria, se han vuelto a los principios de la garantía constitucional, como un ancla contra dichas borrascas. Como primer paso, ha adoptado constituciones "rígidas" - una innovación en Italia-, y han atribuido status constitucionales a algunos ideales para la administración de justicia, como la independencia de los jueces, la garantía del juez imparcial cuyo poder jurisdiccional está predeterminado por la ley, la garantía del defensor y la del contradictorio. El fenómeno, además ha alcanzado rango internacional... "

Se debe a **COUTURE**¹⁹² el inicio del fenómeno de constitucionalización del proceso civil, destacando que los códigos procesales civiles son el texto que en los países democráticos no se habían dado fórmulas procesales suficientemente precisas, como para

¹⁹⁰ Referido por QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. Obra. Cit. Pág. 115.

¹⁹¹ Referido por HOYOS, Arturo. *El Debido Proceso*. TEMIS. 1998. PÁG. 3

¹⁹² HOYOS, Arturo. Obra. Cit. Pág. 5



que pueda afirmarse que constituyen el fiel reflejo de sus constituciones.

Los derechos fundamentales del proceso, también han sido observados por los cultivadores de esta disciplina como principios generales del derecho procesal y que constituyen fuente para la aplicación del mismo.

COUTURE ya en 1947 decía que, bastaba pensar que en el examen de las instituciones esenciales del derecho procesal civil, se llega siempre a un instante en que éstas adquieren el rango de derechos cívicos o fundamentales. Derecho cívico en la acción, si se considera que ella en último término, es el acto de petición a la autoridad, indispensable para que condene al demandado, para que declare la existencia de un derecho o para que quite un embarazo al libre ejercicio de una situación jurídica. Derechos cívicos con los actos procesales de aportación de pruebas, de conclusiones, de apelación, etc., etc, Cuando la Constitución establece que nadie debe ser condenado sin formas del proceso (*due proces of law*, en sus sentido más estricto), consagra implícitamente el principio de que nadie puede ser condenado por un proceso cualquiera, es decir, por una farsa de proceso, de esos tan increíbles y frecuentes a lo largo de la historia. El proceso debe ser idóneo para el ejercicio de los derechos, lo suficientemente ágil como para no agotar por el desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado.

Esta nueva disciplina es lo que se ha denominado **DEBIDO PROCESO o DEBIDO PROCESO JUDICIAL** y ello debido a la preocupación tanto de los constitucionalistas y los procesalistas de observar las instituciones que informan al proceso desde otro ángulo, es decir, desde los principios informadores del derecho Constitucional.



Para el procesalista como **CALAMANDREI**¹⁹³, la concepción del derecho procesal Constitucional, lo considera como una especie de "lógica codificada". Se explica este concepto con el admirable florecimiento de los estudios procesales en este último siglo; pues constituyen el mejor testimonio de la ascensión gradual del "procedimiento", entendida como una técnica de la actividad práctica, hasta la sistemática del proceso, entendida como ciencia de principios racionales.

El Debido Proceso en la Constitución Ecuatoriana: El Artículo 76 de la Constitución del Ecuador de 2008, utiliza la denominación correcta al referirse a la garantía del Debido Proceso.

Como es sabido, la Carta Magna de **JUAN SIN TIERRA**, fue expedida en 1215 y su texto estaba redactado en latín. En el Capítulo 39 el Rey prometió a los barones de Runnymede no aprehender ni ir contra el hombre "*libre nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*". La expresión "*per legem terrae*", que es la clave para la evolución posterior, pareció oponerse a ciertos decretos del Rey Juan o a normas más restringidas (en la Carta Magna se utiliza la expresión "*lex regnum*", y luego se vinculó aquella al derecho consuetudinario o común de Inglaterra) Al año y medio de haber expedido la Carta Magna falleció el Rey y debido al carácter personal del gobierno feudal, su sucesor, el todavía niño **ENRIQUE III**, reafirmó la Carta en 1216. Esa fue la primera vez de unas treinta en que la Carta fue reexpedida por reyes ingleses durante los dos siglos siguientes. En la reexpedición de la Carta en 1225 el documento fue reducido de 63 a 37 capítulos, y la cláusula sobre el debido proceso pasó del capítulo 39 al 29, y unos doce años después el documento fue

¹⁹³ HOYOS, Arturo. Obra. Cit. Pág. 5



denominado "oficialmente por primera vez" MAGNA CARTA. Es en 1354, cuando fue expedida, bajo **EDUARDO III**, en idioma Inglés y en el Capítulo 29, en lugar de la expresión "*per legem terrae*" aparece la locución inglesa "due proces of law", la cual ha sido traducida a nuestro idioma como "debido proceso legal", o simplemente debido proceso. Por ello, la denominación del Artículo 24 de la Constitución Ecuatoriana.

El Artículo 76 de la Carta ecuatoriana reza: "**Garantías básicas del derecho al debido proceso.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso..."; pero, sin menoscabar las normas que provengan de los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de concretarse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona, sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento. A más de lo indicado, se establece el principio "pro acusado -en conflicto de leyes siempre se debe estar a lo favorable al acusado¹⁹⁴-"; se termina la proporcionalidad entre la infracción y la sanción; al conocer el porqué de su detención y la identidad de la autoridad que ordenó su detención; a ser interrogado con la presencia de su Abogado; a ser considerado inocente mientras no se le demuestre lo contrario; a no ser privado de su derecho a la defensa; a no ser distraído de sus jueces naturales; a no ser juzgado más de una vez por la misma causa; a acceder libremente a los

¹⁹⁴ Art. 76.3. Const. Ecu.



órganos judiciales; y, la prohibición de extradición para los ecuatorianos. También debemos considerar como parte de las garantías del debido proceso, el mandato determinado en el Artículo 75 de la Constitución que señala "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad: en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley".

De lo anterior se colige que el debido proceso de Ecuador es: Un derecho de protección de los derechos fundamentales; es un derecho de garantía, pues vigila el cumplimiento de los derechos fundamentales; no procede contra actos de tipo general sino contra actos u omisiones que incidan sobre situaciones jurídicas particularizadas; que se deberían tramitar mediante un procedimiento rápido; que constituyen el centro del sistema de control de constitucionalidad de carácter difuso, porque son competentes para conocer y tramitar cualquier tribunal de justicia; y, el debido proceso, protege la aplicación procedimental inclusive en las acciones de Hábeas Corpus, Protección, Extraordinario de Protección, Hábeas Data, etc.

La acción del Debido proceso contra resoluciones judiciales: Adoptando ciertas precauciones para evitar abusos. El Texto del Artículo 11.9, inc. 3ro que dice: "El Estado será responsable por la detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso " Queda claro que, el derecho al debido proceso es fundamental y que debe cumplirse en toda clase de acto; sea



administrativo o judicial; y, por lo tanto, su violación faculta al ciudadano a ejercer acciones en contra del Estado.

GARANTÍAS BÁSICAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN.

Nuestra Constitución, como ella misma lo indica en su Art. 76, consagra garantías básicas para hacer efectivo el derecho al debido proceso en el Ecuador; pero, el Artículo 11. 3 de la carta Fundamental; trae consigo un haz garantista necesario; como es el de reconocer la vigencia de normas internacionales que hagan relación al derecho a un debido proceso; normas que, son de directa e inmediata aplicación; es decir, son eficaces, sin que para su aplicación el juzgador o el administrador público, observe leyes internas o se inhiba de aplicarlas por ausencia de éstas. Los jueces y los administradores públicos, conforme manda el antes señalado Artículo y numeral, están obligados a aplicar las normas internacionales y a observar el desarrollo, avance que estos derechos han logrado a través de la jurisprudencia; puesto que, admitir la vigencia del bloque de constitucionalidad, es asumir todo lo que de él se desprenda en beneficio de los derechos y garantías, en consecuencia, no puede haber excusa para permitir la violación a un derecho fundamental o para no aplicar una norma garantista consagrada en un tratado internacional.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LAS PARTES EN EL DEBIDO PROCESO.- Art.- 76. 1.- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.



El derecho al debido proceso, es un derecho abstracto, pues a él llegan derechos y garantías constitucionales relacionadas a las partes que intervienen en los procesos, tales como: la posición jurídica de los sujetos procesales en el proceso, su tratamiento, sus derechos, el respeto a la dignidad humana y la lealtad procesal.

Posiciones jurídicas de las partes: Las partes que intervienen en los procesos son: los jueces o las autoridades, el sujeto activo y el sujeto pasivo, todos ellos, cumplen un rol especial y particularizado; para que ese rol no se altere está el juez o la autoridad -principio dispositivo. Las partes tienen derecho a la igualdad dentro de un debate propositivo, es decir derecho a la dualidad, con estricta aplicación a normas previamente establecidas, principio de aplicación de la ley de la tierra y respeto a la dignidad de las partes.

La Igualdad: Las partes en todo proceso deben estar colocadas en un plano de igualdad, es decir, ante la ley tendrán las mismas oportunidades y las mismas cargas. Asimismo le corresponde al juez, velar porque se mantenga el equilibrio y en caso de rompimiento de éste deberá también velar por su restablecimiento. Las partes en el proceso, por regla general no llegan en igualdad de condiciones, existe siempre causas extrañas al proceso que rompen tal equilibrio, por ello, la ley ha dotado al juez de poderes-deberes, a fin de que esa igualdad se dé materialmente en el proceso.

El legislador no puede hacer ninguna ley que atente contra la igualdad de los individuos, dice **DUGUIT**, y agrega: "es difícil concebir la igualdad como un derecho, o al menos, como un derecho distinto a los demás derechos individuales, cuando no es más que una consecuencia lógica del hecho de poseer los hombres derechos



derivados de sus cualidades de hombre, y que por consiguiente, deben ser iguales".

"Mas esta igualdad de los hombres no es absoluta, matemática. Debe ser entendida, concluye el citado tratadista, solamente en el sentido de que todos los hombres debe ser igualmente protegidos por la ley: que las cargas debe ser no aritméticamente iguales sino proporcionales. Es preciso no olvidar jamás que queriendo realizar la igualdad matemática de los hombres, se corre el fuerte riesgo de crearla a riesgo de la desigualdad.

Para el profesor **CALAMANDRE** el binomio "justicia y libertad" debe constituir una premisa indispensable en el funcionamiento del contradictorio judicial. Indudablemente que en el proceso civil, las partes están colocadas teóricamente en un plano de igualdad, y en el proceso penal, no sólo los argumentos de la defensa están en el mismo nivel de la acusación pública, sino más bien, si se quiere creer lo que la ley ha establecido, el acusado está siempre en un plano más alto, porque opera en su favor, hasta tanto la condena no sea definitiva, la presunción de inocencia¹⁹⁵.

La igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, consagrada en el Art.- 11.2 de la Const. Ecu., encuentra su complementación en otro precepto de la misma Carta Fundamental, en el Artículo 75 que expresa: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad: En ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley".

En virtud de esta disposición, el derecho de acción, o sea, el derecho de dirigirse a los órganos judiciales para obtener justicia; así como el derecho inviolable de defensa, entra directamente en el

¹⁹⁵ Art. 76.2. Const. Ecu.



campo constitucional, entre los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos, sean nacionales o extranjeros que se encuentren dentro del territorio del Estado.

Lo dicho constituye un rasgo típico de las más modernas constituciones democráticas; es decir la constitucionalización de lo que podríamos llamar "DERECHO Y GARANTÍA A LA IGUALDAD PROCESAL".

Dualidad: Dos de los aspectos que determinan el carácter dialéctico del proceso, lo constituyen la posición dual y la de contradicción de las partes.

No es posible pensar en un proceso con una sola parte - inaudita pars- ni con tres o más. Pueden existir varios sujetos que se colocan en cualquiera de las posiciones activa o pasiva, pero no pueden todos los sujetos estar en una sola posición.

Esta es una de las razones por las que la doctrina le ha negado el carácter de verdadero proceso, a las actuaciones jurisdiccionales dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, pues realmente no existen dos partes como mínimo que discutan un derecho; sino que, más bien se trata de actuaciones administrativas que se le han confiado a los jueces; como es el caso de las medidas cautelares¹⁹⁶.

