



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DE DOCTRINAS PROCESALES: ACTIVISMO JUDICIAL O  
GARANTISMO PROCESAL Y SU APLICACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE  
JUSTICIA EN EL ECUADOR.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía  
Dr. FAUSTO ALBUJA GUARDERAS

Autor  
NELSON ADRIÁN REA LOZANO

Año  
2013

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUIA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

---

Fausto Albuja Guarderas

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

C.C. 171488379-8

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

---

Nelson Adrián Rea Lozano

C.C. 060325525-8

## **AGRADECIMIENTOS**

*“Oh Madre Dolorosa mi guía,  
mi estrella en el azul”*

Mi profundo agradecimiento a la Virgen Dolorosa, puesto que las mayores dificultades siempre fueron llevaderas bajo su manto. De la misma manera a la UDLA que me ha permitido prepararme para desenvolver esta noble profesión. De manera especial al Dr. Fausto Albuja quien además de dirigir el presente trabajo con dedicación y esfuerzo, se ha convertido en mentor y guía para el desarrollo profesional.

## **DEDICATORIA**

A Lupita, la manifestación de Dios en mi vida, pues su infinito amor y bondad han sido los únicos gestores de este logro. A Nelson porque con su ejemplo me inculcó desde niño a siempre ser grande. A Verito y a Adri por ser compañeras de vida y pilar fundamental de los buenos y soporte en los malos momentos. A Martín, por convertirse en fuente de alegrías y sueños.

## **RESUMEN**

El nuevo marco legal que instauró la Constitución de Montecristi en Ecuador ha dado paso a un importante reconocimiento de derechos a los ciudadanos. Sin embargo, en el ámbito procesal civil en la actualidad podría ocurrir una vulneración de los derechos reconocidos constitucionalmente, debido a la contradicción existente entre las normas que promueven el Activismo Judicial y las que impulsan el Garantismo Procesal. Acorde a los tiempos de cambio en los cuales existe una clara preponderancia del ser humano, el presente trabajo intenta establecer las posibles transgresiones que podrían implicar la aplicación de la doctrina del Activismo Judicial y del Garantismo Procesal, partiendo de una valoración histórica complementada con el análisis de la adecuación del ordenamiento jurídico a las mismas, y finalmente adoptando una posición y planteando las posibles reformas que deberían implementarse para garantizar un efectivo reconocimiento de los derechos.

## **ABSTRACT**

The new legal structure that established the Constitution of Montecristi in Ecuador has given way to an important recognition of rights to citizens. However, in the field of civil procedure now could occur a violation of the rights recognized in the Constitution, because of the contradiction between the rules that promote Judicial Activism and the Guaranties Litigation. According to the changing times in which there is a clear preponderance of human being, this paper tries to establish the possible transgressions that might involve the application of the doctrine of Judicial Activism and the guarantee-Procedure, based on a historical valuation together with the analysis of the adequacy of the legal system of them, and finally taking a stand and raising the possible reforms that should be implemented to ensure effective recognition of the rights.

# INDICE

---

<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

## **Capítulo I**

<b>1. Nociones generales .....</b>	<b>2</b>
------------------------------------	----------

1.1. Garantismo Procesal.....	2
-------------------------------	---

1.1.1. Antecedentes.....	2
--------------------------	---

1.1.2. ¿Qué es el Garantismo Procesal?.....	7
---------------------------------------------	---

1.1.3. Características del Garantismo Procesal.....	13
-----------------------------------------------------	----

1.1.4. Aportes doctrinarios y su fundamentación.....	19
------------------------------------------------------	----

1.2. Activismo Judicial.....	22
------------------------------	----

1.2.1. Antecedentes.....	22
--------------------------	----

1.2.2. ¿Qué es el Activismo Judicial?.....	27
--------------------------------------------	----

1.2.3. Características del Activismo Judicial.....	32
----------------------------------------------------	----

1.2.4. Aportes doctrinarios y su fundamentación.....	36
------------------------------------------------------	----

1.3. Crítica y diferencias fundamentales entre las Doctrinas analizadas.....	38
---------------------------------------------------------------------------------	----

## **Capítulo II**

<b>2. Activismo Judicial vs Garantismo Procesal en el Ecuador.....</b>	<b>42</b>
----------------------------------------------------------------------------	-----------

2.1.	Administración de Justicia en el Ecuador.....	42
2.2.	Análisis de las doctrinas en estudio y su relación con la Constitución de la República y demás normativa vigente. ....	52
2.3.	Aspectos positivos y negativos de la aplicación de las doctrinas procesales en el Ecuador.....	65
2.4.	Análisis jurisprudencial.....	70
2.4.1.	Análisis jurisprudencial, acción extraordinaria de protección, sentencia No. 020-10-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional de Ecuador.....	71
2.4.2.	Análisis jurisprudencial, acción de inconstitucio- nalidad, sentencia C-396/07 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, Prueba de Oficio en el proceso penal.....	77

## **Capítulo III**

<b>3. Reformas a la normativa nacional vigente.....</b>	<b>82</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>92</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>95</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>97</b>
<b>Anexos.....</b>	<b>100</b>



## INTRODUCCIÓN

El Ecuador a partir del 2008 adoptó una nueva forma de Estado que ha contribuido a que en la actualidad los preceptos constitucionales tengan mayor jerarquía por sobre todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo y a pesar de contar con una Constitución extremadamente garantista, no ha sido suficiente para asegurar una efectiva vigencia de los derechos contenidos en la ley fundamental y tampoco ha logrado resolver en mayor medida la serie de problemas de fondo con los que cuenta el sistema de administración de justicia.

Uno de los actuales problemas que enfrenta el derecho procesal es el grado de intervención que debe tener el juez durante el trámite del proceso. Lo que ha originado que surjan dos corrientes; la del Activismo judicial y la del Garantismo Procesal, según el juez tenga mayor o menor injerencia en el desarrollo de la causa, estas tendencias del derecho procesal, buscan influir directamente en el trámite de los procesos a fin de poder lograr la paz social a través del reconocimiento de derechos sustanciales.

En el contexto actual se habla de lograr un mayor reconocimiento a los derechos constitucionales por lo cual es de vital importancia poner sobre la mesa de discusión, estos temas netamente doctrinarios para que a partir de aquellos, se llegue a una verdadera aplicación y respeto de los derechos consagrados en nuestra Carta Magna.

