

UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
MAESTRÍA EN DERECHO
EMPRESARIAL

ALUMNO:

Zúñiga Ruilova Jeffrey Gerardo

**EL ROL DEL JUEZ EN EL MODELO CONSTITUCIONAL
Y SU CONCORDANCIA CON EL PRINCIPIO DE
PROGRESIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN
ECUATORIANA**

Disertación presentada como requisito parcial para la obtención del Título de Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad del Pacífico bajo la Dirección del Prof. Dr. Santiago Jara Reyes


UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO
Guayaquil, 2016

ZÚÑIGA Ruilova, Jeffrey Gerardo, El Rol Del Juez En El Modelo Constitucional Y Su Concordancia Con El Principio De Progresividad De La Constitución Ecuatoriana. Guayaquil: Universidad Del Pacifico, 2016, 123 páginas. Dr. Santiago Jara Reyes.

Tesis presentada a La Facultad de Derecho de la Universidad Del Pacífico

Resumen: EL CONSTANTE DESARROLLO DEL DERECHO Y DE LA NORMA SUPREMA DE CADA ESTADO ES UNA REALIDAD QUE MARCA EL DESTINO DE LOS PUEBLOS. EN EL ECUADOR LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y CON ELLA, QUIENES SE ENCUENTRAN LLAMADOS PARA ADMINISTRAR JUSTICIA, HA VENIDO TRANSFORMÁNDOSE DE MANERA ACELERADA. ASÍ TENÍAMOS JUECES QUE EN BASE A LOS MODELOS HISTORICAMENTE TRADICIONALES SE CONVERTÍAN EN LA BOCA DE LA LEY Y JUECES QUE FIELES A DICHS MODELOS APLICABAN LA LEY DE MANERA IMPLACABLE. EN LA ACTUALIDAD LA MISIÓN Y EL ROL DEL JUEZ HAN AUMENTADO POR VARIAS REALIDADES, ASÍ DEBE TENER PRESENTE A LA SOCIEDAD PARA EMITIR SU FALLO, YA QUE EL MISMO VA INCIDIR EN EL DESARROLLO SOCIAL, MORAL Y ÉTICO DE LOS HABITANTES SOMETIDOS A SU JURISDICCIÓN. EN ESTE CONTEXTO NUESTRA CONSTITUCIÓN PERMITE AL JUEZ CONVERTIRSE EN UNA ESPECIE DE DIRECTOR DEL PROCESO, EN LA QUE SU ACTUACIÓN EN LA CONTROVERSIA SOMETIDA A SU CONOCIMIENTO SE BASARÁ EN LA APLICACIÓN DE VALORES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO. CONVIERTIENDO SU LABOR EN UNA DELICADA PERO IMPORTANTE ACTIVIDAD QUE BUSCA EL CONVENCIMIENTO DE LAS PARTES, DE QUE SU DECISIÓN ES BASADA EN PRINCIPIOS SUPERIORES INCLUSO A LA LEY, CON LO CUAL CONTRIBUYE AL ENGRANDECIMIENTO DE UN ESTADO DE DERECHOS Y JUSTICIA.

Palabras claves: Juez, Principio, Constitución

	ENTREGA DE TRABAJO (CONCLUSIÓN DE CARRERA DE GRADO)	Fecha: 09/07/2015
	PA-FR-67	Versión: 001
		Página: 3 de 1

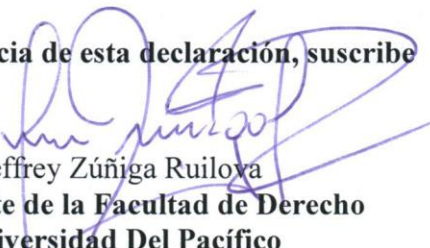
DECLARACIÓN

Al presentar este Trabajo de Conclusión de Carrera como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad Del Pacífico, hago entrega del documento digital, a la Biblioteca de la Universidad.

El estudiante certifica estar de acuerdo en que se realice cualquier consulta de este Trabajo de Conclusión de Carrera dentro de las Regulaciones de la Universidad, acorde con lo que dictamina la L.O.E.S. 2010 en su Art. 144.

Conforme a lo expresado, adjunto a la presente, se servirá encontrar cuatro copias digitales de este Trabajo de Conclusión de Carrera para que sean reportados en el Repositorio Nacional conforme lo dispuesto por el SENESCYT.

Para constancia de esta declaración, suscribe


 Jeffrey Zúñiga Ruilova
**Estudiante de la Facultad de Derecho
 Universidad Del Pacífico**

Fecha:	Guayaquil, 19 de julio del 2016
Título de T.C.C.:	El Rol Del Juez En El Modelo Constitucional Y Su Concordancia Con El Principio De Progresividad De La Constitución Ecuatoriana.
Autor:	Dr. Jeffrey Zúñiga Ruilova
Tutor:	Dr. Santiago Jara Reyes
Miembros del Tribunal:	Master Gastón Correa Nieto Dra. Fanny Flores Arce
Fecha de calificación:	14 de julio del 2016

Agradecimiento:

Gracias a Dios por su amor y bondad

Gracias a mis padres y a mis hermanos Patricia por su temple y Andrés por su voluntad y porque desde el cielo nos une

Gracias a mi esposa y a sus hijas por ser mi refugio

Gracias a mis amigos,

Gracias a mi hija Rafaela por ser mi aire y el motivo de sonreír

Contenido

Agradecimiento	IV
a) Introducción:	2
CAPITULO I	4
JUEZ, ORIGEN Y EVOLUCIÓN	4
I.A. Origen.-	4
I.A.1. Evolución Histórica de las funciones de Juez.-.....	6
I.B. Deberes y Facultades del Juez.-	11
I.C. Dirección del Proceso.-	11
I.D. Decisión.-	17
I.E. Poder de Ejecución.-	21
I.F. Poder de Coerción.-	23
CAPITULO II	27
I. CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO.	27
II.A. Noción de Estado Legal de Derecho y Estado Constitucional de Derechos.	27
II.B. Estado Constitucional de Derechos.-	28
II.C. Derecho Constitucional Comparado.-	30
II.D. Constitucionalismo.-	33
II.E. Neoconstitucionalismo.-	37
II.F. Principios Constitucionales.-	42
II.G. Supremacía Constitucional.-	58
II.H. Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Ecuador.-	61
CAPITULO III	69
III. Principio de Progresividad en la Constitución Ecuatoriana Actual y Normas Complementarias.	69
III.A. Principio Pro – Persona.-	73
III.B. Principio Pro – Interpretación.-	75
III.B.1. Métodos y Reglas de Interpretación Constitucional.-	77
III.C. Rol actual del Juez en el Modelo Constitucional Garantista de	88
CAPITULO IV	95
IV. PROPUESTA DE NORMATIVA	95
IV.A. El error judicial.-	95
IV.B. Desarrollo estadístico	100
IV.C. Propuesta de Normativa	108

CAPÍTULO V	111
V. Conclusiones.	111
BIBLIOGRAFÍA	114

EL ROL DEL JUEZ EN EL MODELO CONSTITUCIONAL Y SU CONCORDANCIA CON EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

a) Introducción:

Con la Constitución de 2008 en nuestro país entramos en el modelo de un Estado Constitucional de Derecho, por ello considero pertinente iniciar un estudio que de ciertas pautas de cuál debe ser el actuar de los jueces dentro del nuevo modelo jurídico, para esto iniciamos con un repaso del origen etimológico de lo que significa el término juez; así como, la evolución que ha tenido su actuación a través del tiempo, pues las raíces de ciertas figuras o instituciones siempre serán una guía, para comprender eventos posteriores.

La figura del juez como tal implica una serie de responsabilidades que obedecen a facultades otorgadas por la norma y bajo la cual su actuar deberá ser un referente que haga efectiva la idea de justicia, no únicamente un mero instrumento automático que solo cumple la Ley. Debe ir más allá de la aplicación pura de la ley, debe también aplicar principios, los cuales se analizarán más adelante puesto que son el instrumento principal en la cual los jueces deben basar sus fallos.

Es importante también que el Juez aplique normas de derecho internacional como los Tratados Internacionales, donde los derechos humanos toman especial importancia sobre todo si consideran a los que las legislaciones nacionales no han contemplado, de los cuales se harán un breve repaso en pro de forjar un mejor conocimiento de hacia dónde nos conduce la progresividad en la interpretación de los derechos.

En virtud de la Constitución del 2008 será importante conocer en que consiste el cambio y la transformación del modelo de Estado que se propone: para unos de un Constitucionalismo a un Neoconstitucionalismo “Advirtiendo que para algunos doctrinarios es una etiqueta vacía, bajo la cual se pretende presentar de otra manera conceptos ya vigentes”; para otros de un Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho. (Carbonell) Por tanto se evidenciará el rol que

el Juez tendrá dentro del nuevo orden en aplicación del principio de progresividad, más aún, cuando a consecuencia de la expedición y entrada en vigor de un modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial ha ido cambiando de manera relevante. (Carbonell)

Estos temas serán desarrollados en el presente estudio, tratando de aclarar de mejor manera el Modelo de Estado que hoy tenemos en Ecuador.

CAPITULO I

JUEZ, ORIGEN Y EVOLUCIÓN

I.A. Origen.-

Es importante para un estudio, cualquiera que se realizare, conocer el contexto en el que nace el mismo, para poder así interpretar de manera acertada tal o cual evento que se pretendiese conocer a profundidad, en nuestro caso, conocer el rol del Juez en el modelo constitucional actual. Para ello, es necesario partir conociendo la etimología del término “juez”; así se puede decir, “la palabra juez viene del latín iudex, iudicis, en concreto de su acusativo iudic (em), que pierde como es habitual la d intervocálica. Se trata de una vieja palabra heredada del viejo género animado indoeuropeo, que conlleva la idea de seres vivos actantes, ambivalentes a toda noción de masculino o femenino.

El término se compone de la raíz del vocablo latino ius (derecho), procedente del indoeuropeo yewes y que también tenemos en palabras como justicia, jurídico, adjudicar, juicio y de la raíz indoeuropea deik, del verbo latino dicere (indicar, señalar, decir). Es decir, etimológicamente, iudex, juez quien indica, dice o decide un derecho, algo previamente establecido como norma o ley”. (Juez)

Al respecto podemos notar que el término “juez” tiene dos connotaciones, siendo la una relacionada con la justicia y el derecho y la otra con expresar o decir; por tanto, entendemos que el juez es quien dice un derecho, pero lo interesante, es cuando un juez decide un derecho, esto es, la capacidad de decisión que posee un juez; ¿hasta dónde tiene su real y efectivo alcance?, interrogación a la cual encontraremos la respuesta más adelante.

Por otra parte, es importante considerar la relación que existe entre el Juez y la jurisdicción; para entender esta relación cabe remitirnos a lo que dispone el Art. 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice:

“Art. 150. Jurisdicción.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”.
(Código Orgánico de la Función Judicial)

Consecuentemente, jurisdicción es el poder de juzgar y ejecutar lo juzgado, que en el ámbito de la democracia, se delega por el pueblo a los Jueces, en razón de la renuncia que realiza cada persona de sus derechos que poseen de su “estado de naturaleza” como lo diría Hobbes, para delegárselo al Estado soberano a cambio de orden y seguridad.

Así, el Art. 152 del Código Orgánico de la Función Judicial dirá:

“Art. 152.- Nacimiento De La Jurisdicción.- La jurisdicción nace por el nombramiento efectuado conforme a la Constitución y la ley.

De tal forma, el ejercicio de la jurisdicción empieza en el momento en que la jueza o el juez toman posesión de su función y entra a su servicio efectivo. Las funciones de la jueza o del juez continuarán hasta el día en que su sucesor entre al ejercicio efectivo del cargo”. (Código Orgánico de la Función Judicial)

Etimológicamente el término jurisdicción, según lo cita en su libro Mario Masciotra, proviene del latín iuris-dictio, que quiere decir “acción de decir el derecho”, no de establecerlo. (Masciotra, Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil)

Ello da entender que el Juez está sujeto estrictamente a lo que se encuentra dispuesto en la Ley, sin que pueda ser parte de la creación la misma; situación que más adelante se tratará.

Por otro lado, el tratadista Calamandrei afirma que “históricamente, el juez nace antes que el legislador” (Masciotra, Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil) (aunque hoy en día se dirá que el Juez tiene la obligación de respetar el orden jurídico, dado en buena parte por el legislador). Pues, los jueces ya existían en la antigua Roma, conocidos como pretores que se encargaban de administrar justicia; si bien para aquel entonces 449 a. C. no existía un órgano legislativo como tal, era el Rey Monarca o Emperador quien dictaba dichas normas, iniciando Justiniano con las XII Tablas lo cual sería el referente de norma escrita, ya que antes de la promulgación de esta normativa las personas se regían por la costumbre o también llamada *Mores Maiorum* que significa derecho no escrito.

I.A.1. Evolución Histórica de las funciones de Juez.-

Antiguamente la justicia no se realizaba como la conocemos hoy en día, sino que, los hombres ejercían justicia por mano propia, pero de una forma irracional y totalmente desproporcionada, es decir, si alguien estafó a otra persona, esta recibiría una muerte violenta por quien se sintiera agraviado. Con el pasar del tiempo se sintió la necesidad de regular ésta situación, apareciendo para limitar los abusos la Ley del Talión, que en esencia funcionaba bajo la premisa del ojo por ojo y diente por diente. Si bien hoy en día este tipo de norma nos parece del todo bárbara, en aquellos tiempos fue lo más innovador y proporcionado de la pena con respecto al daño.

La Ley del Tali3n form3 parte del contenido de varios cuerpos normativos a trav3s de los tiempos, tales como el C3digo de Hammurabi, el Cor3n (que hasta el presente se mantiene en base de tal principio). En pleno “siglo XXI bajo el gobierno fundamentalista isl3mico de Ir3n presidido por Mahmud Ahmadinejad, el ciudadano iran3 Majid Movahedi, quien en 1994 hab3a arrojado 3cido sulf3rico al rostro de Ameneh Bahrami — una mujer de 24 a3os a la que dej3 ciega y desfigurada porque se neg3 a casarse con 3l—, fue condenado en marzo del 2009 por la Corte de Justicia de Ir3n a recibir cinco gotas del mismo 3cido en cada uno de sus ojos, en aplicaci3n de la *ley del Tali3n* consagrada en la legislaci3n isl3mica de ese pa3s”. (Borja Rodrigo)

Sin embargo, con el paso de los a3os estas normas no ser3an suficientes por si solas y se requer3a de un Juez que las aplicara con un verdadero criterio de proporcionalidad entre da3o y pena.

En tiempos de la Monarqu3a Occidental, la justicia era el Rey, en 3ste se concentraban todas las funciones del Estado: ejecutiva, legislativa y judicial, en este sentido el Rey se deb3a 3nicamente a Dios, porque se consideraba que su poder ten3a origen en Dios y por tanto el Rey era su representante en la tierra.

Era imposible pensar que una sola persona se hiciera cargo de solventar todos los problemas que se generaban en un Reino; apareciendo en Roma, por primera vez la figura de los Jueces, llamados en ese tiempo Pretores quienes en un inicio no eran versados en el o los temas sometidos a consideraci3n, por lo que deb3an contratar jurisperitos que los asesoraran, pues sus funciones iniciales eran las de generales de guerra.

Se estableci3 as3 dos tipos de Pretores: el Pretor Urbano y el Pretor Peregrino. El primero se encargaba del “*ius civile*” que significa derecho civil o ciudadano; mientras

que el segundo, se encargaría del “ius gentium” que significa derecho de gentes. El Pretor Urbano se aplicaba a los ciudadanos romanos y el Pretor Peregrino se aplicaba a los extranjeros y quienes no eran considerados ciudadanos romanos; sin embargo, la justicia estaba establecida únicamente para los Patricios, solo después de un tiempo se crea el Tribuno de la Plebe, cargo compuesto por dos personas que pertenecían a los Patricios, Cónsules o Senadores, elegidos por los plebeyos para velar por la defensa de sus derechos. En estos tiempos la Ley de las XII Tablas era una norma base de la cual se partía para tipificar nuevos casos mediante los Edictos, que servían de guía para quienes administraban justicia en aquellos tiempos. La sociedad avanzaba de prisa y lógicamente los conflictos y casos que se presentaban cada vez, eran nuevos y más complejos, por lo que los Pretores tenían que cumplir con una función jurisdiccional para tipificar nuevos casos, pues en una civilización creciente, la ley de las XII Tablas resultaba ya insuficiente.

Posteriormente con la llegada del Imperio Romano, el Emperador fue quien se hizo cargo de los Tribunos de la Plebe, lo que le permitió legislar sobre más asuntos como económicos, jurídicos, políticos, pasando a ser responsabilidad del Senado crear Jurisprudencia. Aparece en este mismo tiempo, la delegación de poder por parte del Emperador a los Gobernadores, para que tengan la potestad de crear leyes dentro de sus provincias, las cuales podían apelarse al Senado o ante el mismo Emperador. Por este motivo, se dieron muchas contradicciones entre la normativa que era “general o común” (las comillas son mías) para todo el Imperio y la “específica” (las comillas son mías) de las provincias; por lo que, tuvo que aparecer el actuar de los Jurisconsultos que debían solucionar dichos conflictos.

Ahora bien, el desarrollo, la gran proyección y la evolución del Derecho Romano sirvieron de para la conformación de varios sistemas de derechos; así tenemos, que es la

base del Common Law, volviéndose una tradición en Inglaterra expandiéndose a todo el Reino Unido, pasando después a formar la base del Sistema Jurídico de los Estados Unidos y colonias británicas.

Así también, el Derecho Romano formó parte del Derecho Continental que rigió países de Europa Occidental y de Sur América a través del Código de Napoleón, el mismo en el que se mezclan tanto el Derecho Romano como el Derecho Franco Germano.

Hoy en día existen instituciones del Derecho Civil que responden directamente a criterios del Derecho Romano, en especial todo lo referente al tema patrimonial, de los contratos y obligaciones; en tanto que, en Derecho de Familia va perdiendo influencia; y, desapareciendo totalmente en lo que se refiere a Derecho Penal y Derecho Público.

Es interesante la forma en la que los Jueces aplican el derecho en cada sistema legal; en el Common Law, por ejemplo, el Juez tiene la potestad de analizar las sentencias dictadas por otros Jueces y, de este modo, comprender de mejor manera el alcance en la aplicación de las normas a los casos; es decir, el Juez juzgará un caso, de manera análoga de acuerdo a otros casos similares, permitiendo el sistema que, con cierta facilidad, se dé un desarrollo jurisprudencial.

El Common Law toma como fuente primordial del derecho a la jurisprudencia, no en el sentido interpretativo del derecho sino como regla precedente, de las cuales, el juez tendrá que observar cual es la que mejor se aplica a cada caso particular. Estos precedentes son obligatorios cuando nacen de las Altas Cortes de justicia, esta vinculatoriedad viene a ser creadora de derecho.

En contraposición con nuestro sistema en el que la principal fuente del derecho es la ley, y, en el que el Juez se ve abocado a basarse únicamente en la misma, teniendo la jurisprudencia un rol secundario, meramente interpretativa de la ley.