Considero que, estas actuaciones, al ser meramente administrativas, debían ser confiadas al conocimiento jurisdiccional; pero a órganos especializados para así poder descongestionar los juzgados; ya que, el número de expedientes de jurisdicción voluntaria alcanzan un alto porcentaje de los que debe conocer los jueces ordinarios.

¹⁹⁶ Art. 87 Const. Ecu. Arts. Del 26 al 38 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.



Contradicción: Las partes deben estar colocadas en una posición de contradicción a fin de desarrollar el proceso, y su discusión rueda en torno a la pretensión expuesta en el juicio.

La contradicción es el segundo aspecto que desarrolla el carácter dialéctico del juicio. El profesor **CALAMANDREI** sostiene que la relación jurídica significa relación entre personas; cuando decimos que el proceso se resume en una relación jurídica entre el Juez y las partes, reconocemos implícitamente que el proceso se integra con sujetos dotados de una voluntad autónoma y jurídicamente relevante, advertimos la presencia de tres partes; el Juez y dos partes; la una que pretende, reclama un derecho, y la otra, la que plantea una excepción, niega el derecho del actor o lo reconviene; conforme el antiguo principio *processus est actus trium personarum*¹⁹⁷.

Por tanto, el juez no está nunca solo en el proceso. El proceso no es un monólogo, sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y reacciones, de estímulos y de contra-estímulos, de ataques y de contra ataques. Por este motivo, ha sido comparado con una esgrima o con una contienda deportiva, pero se trata de una esgrima de persuasiones y de una contienda de razonamientos.

En esto consiste la dialéctica, que es el carácter más precioso y típico del proceso moderno, lo que significa que la voluntad del juez no tiene ya, en ningún caso, el carácter de soberanía absoluta, sino que está siempre condicionada; en todo proceso a la voluntad y comportamiento de las partes, es decir, a la iniciativa, al estímulo, a la resistencia o a la aquiescencia de las mismas. Y, lo mismo puede decirse para cada una de las partes, cuya voluntad y actividad se plasman y adecúan en todo momento del proceso, a los estímulos provocados por la conducta del juez de su contraparte.

¹⁹⁷ Art. 76.7. h) Const. Ecu.



Aplicación de la ley de la tierra: Constituye una garantía y derecho fundamental de los hombres que su juzgamiento se efectúe "*secundum leyes*" esto es la ley de la tierra. Sin embargo, no es suficiente que tal juzgamiento se efectúe de acuerdo a ello, sino que sea la llamada ley preexistente, esto es, que cuando se dice que una conducta ha infringido la ley, es porque en el momento mismo de su realización estaba prohibida tal manera de actuar. De ahí que no es posible, intentar sancionar una conducta que en su momento no era reprochada y que posteriormente pasó a serlo. Esto es lo que se ha denominado "*El iudicium per legem terre*": La ley de la tierra es la ley preestablecida; es un elemento de la seguridad¹⁹⁸.

Sin embargo, este principio tiene excepciones también constitucionales. En materia criminal podrá aplicarse la ley posterior siempre que sea favorable al encausado.

Respeto a la dignidad de las partes y lealtad procesal: Ya hemos expuesto y de manera reiterada que, el fin institucional del proceso, es la justicia¹⁹⁹, como fin mediato; ésto es, la justicia constituye la mira última de cada juzgamiento.

Sin embargo, es necesario, ahondar un poco más, para observar el principio supremo que informa la justicia. El profesor **WERNER GOLDSCHMIDT**, nos enseña que, la justicia ha de proteger al hombre de toda fuerza que le impida desarrollar su personalidad. Bien sea provenga de sus semejantes o de otras fuentes. Es precisamente la función tutelar que le asegura al individuo una zona de libertad, en donde el hombre ha de desarrollar su personalidad. Por ello, "el principio supremo de la justicia estatuye la libertad del desarrollo de la personalidad".

¹⁹⁸ Arts. 76.3. y 82. Const. Ecu.

¹⁹⁹ Art. 169. Const. Ecu.



El proceso entonces, la primera fase para obtener aquel desarrollo. De ahí que no podrá ser utilizado el proceso para desconocer o mermar los derechos fundamentales de las partes, que son la expresión de la libertad²⁰⁰.

Asimismo, la dignidad de las partes se debe expresar en la lealtad procesal; por lo tanto, las partes, es decir, el Juez y los sujetos procesales activo o pasivo, no podrán, en el proceso, desconocer los derechos y garantías fundamentales, tales como la del derecho al culto religioso, al trabajo, la asistencia pública, el domicilio, la vida la honra, la propiedad, etc. Solamente admite la misma Constitución la represión a través de procesos²⁰¹. La libertad de un hombre termina donde comienza la libertad de sus prójimos. Tal libertad no podrá jamás convertirse en libertinaje, so pretexto de alegar que se esté disfrutando de la libertad, hasta su máxima expresión.

Los jueces, por tanto, también serán responsables de cuidar que no se viole la dignidad humana o la lealtad procesal²⁰².

Num. 2. Art. 76. Const. Ecu. "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada".

Este numeral contiene el derecho fundamental de toda persona a que se le tenga por inocente, mientras no sea declarada responsable en decisión ejecutoriada. La norma que analizamos, trae un error conceptual, pues la inocencia no se la debe presumir; error que a expresión seguida corrige la norma constitucional cuando manda, a

²⁰⁰ Art. 76. 1. Const. Ecu.

²⁰¹ Art. 77.1. Const. Ecu.

²⁰² Art. 76.1. Const. Ecu.



tenerle a la persona como inocente, pues la persona tiene un verdadero estado de inocencia. La inocencia es una cualidad de la persona imputable en materia penal o contravencional, no tiene culpabilidad, ésta debe ser real y efectivamente demostrada.

Es inocente quien no ha violado la ley con acto voluntario, por ello la inocencia es un verdadero estado de la persona y por lo tanto no debería ser una simple presunción la de la inocencia. La persona es inocente, mientras legalmente no se demuestre efectivamente que es culpable, puesto que, inclusive, de existir duda sobre la responsabilidad sobre el cometimiento de un hecho contrario a la ley; por la existencia de la duda se debe absolver al acusado.

La acusación no comporta un anticipo de la pena; los hechos que se imputan a una persona necesitan probarse inevitablemente para socavar el estado de inocencia; por esto, dice **GOZAÍNI**²⁰³ "la inocencia no es una presunción que beneficia al procesado en los casos de duda sobre la autoría o la culpabilidad de un hecho delictual; es un derecho constitucional que tiene base en el derecho de defensa, y una garantía contra la arbitrariedad judicial que, sin prueba o con duda razonable, condena sin atender el principio. "

Creemos que, se utiliza la expresión "presunción de inocencia" por tradición y no por técnica constitucional o precisión lingüística.

A este respecto, **BECCARIA**²⁰⁴ dice: Es tiránica la práctica de condenar al imputado sin haber cumplido con la carga de demostrar con certeza de su culpabilidad. Y sin embargo, los... delitos de difícil prueba, son los que según los principios recibidos admiten Las presunciones tiránicas, las cuasi-pruebas, las semi-pruebas, como si el

²⁰³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra. Cit. Pág. 215

²⁰⁴ BOVINO, Alberto. *Justicia Penal y Derechos Humanos*. EDITORES DEL PUERTO. 2005. Pág.89



hombre pudiera ser semi-inocente o semi-reo, es decir semi-punible, o semi-absolvible".

Lo esencial del proceso (...) propio de un Estado Constitucional y democrático, debería ser como indica **CORDÓN MORENO**²⁰⁵, no es sólo que el conflicto lo resuelva un juez imparcial a través de un diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, sino que también el que ese juez, al tomar la decisión, parte de considerar la inocencia del acusado como regla de juicio".

El estado de inocencia niega, por de pronto, que el acusado llegue al juicio con una conducta indefinida respecto a su culpabilidad (...) que el Juez haya de concretar en función de los argumentos que resulten más abundantes o más convincentes; el acusado llega al juicio "inocente" y sólo saldrá como culpable, si aquella condición de inocente resulta desvirtuada con pruebas claras, precisas, unívocas y concordantes.

El estado de inocencia que toda persona ostenta, permite que un acusado de delito o falta, sea inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. La declaración requiere que, con las garantías del debido proceso, el juicio de culpabilidad sea producto de la convicción del juzgador, en una valoración de conciencia del resultado de las pruebas.

El derecho de estado de inocencia -conforme **PICO i JUNIO**²⁰⁶ despliega su virtualidad, fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad

²⁰⁵ CORDÓN MORENO, Faustino. *"Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal"* ARANZADI. NAVARRA 1999. Pág. 155.

²⁰⁶ PICO i JUNIO, Joan. Obra. Cit. Pág. 155



probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, significa que las pruebas obtenidas tengan en cuenta para fundar la decisión de condena, han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia".

Trazar el camino de la inocencia como un derecho fundamental, antes que tenerle como una presunción desvirtuable *iuris tantum*, significa atribuir la cuestión constitucional a toda sentencia que desconozca el emplazamiento signado. Se trata de un derecho y como tal, no puede sufrir reglamentaciones que lo limiten, por ser operativo²⁰⁷ y actúa directamente sobre todo proceso.

Queda claro que este principio no se aplica únicamente a los procesos penales, pues se extiende a toda clasificación de conductas punibles, delitos, contravenciones, indisciplinas, de cuyo resultado pudiera surgir una sanción.

El estado de inocencia se interrumpe, exclusivamente cuando un juez competente, previamente designado así lo declare y la sentencia dictada en contra del imputado ha pasado por autoridad de cosa juzgada.

Núm. 3. Art. 76.- Const. Ecu.- "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la

²⁰⁷ Dentro de la tipología de normas Constitucionales están las denominadas operativas; que son normas que se aplican directamente desde la Constitución y no necesitan de normas infraconstitucionales para su aplicación; se diferencian de las normas programáticas que a contrario sensu requieren de normas infraconstitucionales para su aplicación. El derecho fundamental del debido proceso, tiene garantías mínimas que se han de aplicar operativamente en todo procedimiento; pues están implícitas en las garantías indirectas según la tipología de las garantías de FIX-ZAMUDIO.



Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada caso".

Este numeral trae consigo el derecho fundamental, el de preexistencia del derecho, que por otro lado es un principio que se integra al derecho fundamental seguridad jurídica; y el numeral que comentamos, le divide en dos principios: el de preexistencia sustantiva y el de preexistencia adjetiva.

Por ley preexistente debe entenderse aquélla que ha sido emitida legítimamente, tanto en su forma cuanto en su fondo por la Asamblea Nacional, cumpliendo el procedimiento previsto en el Capítulo II Sección Tercera de la Constitución Ecuatoriana.

"PEDRO PABLO CAMARGO²⁰⁸, al respecto dice: Por tanto no puede entenderse por ley preexistente, ni los decretos ejecutivos del Presidente de la República, ni los decretos legislativos dictados durante los estados de excepción."

Por lo tanto, un administrador de justicia, no está facultado para crear derecho frente a un caso concreto, a riesgo de violar el principio de legalidad, y tiene la obligación de abstenerse de aplicar otras fuentes diferentes a la ley.

Principio de preexistencia sustantiva: Este principio se ha popularizado bajo la fórmula latina "*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*" cuyo significado es "no hay crimen, no hay pena, sin ley".

A este principio, tanto el sustantivo, cuanto al adjetivo, se los denomina principio de legalidad, y nos confiere protección amplia y total. Por él, ningún ciudadano puede ser responsable de una infracción, penal y administrativa, ni castigado, si previamente no existe una ley que tipifique al acto como delito y le asigne una pena.

²⁰⁸ Camargo, Pedro Pablo. *El Debido Proceso*. LEYER. 2002. Pág. 222.



En cuanto al principio de legalidad de las penas, bajo la máxima ya referida, desde los tiempos de **CESARE BECCARÍA**²⁰⁹, ha avanzado hasta el punto que ningún Estado civilizado puede decretar penas, y menos aplicarlas, sino en virtud de leyes preexistentes y con sujeción a las prohibiciones contenidas en la Constitución²¹⁰ y en los Pactos y Tratados internacionales de derechos Humanos, que imponen limitaciones a los poderes del Estado.