# CAPITULO I

## 1. Nociones generales

### 1.1 Garantismo Procesal

#### 1.1.1 Antecedentes

La percepción de eficiencia que posee el sistema de administración de justicia en el Ecuador, e incluso en toda Latinoamérica, ha decaído notoriamente con el transcurso de los años. No es extraño escuchar en quienes se ven involucrados en un proceso judicial un sinnúmero de quejas que van desde la constante demora en el despacho de causas, hasta extremos como la parcialización en el accionar de un juez.

Es comprensible, hasta cierto punto, que dentro del desenvolvimiento y conclusión de un proceso la parte sentenciada considere, en mayor o menor medida, que se han mermado sus derechos. Esto se entiende debido a que en el desarrollo del conflicto necesariamente el tercero implicado, llámese juez, tendrá que en la mayoría de los casos dar la razón a una y solamente a una de las partes, con lo cual creará una reacción de inconformidad en la parte obligada a dar, hacer o no hacer algo. Sin embargo estas reacciones convertidas posteriormente en críticas o incluso en quejas ante el órgano administrativo de la función judicial, pasarían desapercibidas si las mismas fueran mínimas o no se convirtieran en la regla general en todos los procesos.

Por lo tanto, es de suma importancia contar con una idea sobre el grado de satisfacción del usuario con el sistema; de ahí que surge la relevancia de estas críticas las cuales proporcionan una verdadera estadística de la aceptación que tiene la administración de justicia en el país. El hecho de que en la actualidad existan quejas que provengan, incluso, de la parte triunfadora del litigio, nos da

una clara muestra del estado de insatisfacción de quienes pretenden resolver sus conflictos acudiendo a la justicia ordinaria.

Tomando en cuenta lo señalado, se puede afirmar que los reclamos originados dentro de un proceso no son problemas aislados sino que más bien responden a lo que todos conocen y que lamentablemente pocos hacen algo por cambiar; la administración de justicia en el Ecuador no cumple con las expectativas del usuario y se sustenta en un sistema que no está en concordancia ni con los tiempos actuales ni con la fuente primigenia de los derechos de los ciudadanos, la Constitución.

Debido a la problemática mencionada surge la necesidad imperiosa de un cambio de las estructuras intrínsecas de la administración de justicia que traten de solucionar a la brevedad posible la serie de problemas que adolece la Función Judicial.

Posibilidades e intentos de cambio se han visto, incluso en los últimos años se ha palpado un verdadero compromiso por lograr una reestructuración. Lamentablemente, los cambios y las promesas anunciadas, se han visto reducidos a la provisión de nuevos mobiliarios y espacios físicos a los operadores de justicia; cosa positiva pero insuficiente para resolver los problemas de fondo. El intento es válido sin embargo con un nuevo edificio no se superan las innumerables deficiencias existentes.

Los problemas de fondo requieren soluciones de fondo, que rompan paradigmas, al ser notorio que la forma de llevar la justicia ha fracasado, se requiere de un verdadero cambio. Esto es lo que propugna la doctrina del Garantismo Procesal dentro del ámbito civil, dar un giro copernicano a la forma como se ha venido impartiendo justicia. No basta con lo realizado hasta hoy, por el contrario se deben buscar soluciones más profundas y eficaces las mismas que se espera de la aplicación de esta doctrina relativamente nueva.

A decir de Benabentos (2001, p. 19) “(...) se ha mantenido un paradigma doctrinario que postula la vigencia de un derecho procesal inquisitivo-autoritario-publicista-decisionista (...)” que no ha dado los resultados deseados, por lo cual se requiere de la implementación de un sistema totalmente contrario a lo establecido, un sistema que se desvincule del corte inquisitivo que heredó la doctrina procesal de los juicios llevados a cabo en la Europa de la Edad Media y que con ciertas adecuaciones conforme al transcurrir de los años aún está enfrascado en ciertos códigos procesales de la región.

Como respuesta a la problemática señalada se postula al Sistema Dispositivo, mal entendido como principio, establecido en la Constitución como el camino a seguir dentro del proceso judicial con el único objetivo de lograr una verdadera y efectiva vigencia de los derechos.

La doctrina procesalista generalmente aceptada, postula al dispositivo como uno de los principios que rigen al proceso. Realizando una somera definición se puede manifestar que el principio dispositivo reconocido en la doctrina es aquel que faculta a las partes a realizar el impulso procesal. Ahora bien atendiendo la definición de principio se puede manifestar que es una máxima, norma o guía, con lo cual cabría mencionar que el impulso procesal otorgado a las partes es un principio del proceso.

Sin embargo, y sin el ánimo de refutar a los grandes maestros procesalistas, se considera que el principio dispositivo tiene un valor más trascendental. A criterio de Alvarado Velloso (2005, pp. 62-63) “... no se trata solo de establecer quién es que puede o debe llevar el impulso procesal (...) sino de definir desde la propia ley cuál es el tipo de proceso que se quiere en orden a la filosofía política imperante en un lugar y tiempo dados”.

Visto desde esta óptica, se tiene que si una de las finalidades del proceso es mantener un control, a menudo excesivo por parte de la autoridad, se podría recurrir al sistema inquisitivo; por otro lado si el fin del proceso es precautelar

las garantías y derechos de los ciudadanos se tomaría en cuenta a un sistema dispositivo. Y se menciona sistema entendiéndose al mismo como el conjunto de principios que contribuyen a una finalidad. Por lo cual observando globalmente al proceso se puede manifestar que la aplicación de un sistema dispositivo conlleva en sí mismo no solo la potestad de las partes de impulsar al proceso sino que además se adecuan al mismo los principios de contradicción, inmediatez, legalidad entre otros.

Se podría rebatir esta propuesta señalando al sistema acusatorio como contraparte del sistema inquisitivo sin embargo la práctica y el continuo uso del vocablo han instaurado al sistema acusatorio en un ámbito penal, por lo cual se considera pertinente otorgarle la categoría de sistema dispositivo al referirse al ámbito civil del proceso.