Para centrarse en la dinámica actual de la forma cómo ha evolucionado las funciones del Juez, es pertinente señalar el gran avance que han tenido su papel hoy en día, se ha constituido en el director material del proceso, como lo calificaría Mario Masciotra, puesto que las partes ya no son las únicas que impulsan el proceso en torno a su interés particular, como por ejemplo en el caso de la etapa probatoria.

En la etapa de prueba las partes naturalmente reproducirán o solicitarán la práctica de aquellas que aporten un beneficio individual, incluso a veces con la intención deliberada de retrasar los procesos -si eso fuere conveniente para su posición-, lo cual pone en riesgo a que la “justicia” no sea el fiel resultado de la verdad. Hoy el Juez tiene un rol más determinante para lograr llegar a la verdad; ya no se limita únicamente a juzgar en base a lo que presentan las partes, sino que tiene la potestad para mejor proveer, de decidir si al proceso le hacen falta elementos de convicción para llegar a una resolución justa, para lo cual y en base a su facultad dispositiva, el Juez está en la potestad de solicitar se practiquen pruebas que complementen o aclaren el punto de controversia sobre el que deba deliberar, en una clara posición de garantista de derechos en busca de Justicia.

A más de lo anterior, el Juez tiene sobre todo el deber de guiar el proceso procurando evitar nulidades que afecten el desarrollo procesal. Muchas veces y bajo lo dicho se podría confundir el actuar del Juez, con el hecho de que podría sustituir a las partes, lo cual sería un criterio equivocado; pues la finalidad del Juez, es guiar a las partes en el proceso siguiendo las pautas correctas, además de ser un garantista de los derechos constitucionales, y sobre todo de los derechos humanos.

I.B. Deberes y Facultades del Juez.-

Siendo el deber fundamental del Juez el resolver el caso que se le presente, mediante una solución justa conforme a derecho, está investido de facultades otorgadas por la Constitución y la Ley en aras de contribuir a lograr una sociedad basada en principios de paz, solidaridad e igualdad, en definitiva en aras de Justicia.

A continuación realizaré un breve estudio sobre los principales deberes y facultades que compete a los jueces.

I.C. Dirección del Proceso.-

Como lo expresamos en líneas anteriores, el rol que el juez ha cambiado, teniendo hoy un rol más activo dentro del proceso es quien vela por su correcto desarrollo, utilizando toda las facultades que le confiere la Constitución y la Ley, tal es así que en nuestro Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 19 dice:

“Art. 19.- Principios Dispositivo, De Inmediación Y Concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso”. (Código Orgánico de la Función Judicial)

Cuando analizamos este artículo en un inicio podríamos suponer que únicamente el Juez decidiría en función de lo aportado por las partes en el proceso; sin embargo, si leemos con atención, cuando se dice “en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley”, en armonía con otras disposiciones legales, veremos que, la prueba que puede practicarse, es aquella solicitada por las partes, y la que, también el Juez podría ordenar de oficio para mejor proveer; por ejemplo el Código de Procedimiento Civil, en su Art. 118, dice:

“Art. 118.- Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.

Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa”. (Código de Procedimiento Civil)

Ahora bien, la prueba de oficio que ordene el Juez para mejor proveer no puede ser –a nuestro criterio- totalmente discrecional, deberá enmarcarse en el ámbito en el cual se trabó la Litis o, en otras palabras, en el que se ha centrado el debate jurídico; con una finalidad: ser necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

Por otra parte, en relación con la norma citada, el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, hace un alcance al artículo 118 del Código Civil, cuando dice: “...Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo...”.

La norma citada evidencia que el Juez es un garantista de los Derechos Constitucionales, que puede pronunciarse respecto de ellos cuando existiera una vulneración de estos.

Adicionalmente, el Art. 126 del Código Orgánico de la Función Judicial en su numeral cuarto dice:

“Denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones injuriosas, ofensivas o provocativas, sin perjuicio de la respectiva sanción”. (Código Orgánico de la Función Judicial)

Como parte de la dirección del proceso, le corresponde al Juez llevar un orden que no afecte la celeridad del mismo, evitando retardos innecesarios que dilaten el juicio, vulnerando los derechos de las partes; así mismo, es importante que el proceso se lleve bajo los principios de respeto y consideración profesional, evitando caer en rencillas que no aportan al debate jurídico.

El Código Orgánico de la Función Judicial regula el rol de los jueces y demás servidores judiciales; en su Art. 130

Facultades Jurisdiccionales De Las Juezas Y Jueces.-

Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

1. Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios;
2. Velar por una eficiente aplicación de los principios procesales;
3. Propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de
4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;
5. Velar por el pronto despacho de las causas de acuerdo con la ley;
6. Vigilar que las servidoras y los servidores judiciales y las partes litigantes que intervienen en los procesos a su conocimiento, cumplan fielmente las funciones a su cargo y los deberes impuestos por la Constitución y la ley;
7. Disponer la comparecencia por medio de la Policía Nacional, de las partes procesales, testigos y peritos, cuya presencia fuere necesaria para el desarrollo del juicio. Esta medida no podrá tener una duración superior a veinticuatro horas, pero podrá reiterarse cuantas veces sea necesario hasta que se dé cumplimiento a la orden de comparecencia;

8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión;

9. Procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados;

10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad;

11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional;

12. Rechazar preliminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, ésta pudo ser alegada al promoverse el petitorio anterior;

13. Rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconvencciones, incidentes de cualquier clase, que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho

o evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución o su ejecución.

Igualmente tienen el deber de rechazar de plano los escritos y exposiciones injuriosos, ofensivos o provocativos, sin perjuicio de la respectiva sanción;

14. Ordenar, si lo estima procedente, a pedido de parte y a costa del vencido, la publicación de la parte resolutive de la decisión final en un medio de comunicación designado por el tribunal o jueza o juez, si con ello se puede contribuir a reparar el agravio derivado de la publicidad que se le hubiere dado al proceso; y,

15. Ejercer las demás atribuciones establecidas por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes y los reglamentos.

Puntualiza de manera expresa todas las atribuciones que le confieren al mismo para que lleve el debido control del proceso.

Control que se traduce en garantía del cumplimiento de principios procesales, de manera que cada proceso sea una muestra de celeridad, inmediación, donde el derecho a la contradicción sea debidamente ejercido por las partes.

Así también, como ya lo hemos mencionado, el Juez tiene la potestad de solicitar prueba cuando crea que ésta es necesaria; esto, cuando las aportadas por las partes son insuficientes o no cumplen con los elementos de convicción para tomar una decisión. Esta es una facultad que se le concede para administrar justicia de la forma más justa y ecuánime; sin embargo, debemos reconocer que en la práctica, ejercer esta facultad puede

entrañar una seria dificultad: romper el equilibrio procesal, y favorecer a una de las partes. Consecuentemente, en la práctica ésta es una potestad poco utilizada por los jueces; pues, el temor que se tiene es que el Juez esté actuando de manera parcializada, afectando el Principio de Imparcialidad.

I.D. Decisión.-

Una de las prohibiciones que pesa sobre los jueces es la de dejar de resolver un caso que se le presente, en razón de su competencia, incluso, no puede alegar la insuficiencia del derecho, para tratar de evadir la obligación de resolver. La obligación de resolver se traduce en la facultad de decidir.

Así, la facultad de decisión en el proceso judicial, es privativa del Juez, pues solo a éste le corresponde tomar resoluciones, sin embargo, cuando nos referimos a “resolver”, no estamos hablando únicamente de la sentencia, sino también a aquellas decisiones que se manifiestan en los autos y providencias, que son actos de mera ejecución, ya sea que resuelvan un incidente dentro del proceso o impliquen solamente una disposición para la sustanciación de la causa.

Naturalmente la toma de decisiones se encuentra enmarcadas en la norma, pues conforme en el Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, en sus numerales 11, 12, 13 y 14. Es potestad del juez rechazar peticiones, pretensiones, excepciones de manera fundamentada, o dar lugar a las mismas, incluso puede de oficio convocar a audiencia para que las partes lleguen a una solución pudiendo el juez tratar de conciliar el problema. Así también está facultado para publicar la parte resolutive de su decisión final, si ello lleva a reparar un agravio.

Las decisiones que serán reflejadas a través de sus providencias, será el aceptar o denegar peticiones de las partes, algunas de ellos podrían tender al abuso del derecho, a dilatar injustificadamente el proceso o a conceder peticiones que ya las realizó la contraparte. Claro que el final del proceso lo que se buscará a fin de cuentas será la decisión final del Juez.

La sentencia será obligatoriamente motivada de acuerdo a lo dispuesto al numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que la falta de dicha motivación de la resolución o fallo, daría como resultado la nulidad de la misma. Por tanto, la decisión del Juez debe estar plenamente justificada o motivada; en este contexto, tanto la pertinencia de la norma que se aplica, así como la correcta valoración de la prueba, darán sustento jurídico necesario a la decisión final; caso contrario, estaríamos hablando de una decisión tomada al arbitrio y capricho de una persona que no ha considerado ni la norma, peor los hechos demostrados; siendo así, lo más valedero es que dicha resolución sea considerada nula.

En la sentencia de lo que encierra la sentencia, tenemos el criterio de Couture, que dice: “es como una operación intelectual, un largo proceso critico en el cual la lógica juega un papel altamente significativo, pero que culmina necesariamente en actos de la voluntad. Los múltiples problemas que la vida pone diariamente frente a cada uno de nosotros se dan cita también en el instante en que el magistrado, sin despojarse de su condición de hombre, examina los hechos, determina el derecho aplicable y extrae la conclusión”. (M. Masciotra, Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil)

En una apreciación personal de lo que dice Eduardo Couture, lo que entra en juego a la hora de emitir un criterio jurídico o de realizar la apreciación de los hechos que se juzgarán, es la condición del juez como persona, como ser que siente y entiende,

situación que tiene mayor relevancia ahora en el Ecuador cuando nos aprestamos a entrar en un sistema procesal oral, en el que, al estar basado en audiencias la intermediación toma un rol relevante; en este contexto tiene un papel muy importante la experiencia, no solo personal sino profesional. Criterios que aportan para que el Juez forme su valoración y fallo.

Por otra parte, podemos entender mejor el rol del Juez y de manera particular el de decisión, a través de lo que Calamandrei enseña, cuando dice: “El juez no es un mecanismo, no es una maquina calculadora. Es un hombre vivo, y su función de individualizar la ley y de aplicarla al caso concreto, que *in vitro* puede representarse como un silogismo, es en realidad una operación de síntesis que se cumple misteriosa y calurosamente en el crisol sellado del espíritu, en el cual la meditación y la soldadura entre la ley abstracta y el hecho concreto tienen necesidad, para realizarse, de la intuición y del sentimiento ardiente de una conciencia laboriosa... reducir la función del juez a una simple actividad de hacer silogismo significa empobrecerla, hacerla estéril, disecarla. La justicia es algo mejor; es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana”. (M. Masciotra)

Nos parece relevante y enriquecedor el criterio de Calamandrei, más aún en nuestro estudio, pues si bien la norma guarda una hipótesis, en la que se basa el análisis del Juez, no es menos cierto que, dicho análisis está marcado por un proceso psicológico, espiritual, lógico que sucede en el interior del Juzgador, marcado por la forma como recibió los hechos planteados por las partes; y es ello, precisamente lo que aportará un valor importante a la resolución o sentencia, así el mismo Couture coincide con Calamandrei en este sentido, pues la sentencia es una operación intelectual, crítica, lógica

en el que interviene aspectos como la experiencia propia del juez en la vida diaria, de allí, que el Juez valorará con mejor criterio, cuando se violen derechos fundamentales que deben ser respetados y garantizados por el Estado.

Con lo dicho no pretendemos poner de manifiesto que el Juez valorará para sus resoluciones hechos, y que con ellos también elementos propios de la naturaleza humana; por ejemplo, en el sistema procesal oral la sensación que tenga el juez sobre la declaración rendida por una parte, quizá un testigo pueda sostener que le consta un hecho, pero no sea convincente en la forma de hacerlo, tal circunstancia sin duda incidirá en la convicción del Juez.

En base de la inmediación que se demanda hoy en día en los sistemas procesales, se pretende precisamente que se logren sentencias robustecidas de justicia, fundamentadas en la argumentación que han realizado las partes, en procesos en los que cada vez se exige más la participación personal de los sujetos procesales. Consecuentemente, se busca sentencias que pudiendo ser contraria a los intereses de una parte, convenzan por su verdad y fin.

Otro criterio que cabe resaltar es el de Goldsmith, quien se refiere a la sentencia y a la justicia en los siguientes términos: “la sentencia judicial, que habitualmente es un acto del poder estatal, configura un reparto autoritario que necesita legitimarse en algo más que un mero hecho de fuerza”. (Masciotra, Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil)

Desde esta perspectiva, ese “algo más” en el que necesita legitimar la sentencia, es precisamente la motivación constante en la misma; que los razonamientos que se incluyan no sean solo lógicos-técnicos, o, que pretendan sólo cumplir un requisito de carácter formal, más bien, hemos de ver en la motivación un asunto de fondo e indispensable, que dejen claro a las partes de los motivos que justifican la resolución, además porque sólo expresándolos pueden las partes dirigir contra ella las impugnaciones que correspondan.

Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales constituyen una verdadera garantía contra la arbitrariedad

I.E. Poder de Ejecución.-

El Poder de Ejecución es una de las facultades otorgadas por la Ley para hacer efectivas las resoluciones que se dictan al amparo del poder jurisdiccional; en el caso de nuestra legislación, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 142, dice:

“Art. 142.- Ejecución De Sentencias.- Corresponde al tribunal, jueza o juez de primera instancia ejecutar las sentencias. No obstante, cuando la Corte Nacional de Justicia o las Cortes Provinciales hayan conocido de una causa en primera instancia, se remitirá el proceso a una jueza o juez de la materia de primer nivel competente del lugar en donde tenga su domicilio el demandado para que proceda a la ejecución del fallo. De haber dos o más juezas o jueces de la materia, la competencia se radicará por sorteo”.

(Código Orgánico de la Función Judicial)

En relación al artículo anterior observamos, que toda sentencia incluso las emanadas por jueces de alzada, se ejecutan siempre por jueces de primer nivel, incluso

las sentencias extranjeras que hayan sido reconocidas u homologadas por la Corte Provincial incluso dicha situación se mantiene en el nuevo Código Orgánico General de Procesos COGEP, tanto en su Art. 102 como en su Art. 111, se ejecutan por los jueces de primer nivel, quienes tienen la obligación de hacer que se cumpla lo resuelto en sentencia, incluso por la fuerza pública si es necesario.

Calamandrei, manifiesta en su obra Instituciones: “la función jurisdiccional comprende, pues, en el sistema de la legalidad no solo la actividad que el Estado realiza para aplicar la norma general y abstracta, ya existe el caso concreto y para poner en claro el mandato individualizado que de ella nace, sino también la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que este mandato sea prácticamente observado (en sí mismo o en el precepto sancionatorio que toma su puesto) también en caso de necesidad el empleo de la fuerza física dirigida a cambiar el mundo exterior y hacerlo corresponder a la voluntad de la ley”. (Calamandrei.)

El enfoque de Calamandrei sobre la sentencia resulta interesante; nos hace notar que la sentencia es el resultado del quehacer del Estado en su obligación por hacer cumplir las normas, en virtud de la voluntad soberana que le fue otorgada por los ciudadanos que lo conforman, y en quien se ha confiado la seguridad y el orden social.

En tanto, Alsina ha definido el proceso de ejecución de la sentencia “como la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional a instancia del acreedor, para el cumplimiento de las obligaciones declarada en sentencia de condena en los casos que el vencido no la satisface voluntariamente”. (Alsina.)

Con respecto a lo dicho por Alcina, se puede notar una visión mucho más individualizada de la sentencia, enmarcándola a una instancia particular, en la que para el cumplimiento de la sentencia no necesariamente puede llegar a ser ejecutada por la fuerza, ello en virtud de que el vencido en el proceso, en un acto de conciencia y en reconocimiento de lo dispuesto por autoridad legítima, debería acatar de manera voluntaria lo resuelto en sentencia; lo cual es un criterio sumamente valedero, ya que no necesariamente quien perdiera un juicio actuará de manera malsana, quizá únicamente defendía un derecho que creía era legítimo. Desde luego en este punto de convencimiento del vencido, pesará la motivación constante en la sentencia. Lo dicho resultaría lo ideal en una sociedad sometida a un ordenamiento jurídico, pero es importante en la práctica y en muchos casos la ejecución por la fuerza, ya que existen personas que simplemente no acatarían las órdenes de un juez por ser contrarias a sus intereses particulares.

I.F. Poder de Coerción.-

La coerción es una de las facultades que tiene el Juez para de manera directa o indirecta, mediante fuerza, sancionar a quienes no cumplieren de manera voluntaria lo dispuesto judicialmente.

Vale señalar que las medidas coercitivas (fuerza) son una medida que se pueden aplicar no solo a petición de las partes procesales, sino también podrían solicitarlas terceros que tienen alguna obligación con respecto del proceso o que se les asigne una tarea o gestión, esto es auxiliares, testigos, informantes, órganos auxiliares extrajudiciales, o sobre lo vinculado al proceso.

Nuestra legislación contempla esta facultad del Juez, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en el numeral 1 del Art. 132, que dice:

“Art. 132.- Facultades Coercitivas de las Juezas y Jueces.- En cumplimiento de lo que dispone el artículo 75 de la Constitución de la República las juezas y jueces pueden:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva diaria destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal. La multa será establecida discrecionalmente por el tribunal, jueza o juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo ser reajustada o dejada sin efecto si se considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación.

Las cantidades serán determinadas considerando la cuantía o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto.

Siguiendo estos lineamientos, los jueces podrán imponer multas de entre una quinta parte de una remuneración básica unificada, y una remuneración básica unificada diaria, sin que en ningún caso exceda de veinticinco remuneraciones básicas unificadas; la sanción se aplicará sin perjuicio del cumplimiento del mandato; y,

2. Remitir los antecedentes a la Fiscalía General, si estimare que la resistencia a la orden judicial pueda encuadrar en infracción penal”. (Código Orgánico de la Función Judicial)

Al respecto la medida de coerción que utiliza nuestra legislación es de tipo económico: la multa en razón de la cuantía del proceso o de las posibilidades económicas

del obligado con los limitantes que expresa la propia norma; también es de tipo personal, cuando quien se negare a pagar las multas que impone el Juez estaría inmerso en el delito de Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente de acuerdo al Art. 282 del Código Integral Penal, que lo tipifica con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Similar al sistema anglosajón, la medida de coerción que se utiliza normalmente son las sanciones conminatorias que consisten en una escala que va desde sanciones económicas hasta prisión, dependiendo de la rigurosidad del país en el que se lo aplique.