Entonces, no sólo se prohíbe la aplicación de penas *ex post facto*, sino también de las penas prohibidas por la comunidad internacional, como las penas de muerte o las corporales.

Cualquier pena o sanción retroactiva creada *ad hoc* y en todo caso con posterioridad al hecho, atenta contra el principio de legalidad, supremo postulado del derecho penal moderno y de notoria prevalencia en los constitucionalismos del Estado Social de Derecho.

Principio de preexistencia adjetiva: En base de este principio está en el derecho fundamental, por el cual ninguna persona puede ser condenada "sin un juicio previo" y siguiendo el trámite procesal establecido para ese juicio, mediante la aplicación, en forma exacta y oportuna, de las normas procesales que rigen en el caso concreto (penal, administrativo, laboral, etc., etc., etc...).

En consecuencia, el rito procesal aplicable es aquél que recaiga en el momento de cometerse el delito. No puede ser un procedimiento a posteriori, en el cual, por ejemplo, prevea la competencia de otro juez, pues ello violaría la garantía del juez natural o del juez judicial competente al momento de los hechos; por lo tanto, los procedimientos establecidos a posteriori, deben ser considerados delictivos, pues la norma que se analiza, precisa "v con observancia del trámite propio de cada juicio ", no caben procedimientos *ad hoc* o

²⁰⁹ BECCARÍA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Obra escrita en 1764.

²¹⁰ Art. 84. Const. Ecu.



posteriores a la fecha en la que se cometió el delito, pues tal como ya se ha dicho, la competencia del juez natural dimana de una ley anterior, no de una ley posterior. En otras palabras, no puede haber jueces, ni fiscales *ex post facto*.

En Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y suscrita el 10 de diciembre de 1948, en su Artículo 11.2 dice: "*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse, no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*".

La norma que comen laíos, trae consigo el "principio de exclusividad" cuando señala: "Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente". La potestad de juzgar se atribuye a órganos competentes, únicos del Estado para el ejercicio tanto en base de declaración como de ejecución; está prohibido a órganos distintos de los previamente señalados en la ley juzgar a una persona; por lo tanto, resulta obvio concluir que la potestad de juzgar no puede otorgarse a otros poderes u órganos constitucionales del Estado, esta potestad sólo está en los expresamente señalados en la Constitución y la ley para el ejercicio de su función específica; estos órganos tienen el monopolio del juzgamiento a una persona.

Núm. 4. Art. 76. Const. Ecu. "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria".

Este numeral se refiere a la ineficacia probatoria de todo acto procesal, que vulnera garantías constitucionales o legales; y que la ineficiencia se extenderá a todas aquellas pruebas, que de acuerdo con



las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fuera necesaria consecuencia de ella. La doctrina a esta práctica, a la de obtener pruebas con violación a los derechos fundamentales y al debido proceso, la llaman "El fruto del árbol prohibido o envenenado".

Coincidimos con **PICO i JUNIO**²¹¹ cuando sostiene: "El derecho o la prueba no tiene un carácter ilimitado. Dada su naturaleza de derecho de configuración legal, su ejercicio debe acomodarse a las exigencias y condiciones impuestas por la normativa procesal".

Para la jurista brasileña ADA PIÍLLCGRINI debe distinguirse entre prueba ilegal, caracterizada por ser violatoria de la ley o de principios sustantivos y adjetivos del ordenamiento jurídico; mientras que cuando se infringe al procedimiento para la obtención de la prueba, esta será ilegítima y finalmente si la prohibición es de derecho constitucional, la prueba será ilícita.

Generalmente la prueba ilícita se asocia a la ilegitimidad de los medios utilizados para obtenerla o aportarla al proceso: fuerza o violencia, tortura, violación a los derechos de intimidad, etc.

GOZAINI²¹² dice: "No toda prueba sospechada en su adquisición regular, se torna ilegítima, en tal sentido, comienzan a elaborarse distinciones que hacen posible encontrar causales de justificación que disminuyan la ilicitud originaria o grados de tolerancia que disuaden su incorporación al proceso. De este registro son las llamadas: a) prueba irregular: b) prueba ilegítima: c) prueba viciada, y ti) prueba clandestina".

Por prueba irregular debe entenderse aquel elemento probatorio obtenido o practicado, con vulneración de preceptos

²¹¹ PICO I JUNIO, Joan. Obra. Cit. Pág. 146.

²¹² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra. Cit. Pág. 394



constitucionales, donde la crisis se manifiesta, de manera principal, en la forma de adquisición: con fuerza, violencia, tortura, etc, etc.

Por **prueba ilegítima** hemos de comprender la obtención de elementos probatorios, practicada con violación a preceptos constitucionales, pero que son obtenidos sin violencia; verbigracia la recepción del testimonio del imputado, sin la presencia de su Abogado defensor.

Por **prueba viciada** se debe entender aquella prueba en que concurre una serie de circunstancias que afectan la veracidad de su contenido, pero sin tener en consideración para nada la forma cómo se ha obtenido. Lo destacable de este tipo de prueba no es la ilicitud o ilegalidad, sino la veracidad o certeza de los datos tácticos que la misma aporta al proceso.

Por **prueba clandestina** se debe entender a aquella que se obtiene a través de un comportamiento oculto o de un acto realizado sin publicidad, es decir, a aquella que se realiza de un modo solapado, infringiendo la intimidad o la privacidad de la persona.

La prueba adquirida con vicios formales o sustanciales, no vale como tal, aunque puede servir como indicio. Pero es nula de nulidad absoluta y total, cuando afecta los derechos constitucionales de las personas; verbigracia, las grabaciones subrepticias.

Legitimidad de la prueba: Significa que en la práctica de cada prueba, deben observarse los requisitos que la ley determina; y que la prueba debe pedirse por quien está legitimado para ello y en forma legal, así debe primar la lealtad, probidad y veracidad en la producción de la misma.

Así, prueba lícita es aquella que se ha sometido a todos los principios del debido proceso y a los mandatos establecidos en las leyes -de procedimiento, por tal se excluye el uso de prácticas lesivas



de los derechos fundamentales, así como limitaciones que tienen que ver con la producción o práctica de pruebas.

Para **PICO I JUNIO**²¹³ prueba lícita es aquella que se ha obtenido o practicado sin infracción de los derechos fundamentales reconocidos... "

Legalidad de la prueba, es aquella que se ha obtenido en clara obediencia a los mandatos del ordenamiento jurídico positivo.

Al concluir, diremos que no toda prueba presentada en juicio tiene validez: "sólo la prueba debidamente actuada, ésto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo a la Constitución y la ley, hace fe en un juicio, tiene y debe ser valorada".

Núm. 5. Art. 76. Const. Ecu. "En caso de conflictos entre dos leyes de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará con el sentido más favorable a la persona infractora".

Este numeral trae consigo el principio humanitario de "*in dubio pro reo*"; que significa que, en caso de duda, se debe aplicar la ley en sentido más favorable al reo, pero trae también la excepción en el principio integrante del derecho fundamental a la seguridad jurídica, de irretroactividad, pues manda a que la ley que contenga penas más benéficas para el ajusticiado; se aplicará esta ley posterior, así no haya existido a la fecha del cometimiento del delito.

La duda es la oposición a la certeza, es un estado del juzgador que lo adquiere luego de haber estudiado el proceso; por tanto, la duda proviene del cuaderno procesal y se forma y desarrolla en el sujeto

²¹³ PICO I JUNIO, Joan. Obra. cit. Pág. 147.



que juzga, por esto la duda adquiere un carácter subjetivo; pero para que el juzgador, en el conflicto de leyes que contienen penas diferentes; la constitución le obliga a juzgar favorablemente al reo y sancionarlo con la pena menos rigurosa.

La irretroactividad de la ley es un principio universal de derecho, según el cual las disposiciones contenidas en las normas jurídicas, no deben ser aplicadas en los hechos llevados a cabo con anterioridad a la vigencia de tales normas.

Los antecedentes históricos los encontramos en las compilaciones de **JUSTINIANO**²¹⁴, en su *Corpus Juris Civilis*, se consagró la regla "*absurdum esset, id quod recte factum est, ab eo quod nondum postea subverti*" -"absurdo sería que situaciones jurídicas, válidamente creadas, pudiesen ser anuladas por normas que se dictasen con posterioridad".

La irretroactividad es uno de los elementos que componen la seguridad jurídica, que al decir de **BENJAMÍN CONSTANT DE REBECQUE**²¹⁵ "la retroactividad de las leyes es el mayor atentado que la ley puede cometer: es el desgarramiento del pacto social, la anulación de las condiciones en virtud de las cuales la sociedad tiene derecho a exigir la obediencia al individuo: por ella le roba las garantías que le aseguraba en cambio de esa obediencia, que es un sacrificio. La retroactividad arrebatada a la ley su carácter: la ley que tiene efectos retroactivos, no es una ley".

El principio de irretroactividad de las leyes, tiene como su excepción a las leyes penales favorables al reo. Constitucional y legalmente no está permitida la retroactividad "*in pejus*" de las normas penales que agravan la situación del imputado y si en cambio, la

²¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio Jurídico*. HELIASTA S.R.L. en Instituciones de Justiniano.

²¹⁵ CAMARGO, Pedro Pablo. Obra. cit. Pág. 247



retroactividad "*in melius*" cuando las leyes penales más favorables vienen a suprimir algún delito o a atenuar una pena.

La ley penal debe ocuparse de hechos futuros y no de los pasados; debe ser legislada con la perspectiva del provenir y no hacia la historia. Irretroactividad como regla general y posibilidad de retroactividad, a través de la existencia de una ley sancionadora más favorable.

En relación a las otras materias, civil, laboral, administrativo, etc., etc., nos enfrentamos al tema de los "derechos adquiridos" que el jurista francés JULIÁN BONNECASE²¹⁶ encuentra que, para resolver los problemas surgidos del principio de irretroactividad de la ley, es necesario diferenciar entre una situación jurídica abstracta y una situación jurídica concreta. En definitiva, las leyes son retroactivas cuando modifican o suprimen los derechos y obligaciones de una situación jurídica concreta.

La irretroactividad de la ley y el derecho adquirido colisionan con el derecho de utilidad pública o del interés social; que se traduce en la expropiación de un derecho adquirido siempre y cuando exista un interés público o de utilidad general. Nuestra Constitución en el Artículo 323 dice: "Con el objeto de desarrollar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa la justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación".

Se nota que, el derecho de expropiación no se extiende nada más que a autorizar la ocupación de aquella parte o toda la propiedad

²¹⁶ GARCÍA MANÍES, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. PORRÚA. 1980. Pág. 396.



privada, si se considera indispensable a la ejecución de la obra o propósito público de que se trate, no pudiendo ir más allá, ni cumplirse respecto de bienes que no sean necesarios para esos fines y; las instituciones estatales que se encuentran facultadas para decretar las expropiaciones deberán previo a aquella, valorar y pagar el justo precio de la propiedad que la toma del particular.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: Artículo 21.1 expresa: Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". Artículo 21.2: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, en los casos y según las formas establecidas por la ley".

Núm. 6. Art. 24. Const. Ecu. "Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza".

Este numeral contiene un principio de racionalidad y humanidad, donde la pena debe ser proporcional a la infracción; es decir, debe haber armonía, conformidad y correspondencia entre la una y la otra.

El principio de razonabilidad, tiene íntima vinculación con el principio de "*in dubio pro reo*", pues el operador jurídico buscará la pena más beneficiosa, proporcional o adecuada para el sujeto autor del delito; y además es obligación del juzgador el observar el grado de participación en el cometimiento del mismo.

El principio de proporcionalidad está conectado con el principio de razonabilidad, que obliga a que entre las facultades de investigación y persecución de los órganos de jurisdicción penal; y los



derechos constitucionales atinentes a los derechos subjetivos, procedan con ponderación y cautela.