Una vez realizada la diferenciación precedente, es momento de recurrir a la historia para explicar de mejor manera como surge este sistema, para lo cual es necesario remontarse a la Edad Media. Para nadie es un secreto que durante siglos la justicia se basaba en decisiones totalmente autoritarias emitidas por los gobernantes de turno lo cual se puede resumir en la tristemente célebre frase de Luis XIV *“El Estado soy yo”*, y es que esa era la realidad de los pueblos que estaban sometidos única y exclusivamente a las resoluciones de una persona que en la mayoría de los casos no contaba con el menor apego a la ley.

“Toda esta situación toma un primer giro en la Inglaterra de 1215 en el reinado de Juan Plantagenet conocido como Juan sin Tierra en cuya administración surge un primer descontento del pueblo que sumido en guerras y padeciendo hambrunas se subleva en contra de las decisiones arbitrarias del rey y deciden oponer la ley a los caprichos reales. Es de esta manera que ante la presión de la clase aristocrática se emite el primer pacto de convivencia entre el Gobierno y los

gobernados conocido en el mundo como la Carta Magna (Alvarado Velloso, 2005, p. 121).

La Carta Magna es la fuente primigenia del reconocimiento de derechos dentro de un proceso judicial, el cual debía tener total apego a la ley y no a los caprichos autoritarios del rey. Posterior a esto se emite en la misma Inglaterra la conocida Declaración de Derechos o Bill Of Rigths en 1689, que de alguna manera profundiza las garantías reconocidas con anterioridad. Dejando por sentado que el proceso judicial se realiza como método de debate ante un tercero imparcial, de la misma manera que se lo concibe hasta los días actuales. Cabe recalcar que todos los países miembros del Common Law se basan en los principios redactados en estos instrumentos legales, Alvarado Velloso explica el por qué estos países no conocieron el sistema inquisitivo:

“Reinó en Inglaterra Enrique VIII, quien luego de romper con la Iglesia Católica en homenaje a sus propios intereses, no toleró allí la presencia de inquisidores dominicos. Tan simple cuan tangencial razón explica el por qué Inglaterra nunca conoció el método inquisitivo de enjuiciamiento y el por qué del apego al método acusatorio o dispositivo. Y esto vale hasta hoy: no hay impulso judicial, ni prueba oficiosa, ni intervención de los jueces en la formulación de preguntas a partes y testigos, ni búsqueda denodada de la verdad” (Alvarado Velloso, 2005, p.140)

Los años transcurrieron y el descontento en las demás naciones civilizadas del mundo se fue incrementando es así que las ideas libertarias se consolidan en los Estados Unidos de América con la emisión de su constitución en 1787 y el mundo como se lo tenía concebido daría un giro con la Revolución Francesa de 1789. Son estos procesos revolucionarios que desencadenarían finalmente con el reconocimiento de derechos a todos los ciudadanos dentro de los cuales evidentemente constan los derechos inherentes a los procesos judiciales.

Precisamente estas gestas libertarias conllevan a la instauración de sistemas republicanos en toda Latinoamérica y por supuesto a la emisión de constituciones propias de cada estado independiente, las cuales sin duda alguna con mayores o menores diferencias se basan en las declaraciones francesas y norteamericanas.

Para concluir con esta breve pero necesaria revisión histórica se debe mencionar que es así como en los países de la región se inicia un camino de legalidad sin embargo del cual, y refiriéndose al tema de los sistemas procesales, se adoptó un sistema inquisitivo basado en el Código Napoleónico a diferencia de los estados del Norte del continente que como se explicó con anterioridad siempre se basaron en un sistema dispositivo del proceso.

### **1.1.2 ¿Qué es el Garantismo Procesal?**

La búsqueda de la paz social y de una convivencia armónica de sus ciudadanos son objetivos muy loables que persigue el Estado, uno de los medios para lograr estos fines se basa en una buena actuación del órgano jurisdiccional para resolver cuando se presenten cualquier tipo de diferencias y conflictos entre particulares.

Sin embargo, en este punto surge la interrogante ¿Cuál es el grado adecuado de intervención estatal dentro de un proceso?

En principio se aceptaría que el juez, en representación del Estado, no sea un simple observador del desarrollo del proceso sino que mediante su guía se busque dar celeridad a las actuaciones de las partes para lograr un objetivo tan primordial en una sociedad como es una justicia efectiva y sobre todo a corto plazo pues, recurriendo al argot popular “justicia que tarda no es justicia”.

Ahora bien, hay que dejar en claro que muchas veces por la búsqueda de estos objetivos se han suprimido o ignorado derechos constitucionalmente

reconocidos, y es que parecería que los jueces están obligados, y en sus actuaciones así lo demuestran, a la búsqueda irrestricta de la justicia la cual muchas veces, y respondiendo a esa premura, se basa en una verdad material y no en una verdad formal o procesal, conceptos de gran importancia y diametralmente diferentes ya que al analizar cada uno de ellos se puede inferir que la verdad material se refiere a la realidad de los hechos, realidad que incluso para las partes en algún punto puede diferir, más aún para un juez que no tuvo acceso ni se vio involucrado en los hechos de una manera fehaciente, por lo cual la verdad se convierte en un tema muy subjetivo y entablar una sanción teniendo en cuenta la subjetividad ineludiblemente nos condenaría a vivir en un Estado carente de seguridad jurídica.

Por lo tanto, lo que se intenta establecer es una búsqueda de la verdad procesal, es decir la demostración de las afirmaciones de las partes mediante las pruebas que se presenten dentro del respectivo término y etapa procesal con lo cual únicamente éstos medios probatorios serían los que el juez considere para su valoración, todo lo cual desencadenaría en que su resolución estaría basada exclusivamente en los hechos afirmados por las partes y ciertamente demostrados por las mismas dentro del proceso.

Sin embargo, no es menos cierto que el permitir que el juez tenga entre sus facultades una iniciativa probatoria de oficio además de otras prerrogativas contempladas en la ley, produce lo que se ha visto hasta la actualidad, un juez que es dueño y señor del proceso, lo que conlleva a un autoritarismo propio de un sistema inquisitivo.

La administración de justicia en la región ha estado supeditada a lo largo de la historia republicana de las naciones a un sistema procesal de tipo inquisitivo que refleja la problemática señalada en líneas anteriores. Este sistema ha sido instaurado en diversos códigos procesales que persiguen esta línea por lo cual su aplicación se ha diversificado en la región por un periodo importante de tiempo.