Dentro de los presupuestos que conforman una razón suficiente para una sanción conminatoria están tres circunstancias como lo menciona Mario Masciotra en su obra Poderes- Deberes del Juez en el Proceso Civil:

- a) La primera, cuando se incumple lo resuelto en una sentencia ejecutoriada, donde se ordenó el dar, hacer o no hacer algo con fecha de vencimiento, una vez concluidos los términos para su ejecución el demandado está expuesto a la sanción económica primero y si continúa con el incumplimiento a pesar de ello, caería en una franca falta de cumplimiento de orden legítima que sería de orden penal.
- b) La sanción que recibiría el demandado en caso de no ejecutar la sentencia también sería en el caso que la supuesta inexecución de la sentencia no se la puede ejecutar en razón de circunstancias que obviamente han caído en dolo, o negligencia grave.
- c) Por último, otro motivo para la sanción que impone el juez en su potestad coercitiva, es cuando no hay otro medio que obligue al demandado a cumplir con lo ordenado en la sentencia.

Incluso, el mismo hecho que cualquiera de las partes, testigos o auxiliares del proceso llegaren a faltar el respeto al juez o tribunal, es suficiente para que se hayan hecho sujetos a una de las sanciones coercitivas del Comoon Law.

CAPITULO II

I. CONSTITUCIONALISMO Y

NEOCONSTITUCIONALISMO.

II.A. Noción de Estado Legal de Derecho y Estado Constitucional de Derechos.

II.A.1. Estado Legal de Derecho.-

El Estado legal parte de la idea de un Estado democrático, en el que el poder se encuentra dividido por lo menos en tres funciones, esto es el poder ejecutivo, legislativo y judicial.

En el caso Europeo el poder legislativo asumió una preponderancia inusitada ya que el parlamento limitaba al ejecutivo y controlaba lo judicial, en base al principio de realidad, es decir “el ejecutivo solo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es la boca de la Ley”. (VILA SANTAMARIA)

En este modelo de Estado, la Constitución puede ser reformada con el mismo procedimiento aplicado a las leyes, volviéndola fácilmente manipulable por el grupo de poder que se encuentre de turno en el gobierno y más aún en el poder o función legislativa.

El caso ecuatoriano difiere del Europeo en cuanto, ha existido siempre un marcado presidencialismo que ha influido de manera importante en el legislativo.

Con respecto a la actuación del Juez en el Estado Legal de Derecho, la concepción de que la misma sea la boca de la ley, se fundamenta en la conservación de la libertad política, cuando el Juez para su sentencia no hace más que realizar un razonamiento silogístico donde la “premisa mayor es la norma que atribuye a esa clase de hechos, una premisa menor que es la relación de hechos probados y una consecuencia jurídica”. (Zabala Egas)

Asegurando de esta forma el más puro cumplimiento de la Ley, incluso cuando los jueces deben juzgar un hecho analógicamente, el mismo deberá encontrar la solución en otra norma.

Recordemos que en este Estado, y en su Constitución, los derechos si bien constaban en la misma, quedaban como meros enunciados sin tener un mecanismo de garantía directa, debiendo para ello regularlos en la Ley, lo cual limita el actuar constitucional como norma suprema, pudiendo dejarse de lado al momento de juzgar, derechos tan importantes como los derechos humanos sin una base de acción de defensa legítima, teniendo por tanto una aplicación de normas y no de principios del derecho.

II.B. Estado Constitucional de Derechos.-

El Estado Constitucional de Derechos, nace como una nueva alternativa, ante el Estado Legal de Derecho, donde el interés individual debía sacrificarse por el interés colectivo.

La base del nuevo sistema constitucional se centra en el ser humano dando prioridad a sus necesidades, imponiéndose sus derechos frente al poder del Estado, limitándolo y evitando de esta manera la violación de derechos, incluso la misma Constitución determina la forma de acceso y el actuar de los jueces, quienes aplicarán junto con otras autoridades administrativas sus disposiciones que son de directa e inmediata aplicación.

En este modelo de Estado Constitucional la soberanía actúa de una manera más contundente y efectiva, en una representación constituyente mas que parlamentaria, es decir, no existe un intermediario que exprese la voluntad del pueblo, sino el pueblo expresándose directamente a través de la Constitución, en la que se plasman derechos

fundamentales en base a la dignidad de las personas, en la que los principios fundamentales del derecho buscan y determinan la justicia, incluso frente a la imposición normativa.

El sistema garantista de derechos, tanto los consagrados en la Constitución como los constantes en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, se constituye en un medio y herramienta para el accionar de los jueces, no se limita a aplicar únicamente lo que consta de la Ley, sino a ser un verdadero defensor de los derechos al reconocerlos. Si bien la Constitución se constituye como garantista de derechos fundamentales, no solo a jueces les corresponde su aplicación, sino a la administración pública en general que está en la obligación de hacerlos valer sin necesidad de que medie Ley alguna, esto demuestra el profundo carácter garantista con el que nace este tipo de Constitución,

La Constitución tiene la virtud que en su mismo cuerpo legal lleva inmerso el procedimiento para la aplicación de las garantías jurisdiccionales, así como las pautas para la interpretación de los derechos fundamentales constantes de la misma, los cuales se desarrollaran progresivamente en favor de los derechos.

Este sistema se fundamenta en tres elementos esenciales, de acuerdo al tratadista Jorge Zabala, como son:

1. “La supremacía constitucional y de los derechos fundamentales que son todos los enunciados por la Constitución sean de libertad personal o de la naturaleza social.
2. El imperio del principio de juricidad (llamado por muchos de legalidad) que somete a todo poder público al Derecho, y
3. La adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar el goce de los derechos de libertad y la efectividad de los sociales”. (Zabala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.)

Es importante diferenciar que tipo de derechos son de directa e inmediata aplicación, en este caso serán los exigibles, pues los que no pertenezcan a esta naturaleza se harán efectivos en cuanto sea posible.

II.C. Derecho Constitucional Comparado.-

El motivo de incorporar este punto en el presente estudio, es para dar una idea del momento histórico en que nos encontramos a nivel mundial, pues cada país ha desarrollado y dictado sus Constituciones, en consecuencia, no únicamente en base de una experiencia propia nacional, sino también internacional, podemos analizar el tema de este trabajo y la adecuación de la norma a un contexto mundial coherente.

Por otro lado es importante saber el nivel de desarrollo en el que nos encontramos al respecto de las demás constituciones y temas como garantías constitucionales y derechos humanos; esto nos dará una leve idea en que parte del camino vamos o hemos recorrido, ya que si una Constitución se ha desarrollado de mejor manera que la nuestra, sería importante considerar los elementos utilizados, que nos den pautas para mejorarla en lo que sea pertinente.

Se tiene que considerar que en Europa fue donde se desarrolló inicialmente una ola constitucional orientada a desarrollar los Derechos Humanos luego de la Segunda Guerra Mundial, donde sucedieron las atrocidades más crueles jamás imaginadas en contra de la integridad física y psicológica de las personas, sobre todo donde estuvo presente el fascismo, es por ello que en lo posterior en una forma de redimirse, Alemania e Italia se distinguieron en proclamar los Derechos Humanos en sus Constituciones, replantearon la forma de concebir un Estado, donde los Derechos tienen una especial importancia en la construcción social, donde la Constitución no es solamente un regulador político sino

social, en el que se busca la aplicación directa de los Derechos para evitar el abuso o negligencia del legislador en cuanto a desarrollar leyes secundarias para su ejecución. En este tiempo España y Portugal vivían sendas dictaduras por los que les llevó cierto tiempo volver a la democracia e integrarse a esta oleada constitucional.

En el caso de América Latina, los países se inspiraron en el sistema francés e inglés, luego de independizarse de los países que los subyugaban, pero obtuvieron una especial influencia de Constituciones como la norteamericana de 1787 y de la Constitución Española de 1812.

Por los años ochenta, en América Latina se vivía un régimen de dictaduras, por lo que la corriente democrática Europea fue de gran peso para influir en las mismas volviendo así a un sistema democrático esta vez influenciado por la Constitución Española de 1978.

Por esta misma época, los países Latinoamericanos incorporan en sus diferentes Constituciones instituciones nuevas que implicaban propuestas renovadoras; tales como, la Justicia Constitucional, creándose para ello Cortes o Tribunales Constitucionales que se adoptaron en países como Guatemala, Chile, Colombia, Bolivia, México, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Venezuela Honduras, Brasil.

En el caso de Ecuador “en el año 1945 se crea por primera vez un Tribunal de Garantías Constitucionales, con una capacidad de decisión limitada, luego para 1978 se crea un Tribunal con igual denominación pero sin poder de decisión, correspondiendo dicha potestad únicamente al legislativo”. (Carpizo)

Hoy en día contamos con un Corte Constitucional que garantiza la vigencia y supremacía de la Constitución así como el pleno ejercicio de los derechos constitucionales y garantías jurisdiccionales a través de la interpretación y el control constitucional.

También en países como el Perú existió un Tribunal Constitucional por 1980, que se encargaba de resolver todas las acciones de inconstitucionalidad así como de habeas corpus, amparos, desapareciendo luego en poco tiempo.

Otra de las instituciones que se instauró en América Latina fue el reconocimiento a la Supremacía del Derecho Internacional relacionado con los derechos humanos, institución adoptada por países como Panamá, Ecuador, El Salvador, Costa Rica, Argentina, Perú, Paraguay, Venezuela.

Posteriormente se fueron sumando más instituciones como el habeas data, que aparece en el Ecuador en 1996 que tiene que ver con el acceso a la información sobre sí mismo que poseen tanto instituciones de carácter público como privado, regulado por la Ley de Control Constitucional en 1997 e incorporándose en la Constitución de 1998. El equilibrio entre el poder Legislativo y el Ejecutivo, la judicialización de casos electorales, la creación de la Función Judicial como órgano de gobierno incorporada como tal dentro de la Constitución de 1998, la creación de una Defensoría Pública, entre otros.

Es innegable el desarrollo que ha tenido nuestra Constitución, pues los cambios son totalmente estructurales, pues antes del 2008 existían tres funciones que constituían el Estado, hoy son cinco (poder ejecutivo, legislativo, judicial, transparencia y control social y función electoral) de igual manera el tema de las garantías Constitucionales y la reorganización del Estado y el gasto público, estos últimos deben tener absoluta concordancia con el Plan Nacional de Buen Vivir, gastos que son presupuestados con anterioridad y bajo criterios determinados, es decir que cubran las necesidades principales para el desarrollo del Estado.

Si bien es cierto que se mantiene cierta similitud con constituciones de gobiernos de izquierda que llegaron a ser una tendencia en Latinoamérica tales como Venezuela y

Bolivia, es innegable que Ecuador mantiene su particularidad, por ejemplo, por ser el primer país en otorgarle derechos a la Naturaleza, lo que ha dado lugar a opiniones que reconocían tal avance, en su momento la BBC (7 de octubre del 2008) señaló: “Ecuador se ha convertido en el primer país del mundo que reconoce en su Constitución derechos inalienables a la naturaleza, convirtiéndola de esta manera en sujeto de derecho”. (http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7646000/7646918.stm)

Por otro lado, la Constitución de 2008 otorga a los jueces potestades de las que antes carecían, hoy por hoy, los jueces constitucionales crean derecho en cada caso particular, (Carlos Cossio) ya señalaba que el rol del Juez no se reduce a la aplicación de la ley, sino que crea derecho, para el caso dado, que no se absorbe en el caso general al que se refiere la legislación.

En los que se tenga que aplicar el principio de progresividad, de acuerdo al Art 11 numeral 8, donde indica que el derecho se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, jurisprudencia y políticas públicas. Así también podemos observar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el numeral 3 del Art. 2, faculta que los jueces de Corte Constitucional puedan alejarse de sus precedentes de interpretación de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y justicia.

II.D. Constitucionalismo.-

El Constitucionalismo se entiende como un proceso complejo por el cual el Estado se somete al Derecho, un Derecho que a través de la historia fue separando los poderes, asignando competencias, limitando el poder y pragmándolo en una norma con carácter de suprema.

Jorge Zabala Egas contextualiza el constitucionalismo de una manera más concreta cuando dice que “la Constitucionalización es el proceso histórico a través del cual los documentos políticos limitantes del poderes público- las Constituciones-, incluyendo una carta ética de derechos, cuyos titulares son los sujetos que conforman la comunidad, marcan un espacio infranqueable para la intrusión de este poder y que, expresados en normas –principios jurídicos, llegan a ser de aplicación directa, justiciables y con jerarquía normativa suprema”. (Zabala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.)

Es decir, la comunidad soberana titular de derechos es quien a través de representantes expresa las normas que no solo van a proteger sus derechos, sino que van a limitar al poder, como garantía de conservar una sociedad justa y equilibrada, normas que se plasman en la norma suprema que es la Constitución.

Si bien la constitución anterior contenía derechos, necesitaba que el legislativo haga viable el derecho al reclamo de los mismos solo a través de crear normativa especial para ello,

Por ejemplo, antes de nuestra Constitución del 2008, de acuerdo a lo que menciona Zabala se daban 3 circunstancias:

“1. Los derechos constitucionales no obstante ser normas-principios de rango jerárquico supremo, no pasaban de ser garantías subjetivas de libertad dirigidas fundamentalmente al Ejecutivo, sin embargo no al legislador. 2. Estos porque el único intérprete auténtico de la normativa constitucional era el legislador y, 3. En consecuencia, no existía la función objetiva de los derechos como normas principios que rigiesen sobre legislador y la ley”. (Zabala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.)

Al constar la garantía de los derechos desde la misma Constitución, le brinda objetividad a los mismos, estos están incluso sobre el legislativo, ya no se espera que sea el legislador desarrolle una ley para la garantía de cualquier derecho que estuviese consagrado en la Constitución, pues son de directa e inmediata aplicación. La Constitución se vale por si sola para hacer valer los derechos consagrados en la misma.

Pues anteriormente el legislativo era el único que podía interpretar la Constitución y las normas en general, pues si lo realizaba un Tribunal Constitucional este quedaba únicamente en un mero discurso, sin embargo la nueva estructura constitucional hace que los derechos fundamentales estén dirigidos a proteger la libertad de una persona particular frente a cualquier abuso del Estado.

De allí la importancia de la garantía de derechos de la Constitución como ejecutor de los mismos cuando han sido violentados, sobre todo por el mismo Estado.

En este marco evidencian la necesidad de regulación del poder, pues incluso los gobiernos de facto necesitaron de una Constitución para legitimarse, ello por la supremacía que posee esta norma; sin embargo, una mera regulación del poder y de procesos legislativos más o menos confiables no basta, una Constitución para considerarla confiable y legítima va mucho más allá, conteniendo un sentido pleno como lo describe Carlos Nino, pues “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la determinación de poderes está determinada no tiene una Constitución”. (Nino)

Es decir, se requiere que cuente con procesos que garanticen los derechos y limiten el poder a través de la separación de funciones que se controlen y equilibren entre sí.

En el caso de nuestro país, el Constitucionalismo viene siendo parte de nuestra historia republicana desde 1830, hasta la expedición de la Constitución de Montecristi (2008), de acuerdo lo clasifica el profesor Ramiro Ávila Santamaría. (Ramiro.)

Este período se caracteriza por la presencia del principio de legalidad que somete todo el poder público a la Ley, donde el papel, sobre todo de los jueces es ser la boca de la Ley, sujetándose estrictamente a la norma escrita preexistente, es decir aplicando estrictamente el derecho positivo. En esta etapa el desarrollo de derechos era limitada, existía la posibilidad de que el derecho estuviese condicionado a favorecer únicamente a quienes se hallaban ostentado el poder. La independencia y limitantes de poder de las conocidas tres funciones principales del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial podían evidenciar que servían unánimemente al gobierno de turno; paulatinamente esta circunstancia ha ido cambiando a través de los tiempos encontrando en la actualidad nuevos parámetros en cuanto a construir una Constitución.

Tras el paso de los años el marco constitucional del Ecuador ha venido evolucionando en conceptos y en instituciones, hasta llegar a una constitución garantista, pues sus normas tienen una característica especial, con la que, la Constitución anterior (1998) no contaba, esta es que las normas tienen también la característica de principio los mismos que son de directa e inmediata aplicación.

Así, de acuerdo al profesor Jorge Zabala Egas la Constitucionalización del sistema jurídico conlleva dos técnicas que son: La dualidad de los derechos Constitucionales.

La dualidad de los derechos Constitucionales consiste en que los mismos están conformadas por normas que a la vez son principios, formando así una norma-principio, que son derechos subjetivos que enfrentan al Estado y después son transformados en norma-principio de derecho constitucional que junto con otro tipo de normas que organizan, otorgan competencias, conformando la Constitución; sin embargo únicamente

las normas-principio poseen garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y que son de directa e inmediata aplicación.

Es decir las normas-principio no tenían validez mientras estas no fueran desarrolladas por el legislativo como Ley, y por lo tanto no existía una norma principio por sobre el legislativo, hoy por hoy, la Constitución cuenta con normas-principio que tienen carácter axiológico (se basan en valores, en principios del Derecho) de validez universal las cuales tiene vigencia sin la necesidad de que se desarrollen leyes para su aplicación.

II.E. Neoconstitucionalismo.-

Se podría decir que el neoconstitucionalismo se origina como respuesta o reacción a las múltiples violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos que existieron en la Segunda Guerra Mundial, con países como Alemania, Italia y España; el profesor italiano Luigi Ferrajoli “afirma que el constitucionalismo surgió como reacción a colapso de la capacidad reguladora de la ley”. (Ferrajoli)

“El carácter nominalista de las constituciones liberales clásicas del siglo XVIII, XIX y primeras décadas del siglo XX no respondió a las necesidades sociales, políticas y económicas de cada época. (Viciano)

“Como respuesta a dicho fracaso, surgieron varias Constituciones europeas de la posguerra, diseñadas principalmente para limitar el poder político y permitir la inclusión de mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales. Estas constituciones se caracterizaron por el pragmatismo y fueron denominadas constituciones materiales”. (Sastre)

Es así como la Constitución cobra importancia, organizándose la parte orgánica en función de ella, quedando todos los poderes incluido el legislativo bajo su disposición. Sin embargo, el proceso en Latinoamérica fue diferente; si bien surgieron reacciones en respuesta de la opresión que significaban los gobiernos dictatoriales y que luego de los mismos se modificaron las Constituciones, también era cierto que estas Constituciones debían obedecer a las necesidades sociales, económicas que caracterizaban a cada región, por ejemplo uno de los problemas que se evidenciaba en Latinoamérica era o es la facilidad con la que se cambiaban las Constituciones, en el caso de nuestro país se han realizado 20 constituciones lo cual indica una grave inestabilidad política y una falta de valor real a la norma superior.

En virtud de lo que sostiene Sastre el Neoconstitucionalismo en Latinoamérica debía resolver tres aspectos importantes:

- “1) la estabilidad democrática, a través del control parlamentario y de mecanismos que disminuyan el hiperpresidencialismo;
- 2) el fortalecimiento de los derechos humanos y el reconocimiento de derechos de grupos indígenas; y,
- 3) mayores estándares de gobernabilidad y de control constitucional”. (Sastre)

Así, podemos señalar que el neoconstitucionalismo de acuerdo a Alexy, Zagrebelsky, Guatini y Prieto Sanchis está caracterizado por: “1.- Es un derecho más de principios que de reglas, 2.- Mayor utilización del método de la ponderación que el de la subsunción para la aplicación del derecho, 3.- Una plenitud constitucional que llena al detalle el ordenamiento jurídico, 4.- Poder del juez para la determinación de los derechos, en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos y 5.- una apertura a

que cohabiten valores plurales que, eventualmente, pueden colisionar, en lugar de cerrarse a un escaso número de principios coherentes y compatibles”. (Zabala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.)