De lo dicho, podemos decir que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y contraponerlo a los Derechos Fundamentales, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, ésto es a actuar con equidad entre el *ius punendi* Estatal y los derechos de las personas.

El principio de proporcionalidad se identifica con la prohibición de exceso, ésto es la medida de seguridad o la medida cautelar a imponer, que debe responder a criterios de razonabilidad, idoneidad y necesidad, atendiendo a los fines de la intervención Estatal, que debe ser mínima y a la gravedad del delito cometido por el autor en el caso de imposición de una pena o a la necesidad de perseguir penalmente los hechos imputados a una persona; de todo lo cual se colige que cualquiera pena, medida de seguridad o medida cautelar impuesta más allá del límite razonable, de lo idóneo o necesario es excesiva y por ello resulta contraria a los principios constitucionales del Estado Social de Derecho.

El principio de proporcionalidad viene a constituir la regla de conducta, que obliga a los operadores de justicia a mantener un balance equitativo entre el *ius punendi* Estatal y los derechos de las personas; imponiendo un equilibrio entre el castigo y el delito.

Es base sustancia al principio de proporcionalidad, la máxima "a igual petición igual resolución, o trato igual para situaciones iguales"; así la pena debe ser necesariamente en su esencia, con el grado de culpabilidad con el que actuó el sujeto; sólo de este modo la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituye en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, teniendo en cuenta que la pena tiene un significado



rehabilitador". Así entonces se deben también considerar las condiciones personales del sujeto relacionado con su acción, pues así se encuentra el equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado, por el tanto de la pena que le corresponde a quien lo realizó.

El principio de proporcionalidad, parte con el Estado Social de Derecho, el cual debe reservar para los supuestos extremos en la intervención sobre conflictos entre derechos humanos. **ALEXY**²¹⁷ propone la fórmula del peso para aplicar la proporcionalidad; reflexiona señalando que los principios no sólo exigen la mayor realización posible en relación con las posibilidades fácticas, sino que también la mayor realización en relación a las posibilidades jurídicas; y resume el Maestro alemán señalando: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".

Núm. 7 Art. 76. Const. Ecu.- "El derecho de las personas a la defensa, incluirá las siguientes garantías": La Constitución ecuatoriana pone más énfasis en el Derecho a la Defensa y precisa los principios que se han de observar en todo procedimiento.

a) "Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa, en ninguna etapa o grado del procedimiento".

Parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene como orden cronológico lógico el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a poder promover la actividad jurisdiccional en igualdad

²¹⁷ ALEXY, Robert. Obra. cit. Pág. 529



de condiciones en todas las etapas y grados del procedimiento, para lograr la decisión judicial imparcial.

Debemos hacer una diferencia entre el acceso a la jurisdicción y el derecho de acceso a las etapas procedimentales; así, el derecho de acceso a la jurisdicción es un derecho incondicionado; su base es el derecho a ser oído, es desformalizado, se rige bajo el principio *pro actione*, que obliga al órgano jurisdiccional a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada de los presupuestos y requisitos que le conduzcan a negar el acceso a la jurisdicción, debiendo en su lugar utilizar aquella que resulte más favorable al ejercicio de la acción, concediendo a las partes el derecho a subsanar los defectos u omisiones susceptibles de subsanación; en tanto que el derecho de acceso a las etapas procedimentales, debe ejercerse en acatamiento a las vías procesales legalmente establecidas. Se rige por el principio de preclusión, ya que están regulados por diversas normas legales, que determinan el alcance y contenido y establecen los requisitos y condiciones para el ejercicio de una etapa o grado procesal; y que, sólo concluida en legal y debida forma una etapa procesal, se puede alcanzar otra etapa o grado procedimental. Pero concluida una etapa o grado procesal, lo pertinente, es llegar a alcanzar otra etapa o grado procedimental, no se puede regresar a la etapa que transcurrió durante el plazo razonable establecido en la ley; la preclusión es reversibilidad de una etapa o grado procesal, es decir en conclusión, que el acceso a una etapa o grado de un procesos es formalista.

- b) "Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa".**



Este literal contiene el derecho fundamental de toda persona consistente, en el derecho a recibir la información de manera oportuna; pero además nos lleva al derecho de la persona a preparar su defensa de manera técnica, adecuada; es decir contiene un elemento del derecho a la legítima defensa, como es el de contar con un profesional, con un Abogado.

Derecho de información: Esta garantía constitucional ampara a todo individuo, desde el momento mismo en que se le hubiere iniciado alguna acción, hasta cuando ella termine.

Esta norma establece el derecho de la persona a conocer de manera amplia y satisfactoria, los hechos que dan motivo a su enjuiciamiento y a conocer la norma jurídica a la que se subsumen esos hechos -principio de tipificación; ello nos conduce a la obligación del Juez de fundamentar de manera pertinente y clara los motivos por los cuales se encausa a una persona, para que éste pueda desde ese instante, hacer uso de su derecho a la legítima defensa.

Esa vinculación entre los hechos y el derecho, será el encuadre que permita su defensa y no podrá, la resolución del operador jurídico salirse en su resolución del marco previamente establecido en los hechos y en el derecho.

A lo dicho se le conoce con el nombre de "principio de congruencia" que actúa en primer lugar, determinando los hechos contenidos en la acusación y no podrá diferir respecto de los que sean, hipotéticamente, la base de la resolución. Sin embargo, la calificación jurídica puede variar, en razón del principio *iura noví curia*²¹⁸, es decir, los hechos pueden ser tipificados por el juez de manera diferente a aquella tipificación que realizan las partes al subsumir los hechos a una norma.

²¹⁸ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra. cit. Pág. 202.



El derecho a la comunicación que se debe hacer al tiempo de presentar una acción, para a través del órgano jurisdiccional o administrativo, hacerle saber al legitimado pasivo inmediatamente de los derechos que le asisten; como el de designar un defensor y el de permanecer en silencio.

El contenido esencial de la comunicación que debe tener el legitimado pasivo, se resume en conocer de los hechos considerados violatorios de derechos y que se le atribuyen y la tipificación jurídica que tenga.

Por ejemplo, al momento en el que se limita a una persona de su libertad ambulatoria, se le debe hacer conocer de los hechos imputados; obligación que tiene la autoridad judicial competente, en el idioma que el detenido comprenda, pormenorizando los hechos que se le atribuyen y la norma que los tipifica; al tiempo que, se le debe ofrecer la posibilidad concreta de defenderse, en un marco de contradicción justa e igualitaria, contando para ello con un profesional técnico especializado.

Lo fundamental de esta garantía es afirmar el derecho a la defensa del individuo, permitiendo que éste, con la mayor oportunidad, pueda formular peticiones pertinentes; y al mismo tiempo, se persigue evitar el cometimiento de hechos que afecten el derecho de acceso a la jurisdicción y a la defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹⁹ en su Artículo 9. 2 dice: "Toda persona detenida será informada, (...) notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella".

c) "Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones".

²¹⁹ Suscrito en diciembre 16 de 1996; ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo Nro. 37, publicado en el R.O. Nro. 101 de enero 24 de 1969.



El derecho a la igualdad es consustancial al debido proceso, y constituye un veto a cualquier desigualdad; es decir, la imposibilidad de que una de las partes quede en indefensión, pero es también la aplicación razonable, es decir con fundamento en el grado de satisfacción de un derecho, sobre la afectación de otro cuando por ejemplo se actúa bajo el principio de acción afirmativa o discriminación positiva.

Podríamos señalar que, el principio de igualdad garantiza la aplicación de la ley en cada etapa del procedimiento, como se ha dejado ya señalado en el punto anterior.

Es decir, en el plano estrictamente procesal, se trata de asegurar que ambas parte en conflicto gocen de los mismos medios de ataque, de defensa, en un plazo previamente establecido en la ley para cada etapa procedimental, que cuenten con las mismas armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba. Se trata del principio de garantizar la imparcialidad del juzgador y el equilibrio de las partes, de modo que dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. En definitiva es como señala **CORDÓN MORENO**²²⁰ "la igualdad procesal es ubicar a las ¡Kiries del proceso, en conexión con los principios de contradicción procesal e interdicción con la indefensión "

d) "Los procedimientos serán públicos, salvo las excepciones previstas en la ley. La partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento".

²²⁰ CORDÓN MORENO, Faustino. Obra. cit. Pág. 132.



El legislador constituyente ha conectado expresamente la publicidad con la situación jurídica de los ciudadanos que gozan de especiales derechos fundamentales y en consecuencia se debe mantener en resguardo su identidad.

La publicidad en los procedimientos, implica que los juicios sean conocidos más allá del círculo de las partes que actúan en el mismo; pudiendo tener una proyección general, que de otro lado no puede hacerse efectivo este derecho a la publicidad, sino con la presencia de los medios de comunicación social. Y como lógico ejercicio de este derecho, tal presencia les permite obtener información de la misma fuente y transferirla, a cuantos por una serie de circunstancias de tiempo, oportunidad, distancia, no pueden adquirirla.

Así, entendido el derecho de procedimientos públicos, nos lleva a reflexionar sobre la utilidad del derecho, que desde nuestro punto de vista tiene dos fines claramente visibles; el primero es el de vincular a la colectividad como ojo visor de todo juicio y su procedimiento; el segundo es el de procurar la legitimidad indirecta del poder judicial, mostrando a la colectividad un procedimiento transparente e independiente.

De conformidad con la Constitución, existen procedimientos que no pueden ser públicos, ni publicitados; es decir, el derecho a los procedimientos públicos, no es absoluto; ello en respeto a los derechos fundamentales de ciertos grupos de personas que por edad y sexo, deben mantenerse en custodia del órgano jurisdiccional.

La llamada publicidad de las partes y su derecho a acceder a cuanto documento y actos procedimentales se hayan realizado, están íntimamente ligados al principio de audiencia, ya que el principio no sólo radica en las actuaciones procesales, sino en poder actuar con oportunidad y defenderse.



- e) **"Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto"**

El legítimo derecho a la defensa, descansa sobre la base de una asistencia técnica y profesional, en el momento que una persona deba dar su declaración; para que el abogado pueda controlar que una persona no se inculpe a sí misma o advertirle de su derecho a guardar silencio; la presencia del profesional del derecho, evitará las injerencias arbitrarias, sugestivas o abusivas.

Como una proyección de la garantía de asistencia letrada en el proceso, se encuentra la limitación razonable de autodefensa; asegurando de esta manera, que en toda sustanciación procesal, las personas cuenten con el adecuado asesoramiento técnico, que le permita decidir con criterio los caminos a seguir; por lo tanto, el órgano judicial debe guardar un celo especial para que esté presente el abogado y no se produzca indefensión a lo largo de todo el proceso, es decir, en todas sus fases o instancias.

De este modo, el constituyente derivado del 2008, quiere que dentro de un proceso, exista una prueba fidedigna e incontrovertible; sin el más mínimo viso de ilegitimidad, por ello la exigencia de la presencia de un abogado en las declaraciones de una persona²²¹. Con la presencia del letrado, se está garantizando un legítimo derecho a la defensa, así se hace posible su defensa técnica, adecuada; y sólo así las versiones rendidas pueden ser materia de contradicción y se

²²¹ GARCÍA FALCÓN, José C. *"Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado"* 2001. Pág. 76



imposibilita la autoincriminación que se pudiera presentar a través de un interrogatorio subjetivo o impertinente.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 14 .3 literal d) dice: "A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste de tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre un defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo"

La norma constitucional que revisamos al precisar que, por ningún motivo, ninguna persona, en ningún proceso, pueda ser interrogada sin la presencia de un abogado, implícitamente está disponiendo que, de haberse practicado la diligencia de interrogatorio sin la presencia de un abogado designado por el detenido o nombrado por el Estado, si el detenido no pudiere o no quisiere designarlo; ese interrogatorio carecerá de valor probatorio.

El tema de las denominadas pruebas ilícitas es de gran complejidad y tiene relevancia en todos los procesos: penales, civiles, administrativos, laborales, etc., y entre las pruebas ilícitas está la obtenida del testimonio del detenido, sin la presencia de un abogado; pero el constituyente extiende la ilegitimidad de las declaraciones inclusive a los lugares no autorizados por la ley; dándole al juzgamiento a una persona aún más garantías, la de la protección institucional del órgano en el que se ventila la causa.

f) "Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento".