Debido primordialmente a que, según Alvarado Velloso:

“Durante las décadas del 40 y del 50 la doctrina procesal hizo eclosión en Alemania e Italia y allí se escribieron innumerables tratados, estudios y obras en general que prontamente fueron editadas en castellano en Argentina y en México, (...) Y rápidamente el pensamiento deslumbró a los entonces noveles procesalistas americanos que pontificaron recurrentemente acerca de las bondades del método consagrado en los países más adelantados de Europa. (...) y así fue como los juristas de América convencidos de que eso era lo mejor, miraron hacia el nuevo oriente jurídico que reiteraba legislación con el método vigente en estos lares desde el siglo XVI y al cual estaban ya acostumbrados.” (Alvarado Velloso, 2005, pp. 109-110)

Como respuesta a esta doctrina y ante la ineficacia demostrada por la misma surgen nuevas ideas desde el sur del continente que pretenden cambiar la concepción del proceso como se lo venía llevando hasta la actualidad. Es así que acorde a las nuevas tendencias procesalistas del mundo y ante el surgimiento de ideas que buscan verdaderos Estados de derecho en los cuales se implemente de una manera eficaz el imperio de la norma jerárquica superior, dejando de lado el cada vez más venido a menos estado de legalidad, empieza a surgir la doctrina del Garantismo Procesal.

Para concebir una definición de esta doctrina necesariamente debemos citar a Adolfo Alvarado Velloso, jurista argentino con amplia experiencia en el manejo de la justicia debido principalmente a su desenvolvimiento como magistrado judicial en los tribunales de la provincia de Santa Fe, Argentina, además de sus vastos conocimientos adquiridos en la docencia universitaria. Es así que este prestigioso jurista es una de las voces más autorizadas para definir al Garantismo Procesal, lo hace de la siguiente manera:

“Existe una línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. Los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales” (Alvarado Velloso, 2005, p. 303)

Esta definición otorga el lineamiento correcto para manifestar como primer punto que uno de los postulados más importantes que busca el Garantismo Procesal es el respeto de los derechos reconocidos en la constitución por sobre toda la normativa jerárquicamente inferior. En este punto se puede encontrar el primer inconveniente ya que en la legislación actual aún persisten normas que son contradictorias al espíritu constituyente plasmado en la ley suprema, y que en consecuencia estarían vulnerando una serie de derechos constitucionalmente reconocidos, por lo cual se necesita con urgencia una armonización de la legislación con la Constitución de Montecristi, de hecho existe norma expresa en las disposiciones transitorias de la constitución que obliga a hacerlo pero el camino apenas se va iniciando.

Por otro lado y con el fin de seguir una estructura para definir al Garantismo Procesal, es necesario hacer una breve referencia al sistema dispositivo del proceso, el cual se encuentra reconocido en la misma constitución ecuatoriana y que tiene importante influencia en la doctrina garantista.

El Garantismo Procesal así concebido, tiene estrecha y directa relación con el sistema dispositivo, mismo que tiene como principal objetivo lograr el respeto de los derechos del debido proceso basándose en la premisa de que el impulso procesal debe pertenecer única y exclusivamente a las partes, para cuyo propósito busca disminuir el desmedido poder que, a criterio de los doctrinarios, posee el juez debido a una serie de facultades reconocidas en la ley que le

otorgan ciertas iniciativas procesales que lo convierten en parte activa dentro del conflicto lo cual contradice lo plasmado y reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La razón por la cual el juez ha adquirido estas prerrogativas que le otorgan un sinnúmero de facultades, que en principio y para la teoría garantista son exclusivas de las partes, podría explicarse debido a que en la región se ha instaurado, lamentablemente, la costumbre de adaptar y muchas veces copiar los cuerpos legales del primer mundo, es así que la mayoría de códigos procesales de la región se basaron en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855.

Por otro lado, en la Europa del siglo XX, surgieron cuerpos legales que igualmente otorgaban excesivas facultades al juez, como por ejemplo: la Ordenanza de Klein de 1895 que sirvió de modelo a la Ordenanza Alemana de 1937, emitida bajo el mando de Adolfo Hitler, que a su vez se utilizó como fuente inspiradora para la creación del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940.

En torno a este cuerpo legal Franco Cipriani (2006, p. 53) expresa: “(...) vale decir que el código de procedimiento civil italiano promulgado en 1940 y que casualmente lleva las firmas del Cavaliere Benito Mussolini y del conde Dino Grandi, sería antiliberal, autoritario y, como tal, fascista”.

Evidentemente en un cuerpo legal que surge de un periodo dictatorial se encontrarán normas que busquen el afianzamiento de la ideología y de la persona que se encuentra en el poder y de igual manera se buscará concentrar y obtener el control, si no de todas de la mayoría, de las funciones del Estado. Podría entonces concluirse que la Función Judicial no es la excepción pues al otorgar mayores facultades a la autoridad, se menoscaba los derechos de los ciudadanos.

La mala copia e incorrecta adaptación trasladó al continente americano en mayor o menor medida, varias potestades conferidas a los jueces que tenían como base códigos como el señalado, lo cual conllevaría posteriormente, a instaurar un sistema inquisitivo y publicista del proceso judicial.

El Garantismo Procesal promulga la defensa y efectiva vigencia de los derechos de los ciudadanos basado en un sistema dispositivo del proceso, a criterio de Elena Guerra (2010. *Activismo Judicial y el juez*. La Ley.)

“(...) se proclama crítico al reconocimiento de amplias facultades del juez ya que son las partes las que deben tener todas las atribuciones y ser los únicos protagonistas del proceso puesto que ellos deciden el inicio del proceso, determinan el objeto del contradictorio y aportan los medios probatorios, ello coherente con los aforismos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*”.

La corriente garantista, que como se mencionó se escuda en el sistema dispositivo del proceso, es la antítesis, para definirla de alguna manera, de la corriente publicista que a su vez se basa en un sistema inquisitivo y que se ha instaurado y se ha venido desarrollando en el sistema de administración de justicia. Sin embargo, en el ámbito penal, al menos en el Ecuador, se sustituyó el procedimiento inquisitivo por uno de corte acusatorio, pues el sistema anterior, que además va en estrecha relación con la doctrina activista, conllevaba una grave vulneración de derechos para las partes, principalmente se afectaba a los derechos constitucionales del procesado ya que se sometía a ser juzgado por la misma persona que lo acusaba y que además tenía iniciativa probatoria, el juez.