Nuestra Constitución del año 2008 define al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, con rasgos básicos de acuerdo a lo que dice la Corte Constitucional en su Sentencia Interpretativa RO. –s-Nro 451 de 22 de octubre del 2008, (Zabala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.)

Cuando se reconoce el carácter normativo superior de la Constitución, su directa aplicación, el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho. Sin embargo nuestra Constitución en realidad es una fusión de juntar la versión francesa de constitución con la americana, de este modo creamos reglas que se garantizan con jurisdicción y se llena de normativa transformadora de aspiración social sin garantía, sumando a esto un gran problema de interpretación de las mismas.

Entonces, parecería que estamos lejos de ser un Estado Constitucional de Derechos, y más bien solo hemos creado un modelo más de Constitución basada en el Deber Ser y que en la mayoría de los casos no se aplica como tal.

Al respecto, en una entrevista realizada a la experta europea Dra. Almut Schilling Vacaflor del Instituto Alemán de Estudios Globales y de Área -GIGA-, realizada por el profesor Marco Navas Alvear, Director del Taller de Constitucionalismo y Democracia,

ante la pregunta “¿cómo ve el constitucionalismo ecuatoriano en comparación con esas tendencias?”, Almut Shilling – Vacaflor señaló:

“Bueno, lo que se ve es que desde la última ola de la transición a la democracia, desde 1978 hubo muchos cambios constitucionales en América Latina, no solo la adopción de nuevas constituciones, sino hay que destacar también la gran serie de enmiendas constitucionales que países con sistema rígidos optaron por hacer, por ejemplo México y Brasil, luego este de su constitución de 1988. Y, en este transcurso del tiempo, las características que tienen en común estos cambios constitucionales son el reconocimiento de un catálogo más amplio de derechos humanos, con nuevas instituciones o el fortalecimiento de las instituciones existentes que sirven para su judicialización y el control de la implementación de los derechos humanos, por ejemplo, las cortes constitucionales y defensorías del pueblo; también el reconocimiento de derechos de minorías étnicas o religiosas y el pluralismo cultural que ha sido reconocido en muchos estados de América Latina, no solamente con respecto a las sociedades sino también respecto a los sistemas estatales, políticos, jurídicos, económicos, etc. Igualmente, otras características como descentralización que se ve en general en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo y que se encuentran también en la nueva constitución en Ecuador, que en algunas dimensiones en el caso de su país son más destacados o si se quiere radicales incluso, o más innovadores. Lo que se ve bastante novedoso en Ecuador son los derechos a la naturaleza que emergen como un “eco constitucionalismo” o lo del estado plurinacional como también en el caso de Bolivia. También muchos elementos de formas de democracia participativa y deliberativa caracterizan estos modelos, de estos dos países mencionados. Se ve en el caso ecuatoriano

que comparte muchas características con las constituciones recientes de Venezuela y Bolivia y en otros con las de Brasil y Colombia.

Pero lo que es interesante en los casos de Ecuador, Bolivia y Venezuela es que ahí hay una tendencia que no encaja tanto con las corrientes generales a nivel mundial que es la de que estas constituciones regresan a una mayor regulación de la economía. Desde 1980 como la tendencia global ha sido el fortalecimiento de un constitucionalismo que podría caracterizarse como “neoliberal”.

Se ve entonces que en las constituciones con países cuyos gobiernos se ven como progresistas o izquierdistas empiezan a vincular la economía más a su función social, a fortalecer el rol de Estado en ella y a ponerle límites viendo otros derechos fundamentales”.

(<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2012/Entrevista%20a%20Almut%20Schilling%20Vacaflor.pdf>)

Por otra parte, de acuerdo al Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, el verdadero neoconstitucionalismo inició en el Ecuador desde el 2008, por haberse reconocido en la Constitución derechos de quienes antes estaban excluidos por la sociedad, en donde la naturaleza es sujeto de derechos, donde se ha buscado un control y un límite para los poderes del Estado a través del control social mediante organizaciones sociales y de ciudadanos que ya se involucran en los procesos del gobierno, hay todo un desarrollo en lo que corresponde a garantías jurisdiccionales, institucionales.

Sin embargo, no se puede dejar de lado las dificultades que se tienen a la hora de implementar en acciones concretas y efectivas muchas disposiciones de la Constitución, a la final aún siguen siendo meramente declarativas, sobre todo lo referente a participación ciudadana, ya que de alguna manera el Ejecutivo influye sobre estos

organismos, quitándole verdadero protagonismo y perdiendo por ende, un espacio importante respecto a control del resto de poderes.

Con relación a los jueces, en especial quienes están en la Corte Constitucional y el nuevo esquema institucional, se evidencia que sus competencias han ido en crecimiento, las potestades que se les ha dado son cada vez mayores; en un clima de autonomía, vendrían a ser como lo diría la Dra. Almut Schilling Vacaflor, “contrapoder del ejecutivo y legislativo para supervisar que se implemente realmente los derechos humanos y que actores como los partidos políticos, las fracciones parlamentarias, los ministros y autoridades respeten realmente la constitución”. (<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2012/Entrevista%20a%20Almut%20Schilling%20Vacaflor.pdf>)

Sobre la potestad de los jueces, en cuanto a lo manifestado, se debe estar atentos a que podrían verse en ciertos casos influenciados o por grupos de poder, de gobierno o grupos sociales, lo cual podría deslegitimar su actuar.

II.F. Principios Constitucionales.-

Un Estado Constitucional de Derechos está fundamentado en principios y reglas creando derechos de carácter vinculante, es decir, de obligatoria aplicación.

De acuerdo a Cabanellas, principio en su sentido jurídico, se lo describe como “Máxima, norma, guía”. Ampliándolo de mejor manera, indica el mencionado Autor que es: “Uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Ramón considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador

como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Muger). (Guillermo.)

En consecuencia, los principios no serían normas de comportamiento humano que tienen un carácter de universalidad, generalmente dictadas por doctrinas o religiones, conducentes a mejorar nuestro convivir con la sociedad y principalmente el bienestar individual. Los principios serían la base de la norma jurídica, su ser original, su naturaleza que deviene luego, en el texto legal.

En materia de principios nuestra Constitución en el Art. 11 contempla los principios que regulan la aplicación del derecho, siendo los mismos los siguientes:

II.F.1. Principio de acceso a la Justicia.-

El primer numeral del referido Artículo 11, si bien efectivamente se refiere al ejercicio que tenemos las personas para reclamar nuestros derechos pudiendo hacerlo de manera individual o colectiva como lo indica el artículo, tiene una especial vinculación con el principio de acceso a la justicia, pues en este responde por el Estado para garantizar el acceso de las personas o colectividades a la justicia, por lo que nuestro nuevo sistema judicial se ha dado a la tarea de emprender reformas para superar las barreras estructurales, jurídicas, económicas sociales, generacionales, etc, de modo de hacer plenamente viable el libre acceso a la justicia.

Naturalmente tal reclamo se debe hacer, a la instancia competente, dependiendo de la materia, el territorio o el grado para que sea efectivo, dirigido a las autoridades que

están obligadas a garantizar el cumplimiento de la norma, fomentando así un elemento importante en un sistema de derecho, la seguridad jurídica. Otro elemento importante es que en esta Constitución se dan elementos inclusivos como sujetos de derecho, reconociéndose así, pueblos, nacionalidades, lo cual es enriquecedor para nuestra realidad cultural y social.

II.F.2. Principio de Igualdad.-

El segundo numeral del Art. 11 de la Constitución, hace referencia a este principio, declarando a todas las personas como iguales esto quiere decir que igual trato en condiciones iguales, quienes gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades sin discriminación alguna, sin embargo, este tema se lo debe tratar con cierta sutileza, pues las personas si bien jurídicamente se nos considera iguales, las diferencias que existen son variadas, ya sea en razón de género, edad, circunstancias o situaciones que demandan un trato especial, tales como, las personas que en razón de tener algún tipo de discapacidad o enfermedad catastrófica. En razón de ello, las diferencias que dejan en condiciones de vulnerabilidad a las personas, ya sean por situaciones de salud, pobreza, género, entre otras, deben ser consideradas de una manera especial, de modo que dichas condiciones no constituyan un impedimento para el ejercicio de sus derechos, o lo que se podría identificar como un beneficio, otorgándoles a dichas personas prioridad para que su “desigualdad” (las comillas son mías) se equipare a las circunstancias de los demás; como en el caso de una persona discapacitada por ejemplo, el derecho laboral obliga a las empresas a tener un porcentaje de estas personas trabajando en sus instalaciones, dando así la oportunidad de subsistencia digna para una persona que se limitaría en ciertos aspectos y tendría de cierta manera una desigualdad de condiciones con una que no padezca discapacidad alguna.

Por este motivo es que la diferencia a favor del reconocimiento de derechos para grupos vulnerables han llevado a la creación de normas de protección tanto para niños, mujeres, mujeres embarazadas, ancianos, personas con discapacidad, etc; esta distinción en consecuencia de su diferencia, busca alcanzar “esa igualdad” a la que se refiere la norma suprema; en resumen, las desigualdades se deben tratar con cierta desigualdad para alcanzar equidad y justicia.

II.F.3. Principio de Inmediata y Directa aplicación de la Constitución y de los Derechos Humanos.-

El tercero y quinto numeral del Art 11 de la Constitución, hacen referencia a que por parte de los jueces y de los servidores públicos en general, se debe aplicar directamente los derechos y garantías Constitucionales y que constan de Tratados Internacionales de derechos humanos, sin exigir condiciones o requisitos que no consten en la ley.

Este numeral hace hincapié en que todos los derechos son justiciables, esto quiere decir que pueden ser reclamados judicialmente en caso de la violación de cualquiera de ellos.

II.F.4. Principio de Supremacía Constitucional.-

El numeral cuatro se refiere exclusivamente al principio de Supremacía Constitucional, destacando que, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son aplicables sobre las constituciones de los países miembros que hubiesen ratificado en dichos tratados, de modo que primen los derechos consagrados en ello sobre cualquier otra norma.

Por ende sería improcedente que cualquier norma restrinja los derechos y garantías consagrados en la Constitución que es origen de la norma como tal.

II.F.5 Principio de la Interpretación que más favorezca.-

El quinto numeral hace referencia al principio que mejor favorezca a la efectividad de los Derechos, principio que deberá ser aplicado por Jueces, servidores públicos y administrativos.

II.F.6. Principio de inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependientes.-

En el numeral seis se hace una enumeración de algunos principios que generalmente se encuentran concatenados entre sí, pues todo derecho es irrenunciable, es decir cualquier convenio o trato sobre un derechos inherente a las personas consagrados en la Constitución es nulo, pues no se pueden tocar, y peor dividir, siempre están relacionados unos con otros y todos ellos mantienen una misma jerarquía por lo que ninguno es superior a otro.

II.F.7. El Principio de Progresividad.-

El numeral siete y ocho del Art. 11 del texto constitucional, resulta sumamente importante y en especial para el presente estudio. Este principio es una implementación de esta nueva Constitución, en él se busca desarrollar los derechos a través de jurisprudencia y políticas públicas; en este caso los jueces tienen una atribución más, otorgada por esta Constitución y es, desarrollar jurisprudencia en favor de los derechos, y desarrollar principios que viabilicen la mejor aplicación de las normas en búsqueda de la justicia.

El Dr. Alfonso Zambrano en su publicación sobre el Neoconstitucionalismo, Garantismo y Constitución del 2008, dice que el principio de progresividad es básicamente la facultad que tiene el mismo para generar nuevos derechos en protección

de los derechos humanos, como un significativo avance en un evolucionar del derecho hacia la verdadera justicia.

II.F.8 Principio de Responsabilidad.-

En el numeral nueve esta establecido el principio mediante el cual se establece la responsabilidad que tiene el Estado para con los ciudadanos en los casos de mala administración ya sea con referencia al servicio público o a una mala administración de justicia, éste está en la obligación de indemnizar a la parte afectada, reclamando naturalmente su derecho de repetición contra el funcionario que hubiese faltado a su deber de servicio.

Cabe indicar que en pocos días entrará en vigencia un nuevo código procesal en nuestro país, denominado Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en el que su Art. 2 dice que todas las actividades procesales se guiaran por principios Constitucionales, de Derechos Humanos y Tratados Internacionales Ratificados por el país, y los desarrollados en el mismo código.

Es decir el Código Orgánico General de Procesos tiene como guía fundamental crear una estructura que esté guiada por principios en las diferentes etapas del procedimiento, dicha estructura central está compuesta por los principios de oralidad, celeridad y lealtad procesal, en cuanto al principio de Oralidad en primera instancia en donde se busca potencializar la oralidad en la sustanciación del proceso en concordancia de inmediación. El principio de celeridad que enfatizan la agilidad de los procesos judicial, y la lealtad procesal traducida en buena fe de las partes en cuanto a su actuar en el proceso y en la presentación de pruebas.

Así también el COGEP, al ser un Código donde se promulga de manera expresa la oralidad de los procesos de acuerdo al Art. 4 donde consta que la sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollará mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito.

Por otro lado, la Constitución contempla también los principios de la administración de justicia lo que marcará ciertas pautas de comportamiento con respecto a la sustanciación de los casos, principios consagrados en el Art. 167 que dice:

“Art. 167.- Principios de la administración de justicia.- 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”. (Constitución de la República del Ecuador 2008)

Esta norma se relaciona con el principio de soberanía, en tanto el pueblo ha delegado la potestad de administración de justicia, a los órganos de la función judicial para que a través de ellos se ejerza su voluntad que desde luego se encuentra determinada en las leyes pero principalmente en la Constitución.

Este principio está directamente vinculado con la independencia de la función judicial, es decir, quienes administran justicia se deben únicamente a esta potestad encomendada por el pueblo y expresada como decía, la Constitución y leyes, sin que deba existir interferencia de ningún tipo en sus decisiones.

Por su parte, el Art. 168 de la Constitución, en sus tres primeros numerales, especifica que la función judicial gozará de independencia, tanto interna como externa, que gozará de autonomía y que solo ésta es la autorizada para ejercer la administración de justicia. Este actuar independiente remarca el principio de separación de poderes y

permite que sea claramente definido sin que existe injerencia alguna de un poder sobre otro.

Los principios contemplados en la Constitución, y esta como norma suprema, buscan una justicia libre de injerencias de cualquier índole y una aplicación que busque el convencimiento y certeza de que las decisiones emanadas del poder público no sólo que regulan el quehacer social quebrantado, sino que lo reconstruyen y vivifican en pro de una sociedad mejor.

Con respecto al numeral cuarto de la referida norma, es un punto adicional que se le atribuyó a la Justicia con la nueva Constitución; se declara a la Justicia gratuita de modo que esté al alcance de todos, evitando de esta manera discriminar a quienes menos tienen, ya que debe ser para todos; con ello, nuestro Código Orgánico de la Función Judicial eliminó lo que antes se conocían como tasas judiciales.

El numeral quinto del Art. 168 de la Constitución, tiene una directa conexión con el principio de publicidad, ello en el sentido de que toda etapa de un proceso debe ser pública, es decir que ante todo exista la transparencia en el que hacer judicial con las limitaciones lógicas que dispone la normativa como los casos de violencia sexual o violencia intrafamiliar.

El principio de publicidad vendría a ser lo que menciona Luigi Ferrajoli, una garantía de garantías, pues a través de ella se garantiza el derecho a la defensa, a la igualdad, al derecho de contradicción, a transparencia de la prueba presentada.

En el campo penal que es la especialidad del tratadista Luigi Ferrajoli, en el concepto que expresa nos da una idea clara de lo que significa el principio de publicidad como tal, cuando dice: “los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor.

Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio”. (Ferrajoli, Derecho y razón: Teoría del garantismo penal.)

Es decir, la opinión pública así como la transparencia de que se lleve en presencia del mismo abogado defensor, garantiza una forma de control de la legalidad y probidad con la que se lleve dicho proceso.

Con respecto al último numeral del Art. 168, hace especial referencia a la implementación de la oralidad en los procesos, de modo que se hagan visibles los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Con respecto a la oralidad el tratadista Giuseppe Chiovenda precursor de la oralidad en el Derecho Civil Italiano dice: “En la viva voz, habla también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, la manera de decir, y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras”. (Chiovenda)

Si bien en la norma se habla sobre las múltiples ventajas de la oralidad en el proceso, Chiovenda resalta estos factores personales como uno de los indicios más

importantes en la formación del criterio de un juez dentro de un proceso, pues la expresión corporal de una persona comunica más que las palabras, tanto es que el autor Allan Pease dice: “que las personas comunicamos el 55% de lo que decimos con nuestra expresión corporal, un 38% comunicamos con nuestro tono de voz y solo un 7% lo expresamos en palabras”. (Pease)

Pero la ventaja de la oralidad en los procesos no sirve únicamente para que el juez trate descubrir la verdad de los hechos, pues es una plataforma importante de dialogo entre las partes, pudiéndose llegar a consensos, dando fin a la controversia, con ello no solo se ha asegurado la celeridad en el proceso, sino también la transparencia pues tanto el actor como el demandado están presentes en el desarrollo de la audiencia, donde se puede interactuar de manera activa con el juez, el despacho de la prueba también tiene un papel importante este tema, pues la misma se desarrolla en presencia de las partes pudiendo ser refutada al instante lo cual nos deja ver que el principio de la legítima defensa es un principio que prima en esta clase de procedimientos, en realidad las ventajas de la oralidad puede ser innumerables.

La oralidad definitivamente es un sistema que ha venido a agilizar y transparentar los procesos judiciales, evitándose caer en procesos largos y engorrosos que más tienden a dilatar los procesos en lugar de resolverlos con prontitud, por lo que la administración de justicia pierde eficacia en su actuar.

En la Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998, en su Disposición Transitoria VIGÉSIMA SÉPTIMA se establecía un mandato:

“La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema.”

Desde entonces en los años sucesivos estamos hablando desde el año 2000 el Código Penal ya implementó el primer sistema oral dentro de los procesos lo cual revolucionó de cierta forma el mundo del Derecho en Ecuador, los resultados eran evidentes y mas tratándose de materia penal se evidenciaba de forma más clara que los derechos de las partes tenían una mejor garantía ante al publicidad y transparencia que ofrece este sistema, luego por el año 2003 se implementó la oralidad en el proceso penal reduciéndose en forma significativa el tiempo de resolución de procesos que duraban años se resolvían en menor tiempo precautelando con ello sobre todo el derecho del trabajador que la mayoría de ocasiones resultaba siendo el más perjudicado, posteriormente el código de la niñez y adolescencia en el año 2005 implementó la oralidad en la llamada audiencia única donde se lleva dicha diligencia de manera oral con el despacho de toda la prueba en dicha audiencia, protegiendo con dicho sistema los intereses de los menores, y precautelando el interés superior del menor, desde entonces la experiencia que se ha venido acumulando nos ha demostrado claramente de manera irrefutable la clara ventaja de llevar los procesos judiciales a través del sistema oral, pues es de hecho una garantía de derechos y del proceso en si, solo que hasta entonces no se contemplaba un sistema oral para la sustanciación de los procesos en materia civil, contenciosa administrativa ni tributaria, situación que se ha buscado subsanar con la creación del nuevo código orgánico general de procesos que entrará en vigencia.