Este literal tiene estrecha vinculación con los derechos de: defensa, derecho a la pertinencia, a la motivación e igualdad; puesto que se garantiza a la persona a través de la obligación que tiene el Estado, de informarle de manera oportuna (derecho a la legítima defensa) y debidamente informada (derecho a la pertinencia y a la motivación) en su lengua materna (derecho a la igualdad) de las acciones iniciadas en su contra.

Las acciones contienen las pretensiones que tiene el sujeto activo en contra de otro sujeto pasivo, que debe enterarse a la brevedad posible, sobre los hechos y el derecho en el que fundamenta sus pretensiones el sujeto activo, para proponer excepciones o allanarse.

Esa vinculación entre los hechos y el derecho, será el encuadre que permita su defensa, y la resolución que posteriormente y luego de un debido proceso, adopte el juzgador, se ha de enmarcar dentro de los aspectos referenciados.

El principio de congruencia actúa en primer lugar, determinando que los hechos contenidos en la acción, no podrán diferir respecto de los que sean, hipotéticamente, la base de la resolución que adopte el operador jurídico. Sin embargo, la calificación jurídica puede variar, en razón del principio *iurcí novil curia*.

El derecho a la información comienza desde la presentación de la acción y se diferencia de la comunicación que debe hacerse al tiempo de la detención (por la que el detenido sabe los derechos que le asisten, las causas de la detención, el Juez que la ordenó, su derecho a comunicarse con un familiar, a ser asistido por un abogado y su derecho de permanecer en silencio).

Es necesario aclarar, que en materia penal, el testimonio del inculpado que se lo tomará como un aspecto de defensa material



(autodefensa), nunca se puede recibir si, previamente, no se le informó perfectamente el hecho que se le atribuye. Es decir, es imposible imaginar un descargo, si antes no se realizaron los cargos.

CORDÓN MORENO²²², considera que este derecho es específico del proceso penal y además distinto, pero instrumental del derecho a la defensa, porque "ninguna defensa puede ser eficaz, si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensa"; pero, al ser instrumental del derecho de defensa, al estar ligados, ambos derechos -defensa y comunicación- no pueden ser interpretados aisladamente, sino referido el primero y el segundo y situados ambos en el contexto de un debido proceso. Pero, es indispensable dejar claro que, no es un derecho exclusivo del proceso penal; el derecho de comunicación es sustancial a todos los procesos y en todos los procedimientos.

En el Ecuador, esta garantía que está destinada a más de los extranjeros que no hablen el castellano y a los habitantes del Ecuador que no hablen los idiomas vernáculos de las nacionalidades existentes en el Estado. (El idioma oficial del Ecuador está constitucionalizado en el Inc. 2ro. Art. 2. Const. Ecu.) Estas personas se verían afectadas en sus derechos, si no se les hace conocer sobre las acciones iniciadas en su contra, en su idioma maternal.

Puesto en conocimiento de los hechos pretendidos por el sujeto activo, por parte de la autoridad judicial correspondiente, en el idioma que el imputado comprenda, pormenorizando los hechos que se le atribuyen y que afectan el derecho del accionante; se le debe ofrecer de manera concreta, la posibilidad de defenderse en un marco de contradicción justa e igualitaria.

²²² CORDÓN MORENO, Faustino. Obra. cit. Pág. 145.



La comunicación debe ser precisa y el sujeto pasivo la debe entender con claridad, por ello se ha de hacer en el idioma que así lo entienda; este derecho a más de ser instrumental del derecho a la defensa, es sustancial de derecho a la no indefensión.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Artículo 14.3 lit, a) expresa: "A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella".

Este derecho integra al de contar con la asistencia de un intérprete o traductor, si el detenido no habla o razona en el idioma de los operadores de justicia, al que ya nos referimos.

A este respecto, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en el Artículo 8.2 literales a y b dice: " a) *derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal: b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada*".

g). "En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor".

La garantía de defensa que es base esencial del debido proceso, obliga a responder con acierto y eficacia al problema de la asistencia letrada idónea; es decir por un profesional del derecho; una abogada o abogado, que tendrán derecho a una libre comunicación con quien ha de ser su defendido.



Como se comprenderá, no se trata solamente de evitar la indefensión, sino también de lograr que quienes actúan ante la justicia, estén asesorados adecuadamente, permanentemente instruidos, y técnicamente capaces de soportar las exigencias, vaguedades y ambigüedades del proceso judicial; porque la norma es clara en señalar que este derecho actúa sólo en los procedimientos judiciales.

La Constitución no hace diferencia entre causas civiles, administrativas, penales, laborales, etc., porque el compromiso constitucional se funda en el concepto previo por el cual todo proceso judicial debe solventar la garantía de protección del justiciable y efectivo cumplimiento del orden jurídico; puesto que, se supone²²³ que el abogado conoce de las medidas que garantizan un debido proceso.

En consecuencia, la noción garantista que se preserva en esta dimensión, ocupa dos aspectos centrales de tipo positivo, y otra proyección de tipo negativo. Los primeros se refieren: a) derecho al abogado, y b) la defensa técnica idónea; mientras que la otra cara de la medalla es: a) la garantía para que no se produzca indefensión, y b) la asistencia técnica gratuita.

La ausencia de conocimientos técnicos del procesado, obliga a cubrir al Estado, de cualquier déficit de un patrocinio de letrado, por lo tanto, la adopción de una serie de circunstancias que permitan al justiciable estar técnicamente asistido en todo momento del procedimiento.

El derecho a la asistencia técnica, es un derecho instrumental del derecho a la igualdad y de defensa, que garantiza con la imposibilidad de que una persona quede en indefensión; por lo tanto, el reconocimiento del derecho a la asistencia de letrado se orienta a

²²³ El título es únicamente una presunción de conocimiento técnico; pero, es una presunción de lo más cercana a esa realidad del conocimiento técnico.



garantizar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre las partes; evitando limitaciones en la defensa, que a la postre significa angustia de defensa, que tiene como resultado final la indefensión.

h) "Presentar en 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".

En sentido estricto, el principio de audiencia se agota con la exigencia de dar a conocer a la otra parte los hechos y el derecho que sustentan el proceso y de cada una de sus fases y actuaciones, para que se pueda hacer efectivo su derecho a ser oído en ellas, y se garantiza básicamente con los actos de comunicación procesal.

El principio de audiencia se ha de interpretar como derecho al proceso a tener un juez que le escuche las razones o argumentos, que le permita a las partes desarrollar el conflicto en el marco de los principios de bilateralidad y contradicción, equilibrando en su tiempo y circunstancias, las desigualdades probables que sucedan.

El principio de audiencia, asegura la ordenación del proceso, reconociendo implícitamente la facultad o potestad judicial de adecuar el trámite a las características del conflicto, con sus diversas formas de proceder. La esencia del derecho de audiencia se vincula fundamentalmente a la tutela efectiva que tienen los derechos constitucionales ventilados en un proceso, los que deben encontrar un medio adecuado (sencillo y eficaz), para debatir sin restricciones, presentar pruebas y contradecirlas.

De otro lado, la norma que analizamos trae consigo el derecho a la prueba, que impide resolver un juicio sin haber dado oído a las



partes a las que se les ha de permitir en igualdad de oportunidades, probar la verdad de sus afirmaciones.

Como vemos, el principio de audiencia exige no sólo que se confiera a las partes la posibilidad de conocer los hechos y el derecho en la sustanciación de un juicio; las partes deben conocer los términos del debate procesal planteado, todo ello en la medida que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión y un proceso con las garantías debidas, imponiendo a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal, en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y la defensa, a efectos de evitar desequilibrios en la posición de las partes.

GOZAÍNI fundamenta el principio de audiencia señalando: "...permite que unci cama sea oída por un juez independiente e imparcial, a través de un proceso equitativo. Este proceso se guía con la finalidad de lograr una propuesta seria y fundamentada, a cuyo efecto debe acudir un nuevo agrupamiento de derechos jurisdiccionales que se suman al derecho de audiencia, como el de prueba, de tratamiento igualitario, de contradicción y de contribución, en búsqueda de un resultado útil para todos.²²⁴".

i) "Nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena, deberán ser considerados para estos efectos".

Para juzgar un acto contrario a la ley, se inicia un proceso y solamente uno, incluyendo en este caso, a aquellos que se han iniciado en la jurisdicción indígena. Nunca, en ninguna circunstancia, se puede

²²⁴ GOZAÍNI Osvaldo Alfredo. "Derecho Procesal Constitucional. AMPARO" RUBINZAL-CULZONE. BUENOS AIRES-ARGENTINA. 2002. Pág. 179.



iniciar un segundo proceso para juzgar la misma infracción, porque a cada infracción le corresponde un solo proceso, nunca dos o más procesos.

Iniciar varios procesos para juzgar una sola infracción, es contravenir en forma flagrante al derecho fundamental de toda persona al principio de la cosa juzgada "non bis in ídem - no otra vez sobre lo mismo "- que es un principio que compone el derecho fundamental a la seguridad jurídica.

El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que obliga al exegeta a razonar fundamentalmente en precautelar los derechos humanos y, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos, y por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. Desde este punto de vista que es admitido por la Constitución Ecuatoriana en la norma que analizamos, está claro que el principio "non bis in ídem" no se concreta sólo a la no imposición de una doble sanción, ya que del principio de no otra vez sobre lo mismo, se desprenden mandatos más amplios, como el de prohibir el doble enjuiciamiento; sin embargo, consideramos que la interpretación de este principio debe ser más amplia e ir hacia la no doble persecución o investigación por el mismo hecho, en otro procedimiento.

La filosofía de los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos, han incluido desde luego el principio non bis in ídem y han tomado partida en su aplicación; para que éste no quede únicamente en manos del Estado; así la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 8.4 dice: "El inculpado absuelto



por una sentencia firme, no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 14.7 dice: "Nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto, por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 17 de septiembre de de 1997, en un caso en contra del Gobierno del Perú, respecto del principio non bis in ídem, se pronunció: "Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos, para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos".

j) "Quienes actúen como testigos o peritos, estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo".

La norma tiene un mandato que obliga a los testigos; es decir a aquellas personas que conocen del hecho que se juzga, a los auxiliares de justicia, que, por el conocimiento un una determinada materia o ciencia, han intervenido durante el proceso, en calidad de peritos a comparecer ante el juez y a responder el interrogatorio que el Juez, autoridad o las partes que actúan en el proceso les realicen.

El principio de inmediación trae consigo la prohibición al Juez de que pueda delegar a otro funcionario judicial la recepción de los interrogatorios; pues se considera necesaria e indispensable la participación activa del Juez en ese momento procesal de acopio de prueba, en la que suceden una serie de hechos que van más allá de la comunicación de testigos; pues el Juez observa el comportamiento del



declarante y por consiguiente puede advertir si el testigo actúa de manera natural o se trata de un sujeto preparado, entrenado para que rinda la declaración.

Este numeral, dispone que la obligatoriedad de testigos y peritos para acudir ante el juez a responder los interrogatorios que se les plantee; principio que opera en "cualquier clase de procedimiento", es decir, no existe procedimiento (civil, penal, laboral, administrativo, tributario, etc.) en el que no se pueda interrogar por parte del juez o las partes, a los testigos o peritos.

La norma, aún que no lo exprese, pero por el principio de extensión de los derechos, incorpora el derecho que tienen los testigos y peritos para acceder a los documentos que tengan relación con el procedimiento; todo ello, para evitar errores técnicos que conlleven a error e impidan el descubrimiento de la verdad.

k) "Ser Juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto".

La competencia es el presupuesto del proceso consistente en la cualidad de un órgano jurisdiccional, que le permite o le exige conocer válidamente de un tipo de asuntos y de tener preferencia legal respecto de otros órganos jurisdiccionales, para conocer de un litigio o causa determinada. Esa cualidad se posee como consecuencia del mandato de la ley -"no existe competencia sin ley - la competencia nace exclusivamente de la ley".