Estar en contra de este tipo de sistema no significa que se trata de defender irrestrictamente al acusado y dejar en la impunidad el delito, lo que se pretende es que se siga el debido proceso respetando los derechos reconocidos por la constitución y dando las garantías a la sociedad entera de ser procesado ante

un juez imparcial, citando a Alvarado Velloso (2005, p. 306) “los procesalistas penales que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas y no solo con sus patrimonios, exigen cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez”

Este cambio del sistema no puede ser exclusivo del ámbito penal por el contrario lo que busca el Garantismo Procesal es que se establezca un verdadero sistema dispositivo acorde a la Constitución dentro del proceso civil y demás materias que éste acoge, ya que a criterio de su precursor: “Estamos ante un extraño movimiento conceptual que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende penalizar cada vez más al proceso civil, se civiliza cada vez más al proceso penal” (Alvarado Velloso 2005, p. 306)

### **1.1.3 Características del Garantismo Procesal.**

Al realizar un análisis de la definición del Garantismo Procesal podemos inferir las principales características de esta doctrina, las cuales se detallan a continuación:

- **Irrestricto sometimiento a la constitución:**

Esta es la característica primordial de la corriente garantista que se fundamenta además en la doctrina Neo constitucionalista que coloca a todo el ordenamiento jurídico bajo la ley suprema y que además postula la interpretación global de la Constitución. Para Alvarado Velloso (2005, p.303) “la voz garantista o su sucedáneo garantizador proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra Derecho y Razón y quiere significar que, por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución)”.

Está claro que las corrientes garantistas, tanto penal como procesal lo que buscan y proponen es un respeto y aplicación de los derechos y principios

reconocidos a los ciudadanos en la Constitución, por lo cual toda norma contraria a estos derechos que se encuentre en la ley no debería ser aplicada debido a que estaría ante una contradicción con la carta fundamental primando esta última sobre la primera.

- **Respeto al debido proceso:**

Para desarrollar esta característica es necesario definir al proceso, para ello Alvarado Velloso (2010, p.8) cambia radicalmente el fin del mismo, puesto que explica que: “la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia. Queda en claro desde ahora que el fin principal del proceso no es la búsqueda de la verdad, como habitualmente se afirma.”

Por otro lado a decir de Benabentos (2001, p. 28) el proceso cumple con dos funciones: “a) satisfacer las pretensiones que aducen los litigantes en la contienda, es decir, al interés privado de los litigantes, y b) suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público)”. Es decir cumple con una función privada y pública, la primera se refiere a que los particulares lo utilizan como un instrumento por el medio del cual se resuelve un conflicto surgido con otro particular. La función pública del proceso radica en que es el medio que otorga el Estado a sus ciudadanos para efectivizar la solución de un conflicto por medios pacíficos, de esta manera organiza el poder judicial para que por medio del debate se logre el objetivo.

Ahora bien, resumiendo se puede mencionar que el proceso cuenta con una relación tripartita entre dos particulares que acuden ante un tercero, juez, quien estando investido del poder otorgado por el Estado tiene las herramientas y la potestad para dirimir el conflicto. Una de las partes es quien incoa la demanda, la otra parte presentará su respectiva contestación se traba la litis y el juez es quien la resuelve. Todo lo mencionado va en concordancia con la definición

propia del proceso que da Alvarado Velloso en el marco del Foro de Procesalistas Latinoamericanos desarrollado en Chile en 2011, quien, resumiendo, concluye que “será proceso el método de discusión que posibilite que dos naturalmente desiguales discutan dialogal y argumentativamente ante un tercero que con su propia imparcialidad aseguran la igualdad jurídica de las partes”.

El Garantismo Procesal busca que no se vulnere de manera alguna esa igualdad entre las partes dentro del proceso, que el juez no tenga las herramientas, que en la actualidad las tiene, para afectar directa o indirectamente esta garantía procesal, es decir busca el respeto al debido proceso, lo cual va acorde al fin primordial del Garantismo que es el sometimiento a la constitución.

Cabe señalar que existen algunos ejemplos en que el mismo Código de Procedimiento Civil altera de una u otra manera esta igualdad jurídica. Uno de ellos se estipula en el art. 436 que refiriéndose al juicio ejecutivo faculta al ejecutado únicamente a interponer el recurso de apelación de la sentencia mientras que faculta al ejecutante la interposición de los recursos de aclaración, ampliación y de hecho.

- **Búsqueda de la verdad procesal:**

Sin duda alguna, uno de los puntos más controversiales que aborda el Garantismo es la búsqueda de la verdad formal o procesal, como uno de los fines del proceso, entendiéndose ésta a la verdad que surge dentro del desarrollo propio del litigio, basándose en las pruebas aportadas única y exclusivamente por las partes y en las cuales el juez basará su decisión. Ahora bien, el garantismo propugna que en la resolución del proceso prime la verdad formal sobre la verdad material, debido a que la búsqueda de ésta última ha servido de justificación para otorgar una mayor intervención del juez en el proceso, por lo cual a criterio de Benabentos (2001, p. 72) “para avalar el papel

protagónico, en rigor omnímodo, que para algunos debería jugar la jurisdicción estatal, se utiliza, frecuentemente, un envoltorio sugerente, búsqueda de la verdad y la justicia.”

Al invocar estos valores, que sin duda contienen una fuerte carga emotiva, lo que se pretende, de alguna manera, es atenuar el impacto que produciría el anuncio del otorgamiento de mayores poderes a los jueces, por lo cual se ha recurrido a la verdad absoluta como forma de justificación para el autoritarismo estatal, esto a pesar de que es obvio que los usuarios del sistema judicial siempre buscarán que dentro de sus conflictos prime la justicia y la verdad por sobre todas las cosas.

Si se apela a valores absolutos de verdad y justicia como fines del proceso, en primer lugar, se estaría tratando de sensibilizar al ciudadano para que acepte y autorice una mayor intervención del juez en el proceso y no solo como “director” del mismo, lo cual como ha quedado claro, surge a partir de una práctica de los gobiernos principalmente autoritarios, al respecto Montero Aroca (2006, p. 135) haciendo referencia al jurista alemán Schönke expresa: “Schönke tenía razón cuando decía que todo derecho procesal depende en su estructura fundamental de la concepción que se tenga sobre la relación entre comunidad e individuo”, es decir se trata de una intervención estatal propia de estos gobiernos que lo que pretenden es controlar todo debido a que según su visión política no les interesa el individuo como tal, sino que más bien su lucha es por imponer su ideología de manera total.