Hoy por hoy nuestra actual Constitución la República del Ecuador (2008) dispone que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevarán a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo, como lo podremos observar de su Art. 168.

En vista de ello el Código de la Función Judicial, en su Art. 18, también hace mención a que el sistema procesal es una forma de realización de justicia.... que consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal haciendo efectivo las garantías del debido proceso.

Nuestra legislación lleva ya unos años tratando de adecuar sus normas para un sistema oral, esto es un sistema de administración de justicia en audiencias; así como también su infraestructura física, para la realización de las audiencias. El hecho es que pasados unos pocos años, solo con la experiencia de otras materias que se llevan a cabo de manera oral, como la solución de los conflictos en materia laboral o de la niñez y adolescencia, nos damos cuenta que es necesario la creación de más jueces así como estructura adecuada, caso contrario puede tomarse el sistema mucho más lento.

El Art. 169 de la Constitución consagra lo que son los principios procesales de la administración de justicia, los cuales comprenden: “los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

- En cuanto al principio de simplificación, éste busca simplificar los procesos es decir, que hayan menos etapas, menos requisitos inútiles que complican y retardan el funcionamiento, aunque los cambios tecnológicos han sido también un importante aporte para acelerar los procesos, pues ya se cuenta con computadoras modernas, internet, impresoras, y demás implementos tecnológicos que facilitan el trabajo en la administración de justicia. El fin de este principio de simplificación busca hacer más accesible y fácil los trámites judiciales, de modo que los procesos no sean convertidos en un vía crucis para quienes acuden a la justicia, pues los trámites no son el fin del proceso, sino el camino a obtener justicia.

- Así mismo el principio de Uniformidad, busca establecer tratamientos similares para los procedimientos de manera de facilitar la sustentación de los trámites, pero así también este principio se aplica para los criterios judiciales de manera que la administración de justicia sea uniforme y se eviten las contradicciones en cuanto a la aplicación e interpretación de la ley.

- La eficacia es otro de los principios procesales que tiene por objeto lograr un efecto deseado, es decir que el proceso sea válido, deberá estar acompañado de la ejecución de otros principios que coadyuven a alcanzar su objeto.

- La Inmediación involucra la participación activa y presencial de las partes y del mismo juez en el proceso, y más aún en las audiencias orales, pues la importancia radica en el acercamiento que tiene el juzgador a las partes, es invaluable el juicio

que puede generarse el juez de un testimonio presenciado por sí mismo, que la lectura fría de un simple escrito. Al final la idea es conseguir una justicia material no formal, naturalmente que la efectividad, radica en que el fallo se produzca de manera inmediata después de la recepción de la prueba, caso contrario sería una pérdida de tiempo.

- El principio de Celeridad como lo veremos más adelante en un desarrollo mejor expuesto no es más que la rapidez con la que se puede llevar un proceso tanto en su sustanciación como en la obtención de una resolución, como aliada de la prontitud de la justicia.

- Economía procesal trata de concentrar en un mismo acto varias diligencias de manera de minimizar el tiempo con mejores resultados, un claro ejemplo de ello son las audiencias orales que constituyen una etapa en la que llevan varios actos procesales de manera de optimizar el tiempo, simplificando procesos.

La finalidad de que dichos principios estén determinados en la Constitución es garantizar una correcta administración de justicia.

Luego de esta breve explicación de los principio en la Constitución y de acuerdo al tema de nuestro estudio, el papel que tiene el juez dentro del modelo constitucional dependerá lógicamente del tipo de marco constitucional en el cual se deba desenvolver y que deba cumplir; cada modelo constitucional otorga a los jueces un sistema y ciertas potestades para que éste actúe a nombre del Estado.

Así, podemos comenzar considerando que de acuerdo al criterio del tratadista Xavier Pérez Royo, para que exista una Constitución, esta debe incluir la voluntad popular y la limitación del poder; donde sea la voz del pueblo la que constituya la forma en que el poder político debe organizarse, o como lo diría Carlos Santiago Nino, la Constitución no es más “que una verdadera carta de navegación que guía el destino de un país”.

Una Constitución es la norma fundamental que organiza las funciones del Estado y las instituciones que lo componen; complementada por el enunciamiento de todos los principios y derechos que rigen, empezando por el ciudadano como sujeto de derechos.

Nuestra actual Constitución, produjo un cambio fundamental, al tomar una forma garantista, que pretende en su marco teórico “la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no solo en cuanto a las formas de producción sino también por los que se refiere a los contenidos producidos”. (Zabala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.)

El modelo garantista consagra un sistema para expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas que atenten contra los derechos; en tal sentido, un juez puede cuestionar la constitucionalidad de una norma que a su criterio menoscabe los derechos de las personas, en tal caso es potestad del mismo remitir en consulta a la Corte Constitucional como lo faculta el Código Orgánico de la Función Judicial:

Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

Pues el juez es el que se convierte en un garantista de la protección de los derechos.

La legitimidad de las garantías no sólo se enmarca en el cumplimiento de los aspectos formales, que en el contexto de la aplicación pura del derecho positivo busca el correcto desarrollo del proceso, debe ser considerado como la validación del proceso, que en la aplicación garantista busca la justicia ante lo formal de un proceso.

Expresado así, la diferencia entre ambas resultaría muy sutil, en cuanto a las garantías materiales estas normalmente son conocidas por los jueces y en lo que se refiere a garantías formales son conocidas por la Corte Constitucional.

Otra forma de clasificar a las garantías es en ejecutivas y jurisdiccionales, las garantías ejecutivas son aquellas que determinan el derecho, también conocidas como

garantías primarias, Ferrajorli las nombra de esta manera porque dice “que estas garantías en el momento de entrar en vigencias, por su respeto y aplicación no tendría sentido otro mecanismo jurídico para garantizar su cumplimiento”.

En tanto que las garantías jurisdiccionales son mecanismos jurídicos para reparar las consecuencias del daño jurídico. En este caso dentro de lo que son los mecanismos jurídicos o garantías secundarias las mismas están descritas de manera detallada en nuestra Constitución como lo son el Habeas Corpus, Habeas Data, Acción de acceso a la información pública, Acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección.

Otro aporte fundamental de nuestra Constitución del año 2008, es la competencia que asumen los Jueces de primera instancia para conocer el recurso constitucional de Habeas Corpus; anteriormente lo conocía el Alcalde, que debía verificar la ilegalidad de la detención, un aspecto que estaba mal enfocado, pues los Alcaldes son personas que llegan a ocupar tal puesto por elección popular, para la administración de recursos públicos; el hecho de que se encarguen la resolución de dicho recurso a los jueces de primera instancia del lugar donde se suscitare el evento ilegítimo, le da agilidad y efectividad a la medida instaurada.

En cuanto al procedimiento, consta en el Art. 86 de la Constitución, en el cual se define los límites de tiempo que garanticen la celeridad y claridad del proceso, así como las sanciones establecidas.

II.G. Supremacía Constitucional.-

La Supremacía Constitucional se la define como “un principio teórico del Derecho Constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico de ese país, considerándola como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico. Según cada país los

tratados internacionales ratificados por el país gozan de igual rango (rango constitucional) o superior a las leyes e inferior a la constitución”.
(<http://old.dipublico.org/jurisprudencia/Ekmekdjian.pdf>)

Este principio de Supremacía Constitucional, tiene su fundamento en que la Constitución es la norma que organiza el Estado, por ende toda las normas deberán estar en concordancia con la Norma Suprema, de igual forma quienes conforman el gobierno central y todos los servidores públicos que forman parte de aparato gubernamental, obligatoriamente deben acoger sus disposiciones; así mismo, será un guía obligatoria por la cual se debe regentar la administración pública en general; procura protección y seguridad a los ciudadanos que conforman el Estado, quienes han limitado su libertad y demás facultades naturales, otorgándole la potestad de organizarlas al Estado para que éste lo retribuya en el bien común y buen vivir.

En éste contexto el Art. 424 de la Constitución se refiere a la supremacía de la Constitución y consagra que cualquier otra norma deberá guardar la debida concordancia con la Constitución, de lo contrario no tendrá eficacia alguna; esto no tiene solo que ver con un orden jerárquico, sino porque en la práctica y de no ser así, se produciría un conflicto por tratar de hacer prevalecer la norma que más favorezca a los interés de diversos actores sociales que por su posición podría beneficiarse en temas jurídicos, económicos, y sobre todo políticos.

Al respecto de la jerarquía, nuestra Constitución sigue manteniendo la clásica pirámide Kelseniana, aunque muchos argumentan que en realidad parecería un sol que

irradia en todas direcciones, donde el centro es la constitución, sin embargo tal concepto podría traernos a la larga algún tipo de confusión. (Zavala Egas)

Para efecto de nuestro estudio el orden jerárquico que dispone nuestra Constitución en su Art. 425 es el siguiente:

- La Constitución.
- Tratados Internacionales.
- Leyes orgánicas.
Leyes ordinarias,.
- Normas regionales y ordenanzas distritales.
- Decretos y reglamentos.
- Ordenanzas.
- Acuerdos y resoluciones.
- Demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Estando en la primer lugar la Constitución a la que le siguen normativa en la escala de acuerdo a su importancia en cuanto a su aplicación, normativa que deberá ser especialmente aplicada por jueces y autoridades administrativas, así como servidores públicos, sin la necesidad de observar normativa especial para la ejecución sobre todo en lo que se refiere a Derechos y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos que estarían incluso por sobre la Constitución misma en cuanto a su aplicación si contiene condiciones más favorables. Se evidencia que nuestra Constitución es una norma eminentemente garantista por lo que su aplicación es directa e inmediata, por tanto los Derechos consagrados en esta al ser de inmediata y directa aplicación, no necesitan siquiera desarrollarse normas especiales en cierto casos naturalmente, más lo que

incumbe a garantías es innegable que su aplicación sea inmediata para evitar la violación de derechos reconocidos en la misma Constitución y en los Tratados Internacionales.

II.H. Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Ecuador.-

Siendo aplicables los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, de acuerdo a nuestra Constitución, en defensa de derechos fundamentales que se ligen a la dignidad humana, se considera importante conocer la forma en la que están dispuestos, en tal virtud se realiza a continuación una breve referencia a los principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos:

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Registro Oficial No. 101 de 24 de enero de 1969.

Este convenio es muy importante porque su carácter vinculante obliga a los países que han ratificado dicho convenio; de modo que se adecuen a dicho tratado, donde se promulga la igualdad de oportunidades de conciencia, la igualdad de género, la inclusión de mujeres, niños con discapacidad, grupos vulnerables, discapacitados, donde se declara la autodeterminación de los pueblos, la no discriminación en razón de condiciones sociales, personales y económicas.

Lo especial de este tratado es el poder coercitivo que contiene, facultando incluso a que si un particular se creyere afectado en sus derechos, tiene la opción de presentar su queja ante el Comité de Derechos de las Personas.

2. Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, publicado en el Registro Oficial 101 de 24 de enero de 1969.

Este Tratado Internacional se caracteriza por reconocer los derechos económicos, sociales y culturales, definiendo en el mismo su forma de garantizarlo. Se reconocen principalmente los derechos laborales (derecho al trabajo, libre elección de empleo, igual trabajo igual remuneración, derecho a la huelga, a formar sindicatos, a la seguridad social), de salud, educación un nivel de vida digno, a la cultura, a la protección al desarrollo y a la difusión de ciencia y cultura.

3. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, publicada en el Registro Oficial No. 140, de 14 de octubre de 1966.

Este Tratado Internacional tiene como objetivo eliminar toda forma de discriminación racial, buscando enumerar de la forma más amplia toda forma de discriminación ya sea por raza, color, linaje u origen nacional o étnico. Sin embargo, permite la discriminación siempre y cuando se aplique de manera positiva, este tratado en su parte medular dispone lo siguiente:

“Todos los hombres que viven en nuestro tiempo pertenecen a la misma especie y descienden del mismo tronco;

La división de la especie humana en “razas” es convencional y no implica ninguna jerarquía en ningún orden;

En el estado actual de los conocimientos biológicos, no podemos atribuir las realizaciones culturales de los pueblos a diferencias de potencial genético: éstas se explican totalmente por su historia cultural. Basta invertir estos términos para obtener una radiografía del racismo”.

(<http://web.archive.org/web/20140606192626/http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>)

4. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Registro Oficial No. 101 de 24 de enero de 1969.

Este protocolo se centró en establecer la competencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para que conozca las denuncias de particulares o grupos a los cuales se les haya afectado sus derechos políticos o económicos una vez agotados previamente todo recurso doméstico, siempre y cuando hayan sido cometidos por los Estados Miembros.

5. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, publicada en el Registro Oficial No. 132 del 2 de diciembre de 1981.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer tiene por finalidad eliminar toda forma de discriminación con contra la mujer, en su parte medular dice que lo importante de este convenio es que el mismo contempla programas de acción para eliminar la discriminación basada en el género, así mismo los países miembros están obligados a desarrollar normativa e instituciones que protejan a la mujer contra toda forma de discriminación.

6. La Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José” publicada en el Registro Oficial No. 801 del 6 de agosto de 1984.

Tiene por objeto respetar los derechos y libertades, garantizando su ejercicio a toda persona que pertenece a los Estados miembros, libres de toda discriminación.

En el caso de que uno de los estados miembros no contemple en su legislación los elementos necesarios para ejecutar los derechos en mención, éste deberá adoptar medidas legislativas necesarias para su cumplimiento, además se refiere de manera especial al desarrollo progresivo de los derechos económicos, culturales, sociales que constan de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Además en ésta convención se definen como órganos de control así como para dirimir cualquier inconveniente que se sucediere con lo dispuesto en dicho instrumento, estos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Forman parte de dicha convención los siguientes países: “Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998 al igual que Venezuela en el 2012”.

(http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

7. La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, publicada en el Registro Oficial No. 924 de 28 de mayo de 1988;

Esta Convención tiene la finalidad de que en los Estados miembros se elimine toda forma de tortura tanto física como psicológica, que la misma no sea admitida ni por pretexto de un estado de guerra o cualquier emergencia.

De conformidad a la Carta de las Naciones Unidas se reconoce los derechos humanos como iguales e inherentes a todo ser humano en base a la libertad a la justicia y la paz, inalienables e irrenunciables, por lo que por ningún motivo se los violentará, como un refuerzo y apoyo al convenio que procura que se erradique toda forma de tratos crueles e inhumanos.

8. La Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Registro Oficial No. 31 de 22 de septiembre de 1992.

Tiene como su principal objeto la protección de los niños como sujetos de igual derechos que los adultos sobre todo por su especial condición al no tener el desarrollo físico y mental para defenderse por sí mismos.

Cada estado miembro estará en la obligación de implementar normas de desarrollo legislativo no solo Constitucional sino interno de modo que los derechos e intereses de los menores se vean ampliamente protegidos de manera que puedan desarrollarse en ambientes saludables en el que gocen de sus derechos.

9. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos y culturales “Protocolo de

San Salvador”, publicada en el Registro Oficial No. 175 de 23 de abril de 1993.

Como un instrumento de apoyo al convenio principal, este protocolo busca viabilizar la forma de implementar en cada país miembro medidas para el respeto y el ejercicio de derechos como: a no ser discriminados, derecho al trabajo, a condiciones laborales justas y equitativas, que se respeten los derechos sindicales, al seguro social, a la salud, al medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la protección familiar, derechos de quienes estén bajo condiciones de vulnerabilidad.

10. La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para”, publicada en el Registro Oficial No. 728 de 30 de junio de 1995.

Dado el largo historial de maltrato que ha venido sufriendo la mujer a nivel de todo el mundo por su condición de fragilidad frente al hombre, y sobre todo de culturas machistas, se vio la necesidad de protección a través de un tratado internacional que proteja a la mujer de cualquier acción o conducta violenta basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico tanto en el ámbito público como privado de acuerdo se determina en su primer artículo.

Todos los estados miembros están en la obligación de implementar normas que viabilicen su compromiso respecto del tratado si bien nuestro país contaba con comisarías de protección a la mujer, hoy en día con el nuevo Código Integral Penal se ha unido a la lucha por la violencia de género,

penalizando la muerte de mujeres por su sola condición de serlo, con el feminicidio.

11. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, publicada en el Registro Oficial No. 360 de 13 de enero de 2000.

La finalidad con la que nació este tratado fue para evitar que se den casos de tortura en los países suscriptores, siendo estos los mismos que pertenecen a la organización de Estados Americanos, está en vigencia desde 1987 pero a partir del 2010 alrededor de 18 países ya forman parte de este tratado en vías de ratificación.

De acuerdo a este tratado se buscó ampliar de mejor manera lo que se define como tortura que la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, esto es por ejemplo cuando se utilizan métodos para anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, incluso sino causa dolor físico o angustia.

Su importancia viene de defender los derechos humanos a ultranza incluso las formas veladas de violencia que puedan utilizarse para menos cavar el normal y libre desarrollo al que tenemos todas la personas por nuestra sola condición de seres humanos.

La importancia de que un juez tenga un mínimo conocimiento de estos Tratados Internacionales es acrecentar su acervo de conocimientos jurídicos, cultural, de manera que a la hora de resolver todas sus argumentaciones estén cimentadas en bases firmes, con un criterio de defensa de los derechos humanos, pues un juez que tenga un pleno conocimiento no solo de la normativa como tal, sino de doctrina,

principios y de los Tratados Internacionales, tendrá todas las herramientas para transformarse en un juez garantista, naturalmente que contarán de sobremanera los valores axiológicos que forman parte de la personalidad del juzgador.

CAPITULO III

III. Principio de Progresividad en la Constitución Ecuatoriana Actual y Normas Complementarias.

Como lo vimos en el capítulo anterior los principios de aplicación del derecho son varios, sin embargo, centrándonos en nuestro estudio, explicaremos en que consiste el Principio de Progresividad.

Partamos de lo que quiere decir la palabra en sí misma; progresividad es aquello “que progresa o aumenta en cantidad o en perfección”. (https://www.google.com.ec/?gfe_rd=cr&ei=BiEbVY2MFtCw8wf0-4CACQ&gws_rd=ssl#q=definici%C3%B3n+de+progresivo).

En materia de Derechos Humanos, estos no solo progresaron en cantidad sino que también se desarrollaron los mismos, notemos que en un inicio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos realizada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, únicamente constaban como derechos: el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física como psicológica, a la intimidad, honra y buena reputación, a la nacionalidad, a protección en caso de persecución política, a la libertad reproductiva, libertad de pensamiento y religión, libertad de opinión y asociación pacífica.