La competencia es la medida dentro de la cual la potestad pública de juzgar, está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados.



La competencia es la jurisdicción limitada, o el ejercicio limitado de la jurisdicción, es decir, el poder o facultad de administrar justicia, de ejecutar lo juzgado o de intervenir en la solemnización de actos, pero solamente respecto a ciertas materias, personas, territorio, cuantía o grados.

Mientras la jurisdicción es el poder o facultad en sentido genérico, conferida por la Constitución y desarrollada en el sistema normativo; entre tanto que, la competencia es el ejercicio práctico, es la facultad específica que tiene en cierto ámbito.

Todos tenemos derecho a ser juzgados única y exclusivamente por el juez natural de la causa; es decir, por aquel que tiene la jurisdicción y la competencia para conocer un caso concreto. Más todavía, debe juzgarnos el juez o el tribunal establecido con autoridad, de conformidad con las prescripciones constitucionales y legales; en consecuencia, está absolutamente prohibida la creación de juzgados, de tribunales o de comisiones especiales —*ad hoc*— creadas expresamente para juzgar un caso determinado o un conjunto de ellos, con posterioridad a la comisión de un delito.

La norma que analizamos contiene tres prohibiciones absolutas: 1) Nadie puede ser juzgado, sino por el juez competente; 2) Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales de excepción; y, 3) Tampoco por comisiones especiales creadas *ad-hoc*.

Juez natural, en consecuencia, es aquel que tiene competencia asignada por vía legal para conocer y resolver un litigio. Es condición obligatoria la pre designación del juez; es decir, la capacidad para el conocimiento del litigio por parte del Juez que debe estar determinado, pre establecido, legislado con anterioridad.

Las cuestiones que centran el derecho constitucional al juez competente predeterminado por la ley, cuyo interés es proteger al justiciable contra el conocimiento de la causa, a un Juez distinto del



que venga establecido por las leyes de organización judicial y de procedimiento, evitando cualquier clase de manipulación sobre el órgano judicial llamado naturalmente a conocer del caso, cerrando las puertas a criterios de oportunidad en la designación del Juez, son establecer la naturaleza del instrumento normativo idóneo para realizar la determinación del Juez, señalar cuál es la libertad del legislador para declarar el Juez competente y cuáles pueden ser subrogantes.

La finalidad esencial, dice **GOZAÍNI**²²⁵, que comporta esta garantía es para el justiciable que prioriza la independencia e imparcialidad del órgano, impidiéndole al legislador o a la administración, crear una competencia especial o una jurisdicción arreglada a la medida del hecho que se debe resolver.

El derecho del Juez competente implica un Juez investido de forma ordinaria, natural, por la Constitución, al ser nombrado Juez o Magistrado para integrar un órgano del Poder Judicial y estar sujeto exclusivamente al imperio de la ley.

El derecho al Juez ordinario protege contra la implantación de cualquier tribunal especial, excepcional o de excepción, pero no de los que se ha denominado en doctrina procesalista, de las jurisdicciones especializadas, incorporadas en la jurisdicción ordinaria, aún al margen de las tradicionales civiles o penales.

En definitiva, la garantía tiene dos facetas: por un lado, exige que el procedimiento sea llevado por el Juez competente designado con anterioridad a los hechos que motivan la causa, y por otro, a nulificar el enjuiciamiento de quien no sea Juez natural.

La norma que analizamos trae implícita el **derecho fundamental de acceso a la justicia**: La justicia que constituye un

²²⁵ GOZAÍNI Osvaldo Alfredo. Obra. cit. Pág. 200



derecho fundamental de toda persona; en consecuencia, parte de ese derecho fundamentales el poder llegar a ella sin trabas; nadie puede ser privado de ello, el hacerlo, constituiría el desconocimiento al Estado de Derecho; no "puede existir Estado de derecho y menos un Constitucional de Derecho, sin la presencia de este derecho fundamental, universalmente aceptado de acceso a la justicia.

Acceder a la justicia es un principio del Estado Constitucional; pues, no se exceptúa a persona alguna de acceder a ella, de captarla de manera íntegra y total.

Sin la garantía fundamental de acceso a la justicia, el debido proceso, no funcionaría; el acceso a la justicia es condición primaria para que el debido proceso actúe como un derecho protector de las personas y de sus bienes.

El derecho de acceso a la justicia nos conduce al **Derecho a la tutela de los órganos judiciales**. Los órganos judiciales, legalmente establecidos, son el instrumento por medio del cual, la persona accede con su pretensión en busca de justicia en la forma y con los requisitos que la ley exige. Es necesario aclarar que, cuando hablamos de órgano judiciales, nos estamos refiriendo a todos los operadores de justicia, a todos los órganos que administran justicia; pertenezcan o no al poder judicial.

Todo órgano que esté llamado a administrar justicia debe tener **características de la tutela**; debe dar a las personas, debe ser: efectiva, imparcial y expedita.

Tutela efectiva: La tutela que los órganos judiciales están obligados, es decir, deben a los ciudadanos garantizarles la mejor calidad, que se ha de concretar con la efectiva reparación del derecho bajo el principio *restitutio in integrum*.



Lo efectivo, es lo real y verdadero, es lo contrario a lo dudoso a lo quimérico. Para que la tutela sea efectiva debe ser: eficaz, eficiente, cierta, clara, operativa, productiva. Debe descender realmente a quien la necesita.

Tutela imparcial: Es decir con objetividad, sin favorecer a nadie, sin inclinarse ante nada, ni recibir presiones por nada, ni de nadie.

La imparcialidad se manifiesta cuando los actos y las actitudes del juzgador son independientes y están revestidos de justicia; son rectos, desapasionados, ecuanímenes, equilibrados, neutrales; cuando desechan la parcialización.

Tutela expedita: Es decir libre de estorbos, su obrar debe ser rápido y ágil; y no lento, ni torpe. Se debe evitar, en consecuencia, los trámites engorrosos, innecesarios e inapropiados, porque a la tutela, se le requiere de manera oportuna, en el instante que se la pide, por ello, con justa razón el aforisma "justicia que tarda, no es justicia"; el juzgado debe evitar a toda costa caer en demora, debe actuar bajo el principio *-periculum in mora-*.

La indefensión²²⁶: la indefensión es la ausencia de defensa; es la situación del que está indefenso; es el negarle a una parte procesal su legítimo derecho a la defensa, a la contradicción, a la prueba, etc.

Nuestra constitución, garantiza el derecho fundamental de la defensa; en consecuencia, nadie puede sufrir de indefensión, ni siquiera bajo el pretexto de que no existe norma legal para resolver el caso; puesto que, tratándose de un derecho fundamental; la Constitución, dispone en el Artículo 11.3; que no se puede alegar falta de ley para que los operadores de justicia dejen de precautelar o permitan que se violente un derecho fundamental o una garantía constitucional.

²²⁶ Art. 75 Const. Ecu.



La indefensión es una desventaja jurídica en que se ubica a las partes que intervienen en el proceso y es producida por un acto ilegal o injusto del juzgador.

Efecto del incumplimiento de las resoluciones judiciales: La norma que analizamos que se encuentra en íntima relación con el Art. 75 de la Carta Fundamental; prescribe que toda resolución debe cumplirse indefectiblemente por lo tanto, ninguna resolución que hubiere alcanzado autoridad de cosa juzgada, puede quedar sin cumplirse; además, debe ejecutarse en forma total, oportuna e incondicional. No existe proceso concluido si la sentencia no se ha cumplido en su integridad; en este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterados fallos.

1) "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados, se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".

Esta norma contiene el principio esencial al derecho de debido proceso; principio que es vital para legitimar el poder jurisdiccional; a este respecto **GOZAÍNI**²²⁷ dice: "Las razones que predica esta obligación de fundamentar reconoce varias explicaciones y argumentos desenvueltos. El primero tiene en cuenta la necesidad de justificar el poder jurisdiccional a través de la razonabilidad de sus

²²⁷ GOZAÍNI Osvaldo Alfredo. Obra. Cit. Pág. 180



fallos: luego, porque las bases sobre las que cada sentencia se apoya puede controlarse a través de recursos, abriendo una instancia de revisión. Así mismo, es un argumento contra la arbitrariedad o el despotismo judicial".

Las resoluciones de los poderes públicos, es decir, el legislativo, ejecutivo y el judicial; cuando toman una decisión que afecta a una persona, deben ser motivadas; mandamiento imperativo que guarda armonía con los principios que ordenan la administración pública contenidos en el Artículo 227 de la Constitución ecuatoriana, que insiste en la obligatoriedad de que los actos del poder público sean claros; es decir, transparentes, garantizando al administrado su derecho al debido proceso; explicando en toda resolución o acto, las razones, causas o motivos que se tienen para dictarlas o expedirlas.

De ello resulta que la motivación se convierte en una garantía que trasciende a las partes, porque proyecta la obligación como un valor constitucional que hace la eficacia de las sentencias, resoluciones o actos creados por los poderes públicos".

Según **GOZAÍNI**²²⁸ se ha encontrado un principio nuevo al que él denomina pro sentencia, según el cual, todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales no con criterio restrictivo, poniendo el ojo especialmente en las inadmisiones de cualquier naturaleza, y ampliando el texto expreso a posibilitar una efectiva administración de justicia; este principio hermenéutico, obliga a una interpretación extensiva y con el mayor alcance posible de toda norma que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo, presentadas en un caso concreto, que se han de expresar con claridad

²²⁸ GOZAÍNI Osvaldo Alfredo. *El Debido Proceso*. Obra. Cit. Pág. 430.



pertinente en la sentencia; además, el principio pro-sentencia, obliga a que las infracciones procesales, sólo den lugar a nulidades relativas y, por ende siempre subsanables funcionando bajo el principio de interdicción de la indefensión.

De otro lado, el mandato Constitucional instala el deber de motivar de manera pertinente, congruente, como un presupuesto procesal, para que la sentencia o las resoluciones que adopten los poderes públicos, sean válidas o inexistentes como sostienen algunos constitucionalistas.

La norma que analizamos, de igual forma, de manera imperativa dispone que no habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios en que se haya fundado la motivación; de incumplirse esta orden, aclara el constituyente, no habrá tal motivación; es decir, es imperativo constitucional, condición sine qua non, que para que exista motivación, se deben precisar las normas o principios jurídicos en los que se asienta la motivación.

La motivación es un principio fundamental que integra el derecho instrumental denominado debido proceso; pues, la solución justa no es simplemente -como lo afirma el positivismo jurídico- el hecho de que sea conforme a la ley, es decir, legal; la solución justa debe ser legítima. Pues, lo legal no es siempre lo justo, en la necesidad de justicia deben ir implícitos los contenidos de los derechos; y además, el pronunciamiento debe tener los argumentos suficientes para convencer a las partes sobre lo justo de la resolución. Aparece la dimensión táctica, social del proceso y la repercusión que tiene en la sociedad cualquier sentencia judicial o resolución administrativa; pues, la motivación pertinente es una herramienta para erradicar la arbitrariedad.

Pero, el constituyente, aún es más exigente y precisa que no sólo es indispensable el que en la motivación se enuncien las normas o



los principios jurídicos; sino que, pone la condición, la de explicar de manera suficiente la pertinencia de su aplicación; esto es, a exponer las razones por las que tal norma o principio es correspondiente al caso, es pertinente, o concierne al hecho. Para que haya motivación, la cita de la norma legal o del principio jurídico, debe estar acompañada de la explicación, igualmente suficiente y lógica de su adecuación a los hechos.

PICO I JUNIO²²⁹ en relación a la pertinencia dice: "Existe pertinencia, siempre que la prueba propuesta tenga relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para al Tribunal, y expresa además la capacidad para insistir en la convicción del órgano decidor, en orden a fijar los hechos de posible trascendencia para el fallo. "

Cuando la resolución del poder público, carezca de la motivación suficiente, en los términos señalados por la Constitución, no tiene validez, porque esa validez, está condicionada al enunciado de las normas legales o de los principios jurídicos y a la explicación de la pertinencia de ellos para el caso.