Citando a Montero Aroca (2006, p.140) “(...) cuando me limito a decir que el aumento de los poderes del juez en materia probatoria no puede dejar de ser un reflejo del aumento de los poderes del Estado en la sociedad, aumento que responde a una concepción autoritaria del propio Estado y, por consiguiente, del papel del juez en el proceso civil.”



Ahora lo que se debe analizar es el nivel de riesgo que implica esta búsqueda de la verdad absoluta, citando a Benabentos (2001, p. 73) “No se explica bien a los destinatarios del mensaje los altos costos jurídicos que deben pagarse por asignar al poder jurisdiccional potestades sobredimensionadas que lo ponen como dueño de la libertad, la honra y los bienes de las personas”.

La justificación de un sistema inquisitivo es justamente apelar a los valores absolutos de verdad y justicia, pero no hay que olvidar que para lograr estos objetivos se pueden sacrificar los derechos de una de las partes o incluso de las dos, por lo tanto surge la inquietud de qué tipo de justicia se estaría impartiendo si la misma fuese el resultado del menoscabo de derechos establecidos previamente.

- **La prueba como facultad exclusiva de las partes.**

Para desarrollar esta característica del Garantismo Procesal se debe hacer referencia al principio dispositivo que a criterio de Benítez Ramírez (2007, p. 591) se lo puede definir como “aquel en virtud del cual las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho subjetivo sustancial como sobre sus derechos a la iniciación, desenvolvimiento y culminación del proceso.” De igual manera Véscovi (2007, p.44) lo define como “aquel que asigna a las partes y no al juez, la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”.

Analizando las definiciones anteriores se puede concluir claramente lo que es el principio dispositivo, que por cierto, se encuentra reconocido en la constitución del Ecuador en su Art. 168 numeral 6. Se establece claramente que son las partes las responsables de, en primer lugar, acudir ante el órgano jurisdiccional e iniciar el proceso, puesto que el juez por sí solo en un sistema dispositivo no tiene la facultad de acción; por otro lado el impulso y desarrollo del proceso pertenece única y exclusivamente a las partes, es en este punto, en el cual existen discrepancias entre el galantismo y el activismo procesal,

pues en el desarrollo normal de un proceso se dará apertura a la etapa procesal probatoria en la cual las partes son las responsables de mencionar y presentar la prueba que sustentará sus afirmaciones, pero ¿qué sucede cuando el juez tiene la facultad de ordenar de oficio la realización de medios probatorios? ¿Acaso no hay una clara intromisión en el proceso? ¿Un juez puede mantener su imparcialidad, bajo el pretexto de la búsqueda de la verdad?

Las respuestas a las interrogantes planteadas son claras para la doctrina garantista, y es que es evidente que al solicitar un medio probatorio de oficio se estaría vulnerando un principio que, al menos en el Ecuador, cuenta con rango constitucional como lo es el principio dispositivo que reserva dicha actuación única y exclusivamente a las partes. Alvarado Velloso (2005, p.180) emite el siguiente comentario en lo referente a la iniciativa probatoria de oficio de la autoridad: “(...) el juez actúa comprometiendo su imparcialidad, como un verdadero investigador en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer *Justicia* conforme con lo que el mismo entiende que es ese valor (...)”.

De igual manera Montero Aroca (2006, p.143) refiriéndose a la concepción garantista del proceso expone:

“El juez no podía practicar pruebas no propuestas por las partes, las cuales tenían el monopolio de la iniciativa probatoria. Se estimaba evidente que si el juez hubiese podido acordar de oficio la práctica de medios de prueba se hubiere convertido en el auxiliar de una de las partes, la favorecida por ese medio”

El Garantismo Procesal fiel a su característica del respeto irrestricto a la ley fundamental, lo que propone es suprimir toda iniciativa oficiosa del juez no solo enfocándose en la iniciativa probatoria, sino que incluso busca eliminar la declaratoria de caducidad de oficio que cabe mencionar, también es permitida por la legislación ecuatoriana.

#### **1.1.4 Aportes doctrinarios y su fundamentación.**

El Garantismo Procesal es una teoría que ha ido ganando adeptos y promulgándose a pasos agigantados. Es así que con mayor frecuencia y en un importante número de países se empieza a discutir y a analizar los preceptos que promulga esta doctrina, motivo por el cual en la actualidad se cuenta con un importante número de juristas que se han expresado a través de foros, congresos y de igual manera han plasmado y difundido sus aportes doctrinarios, lo cual sin duda alguna contribuye en gran medida al conocimiento del Garantismo. A continuación se presenta un brevísimo resumen sobre los principales aportes doctrinarios al respecto.

Sin duda alguna el creador y primer impulsor de esta doctrina es el jurista argentino Adolfo Alvarado Velloso, quien después de una larga carrera en la docencia universitaria y al retirarse de la magistratura e iniciar una carrera en el libre ejercicio profesional, basado primordialmente en las ya revolucionarias ideas del maestro mexicano Humberto Briseño Sierra, comienza a elaborar lo que se conoce hoy como la doctrina garantista y es que a criterio de Benabentos (2001, p.3) quien además se considera discípulo de Alvarado, refiriéndose a su maestro expone: "(...) es el impulsor de la impactante tesis del Garantismo procesal aplicada en el ámbito del proceso civil. La idea de un derecho procesal civil garantista fue tomada de las corrientes más progresistas del derecho procesal penal. Pero su mérito radica en postular su irrestricta aplicación al proceso civil".