Luego, el 3 de enero de 1976, cuando se realiza el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la gama de derechos de las personas, se extendió hacia una tendencia económica, en la que reconoce: la seguridad social, a un trabajo satisfactorio e igualitario, a la formación de sindicatos, a tener servicios eficientes de salud, educación, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales, a salud física como mental, a cuidados especiales a niños y embarazadas.

Pero este avance no termina aquí, tan solo unos meses después, el 4 de julio del mismo año, se firmó la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, que consistía en otorgarle autonomía a los mismos reconociendo su derecho a: la autodeterminación, independencia económica y política, a una identidad nacional y cultural, a la paz, a la coexistencia pacífica, al entendimiento y confianza, a la cooperación internacional y regional, a la justicia internacional, al uso del avance de las ciencias y tecnología a la solución de problemas alimenticios, demográficos, educativos, ecológicos, derecho a un medio ambiente sano, a un patrimonio común de la humanidad, y a un desarrollo que le permita una vida digna.

Continuando el desarrollo del ser humano, con ello, sus derechos se extienden cada vez más a áreas inimaginables quizá en un inicio, pero que poco a poco se van vislumbrando en un futuro no muy lejano, tal es así que la tecnología por ejemplo la tenemos formando como parte de nuestro día a día, que hoy sería inconcebible pensar en vivir sin ella, pues la economía mundial se mueve a través de la gran red mundial como lo es el Internet, la misma que la tenemos en nuestros trabajos e inclusive en nuestros hogares, portando en los celulares de conexión con el mismo.

Incluso, vemos como existen ciertos vacíos legales, pues no se logra alcanzar a legislar situaciones críticas que se generan con gran velocidad.

De este modo aparecen los derechos humanos de cuarta generación los mismos que comprenden: el derecho al acceso a la informática, a la nueva sociedad de la información en condiciones de igualdad y de no discriminación, al uso del espectro radioeléctrico y a la infraestructura para los servicios en línea de satélite o vía cable, derecho a formarse en las nuevas tecnologías, a la autodeterminación informativa, al Habeas Data y a la seguridad digital.

Este avance en materia de Derechos Humanos, ha dado como resultado que se evolucione en el ámbito del derecho como tal y sus garantías; de acuerdo lo indica Bidart Campos, “el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algunos plus respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente de derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos”. (<http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml#ixzz3XIre6gMr>)

De allí la importancia de las normas internacionales que viene a ser base en muchos aspectos de desarrollo de los derechos, pues son pautas para los jueces en casos de vacíos legales que no puedan subsanados a través de norma nacional, o en la manera de interpretar incluso un derecho, habrán tratados internacionales que pudiesen servir de guía para el manejo que estos caos particulares.

El desarrollo del derecho en esta forma se interpreta en sentido cualitativo, es decir, la manera de interpretar y por ende aplicar los derechos humanos por los jueces, al respecto dicha interpretación y aplicación debe ser lo más favorable a proteger los derechos humanos, incluso si los mismos no constan de nuestra Constitución, por ello, es indispensable que cada Juez -especialmente quienes se encuentran en la Corte Constitucional- conozcan de todos los Derechos Humanos existentes, no solo los reconocidos en la normativa interna sino en la normativa Internacional. Así se indica en la Convención de Derechos Humanos, en el literal b) de su artículo 29, que señala: “ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las

[leyes](#) de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados".

Dicho principio se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el Art. 11, numeral 8, que dispone:

“El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. (Constitución de la República de Ecuador, 2008)

En relación a esta regla, la progresividad también se la toma desde el punto de vista de desarrollarla cada vez que se cree normas, jurisprudencia, políticas públicas, desarrollo que naturalmente deberá poseer una base doctrinaria; así también dicho artículo menciona la obligación del Estado en crear las condiciones necesarias para su pleno ejercicio y reconocimiento de los mismos. No olvidemos que entre uno de los deberes fundamentales del Estado está el de garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social, y el agua para sus habitantes de acuerdo lo establece el Art. 3, numeral 1, de la Constitución.

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el numeral 1 de su Art. 2, dice: “Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona”; al respecto notamos que este razonamiento propende a favorecer los derechos

de las personas en un sentido progresivo, de utilizar la interpretación o norma que mejor proteja el derecho del que se reclame.

De acuerdo al Dr. Alfonso Zambrano “el principio de progresividad establece la obligación del Estado de generar en cada momento histórico una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos, de tal forma, que siempre estén en constante evolución y bajo ninguna justificación en retroceso...”. (Zambrano Pasquel)

En este contexto los derechos humanos se interpretaran de conformidad a la Constitución y los Tratados Internacional en la forma que más favorezca los derechos de las personas, de acuerdo al referido autor Alfonso Zambrano, esta es la premisa de la cual parten dos principios más, como son: el principio pro personae y el principio pro interpretación conforme. Los mismos que los analizaremos a continuación:

III.A. Principio Pro – Persona.-

En relación a este principio el jurista peruano Edgar Carpio Marcos nos enseña que -el principio pro homine- tiene dos variantes, la una es una preferencia interpretativa, “según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental y que se plasma en los subprincipios de favor libertatis, de protección a las víctimas o favor debilis, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de in dubio pro operario, de in dubio pro reo, de in dubio pro actione, etcétera”. (<http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml#ixzz3XIrLrC4I>)

Es decir, la interpretación siempre será favorable al derecho humano que se pretende proteger, en el caso del párrafo anterior, hay sub-principios que buscan proteger

la libertad, en juzgarse en favor de quien es más débil en la relación jurídica de que se trate, pues, por ejemplo, de ser una relación laboral, siempre la parte más débil será el trabajador, ya que el empleador se encuentra en una situación de poder frente al trabajador, donde aplicaríamos el principio de indubio pro operario en busca de conseguir un equilibrio en la relación laboral, la misma idea se aplica en el caso de utilizar los principios citados anteriormente.

Continuando con la clasificación que nos trae el Dr. Edgar Carpio Marcos, la otra variante en la interpretación Pro Homine, es la Preferencia de norma, que implica que el intérprete “si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. (<http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml#ixzz3XIrLrC4I>)

Al respecto de esta explicación creeríamos en caso de duda, deberá aplicarse aquella norma que mejor favorezca a la persona, naturalmente va concatenada a los principios interpretativos de la preferencia anterior, normalmente este principio de la norma que mejor favorezca, se aplica muy seguido con lo que tiene que ver con el derecho penal, sobre todo utilizando el principio in dubio pro reo.

De acuerdo al criterio de Bidart Campos, le da un visión un poco más amplia a la interpretación pro persona, pues para este tratadista argentino si bien la norma que se debe aplicar es la que más favorezca a la persona humana para proteger su libertad y derechos, hace referencia a que la norma que se debe citar puede ser interna de un Estado o internacional, es decir que se encuentre en un Tratado o Convenio Internacional,

contemplando como base principios pro persona como la interpretación que mejor proteja los derechos humanos.

Nuestra Constitución del 2008 también reconoce este principio de interpretación a favor de los derechos fundamentales, que se ha recogido en el numeral 5 del Art. 11, que dice: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. (Constitución de la República de Ecuador, 2008)

En armonía con la norma anotada, también la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 3, indica lo siguiente: “las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional)

Pues al mencionarse que tanto servidores públicos tanto administrativos como judiciales se les otorga cierto poder interpretativo sobre todo a los administrativos en busca de la protección de los derechos constitucionales, en tanto que los jueces por su mayor conocimiento jurídico extenderán dicha protección a las personas de derechos que incluso no consten de nuestra legislación nacional, pero previstos en instrumentos internacionales.

III.B. Principio Pro – Interpretación.-

Este tipo de principio tiene una orientación diferente encaminada al tipo de interpretación que se le puede dar en el momento de calificar una acción para que esta sea admitida o no, dentro de la concepción que nos da este tratadista peruano Dr. Edgar Carpio Marcos, define este principio como “el derecho a ser oído por un juez o el derecho

a audiencia, cuyo linaje constitucional es indiscutible, este principio también llamado principio de acceso a la justicia debe ser libre, ya que no ha de estar sujeto a condicionamientos excesivos, lo cual conduce a rechazar requisitos legales para la admisión de demandas o recursos que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso. Además, en virtud de esta derivación del derecho a la jurisdicción se ha reconocido el principio pro actione como el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción lo que también obliga a evita todo pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo. El libre acceso a la justicia se opone así mismo a cualquier discriminación”. (<http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml#ixzz3XIr9XuHw>)

Dicho de otra manera, lo que pretende este principio es dar mayor accesibilidad a la justicia, que la manera de interpretar las acciones interpuestas sea de la manera más favorable a admitirla de manera que la justicia sea para todos, que no existan impedimentos que entorpezcan procesos, sobre todo si estos son subsanables.

Nuestra Constitución prevé dicho principio en el numeral 1 de su Art. 11, que dice: “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”. (Constitución de la República del Ecuador 2008)

Ratificando este principio en el Art. 75 del mismo cuerpo legal, que dice: “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e interés, con sujeción a los principios de inmediación y

celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”. (Constitución de la República del Ecuador 2008)

III.B.1. Métodos y Reglas de Interpretación Constitucional.-

Es importante para todo juez que debe aplicar este principio de progresividad, en favor de los derechos y garantías constitucionales que asisten a las personas naturales, conocer las técnicas y métodos que la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a desarrollado con este fin, siempre y cuando exista duda sobre su interpretación. Tal como consta de su Art. 3, que dice:

“Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)

A continuación realizaremos un breve repaso sobre en lo que consiste cada técnica de interpretación, lo que vendrá a darnos una mejor idea de la labor interpretativa que deberá realizar cada juez en razón de cumplir con su deber de administrar justicia en el amplio sentido de la palabra, en el caso de los jueces Constitucionales creando

jurisprudencia que va en pro del desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en nuestro país.

Dentro de las técnicas de interpretación enumeraremos ocho métodos que son los siguientes:

III.B. 2. Regla de solución de antinomias.-

Nuestra Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional define la regla de solución de antinomias en su Art 3 núm. 1 de la siguiente manera: “Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)

Por supuesto que las contradicciones suele suceder cuando dos normas pertenecen al mismo sistema jurídico, que coinciden en el mismo ámbito de tiempo, espacio, persona y materia, produciéndose obvias contradicciones, en estos casos los jueces deberán recurrir a técnicas de interpretación que le facilite tras ciertas premisas saber cómo tomar una decisión para lo cual se manejan por ejemplo el criterio jerárquico, en que existe una norma suprema mayor de la cual parten el resto de normativa conservando grados diverso jerárquicamente hablando, donde siempre la norma de menor jerarquía estará subordinada a la mayor, debiendo aplicarse según el caso la norma de mayor jerarquía.

Así mismo cuando se dan estas dudas, entre la aplicación de una norma u otra en un tema particular, se aplicará la norma posterior, este criterio se suele aplicar en los casos que la jerarquía de normas sea igualmente equiparada, entonces tendrá preferencia la norma posterior o nueva sobre la norma publicada anteriormente.

Suele darse el caso que en ciertas circunstancias, las reglas anteriores no subsanan el inconveniente de que regla aplicar, para un caso en particular, por lo que el criterio de aplicar la regla de la especialidad ante el caso de dos normas que se puedan encontrar en contradicción respecto de un mismo asunto, entre una norma general y una especial, prevalecerá la norma especial, puesto que para ello existen normas con especialistas que trataron dicho asunto con mayor profundidad.

Para la aplicación del criterio de competencia, esta tomará en consideración cuando exista conflicto entre normas provenientes de fuentes de diverso tipo, y que las fuentes no tengan una relación de jerarquía, entonces las relaciones entre estas dos fuentes estarán regidas por otra norma de mayor jerarquía, otorgándose así diversos ámbitos materiales de competencia.

III.B.3 Principio de proporcionalidad.-

De acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional la proporcionalidad es otra regla tras la cual se pueden solucionar las dudas en la aplicación de la norma, en su Art. 3 numeral 2 donde dice: “cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)

En otras palabras este principio busca evitar que las sanciones que se dicten sean desproporcionadas en relación a la falta cometida, y se proteja de manera debida el bien jurídico afectado, como puede ser la honra, la vida, la propiedad privada.

III.B.4. Ponderación.-

De acuerdo a la tercera técnica que tenemos en nuestra lista encontramos a la Ponderación, que se define de acuerdo al Art. 3 num3 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional “Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Al respecto analizaremos el origen de la expresión, ponderar viene del latín ponderare, de pondus-eris, peso, que significa “determinar el peso de una cosa” y la ponderación se define como la “compensación o equilibrio entre dos pesos”. (Fernandez Cardozo)

Sin embargo, para que la ponderación sea realizada de manera adecuada, dependerá mucho de quien la realice, pues el juez deberá empezar por interiorizar los valores constitucionales, principios, para estar en la capacidad de encontrar un punto medio, con los razonamientos jurídicos adecuados que respalden su interpretación, en pro de hacer lo correcto, lo justo.

La Ponderación no es más que encontrar el equilibrio, el punto medio de derechos constitucionales que han entrado en conflicto, con la finalidad de encontrar una solución razonable, fundamentándose el mismo en la argumentación como garantía de que se cumplió con un lineamiento debidamente razonado demostrando que no se cayó en un subjetivismo ni tampoco en un apego extremo de la norma material como tal, es por ello

que la actividad de ponderar deberá contar con un juez que internamente sepa equilibrar criterios, circunstancias, conceptos que le permitan llegar a una conclusión justa.

La ponderación también se la comprende como una virtud política por excelencia donde se va a sopesar principios y valores superiores de la sociedad donde la decisión del juez deberá reflejar los fines y mandatos constitucionales que inspiran a un Estado Social de Derecho.

III.B.4. Interpretación evolutiva o dinámica.-

Este tipo de interpretación de acuerdo Art. 3 num 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional dice: “normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)

Es decir, se tomaran normas viejas por así decirlo y se las adaptará a circunstancias actuales que el legislador no ha previsto, de modo que la norma no queda obsoleta, sino que al interpretarla se le ajusta a una situación presente.

III.B.5. Interpretación sistemática.-

Esta técnica de interpretación consta en el nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional en su Art. 3 num 5 dice: “Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”.

Es decir, cuando se realiza una interpretación sistemática se debe considerar que dicha norma no está aislada, pues forma parte de un todo, un sistema normativo del que depende, en base a ello la interpretación se la realizará tratando de encajarla en su correcta posición dentro del mapa normativo al que pertenezca, de esta forma ni siquiera entrará en conflicto con el resto de normas, sino más bien estará complementada o complementará otras normas de dicho sistema.

Este tipo de interpretación de la forma como se plantea nos daría a entender que no existen normas contradictorias, sino que todas se complementan, lo cual no es cierto, pues el legislador muchas veces dicta normas contradictorias unas con otras, que para nada se complementan, por poner un ejemplo práctico, la Norma Técnica que Establece las Directrices para la celebración de los convenios de pasantías y prácticas pre profesionales, en el sector público, establece en términos generales que las pasantías son realizadas por estudiantes universitarios, en tanto que las practicas pre profesionales son realizadas por estudiantes de colegio, pero en ambos casos los estudiantes percibirán un reconocimiento económico. Esta norma es aplicada únicamente para el sector público, sin embargo el sector privado también tiene su normativa con la ley de Pasantías para el sector empresarial, donde pasante se define al estudiante universitario quien percibirá un reconocimiento económico de la misma forma que la ley antes citada. Hasta aquí podríamos decir que ambas normas se complementan en un mismo sentido, pues tanto en el sector privado como público los pasantes perciben reconocimiento económico al igual que los estudiantes de colegio que realicen sus prácticas pre profesionales. El problema surge cuando el Reglamento de Régimen Académico dictado por el CES, Consejo de Educación Superior le da una connotación totalmente diferente al tema de pasantías y practicas pre profesionales, pues cambia los significados de los mismos términos ya que

tanto pasantías como practicas pre profesionales son realizadas por estudiantes universitarios donde la pasantía es una práctica pre profesional bajo relación contractual asalariada, sin perder el carácter académico, en tan tanto que las practicas pre profesionales son prácticas donde categóricamente se dice que se excluye reconocimiento económico.

Entonces a partir del ejemplo indicado no podemos considerar que las normas se complementan, más son claramente contradictorias desde el concepto que brindan a cada término.

Pues, en el caso de la norma técnica la practica pre profesional lo realizan estudiantes de colegio y el Reglamento de Régimen Académico las practicas pre profesionales lo realizan estudiantes universitarios. Y, la siguiente contradicción que para la norma técnica las practicas pre profesionales tienen reconocimiento económico en tanto que el Reglamento de Reglamento Académico categóricamente dice que estas estarán exentas de remuneración. De aquí parten todas las confusiones que en un principio ni siquiera el mismo Ministerio de Relaciones Laborales sabía cómo tratarlas pues esta confusión generó gran malestar porque producía inseguridad en las empresas e instituciones tanto del sector público como privado sin saber a qué norma acogerse, pues si el Ministerio de trabajo encontraba que se estuviesen produciendo irregularidades por parte de dichas empresas o instituciones eran sancionadas con fuertes multas económicas.

Entonces complementaríamos el concepto de la interpretación sistemática que ésta se daría siempre y cuando no exista una clara contradicción de normas y que sea posible

encajar la norma dentro del sistema normativo, desde este punto de vista se podría llegar al verdadero espíritu de la norma como parte de un todo.

III.B.6. Interpretación teleológica.-

La interpretación teleológica es otra regla importante en la tarea interpretativa que consta de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional donde busca profundizar en el espíritu mismo de la norma, averiguar cuál fue el objeto de su creación tal como se indica en el Art. 3, num 6: “Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)

Pues, cada norma que se crea tendrá un fin específico al cual pretende proteger, regular, sancionar, dependiendo de lo que se trate.

Por poner un ejemplo, hace un par de años atrás vimos que lamentablemente en procesos de impugnación de paternidad de padres que hicieron reconocimientos voluntarios de niños como sus hijos a sabiendas que no eran sus hijos; los jueces dieron lugar a dichas demandas, puesto que los exámenes de ADN eran incompatibles con el actor y claro los resultados eran determinantes, sin considerar el interés superior del menor, ni el espíritu de la ley que buscaba la protección del menor ante todo, la misma Constitución en su Art. 45 dice:

”Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.” (Constitución de la República de Ecuador, 2008)

Afortunadamente se vislumbró la injusticia que se estaba cometiendo contra los más inocentes en dicha discusión, por lo que el legislador realiza una reforma de acuerdo al RO. 526-2s, 19-VI-2015, en que se anota de manera especial que el reconociente podrá impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad, pues de acuerdo al Art. 248 del Código Civil (reformado) en todos los casos el reconocimiento es irrevocable.

De esta manera quien impugne la paternidad deberá demostrar que al momento del reconocimiento no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez, por lo que el examen de ADN no constituye prueba de impugnación de reconocimiento en que no se discute la verdad biológica, de acuerdo al Art. 250 del Código Civil reformado.