La legitimación del pintor judicial a través de la motivación pertinente: En la obligación constitucional de la motivación pertinente, se cubre el derecho fundamental de tutela judicial efectiva; y el poder judicial, como poder público del Estado, se diferencia de los demás poderes en orden a su legitimación. La teoría de la representación, sigue siendo un criterio válido de legitimación de los poderes ejecutivo y legislativo, pero el poder judicial, carece de un elemento similar a la representación para justificarse. Ciertamente, es a través del poder judicial cómo la

²²⁹ PICO I JUNIO, Joan. Obra. Cit. Pág. 146



sociedad da cumplimiento a la justicia, pero el poder judicial en sí mismo tampoco adquiere en esta funcionalidad su justificación.

En cuando órgano de justificación del derecho, los tribunales asocian el derecho y la obligación, con el concepto justicia. De este modo, el derecho empieza a justificarse en función de un interés superior, el interés público, que se convierte en un factor de legitimación del derecho y por extensión, del sistema jurídico. Para realizar esa función, los tribunales tienen que ostentar una legitimidad propia, algo que no siempre es fácil de conciliar con los planteamientos democráticos propios del Estado Constitucional.

La legitimidad del poder judicial en un sistema democrático debe contemplarse desde la perspectiva del control del poder. En una democracia compleja que respete el pluralismo, debe haber no sólo instituciones representativas, donde se impone la mayoría, sino también instituciones de control. De ese modo, el poder judicial es una institución que contribuye a garantizar la tolerancia y el pluralismo. De ahí deriva su legitimidad democrática, de su sometimiento al ordenamiento jurídico. Pero esa legitimidad democrática no es ya sólo la del sometimiento a la ley, sino también la del sometimiento a la Constitución y a los convenios internacionales en materia de derechos humanos²³⁰. Esto explica las facultades que el juez tiene respecto de la ley ésto es, la posibilidad de suspender la aplicación de una ley que esté en conflicto con la Constitución - Art. 428. Const. Ecu.

Por ello, en el Estado constitucional adquiere especial importancia la legitimación indirecta del poder judicial, a través de la aplicación del principio de motivación pertinente en las resoluciones judiciales.

De este modo, la decisión judicial ha de fundamentarse en la lógica que debe presidir toda operación jurídica del juez, como

²³⁰ Art. 426 Const. Ecu.



operación racional. Esta operación culmina en una resolución judicial, cuya motivación permite distinguir la arbitrariedad de la racionalidad, y garantizar el sentido de futuras decisiones judiciales. No hay que olvidar que el derecho, en su fase de aplicación, se manifiesta como modelo a seguir, o expectativa de futuro de la línea interpretativa adoptada por el órgano jurisdiccional (jurisprudencia).

La legitimidad del poder judicial, en definitiva, se asienta y se sostiene en la confianza y respeto del pueblo al órgano jurisdiccional en virtud de la calidad e independencia en sus fallos.

Al respecto **MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN**²³¹ dice: "La constitución establece que las sentencias serán siempre motivadas. Esta exigencia de motivación es un requisito que satisface la necesidad de tutela judicial, permitiendo al justiciable conocer las razones por las que se decide a cerca de su Derecho. Pero no sólo se concede derechos a través de las sentencias, sino que muy frecuentemente las resoluciones judiciales en forma de autos pueden traducir derechos, que se derivan de la sentencia...".

m) "Recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".

Principio que integra el derecho a la tutela judicial efectiva²³² que admite la existencia de diferentes posibilidades de organización de los distintos órdenes jurisdiccionales²³³ y procesos y también por lo tanto, de instancias y recursos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones, cuya satisfacción se insiste y de las normas que las fundamenta.

²³¹ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. TECNOS 1997. Pág. 52

²³² CORDÓN MORENO, Fausto. *Obra. Cit.* Pág. 183.

²³³ Art.178. Const. Ecu.



Como notamos, en la dinámica procesal, el recurso supone un acceso a una instancia de revisión que abre una nueva etapa procedimental que puede modificar, ratificar o revocar una resolución.

Las parte procesales, sujetos activo o pasivo, pueden recurrir del fallo; impugnándolo total o parcialmente, y de esta manera se reabre el debate jurídico. La Convención Americana de derechos Humanos -Pacto de San José- en su Art. 8.2. h) establece el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, este derecho de los sujetos procesales está regulado en los diferentes procedimientos; señalando los plazos y los términos en los cuales puede ejercer el derecho, puesto que, transcurrido el plazo o el término, precluye el derecho; es decir, este derecho se ha de hacer efectivo en relación al principio del plazo razonable. Este derecho está regulado en el derecho interno de cada Estado, en consecuencia, los Pactos Internacionales, en cuanto afectan la disciplina de los recursos reglamentados en el Derecho interno, no suponen crear recursos inexistentes, ni generar parámetros de interpretación distintos a los previamente señalados en los códigos legislados por el Estado.

GOZAINI²³⁴ considera que el derecho a recurrir del fallo es una proyección del principio de igualdad en el proceso, del cual parte la bilateralidad y contradicción necesaria para el equilibrio en el debate.

²³⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra. Cit. Pág. 16

CAPÍTULO VIII

GARANTÍAS BÁSICAS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD



El constituyente de Montecristi ha dado especial importancia a las garantías de las personas privadas de su libertad; para ello, ha constitucionalizado en el Art. 77 lo que ha denominado garantías básicas.

Art. 77.1 La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria, para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida, sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares destinadas a la prisión preventiva.

En este numeral está latente el derecho fundamental de libertad física, ambulatoria o de movilidad. La libertad es un principio fundamental de toda sociedad organizada y es la base de todo Estado que se diga de Derecho; y consiste en reconocer a cada individuo un ámbito de libertad que le es inherente por pertenecer al género humano, y así está protegido de las intervenciones provenientes del Estado y de las demás personas. Es en este sentido, las constituciones democráticas destacan a la libertad como un fin y para cuyo aseguramiento se establece el Estado de Derecho. Asimismo, la Constitución atribuye a los individuos un ámbito de libertad y les otorga la categoría de derecho fundamental en diversas disposiciones que tipifican las libertades específicas, y el Artículo 66 en su numeral 14 consagra el derecho de movilidad o denominado también de libre tránsito.



Todas las personas que habitamos en el territorio ecuatoriano, tenemos el derecho de recorrer su espacio físico, sin limitación alguna, a establecer nuestra residencia, definitiva o temporal, en cualquier lugar que comporte el Estado; a salir del Ecuador y a ingresar en él sin limitaciones. Este derecho lo recoge la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en su Artículo 22. 2 que dice: *Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio*".

La Jueza o Juez, de acuerdo al mandato del numeral en análisis, es el garante del derecho a la libertad personal, es el único que puede limitar el derecho al libre tránsito; así se convierte en uno de los rasgos más sobresalientes de lo jurisdiccional. Sólo los órganos de la Función Judicial pueden restringir la libertad de los individuos; en consecuencia, existe interdicción de los particulares y de cualquier órgano del Estado no judicial para privar de la libertad a una persona.

En materia de derecho a la libertad personal, el constituyente ha estructurado una serie de garantías entre las que se cuenta la reserva judicial o monopolio jurisdiccional a favor de la libertad individual, siendo indispensable la orden constitucional de privación de la libertad, que ha de ser emitida mediante escrito fundamentado de autoridad judicial competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, sólo así una persona pueda ser privada de su libertad.

La privación de la libertad debe ser mediante providencia motivada y fundamentada de manera pertinente; es decir, debe estar sustentada en documentos que tengan relación concreta con el caso; y sobre estos documentos se debe realizar la exposición razonada, señalando que en el momento procesal es indispensable garantizar la inmediación, es decir la presencia del procesado ante el juez o asegurar el cumplimiento de la pena.



La detención está sujeta al derecho a un proceso sin dilaciones, dentro de un plazo razonable que bien lo señala el Pacto de San José en el Artículo 7. 5 que señala que las personas deben ser sometidas a un trámite rápido y oportuno.

La garantía se dirige como un reaseguro del derecho de defensa²³⁵, con el fin de que el proceso se desarrolle adecuando la relación entre tipos procesales previstos y el interés del procesado para resolver su situación, puesta en manos de los operadores de justicia. Así mismo se presenta como un mandato impostergable, fatal, para los órganos de la jurisdicción, el resolver la situación del procesado en un plazo razonable.

El Artículo 7.5 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos dice: *“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley, para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe en el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

Esta norma, que garantiza la libertad, trae consigo varias excepciones por las cuales se puede perder la libertad protegida: a) Se la puede perder sólo “por orden escrita de juez competente”; y, b) Por cometer delito flagrante. Pero en este caso, sólo se lo puede mantener detenido, sin fórmula de juicio, no por más de veinte y cuatro horas. Las personas privadas de su libertad sin el cumplimiento de estos requisitos, tienen a su alcance para recuperar su libertad, la acción de *hábeas corpus*²³⁶.

²³⁵ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra cit. Pág. 209.

²³⁶ Art. 89 Const. Ecu.



SAGÜÉS²³⁷ considera que el fin garantista de esta norma está en la palabra “seguridad”; que debe entenderse en un doble sentido: a) Seguridad del detenido para que sea tratado dignamente, y b) seguridad de la sociedad, a fin de que el preso comparezca a juicio o no pueda manipular la prueba, si ella está a su alcance.

Art. 77.2.- Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de la libertad, sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas e indiciadas en juicio penal, que se hallen privadas de la libertad, permanecerán en centros de privación provisional de la libertad legalmente establecidos.

Este numeral realmente es una perogrullada, pues hace relación a lo que ya está dicho en el numeral anterior, siendo obvio que en los centros de privación de la libertad, se han de cumplir con formalidades administrativas para proceder a ingresar a una persona; entre ellas, la de contar con orden judicial de privación de libertad; a más de que, al haberse establecido la interdicción de los particulares o de cualquier otro órgano del estado no Judicial; sólo, los centros legalmente autorizados por la ley y con las instalaciones adecuadas, pueden albergar a las personas privadas de la libertad.

Art. 77.3.- Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

²³⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. “*Elementos de derecho constitucional*”. Tomo II. 3ra. Edición. ASTREA. Buenos Aires-Argentina 2003. Pág. 828.



Este numeral sobre el derecho a la información, derecho que está íntimamente ligado al derecho a la legítima defensa.

Derecho de información: Esta garantía constitucional ampara a todo individuo, desde el momento mismo en que se le hubiere iniciado alguna acción, hasta cuando ella termine.

Esta norma establece el derecho de la persona a conocer de manera amplia, satisfactoria en un lenguaje sencillo, no cargado de tecnicismos, los motivos de su detención y, la obligación del Juez a más de fundamentar de manera pertinente y clara los motivos por los cuales se dispone la detención de una persona, debe dar a conocer su nombre y precisar el órgano judicial del cual es su titular; para que el detenido, pueda desde ese instante hacer uso de su derecho a la legítima defensa. Este principio está reforzado en el **Art. 77.7.a)**. El constituyente quiere hacer caer en cuenta que así como en los procesos no penales, la demanda concreta las pretensiones que contra otro se tiene, en las causas punitivas el encausado debe saber, desde el inicio, cuáles son los hechos que se le imputan y la relación delictual en que se fundan; pues la relación entre el hecho y el derecho es el encuadre que permite el derecho a la defensa.

Esa vinculación entre los hechos y el derecho será el encuadre que permita su defensa, y no podrá ser condenado o sobreseído, sino por los mismos aspectos que estuvieren en el marco referenciado.

A lo dicho se le conoce con el nombre de “*principio de congruencia*” que actúa en primer lugar, determinando los hechos contenidos en la acusación y no podrá diferir respecto de los que sean, hipotéticamente, la base de la condena. Sin embargo, la calificación jurídica puede variar, en razón del principio *iura novit curia*²³⁸.

El derecho a la comunicación que se debe hacer al tiempo de la detención, instante en el que se le debe hacer saber al detenido de los

²³⁸ GOZÁINI Oswaldo Alfredo. *Obra Cit.* Pág. 202



derechos que le asisten inmediatamente, como el de designar un defensor y el de permanecer en silencio. Este principio se relaciona con los principios que el constituyente señala en los **Art. 77.5 y 6**.