Benabentos es claro al hacer mención al Garantismo penal como medio originador de la doctrina aplicada al proceso civil, y es evidente que si se refiere al Garantismo penal, no se puede dejar de mencionar al padre de la teoría garantista e impulsor del Neo constitucionalismo, el procesalista Luigi Ferrajoli , y es el mismo Alvarado Velloso quien le otorga el merecido crédito al maestro italiano, expresándose de la siguiente manera: "La voz garantista o su

sucedáneo garantizador proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y Razón (...)*. (Alvarado Velloso, 2005, p.303)

Como se ha mencionado Alvarado Velloso, influenciado por las ideas de Briseño Sierra, desarrolla la doctrina garantista aplicable al ámbito del proceso civil, es así que en su obra *“Lecciones de Derecho Procesal Civil”* realiza una compilación de la cátedra impartida, abordando temas como la razón de ser del proceso, sus objetivos, el método del debate entre otros y hace una primera aproximación al sistema dispositivo del proceso y analiza las razones por las cuales el sistema inquisitivo instaurado en la actualidad en el ámbito civil, va en claro detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De igual manera en su obra *“Garantismo Procesal contra actuación judicial de oficio”* profundiza y explica su posición ideológica respecto a la iniciativa del juez en contraposición al principio dispositivo.

Por otro lado se ha mencionado a Omar Abel Benabentos, quien siguiendo los pasos de su maestro promulga y comparte los criterios del Garantismo Procesal en el ámbito civil y partiendo de estos preceptos va un poco más allá y considera prudente y totalmente viable la unificación del proceso en las diferentes materias, ideas que plasma en su obra *“Teoría General Unitaria del Derecho”*.

Hasta el momento se ha mencionado a juristas de la región sin embargo el fenómeno garantista también ha causado repercusiones en el llamado primer mundo, es así que forma parte de esta nueva tendencia el procesalista italiano Franco Cipriani, quien se considera a sí mismo como un revisionista y de manera general apoya la reducción de los poderes omnipotentes del juez pues pone en tela de duda la validez de un sistema que, al menos en Italia, se originó en el desarrollo de un régimen fascista con la expedición del código de procedimiento civil de 1940 avalado por la firma de Benito Mussolini.

Es el momento de analizar el pensamiento de otro de los grandes impulsores del Garantismo, el español Juan Montero Aroca quien es:

“(…) quizá la palabra más autorizada del procesalismo español, ya no cree en un derecho procesal autoritario. Reconvirtió su pensamiento de tal forma que recientemente ha sostenido que una historia del procesalismo del siglo XX podría resumirse en el nacimiento de mitos que hoy no resisten más el paso del tiempo (autoritarismo procesal, mayores poderes y deberes para los jueces, pruebas de oficio, etc.)” (Benabentos, 2001, p.39)

La validez e importancia de la opinión del jurista español surge, evidentemente de su probidad notoria, y además debido a que es precisamente España el primer país que ha instaurado los postulados garantistas a su legislación positiva con la expedición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el 7 de Enero del 2000. Es Montero Aroca quien ha realizado un profundo análisis de este cuerpo legal a través de sus diferentes obras entre las cuales se puede mencionar “*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*” obra con la cual bajo su propio criterio “entendí que había cumplido con la función de poner de manifiesto, primero, cuáles eran las bases ideológicas de la Ley española y, luego, cuál era mi pensamiento sobre las ideologías que habían ido conformando las regulaciones del proceso civil en el siglo XX.” (Montero, 2006, p.131)

De la misma manera juristas alineados con esta doctrina son: Eugenia Ariano Debo (Perú), Luis Correia de Mendonca (Portugal) Girolamo Monteleone (Italia), Giovanni Verde (Italia), entre los más representativos.

Por otro lado, la difusión de la doctrina garantista no se ha limitado a la creación literaria sino que además se ha amparado en la organización de un sinnúmero de simposios en los cuales se ha discutido ampliamente la

implementación de estas nuevas ideas, a continuación un pequeño recuento de dichos congresos realizado por Benabentos (2001, pp. 41-44):

- Congreso argentino de Derecho Procesal, realizado en San Martín de los Andes, Argentina. El cual constituyó el primer reconocimiento público, no solo de la existencia de esta corriente sino también de la fuerza expansiva de sus ideas.
- XIV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, ciudad de Panamá, año 2000.
- I Congreso Procesal Garantista, Buenos Aires, 1999.
- En octubre del 2000 se realizó con el auspicio de la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista, las Primeras Jornadas de Derecho Procesal Garantista.

Además de lo señalado se ha creado la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista, integrada por procesalistas de Argentina, Chile, Paraguay, Perú, Guatemala y Panamá, lo cual habla del nivel de expansión de estas ideas.

## **1.2 Activismo Judicial.**

### **1.2.1 Antecedentes.**

La evolución de la humanidad a través de los siglos ha proporcionado diferentes formas de organización social, es así que, ya desde el hombre primitivo de las cavernas hubo la necesidad de agruparse y vivir en sociedad, y es que según lo menciona García Valdez (1988, p. 50) citando a Aristóteles “el hombre es por naturaleza un animal social”.

Es justamente, por la evolución de la humanidad, que surge el Derecho, como principio rector de la vida en sociedad, para iluminarnos e indicarnos con sus normas, el camino para el desenvolvimiento adecuado en la interacción de las personas, con el único objetivo de llegar a una sana y pacífica convivencia.

En esta evolución del Derecho a la par con la humanidad se han presentado constantes cambios que surgieron en el pensamiento de grandes hombres y mujeres, y que han trasladado a las civilizaciones de sistemas monárquicos y dictatoriales a Estados en los cuales se encuentra a la democracia, la igualdad ante la ley y el sometimiento a un sistema jurídico como sus pilares fundamentales.

Cabe mencionar sin embargo, que aún dentro de Estados de Derecho, la administración de justicia, ha sido guiada por ideologías políticas, con lo cual se ha convertido en muchas ocasiones, en tan solo una herramienta para el ejercicio del poder, y el juez en un mero ejecutor de las políticas de turno.

Dentro de este gran concepto que es el Derecho, se desprenden un sinnúmero de ramas específicas que tratan de abarcar el conjunto de las relaciones humanas dentro de la sociedad. El Derecho occidental aplicado en la región, se origina en Roma, de ahí se desprende el Derecho Procesal, como una de las ramas de Derecho Público que regula el ejercicio de la función jurisdiccional.

Se puede mencionar, y los doctrinarios así lo afirman, que para el desarrollo y aplicación del derecho procesal, es decir para administrar justicia, existen dos sistemas, por un lado se tiene al sistema inquisitivo del proceso y por el otro al sistema dispositivo.