De allí la importancia de esta interpretación, pues al notar de esta injusticia que estaba provocando cuando se sostuvo que la prueba de ADN era determinante para la

investigación de la paternidad, y que dicha norma se utilizó para los casos de impugnación de paternidad provocando un revuelo, se notó que el espíritu de la norma no era perjudicar los derechos de los individuos, en este caso los menores de edad que por generalidad las impugnaciones eran en su contra, sino la protección de derechos, tanto de los menores como incluso de quienes los reconoce, pues los adultos en razón de su estado de madurez, se entiende que al momento de realizar una acción en este caso de reconocimiento consiente a pesar de saber que no son los padres de los menores, deben asumir la responsabilidad y las consecuencias de sus actos, pues el nombre de un menor no es motivo de juego o manipulación.

III.B.7. Interpretación literal.-

Otra regla de interpretación que revisaremos es la interpretación literal que de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional la define en el numeral 7 del Art. 3: “Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)

Al decir que la norma se interpretará atendiendo al significado normal de las palabras que se utilizaron para expresar una idea absolutamente clara de la cual no queda la menor duda de lo que el legislador intentó expresar con las mismas.

La interpretación literal es la que se apega a la letra de la ley, y que se opone por así decirlo como tal al espíritu de la ley, es decir no da lugar a deambular en pensamientos ni más interpretaciones, porque se entiende que el sentido de las palabras son lo suficientemente claras y obvias.

A primera vista parecería que no existiese conflicto alguno cuando hablamos de interpretación literal, tan fácil como remitirse al texto, a su significado normal. Sin embargo no se ha considerado que las palabras en realidad muchas de ellas tienen varios significados, lo cual ya podría convertirse en un primer obstáculo ante la interpretación que se pretende realizar.

El segundo inconveniente que nos podemos encontrar es el significado que los lingüistas y los juristas le dan a la palabra “literal” pues el uso que le dan los unos no coincide con los otros, es entonces donde los problemas de interpretación surgen, pues las dudas que puede generarse entre un significado y otro pueden no necesariamente apearse al espíritu de la norma, para ello creeríamos necesario apoyarse en otras reglas de interpretación que suplan estos vacíos o confusiones que puedan surgir.

III.B.8. Otros métodos de Interpretación.-

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Control Constitucional tiene cierta versatilidad, es decir no se cierra al hecho único que las interpretaciones que deban hacerse utilizan la reglas que se describen en dicha norma, pues deja espacio para otro tipo de interpretaciones que vayan en pro de entender o aclarar el verdadero espíritu de la norma. Por ello en su Art. 3 num 8 dice. “La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.)

Los métodos de interpretación existentes no constan únicamente en los descritos en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los métodos de interpretación pueden ser variados, pues los mismos también se realizan en base a principios universales, o principios Jurídicos, etc.

Lo verdaderamente importante es que el juez que lo realiza tenga una concepción acertada de justicia, que siempre busque a través de la interpretación cualquiera sea el método que utilice llegar a la verdad y más que nada ser el principal protector y garantista de los derechos que se encuentran consagrados en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

III.C. Rol actual del Juez en el Modelo Constitucional Garantista de Derecho.-

Como se ha señalado, desde el 2008 nuestro país atravesó por un proceso de transformación a nivel jurídico cuando se aprobó la actual Constitución, pues, de un Estado Legal de Derecho se trató de pasar a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, esto ha llevado a que los jueces reconsideraran su forma de interpretar las normas, pues un año después en octubre del 2009 apareció la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde se deroga la anterior ley de Control Constitucional de 1997, esta nueva norma contiene todo un marco de interpretación, propio de un sistema de Constitucional Garantista de Derechos donde contamos con técnicas como las previstas en párrafos anteriores, donde están: la ponderación, la proporcionalidad, la interpretación sistemática, evolutiva, literal, etc., manejados bajo principios de pro homine, donde el hombre (como especie de la raza humana) es la razón fundamental y quien merece toda la protección y acogida, naturalmente que la visión

tradicional que mantenían los jueces anteriormente debían cambiar a una forma evidente más compleja de interpretar la normativa.

Así mismo como lo explica el Dr. Alfonso Zambrano “los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que se capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se genera y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener”. (Zambrano Pasquel)

E aquí uno de los peligros que presenta esta clase de sistema, pues si un juez no conserva esa independencia esencial para la aplicación de justicia, fácilmente podría vulnerar y manipular la sentencia a fin que la misma obedezca a intereses de grupos nada éticos, evidentemente estamos aún en tiempo de evolución, no solo jurídica sino como humanidad, en el que se busca la perfección, pero antes, lastimosamente se recorrerán caminos llenos de errores y equivocaciones.

En aras de alcanzar una mejor sociedad con una justa administración de justicia, se han implementados cambios sustanciales que nos están cambiando la visión de la verdad y de la justicia en sí. Como lo diría Calamandrei: “que la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad, es más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa”. (Van Rompaey)

Por ello la importancia de que los jueces sean personas probas, con un fuerte y claro concepto de justicia, que no se deba a intereses particulares, ni políticos porque

incluso en el antiguo sistema en el que el juez era solo la “boca de la ley” por así decirlo, el juez ya tenía un espacio para manejarse con cierta deliberada discrecionalidad, más no se diga en el nuevo sistema en el que el juez crea prácticamente el derecho, puede incluso apelar a los Derechos Humanos que están reconocidos en Tratados Internacionales y que no pertenecen a la normativa interna para ejercer su facultad de administrar justicia.

Tal es así que el momento de analizar un proceso, el juez, como lo diría el Magistrado Uruguayo Leslie Van Rompaey “no sólo puede sino que debe buscar la respuesta, más que en la ley, en su propia conciencia. La sentencia no surge directamente de la ley, sino de la conciencia del juez, estimulada por múltiples motivos psicológicos, entre los cuales la ley constituye el motivo más importante, pero no el único; un motivo que, para transformarse en sentencia, tiene que encontrarse y fundirse, como en un crisol, con los demás motivos de orden moral, en contacto con los cuales se transforma de abstracta proposición lógica, en concreta voluntad individual”. (Van Rompaey)

A pesar de los temores que evidentemente nos invaden por tanta potestad otorgada a un juez desde la nueva Constitución, y no se diga a la potestad que poseen los Jueces de la Corte Constitucional a los que básicamente se les ha otorgado el poder de interpretar la Constitución, creemos que vamos por el camino correcto, en un avance a la protección de los derechos, pues es innegable que de una Constitución en la que sus preceptos quedaban enunciados como un mero recuerdo por la mente de sus ciudadanos, no se la aplicaba de forma práctica, le faltaba la garantía, la exigibilidad inmediata de los mismos, la coerción a quien no la cumpliera, en vista de ello saber que puedo reclamar de forma directa un derecho constitucional del que me creo asistido es un respaldo que tenemos como ciudadanos desde la nueva Concepción Garantista.

De forma personal considero que en concordancia de lo que pretende nuestro nuevo sistema garantista, definitivamente el juez viene a ser el “guardián” de su cumplimiento por decirlo así, pues es quien velará que sus preceptos sean respetados, aplicados, con una concepción de protección al derecho Constitucional del que se pretenda vulnerar.

Incluso podemos observar que en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el numeral 3 del Art. 2, dice lo siguiente: “Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia”.

Entonces se evidencia de manera más clara la creación de derecho al otorgarle la fuerza vinculante a las resoluciones de Corte Constitucional, es decir obligatorias para casos similares, donde ésta de acuerdo al artículo anterior indica que incluso la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

Este aspecto en lo que respecta a los jueces de primer nivel, es diferente, pues, un juez simplemente está abocado a hacer lo que le faculta la ley, tal como lo expresaría Beccaria,”es decir se recurre a la figura del silogismo practico para la reconstruir este razonamiento. La decisión o fallo judicial se presenta entonces como la conclusión de un silogismo cuya premisa menor es una relación de hechos probados, cuya premisa mayor es una norma que atribuye a esa clase de hechos y una consecuencia jurídica que en este

caso es la Sentencia". (Zabala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.)

Es decir ajustar una situación particular a una norma genérica de la que si bien se dictan otros aspectos propios del asunto en particular que no están en la norma general, esto no significa que el juez esté creando norma en estricto sentido, pero no deja de ser la creación de derecho para el caso puesto en su conocimiento, pues la sentencia no tiene un efecto general hacia todos los individuos, aun así el motivo de limitar la discrecionalidad del juez es evitar la inseguridad jurídica, de acuerdo lo expone Zavala.

Pero limitar la discrecionalidad del juez no quiere decir eliminarla pues el mismo hecho de interpretar es de alguna manera una decisión auténtica y originaria sobre el ordenamiento jurídico, y es que es imposible pensar que el juez es un autómatas que aplica una técnica sin que intervenga su criterio, de esta manera notamos que el juez cuenta con un mínimo de discrecionalidad otorgado por la misma norma bajo los límites establecidos naturalmente.

Hay que considerar dos situaciones, cuando un juez dicta sentencia en base a una norma establecida por el legislativo, su sentencia crea de derecho que por regla se limitará solo a las partes procesales de dicho proceso bajo premisas preestablecidas. Con seguridad, la creación del Derecho se suscita en aquellos casos donde existe una laguna jurídica, es decir que nunca se legisló sobre tal o cual asunto, y que provocan injusticia, es allí donde el juez se ve obligado a subsanar dicho vacío, considerando que la obligación del Juez de administrar justicia, sin pretexto de inexistencia de derecho para el caso, conlleva a suponer que el ordenamiento jurídico debe ser completo, sin vacíos; para algunos autores, esta es la creación de derecho como tal, situación que sucede en casos de excepción, sin embargo esta tarea está reservada especialmente para la Corte

Constitucional, pues de acuerdo a la Ley Orgánica de la Función Judicial en su Art. 4

Dice:

“Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.”

Esta norma de alguna forma es ambigua, pues si bien indica que si el juez tiene duda de la aplicación de una norma contraria a la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos debe remitir a Consulta, se entiende que en el lapso que otorga la ley debe resolverlo la Corte Constitucional, caso contrario que en el tiempo establecido

la Corte no se pronunciara, no se está seguro si el juez debe sentenciar de manera discrecional favoreciendo los derechos humanos y la Constitución o simplemente aplicar la normativa que es contraria a la Constitución en razón de la falta de pronunciamiento de la Corte, para que los que se creyeren perjudicados acudan a la misma a través de la acción extraordinaria de protección, un asunto incierto que no deja clara la posición que debe asumir el juez.

Pues la mayoría de jueces a falta de pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto de la consulta realizada, lo más evidente es que fallen de acuerdo a lo establezca la Constitución y los Derechos Humanos, sin embargo el problema que invade a la mayoría de jueces es que sin haber tenido el respaldo correspondiente se puedan ver acusados de haber cometido error judicial lo que implica una sanción para el juez.

Por este motivo consideramos que circunstancias como la advertida deben ser subsanadas con normativa clara, que proteja el desempeño del juez en sus funciones en pro de la protección de los Derechos establecidos en la Constitución y Derechos Humanos.

CAPITULO IV

IV. PROPUESTA DE NORMATIVA.

IV.A. El error judicial.-

En el inicio de nuestro estudio nos referimos de manera muy general de sobre el temor que parecía era uno de los motivos por los que los jueces no se sentían en la libertad de interpretar y aplicar las normas constitucionales como de tratados internacionales de manera progresiva, sin embargo, esta situación la revelará la encuesta que se analizará con posterioridad, mientras tanto es importante tener una breve noción de lo que significa el error judicial y lo que implica el mismo.

De acuerdo al tratadista Alsina, el mismo nos da un breve concepto de lo que se considera error judicial, considerado este como: “Todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar. Es así que el “error judicial” es un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, cometido por el juez, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción”. (Bustamante Alsina)

Este autor cataloga el error judicial como un verdadero acto ilegal cometido por el Juez en un asunto que se ha puesto a su conocimiento, vulnerando las circunstancias fácticas o de derecho, situación por la cual evidentemente un Juez debe ser sancionado de la manera más rígida posible, pues se denota toda la intencionalidad de causar daño, una

situación imperdonable en una persona a la que se le delegó la sagrada tarea de administrar justicia basada en los más altos valores que enaltecen la dignidad humana.

Otro concepto de erro judicial nos da el Dr. García que dice: "es el falso concepto que tiene el Juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso; y, que se recalca que comprende no solamente los perjuicios producidos en el inocente sino en los errores o faltas que afectan al culpable y pueden incluir tanto el error de hecho como el derecho". (C.)

De acuerdo al Dr. Malem "para que exista error judicial basta que la decisión judicial no se pueda subsumir en una decisión correcta permitida por el sistema jurídico en el momento de dictarla". (Jorge.)

Es decir, el error judicial es una mala aplicación del derecho en la causa que se ha puesto en conocimiento del juez, en estos dos conceptos simplemente se hace notar la falta de conocimiento del derecho básicamente por parte del juez.

Lastimosamente en nuestro medio judicial se han dado denuncias públicas en las cuales se deja entrever que dicha institución del error judicial o error inexcusable pueda haber sido utilizada como medio de coerción para los jueces, desnaturalizándose el propósito de sancionar dicha práctica de una manera correcta, en el caso de ser certeras dichas denuncias, las consecuencias que implicaría para la administración de justicia son

gravísimas, primero porque se estaría creando un ambiente de inseguridad jurídica donde la administración de justicia no es tal, desapareciendo la imparcialidad, la independencia y sujetándose a intereses particulares ya sean estos de cualquier índole, cuartando con ello que se apliquen principios en este caso no solo el de progresividad si no todos los demás que se encuentran consagrados en la Constitución y Tratados de Derechos Humanos. (<http://www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/155676-denuncia-de-presiones-en-la-funcion-judicial/>)

Con respecto al error judicial, nuestro Código Orgánico de la Función Judicial menciona en su Art. 15, el principio de responsabilidad, de la siguiente manera:

“Art. 15.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley.

En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, 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.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores

públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código.

Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley”. (Código Orgánico de la Función Judicial)

Naturalmente al asumir el Estado la administración de justicia, es responsable de los resultados que de ella emane, por tanto es el Estado quien responde ante los perjudicados, lo que repercute en un costo que el Estado deberá pagar como indemnización por este concepto, lo que le da derecho al Estado de repetir lo pagado por concepto de indemnización al funcionario que cayó en la falta. , para lo cual se notifica al Consejo de la Judicatura quien realizará un proceso Coactivo contra el Servidor judicial que incurrió en dicha falta. Como indican los Art. 32 y 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, Además del proceso Sumario Administrativo que deberá enfrentar de acuerdo al numeral 8 del Art. 108 del COFJ.

La importancia que tiene este tema dentro de nuestro estudio, es el hecho de que la aplicación del principio de progresividad como desarrollo de los derechos se ve frenada, disminuida, de manera sustancial por la falta de reglas claras acerca de lo que es el error judicial, no obstante estamos conscientes de la importancia del mismo, pues todo poder necesita control, siempre y cuando dicho control se establezca con pautas claras que den firmeza en el actuar de los jueces y que no se convierta en una barrera que infunda temor que no nos permita avanzar en el desarrollo natural del derecho.

IV.B. Encuesta.-

Como aspecto importante de este trabajo, consideramos necesario realizar a jueces y abogados unas preguntas que nos ayuden a recabar de mejor manera criterios sobre el tema de nuestra investigación; así estructuramos la siguiente ficha:

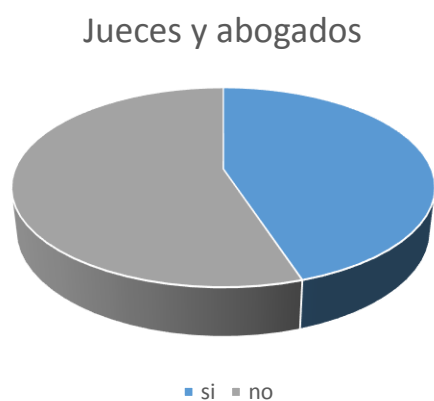
1. ¿Usted conoce que es el Principio Constitucional de Progresividad?
2. ¿El Principio de progresividad le permite al Juez crear normativa?
3. ¿El Principio de progresividad le permite al juez aplicar el principio “Iura novit curia”?
4. ¿Usted considera que en la ciudad de Cuenca los Jueces aplican el principio de progresividad en sus sentencias?
5. Los Jueces no aplican el principio de Principio de Progresividad por:

- a. Desconocimiento del manejo del Principio de Progresividad.
 - b. Tener una tendencia legalista en su proceder como Juez.
 - c. Si aplica el Principio de Progresividad.
 - d. Precaución de no caer en Error Judicial
6. ¿Considera que debería haber una reforma en la Ley de Control Constitucional donde se especifique con claridad en que consiste y el manejo del Principio de Progresividad?

La Encuesta fue dirigida a ochenta y nueve personas de la cuales la gran mayoría son abogados y unos cuantos jueces de la ciudad de Cuenca en fecha Marzo y Abril del 2015, de los cuales se obtuvieron los siguientes resultados:

IV.B. Desarrollo estadístico.-

1. ¿Usted conoce que es el Principio Constitucional de Progresividad?



Cuadro N°1

FRECUENCIA	JUECES Y ABOGADOS	PORCENTAJE
------------	-------------------	------------

SI	40	44%
NO	49	56%
TOTAL	89	100%

Fuente: encuestados

De acuerdo revela la encuesta se puede observar que alrededor de un 56% de profesionales del derecho entre ellos la mayoría abogados en libre ejercicio, reconocieron no saber en qué consiste el Principio de Progresividad, en realidad el tema es muy poco manejado en el ambiente, incluso cuando la mayoría de abogados dice conocer lo que es el principio en el desarrollo del resto de preguntas se evidencia un gran desconocimiento del mismo.

2. ¿El Principio de progresividad le permite al Juez crear derecho?



Cuadro N°2

FRECUENCIA	JUECES Y ABOGADOS	PORCENTAJE
SI	18	20%

NO	71	80%
TOTAL	89	100%

Fuente: encuestados

En relación se demostró que la mayoría de encuestados sobre todo abogados desconocían el tema, pues decían que es imposible que el Juez cree derecho con este principio, en tanto que los jueces consideraban posible a través de la jurisprudencia en el caso de Corte Nacional o Constitucional, sin embargo el principio va mucho más allá.

3. ¿El Principio de progresividad le permite al juez aplicar el principio “Iura novit curia”?



Cuadro N°3

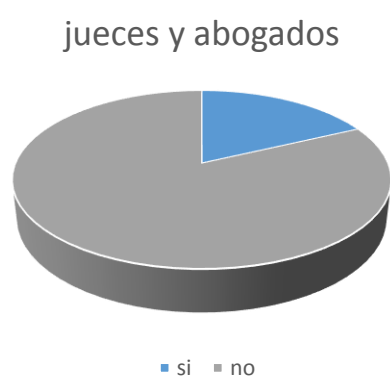
FRECUENCIA	JUECES Y ABOGADOS	PORCENTAJE
SI	16	17%

NO	73	83%
TOTAL	89	100%

Fuente: encuestados

Esta pregunta En relación se demostró que la mayoría de abogados e incluso algunos jueces desconocían el término “Iura novit curia”, que quiere decir “ El Juez conoce el Derecho” un principio procesal consagrado en la Ley Orgánica de Jurisdicción y Control Constitucional que permite pronunciarse en derecho incluso si quien acude a la justicia alega otra norma, sobre todo si el Derecho que invoque el juez fuese en defensa de un Derecho Humano.