El contenido esencial de la comunicación que debe tener el detenido, es el de los hechos considerados punibles que se le atribuyen; es decir la calificación jurídica que tenga (tipo penal) – principio de tipificación.

Al momento en el que se limita a una persona de su libertad ambulatoria, se debe hacer conocer de los hechos imputados, debe realizarla la autoridad judicial competente, en el idioma que el detenido comprenda, pormenorizando los hechos que se califican en su contra y ofreciéndole la posibilidad concreta de defenderse en un marco de contradicción justa e igualitaria.

Lo fundamental de esta garantía es afirmar el derecho a la defensa del individuo, permitiendo que éste, con la mayor oportunidad, pueda formular peticiones pertinentes; y al mismo tiempo se persigue evitar detenciones prolongadas que afecten la seguridad jurídica personal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³⁹ en su Artículo 9. 2 dice: *“Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”*.

Este derecho se complementa con el de asistencia de un intérprete o traductor, si el detenido no habla o razona en el idioma de los operadores de justicia.

La Constitución, en el numeral y artículo que revisamos, se ha preocupado, no sólo de hacer que la persona sepa cuáles son los motivos tanto de hecho como de derecho de su detención, sino la

²³⁹ Suscrito en diciembre 16 de 1966; ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo Nro. 37, publicado en el R.O. Nro. 101 de enero 24 de 1969.



identidad de la autoridad que la dictó, así como de las personas, policías judiciales que lo detienen y que le han de investigar.

Este numeral trae una contradicción con los numerales anteriormente revisados, puesto que está facultado a autoridades distintas de las judiciales a ordenar la detención de un individuo; disposición que, la consideramos inconstitucional y ajena a las convenciones de derechos humanos, a los derechos de los detenidos y al derecho al juez natural que debe ser previamente nombrado; poniendo una interdicción a la creación de jueces ad hoc.

Art. 77.4 En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o cualquier persona que indique.

Quien detenga a una persona, tiene además que advertirle sobre sus derechos de llamar a una abogada o abogado y de comunicarse con un familiar o con la persona que el detenido elija. Quien ha detenido a una persona con orden constitucional justificar que al detenido le ha entregado a la autoridad que dictó la, acto que se ha de cumplir de manera inmediata para garantizar los derechos del detenido y evitar los tratos inhumanos y garantizar que la investigación que se le realice sea legítima.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en el Artículo 8.2 literales a y b dice: *a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.*



Derecho de silencio: El derecho al silencio, tiene su partida de nacimiento en la Quinta Enmienda de la Constitución de EEUU o también llamada Enmienda Miranda; que garantiza el derecho a guardar silencio bajo la advertencia de lo que se diga puede ser utilizado en contra del detenido y, que éste tiene derecho a contar con su propio abogado y en el caso de que no lo pueda contratar, el Estado le proveerá de uno. Este principio lo repite el constituyente en el **Art. 77.7.b)** cuando trata reiterativamente del derecho de acogerse al silencio.

Art. 77.7.c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Este numeral trae el derecho fundamental de toda persona a no ser obligada a declarar contra sí misma; este principio se denomina de no autoincriminación que en palabras de **VILLAMIL PORTILLA**²⁴⁰ indica: *“Este principio que está íntimamente relacionado con la prueba de confesión, también es desarrollado entre los principios generales del derecho procesal”*.

El Artículo 8.2, Lit, g) del Pacto de San José de Costa Rica garantiza en el proceso penal *“el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni ha declararse culpable”*, disposición que tiene su equivalente en el Art. 14.3, Lit, g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Pacto Interamericano de Derechos Humanos al igual que nuestra Constitución, completan la garantía cuando expresan: Pacto de San José: *Art. 8, Inc. 3ro. La confesión del inculpado solamente es válida, si es hecha sin coacción de ninguna*

²⁴⁰ **VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Obra cit. Pág. 83.**



naturaleza”. Por tanto, es garantía expresa de la Constitución que, además de los medios de coacción física, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo abarca también los medios de coacción moral, como las amenazas, engaños.

Por su parte **SAGÜÉS** considera que el principio de no autoincriminación, sienta el principio de “incoercibilidad” en la confesión²⁴¹. Para este autor, la prohibición de no coercibilidad llega inclusive a la rendición de juramento de la persona confesante; pues considera que, el juramento es conceptualizado como una coacción moral; basta con que el confesante, dice **SAGÜÉS**, esté compelido a decir la verdad y de que todo lo que diga puede ser utilizado en su contra.

La confesión del detenido dada ante las autoridades policiales, ante el Fiscal, no puede utilizarse como prueba del delito. Al respecto **GOZAÍNI**²⁴² dice: *“el principio de inocencia sólo puede desvirtuarlo un juicio de culpabilidad plenamente acreditado con pruebas obtenidas legítimamente.”*

Considero, que al igual que en materia penal, en las otras materias, se rigen por principios generales semejantes a la no autoincriminación en lo penal.

Existe no obstante una diferencia que en algunos casos hace la esencia del problema; ésta consiste en que a excepción hecha de penal, en las demás materias no rige la presunción de inocencia, de forma tal que es posible conferir valor a la confesión ficta que prevé el Art.131 del Código de Procedimiento Civil.

Es necesario también, dejar claro que, en el ámbito de las confesiones, la prohibición de sancionar la falsedad o la negativa, sólo rige en materia penal. La falsedad de la declaración en las otras materias, puede llevar a que se tomen acciones penales.

²⁴¹ **SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obra cit. Pág. 774.**

²⁴² **GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Obra cit. Pág. 221.**



Un problema vinculado a la autoincriminación lo constituye la negativa a someterse a las pruebas biológicas, examen del ADN, para determinar la filiación.

Exceptúa la norma, cuando la declaración es voluntaria y la persona que declara ha sido víctima de su cónyuge, conviviente, parientes civiles hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; inclusive las víctimas podrán plantear las acciones penales correspondientes; así con claridad lo señala el **Art. 77.8.-** cuando dice: **Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.**

77.9.- Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

Esta garantía del debido proceso, que se denomina preclusión de la prisión preventiva; tiene por objeto, el procurar celeridad en la administración de justicia y respeto a la dignidad del detenido.

COUTURE²⁴³ define a la preclusión como *“acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, ya sea por*

²⁴³ DE SANTO, Víctor. *Diccionario de Derecho Procesal*. EDITORIAL UNIVERSITARIA. 1991. Pág. 280.



prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo o por haberse realizado otro incompatible con aquél”. Y el Maestro continúa y dice: “por estricto principio, el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla. La preclusión es la pérdida, extinción, o consumación de una facultad procesal”.

La prisión preventiva puede ser dictada por el Juez, por su propia iniciativa o a pedido del Fiscal, en exposición fundamentada de manera pertinente.

Según lo dispuesto en la Convención Interamericana de los Derechos Humanos en su Artículo 7 tiene el carácter de restrictiva, es decir que se la dicta cuando sea absolutamente indispensable, por lo que se explica la existencia de medidas sustitutivas y la preclusión de la privación de la libertad, de seis meses si se trata de delitos sancionados con pena de prisión y de un año tratándose de delitos sancionados con pena de reclusión.

La norma señala los plazos razonables en los que debe ser juzgada una persona, son: 6 meses en los juicios que tienen como sanción una pena de prisión y de 1 año en aquellos sancionados con una pena de reclusión.

El plazo razonable tiene estrecha vinculación con el principio de celeridad²⁴⁴ que constituye uno de los principios de la administración de justicia. La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales son perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los operadores de justicia; su incumplimiento es causal de acciones civiles en contra del Juez.

El Artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dice: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o*

²⁴⁴ Art. 172. Const. Ecu.



tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La norma analizada tiene estrecha vinculación con la norma siguiente que dice: **Art. 77-10.- Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente la libertad, aún cuando estuviere pendiente cualquier consulta o recurso.**

La privación de la libertad, se suspende y de manera inmediata y se dispondrá la libertad del detenido, cuando el operador de justicia dicta auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria; inclusive cuando por mandato de la ley se haya elevado a consulta o por recurso presentado vaya a conocer la causa otro juzgador.

Art.- 77. 11.- La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

La privación de la libertad es de *ultima ratio*, es decir la jueza o juez, como última medida dispondrá la privación de la libertad; esto significa que, el operador de justicia deberá hacer un examen de la medida más adecuada, analizar una por una las medidas alternativas, reflexionar razonablemente, si en el caso concreto, en razón a la persona, esto es, su edad, ocupación, estado de salud, es conveniente una medida privativa de la libertad como: 1.- arresto domiciliario, con



la vigilancia policial que el juez disponga; 2.- la obligación de presentarse periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad que se designe; y, 3.- prohibición de salida del país. En cuanto la sanción, nuestra legislación admite la sustitución de la pena de prisión, por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una mujer embarazada, esto hasta noventa días después del parto; y, cuando se trate de personas mayores de 65 años.

Conforme ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sólo cabe la privación de la libertad para garantizar la presencia del procesado a juicio y para evitar que éste pueda manipular las evidencias. Esta norma se vincula a la constitucionalizada en el **Art. 77. 12 y. 13** de la Carta Fundamental.

Art. 77. 14.- Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

El constituyente asume el principio *non reformatio in pejus*; que ordena que el juez de alzada *ad quem*, no pueda empeorar lo resuelto por el juez que conoció la causa; este principio se vincula al principio de doble instancia, pues los procedimientos de una sola instancia violaría el principio *non reformatio in pejus*. Si no se puede empeorar la situación del único recurrente, sí se podrá mejorar la situación del único recurrentes ésto en aplicación del principio *reformatio in melius*.

“En todo proceso que conlleve una sanción, pero fundamentalmente en los penales, no puede haber proceso de una sola instancia; pues ello equivale a absolutismo total y a la consagración



*de la infalibilidad del juez; la doble instancia hace parte de la garantía de imparcialidad del juicio*²⁴⁵.

La norma constitucional es clara en señalar que para que opere el principio *non reformatio in pejus*, es indispensable que el recurrente sea único; no queriendo decir con esto que sea una sola persona; pues, pueden ser varias las que presenten el recurso, pero sí debe ser único el motivo por el cual se presenta el recurso; así incluso operaría el principio de no empeorar la situación del recurrente si se recurre de una parte de la resolución. Debe quedar claro que, así existan varios recurrentes y sobre muchos puntos de la resolución, siempre ha de operar el principio de resolución más favorable *reformatio in melius*. Queda claro entonces que el juez ad quem, sólo puede modificar la resolución si son varios los apelantes y si este recurso es coincidente, pero con puntos de vista jurídicamente diferentes sobre puntos de la sentencia; es decir, la contradicción no puede ser sobre hechos; sólo puede ser sobre puntos de derecho y valoración de prueba. En este sentido, **PICO I JUNIO** dice: *“La figura de la reforma peyorativa consiste en la situación que se produce cuando la posición jurídica de la parte procesal, que interpone un recurso, resulta empeorada exclusivamente como consecuencia del recurso, es decir, sin que medie impugnación directa o incidental de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Ello significa que los pronunciamientos de la Sentencia de instancia, que no hayan sido impugnados por ninguno de los litigantes, quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, al quedar delimitada la actividad decisoria del órgano, tanto subjetiva como objetivamente, por lo ante él planteado.*²⁴⁶”

²⁴⁵ CAMARGO, Pedro Pablo. “EL DEBIDO PROCESO”. LEYER. 2002. Pág. 168

²⁴⁶ PICO I JUNIO, Joan. Ob. Cit. Pág. 85.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Imprenta de la Editorial Universitaria Católica de Cuenca (EDÚNICA), el 30 de junio de 2015, con un tiraje de 500 ejemplares y previa aprobación del Consejo Editorial emitida en sesión de fecha 23 de junio de 2015.

Dirección Ejecutiva
Consejo Editorial
Cuenca-Ecuador





UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

Consejo Editorial

ISBN 978-9942-972-04-0



9 789942 972040