4. ¿Usted considera que en la ciudad de Cuenca los Jueces aplican el principio de progresividad en sus sentencias?



Cuadro N°4

FRECUENCIA	JUECES Y ABOGADOS	PORCENTAJE
------------	-------------------	------------

SI	16	17%
NO	73	83%
TOTAL	89	100%

Fuente: encuestados

Este grafico nos deja ver que en la práctica este principio en realidad es escasamente aplicado, pues a decir únicamente de los jueces se aplica el principio, sin embargo la mayoría de abogados dijo que los jueces no aplican este principio.

5. Los Jueces no aplican el principio de Principio de Progresividad por:

- a. Desconocimiento del manejo del Principio de Progresividad.**
- b. Tener una tendencia Legalista en su proceder como Juez.**
- c. Si aplica el Principio de Progresividad.**
- d. Precaución de no caer en Error Judicial**



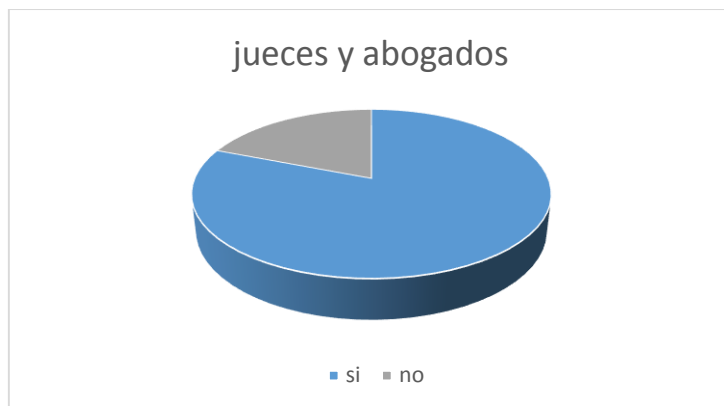
Cuadro N°5

FRECUENCIA	JUECES Y ABOGADOS	PORCENTAJE
Desconocimiento del manejo del Principio de Progresividad.	14	15%
Tener una tendencia Legalista en su proceder como Juez	26	29%
Si aplica el Principio de Progresividad	14	15%
Precaución de no caer en Error Judicial	35	41%
TOTAL	89	100%

Fuente: encuestados

Este cuadro nos deja ver que hay una tendencia muy inclinada en el cuarto literal, al parecer existe un gran temor a aplicar un principio del que poco se conoce y caer en error judicial motivo por el que un juez podría enfrentar procesos administrativos y legales, otro motivo que tiene un alto porcentaje es el hecho que los jueces están acostumbrados a un sistema en que ser legalista y apegarse a la norma es lo más seguro, luego vemos bajos porcentajes en cuanto que los jueces no conocen dicho principio y en su aplicación, lo cual nos da una clara visión de como se encuentra la situación en la práctica.

6. ¿Considera que debería haber una reforma en la Ley de Control Constitucional donde se especifique con claridad en que consiste y el manejo del Principio de Progresividad?



Cuadro N°6

FRECUENCIA	JUECES Y ABOGADOS	PORCENTAJE
SI	72	80%
NO	17	20%
TOTAL	89	100%

Fuente: encuestados

La encuesta reveló una clara necesidad una reforma que permita ejecutar el principio de Progresividad con claridad, de manera que existan también las debidas garantías para el juez, quien evidencia un profundo compromiso con la defensa de los derechos humanos, donde se eviten confusiones, y se potencialice los elementos suficientes para su aplicación.

En conclusión la encuesta nos permite conocer la visión que tienen tanto abogados como jueces del tema, y las necesidades que se van creando a partir de los mismos, si bien en el papel se plasman los resultados de una encuesta (sondeo de opinión) realizada, se van quedando de alguna manera fuera las impresiones que uno como individuo recibe al observar ciertos gestos que difícilmente pueden quedar plasmados en este estudio como un gesto de interrogación en la cara de los encuestados a ciertas preguntas o incluso gestos de incredulidad, insatisfacción cuando nos referíamos a la administración de justicia, lo que nos hace percibir de entrada que el tema ni el manejo y la aplicación del mismo no está claro para quienes se dedican al Derecho.

Los resultados materiales evidencian esta apreciación recibida, pues ni siquiera existe un pleno conocimiento de lo que es el principio de progresividad, menos pueden hacer mayor referencia del mismo o de su aplicación, sin embargo el sentir de la mayoría es que si existe un principio de progresividad definitivamente no lo aplican los jueces, ya que consideran que el nivel de conocimiento de quienes ostentan actualmente dichos cargos deja mucho que decir, la problemática es grave pues no contar con una administración de justicia que demuestre solvencia solo acrecentar la falta de credibilidad en la misma, no podemos hablar de aplicación de principios ni entrar siquiera en la discusión jurídica en un ambiente en el que se percibe inseguridad jurídica, mucho menos vamos a hablar de la creación de derecho de los jueces, cuando se ha percibido que la mayoría por no decir la totalidad de procesos se manejan bajo un margen en que los jueces consideren seguro para la preservación de sus cargos, e incluso evasivos en cuanto las posibilidades se presten a ello.

Los cambios en este escenario se hacen necesarios, el desarrollo y avance en materia de aplicación de derechos debe tener reglas claras como plataforma de defensa de los mismos.

IV.C. Propuesta de Normativa.

Hoy por hoy nos agotamos hablando del nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde el hombre es el centro, pero ¿hasta qué punto en realidad los derechos y principios de la Constitución se están aplicando?, el estudio realizado nos dejó vislumbrar claramente que tanto abogados como jueces no tenían el panorama claro, la confusión que se creó con la realización de las preguntas de la encuesta fue evidente, entonces no solo desconocemos la finalidad principal del principio objeto de nuestro estudio, si no que no tenemos ni idea de su aplicación.

Por otro lado tampoco es clara la normativa, lo que coadyuva a que la confusión crezca, por lo que nuestra propuesta lleva por objeto esclarecer su contenido, pero sobre todo la manera de hacerlo manejable transformándola en una herramienta para lograr el objetivo final que es el desarrollo de los derechos.

El que un juez de primera instancia aplique el principio directamente hará efectivo el desarrollo derechos que consten en la Constitución y los Derechos Humanos que naturalmente consten en Tratados Internacionales, haciendo efectivo no solo su reconocimiento sino acrecentando el nuestro derecho ecuatoriano en materia de derechos, considerando que en el caso que fuese mal aplicado dicho principio, es favorable y pertinente la revisión de dicha sentencia por los jueces de las instancias superiores, hasta el instante que sea necesario que lo conozca la Corte Constitucional y dirima el inconveniente que pudiese haber suscitado de una incorrecta interpretación del principio de progresividad.

CONSIDERANDO

Que, la Constitución de la República de Ecuador en su Art. 11 dispone, en su numeral 8, que “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

8.- El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

Que, la Ley de Control Constitucional en su Art. 2 dice: “Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

3.- Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

La Asamblea Nacional, El Pleno, en ejercicio de sus facultades Constitucionales y legales.

RESUELVE

Reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, agregando después del Art. 2, las normas siguientes:

Art.- Innumerado 1.- El principio de progresividad implica el desarrollo de derechos Constitucionales, como de aquellos que constes en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, donde la interpretación que se realice será la que más favorezca los mismos, con las limitaciones que se encuentran establecidas en la Constitución

Art.- Innumerado 2.- Los Jueces de Primera instancia también podrán subsanar a través de la interpretación que más favorezca a los derechos, de acuerdo al principio de progresividad en los casos que existan vacíos legales con las debidas motivaciones y limitaciones establecidos en la Constitución siempre y cuando dicho vacío legal implique una situación injusta, inequitativa o insatisfactoria.

Art..... Innumerado 3.- No se considerará error judicial cuando se aplique el principio de progresividad en pro de los derechos humanos, excepto que se evidencie que la resolución ha provocado daño grave de quienes recurren a su autoridad, yendo expresamente contrario a normativa, principios constitucionales, o circunstancias fácticas.

CAPÍTULO V

V. Conclusiones.

El Constitucionalismo es un proceso histórico por el cual han pasado la mayoría de legislaciones, desarrollándose de una manera más rápida en países de América Latina que Europa a pesar que fue en este último donde nació el Constitucionalismo, en respuesta de las atrocidades que se cometieron en tiempos de la Segunda Guerra Mundial en países como Alemania, Italia, que se distinguieron por proclamar los Derechos Humanos en sus Constituciones, buscando la aplicación directa de los derechos de modo que se menoscabe los mismos por la negligencia del legislador. Posteriormente se integran España y Portugal. En tanto que América Latina se vieron fuertemente influenciados por las constituciones de Francia e Inglaterra, a pesar que se entró en un proceso de dictaduras a nivel de toda América Latina se regresó a la democracia y con ella a la Constitucionalización esta vez influenciada por la Constitución Española desarrollándose de una manera progresista en comparación con otros países.

Es así como en este recorrido del desarrollo Constitucional se ha llegado a otra instancia del derecho que promulga en sus Constituciones las garantías a los derechos, el realce de los principios constitucionales en pro del hombre como individuo frente al Estado, donde el juez se constituye en un garantista de derechos utilizando como instrumento la interpretación de entre sus múltiples potestades, pues la interpretación en lo que más favorezca los derechos, viene a ser parte de este principio de progresividad que busca la mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos.

La progresividad del derecho que propugna nuestra Constitución es un principio nuevo que revoluciona el mundo de los derechos humanos en cuanto a su protección y desarrollo, pues dicho principio deberá ser observado por el legislador, el Ejecutivo, y la

Función Judicial, ésta última en cuanto a la interpretación y el desarrollo de la misma se refiere en casos de excepción, potestad otorgada al momento únicamente a la Corte Constitucional que puede alejarse de manera explícita y argumentada de sus precedentes garantizando los derechos constitucionales.

Si bien es cierto que los jueces tiene prohibido reformar el ordenamiento jurídico así como dejar de resolver cualquier asunto puesto a su conocimiento en base de la competencia. Solo bajo ciertas circunstancias excepcionales los mismos tienen cierto margen de discrecionalidad para actuar, pues su actuar ante todo observará que su decisión siempre se esté en lo que más favorezca los derechos establecidos en la Constitución, pues de acuerdo al Código de la Función Judicial cuando un juez tuviese duda de aplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución está en la potestad de elevarlo a consulta ante la Corte Constitucional quienes despejaran la duda, sin embargo para ello cuentan con cuarenta y cinco días para hacerlo caso contrario el juez de primera instancia resolverá sobre lo que creyere pertinente dejando a salvo el derecho del perjudicado de hacer uso de la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional.

Pero se advierte que si bien el juez resolverá el proceso si la Corte Constitucional no se pronuncia en el lapso que indica la ley, tampoco se le otorga al juez juzgar alejándose de los precedentes de la Corte Constitucional o la Corte Nacional a si sea en favor de los derechos, lo único que enuncia la ley es que siempre observará la norma constitucional, he aquí el dilema del juez, de caer en error judicial porque no hay reglas claras al respecto.

Nuestra propuesta va en el sentido de que el juez de primera instancia debería de manera fundamentada obviamente hacer uso de este principio de progresividad de en

favor de los derechos, sobre todo en aquellos casos que se puedan existir estas lagunas legales donde los derechos de las personas quedan desprotegidos, bajo los límites que establece la ley y la Constitución.

En realidad el principio de progresividad que promulga un mejor desarrollo y garantía de los derechos que se desarrollará a través de políticas públicas, normativa y jurisprudencia, le deja al juez de primera instancia con un margen de actuación muy limitado, no solo por el hecho de que cuando habla de jurisprudencias es un tema que se refiere exclusivamente a los Tribunales y Cortes Constitucionales, sino también está el tema del error judicial que restringe totalmente el actuar del juez en un sentido progresista en cuanto a su actuar, por lo que consideramos importante que las reglas acerca de lo que implica error judicial quede lo suficientemente claro para que no se convierta en un estancamiento del desarrollo del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Alsina. «Tratado Teórico Prácticot. V.» Alsina. s.f. 25.

Borja Rodrigo.

<http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=l&idind=895&termino=>. s.f. Enciclopedia de la Política. 14 de Enero de 2015.

Bustamante Alsina, Jorge. «Responsabilidad del Estado por Error Judicial, el auto de prisión preventiva y la absolución.» Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad del Estado por Error Judicial, el auto de prisión preventiva y la absolución*. s.f. La Ley, T. 19996-B, 314.

C., García Falconí José.

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2005/11/24/por-error-judicial>. s.f. Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Calamandrei. «Instituciones, vol I.» Calamandrei. s.f. 166-168.

Carbonell, Miguel. «Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales.» Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos, 2011. 35.

Carpizo, Jorge. «Derecho Constitucional Latinoamericano, Investigador Jurídico de la Universidad Autónoma de México.» Carpizo, Jorge. *Derecho Constitucional Latinoamericano, Investigador Jurídico de la Universidad Autónoma de México*. México, 2006. 29.

Chiovenda, G. «Principios de Derecho Procesal Civil.» Chiovenda, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid, 2000. 1 edición, Tomo II, traducción española de la 3era edición italiana.

Código de Procedimiento Civil. 2011.

Código Orgánico de la Función Judicial. «Código Orgánico de la Función Judicial.» Quito, 2009.

«Constitución de la República de Ecuador, 2008.» s.f.

«Constitución de la República del Ecuador 2008.» s.f.

Fernandez Cardozo, James. <http://myslide.es/documents/la-ponderacion-de-los-derechos-fundamentales.html>. s.f. Principios y Valores en la Ponderación de los Derechos Constitucionales.

Ferrajoli, Luigi. «Derecho y razón: Teoría del garantismo penal.» Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. 616.

Ferrajoli, Luigi. «Pasado y Futuro del Estado de Derecho.» Ferrajoli, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. s.f. 18-21. Miguel Carbonell, nota 1.

Guillermo., Cabanellas. «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.» Guillermo., Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta, 2003. Tomo VI, 28 edición.

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7646000/7646918.stm. s.f.

«<http://old.dipublico.org/jurisprudencia/Ekmekdjian.pdf>.» s.f.

«<http://web.archive.org/web/20140606192626/http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>.» s.f.

<http://www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/155676-denuncia-de-presiones-en-la-funcion-judicial/>. s.f.

<http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml#ixzz3XIr9XuHw>. s.f.

<http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml#ixzz3XIre6gMr>. s.f.

<http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml#ixzz3XIrLrC4I>. s.f.

<http://www.monografias.com/trabajos76/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador/principio-interpretacion-derechos-humanos-ecuador2.shtml#ixzz3XIrLrC4I>. s.f.

«http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.» s.f.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. s.f.

<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2012/Entrevista%20a%20Almut%20Schilling%20Vacaflor.pdf>. s.f.

<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2012/Entrevista%20a%20Almut%20Schilling%20Vacaflor.pdf>. s.f.

https://www.google.com.ec/?gfe_rd=cr&ei=BiEbVY2MFtCw8wf0-4CACQ&gws_rd=ssl#q=definici%C3%B3n+de+progresivo. s.f.

- Jorge., Malem Seña. «El Error Judicial y la Formación de los Jueces.» Jorge., Malem Seña. *El Error Judicial y la Formación de los Jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008.
- Juez, Etimología de. <http://etimologias.dechile.net/?juez>. 14 de Enero de 2015. 10 de agosto de 2015.
- «Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.» s.f.
- «Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.» 22 de Octubre de 2009. Registro Oficial Suplemento 52.
- Masciotra, Mario. «Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil.» Masciotra, Mario. *Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014. 28-29.
- Masciotra, Mario. «Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil.» Masciotra, Mario. *Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014. 27.
- Masciotra, Mario. «Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil.» Masciotra, Mario. *Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014. 1.
- Masciotra, Mario. «Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil.» Masciotra, Mario. *Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014. 37.
- Masciotra, Mario. «Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil.» Masciotra, Mario. *Poderes-Deberes del Juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014. 37.
- Nino, Carlos Santiago. «Fundamentos de derecho constitucional.» Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002. 3. 2da reimpresión.
- Pease, Allan, y Pease Barbara. «El Lenguaje del Cuerpo.» Pease, Allan, y Pease Barbara. *El Lenguaje del Cuerpo*. Barcelona: Amat, 2010.
- Ramiro., Avila Santamaría. «El Neoconstitucionalismo Transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución del 2008.» Ramiro., Avila Santamaría. *El Neoconstitucionalismo Transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución del 2008*. Quito: Abya Yala, 2011.
- Sastre, Santiago. «La ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo.» Sastre, Santiago. *La ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. s.f. 239-243. Miguel Carbonell, “Neoconstitucionalismo(s)”, nota 1.
- Van Rompaey, Leslie. «Hacia una Jurisprudencia Principalista.» Van Rompaey, Leslie. *Hacia una Jurisprudencia Principalista*. s.f.
- Viciano, Roberto, y Martínez, Rubén. «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en “Crítica y Derecho-2. Política, justicia y Constitución.» Viciano, Roberto, y Martínez, Rubén. *Aspectos generales del*

nuevo constitucionalismo latinoamericano, en "Crítica y Derecho-2. Política, justicia y Constitución. s.f. 209. Luis Fernando Ávila, Ed. Corte Constitucional Ecuatoriana.

VILA SANTAMARIA, Ramiro. «El neoconstitucionalismo transformador, El Estado de derecho en la Constitución de 2008.» VILA SANTAMARIA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado de derecho en la Constitución de 2008.* Quito: Abya-Yala y la Universidad Simón Bolívar, 2011. 109.

Zabala Egas, Jorge. «Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.» Zabala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.* Quito: Edilex S.A., s.f. 91.

Zabala Egas, Jorge. «Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.» Zabala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.* Quito: Edilex S.A., 2010. 278.

Zabala Egas, Jorge. «Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.» Zabala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.* Quito: Edilex S.A., 2010.

Zabala Egas, Jorge. «Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.» Zabala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.* Quito: Editorial Edilex S.A., 2010. 122.

Zabala Egas, Jorge. «Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.» Zabala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.* Quito: Edilex S.A., s.f. 275.

Zabala Egas, Jorge. «Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.» Zabala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.* Quito: Edilex S.A., s.f. 274.

Zabala Egas, Jorge. «Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.» Zabala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica.* Quito: Edilex S.A., 2010. 142.

Zambrano Pasquel, Alfonso. «Neoconstitucionalismo, Garantismo y la Constitución del 2008.» Zambrano Pasquel, Alfonso. *Neoconstitucionalismo, Garantismo y la Constitución del 2008.* 2013.

[http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2013/10/01/neoconstitucionalismo--garantismo-y-constitucion-del-2008.](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2013/10/01/neoconstitucionalismo--garantismo-y-constitucion-del-2008)

Zavala Egas, Jorge. «Derecho Constitucional y Neoconstitucional y Argumentación Jurídica.» Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional y Neoconstitucional y Argumentación*

Jurídica. Guayaquil: Edilex, 2010.