Para referirse al sistema inquisitivo, es necesario hacer un breve repaso histórico para lo cual Flavia García señala:

“El antecedente histórico más significativo de este sistema está dado por el concilio de Letrán de 1215 y posteriormente por la inquisición española que institucionalizaron la persecución de Estado. No existía ninguna participación del acusado, el juez era quien acusaba, luego afirmaba y posteriormente juzgaba (obviamente de oficio)” (García, F. Los poderes jurisdiccionales a la luz del debido proceso. Recuperado el 15 de noviembre del 2012 de:

[http://www.academiadederecho.org/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal.pdf](http://www.academiadederecho.org/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal.pdf)

Para entender de mejor manera el origen de este sistema es necesario profundizar el análisis del mencionado Concilio de Letrán, es así que Alvarado Velloso (2005, p.69) manifiesta:

“El decreto *Ad abolendum* encomendó a los obispos la inspección anual de los pueblos donde se presentaban numerosas herejías a fin de recabar o inquirir informes secretos acerca de ellas (...) los inquisidores se dedicaban 1) a la búsqueda de pecadores, 2) a la investigación (inquisición de sus pecados) y 3) a lograr la confesión”

En principio éstas prácticas no tenían mayor repercusión en el ámbito del derecho pues sin lugar a dudas se trataba de una forma de aplicación y control de los dogmas propios de la Iglesia Católica, sin embargo, esto se altera en el momento que la misma Iglesia cambia esta finalidad espiritual e inicia un control de las culpas con fines lucrativos, citando a Alvarado Velloso (2005, p. 71):

“(...) eso ocurrió precisamente en el Concilio IV de Letrán de 1215, donde la organización inocente y verdaderamente santa *Inquisición* inicial se convirtió en la Inquisición medieval o papal. Este concilio fue el que encomendó la tarea inquisitorial a dos órdenes religiosas de monjes mendicantes –Dominicos y Franciscanos- a quienes instruyó para que continuaran las tareas de búsqueda, investigación y castigo de los nuevos delitos eclesiales.”

Los años transcurrieron y al amparo de este mandato otorgado por la Iglesia los inquisidores establecieron un verdadero régimen de terror, puesto que no son para nada desconocidos los métodos de torturas que se practicaban precisamente con el fin de encontrar la verdad dentro de un proceso en el cual, como se ha visto, el inquisidor era quien acusaba, probaba y juzgaba.



El santo oficio tuvo su punto de auge, si se lo puede llamar de esa forma, en los territorios de España, bajo el mando del tristemente célebre Fray Tomás de Torquemada a finales del siglo XV quien implementó un sinnúmero de formas de tortura y se encargó de que el imputado no conozca las razones de su acusación, ni de quién lo acusaba, ni quiénes eran los testigos de cargo.

Debido a la revisión histórica se puede conocer y establecer los orígenes fácticos del sistema inquisitivo sin embargo tanta influencia tuvieron estas prácticas que rebasaron el aspecto netamente histórico y llegaron a ser norma positiva en la legislación española es así que Alvarado Velloso (2005, p. 85-87) manifiesta:

“La Ley de Partidas española, se concretó a señalar la importancia que para el juez tenía conocer la verdad de lo que estaba a punto de sentenciar (...) el método inquisitivo y su correlativo –la prueba oficiosa- aparece por fin nítidamente en el artículo 65 de la Instrucción del Marqués de Gerona de 1854 (...). Poco tiempo después se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 –de tanta trascendencia para nuestros países, ya que fue ley vigente en casi todo el continente- que, siguiendo los lineamientos de las Instrucciones reprodujo la idea ampliándola hasta límites insospechados(...).”

En base a esta normativa se inició con una generalización normativa de estas ideas inquisidoras, es así que:

“La búsqueda denodada de la verdad y la falta de participación del individuo en la etapa probatoria instituyeron a la confesión en la *probatio probatissima* y contribuyeron a la oficialización de torturas. Paulatinamente, estas ideas se fueron plasmando en códigos otorgándoles algo más de transparencia a las prácticas pero sin dejar de ser absolutamente vejatorias de los derechos individuales. Basta remitirse a la Ordenanza Austriaca de 1895, la alemana de 1937, no casualmente bajo el gobierno de Adolf Hitler, y el Código Italiano de 1940, encomendado por Benito Mussolini.” (García, F. Los poderes

jurisdiccionales a la luz del debido proceso. Recuperado el 15 de noviembre del 2012 de: [http://www.academiadederecho.org/Activismo judicial y Garantismo Procesal.pdf](http://www.academiadederecho.org/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal.pdf) )

Cabe mencionar además que, según lo explica Alvarado Velloso, en 1781 se crea una normativa que instala, en Viena, un proceso escrito y secreto, subordinando toda demanda a la expresa autorización del juez y otorgándole la función probatoria y la absoluta disposición del impulso procesal, esta normativa es conocida como el Reglamento Josefino en honor a su creador el emperador José II. Es de esta manera que, a pesar del momento histórico que estaría próximo a emerger con la Revolución Francesa, se puso en vigencia este tipo de normativa que tenía evidentemente un tinte autoritario y que al cabo de casi un siglo de efectiva aplicación cobraría mayor fuerza con la Ordenanza de Klein de 1895 que fue promovida debido a los problemas dentro del desarrollo del proceso, al cual se lo acusaba de ser un absurdo mal que conllevaba pérdida de tiempo y dinero. Para contrarrestar esto se buscó un proceso rápido, simple, poco costoso, tramitado en lo posible oralmente, para lo cual no tuvieron mejor remedio que encargar al propio Estado el impulso procesal. Con lo cual a criterio de Alvarado Velloso (2005, p. 97) “(...) el proceso pasó, de ser un método pacífico de debate entre particulares, a ser un instituto de derecho público en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: los más altos valores sociales aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado”

La Ordenanza de Klein se convertiría, con posterioridad, en la fuente inspiradora de los códigos procesalistas alemán e italiano, que como se mencionó surgieron mientras ostentaban el poder Hitler y Mussolini respectivamente. Es de esta forma como surge y se ha instalado en las diferentes legislaciones el sistema inquisitivo.

Para concluir esta breve revisión histórica cabe mencionar que ha sido pertinente el análisis del sistema inquisitivo debido a que el Activismo Judicial

se adhiere al mismo ya que promueve una mayor actuación e intervención estatal, además va de la mano y en concordancia con la corriente publicista del proceso. Estos conceptos se abordan a continuación.

### **1.2.2 ¿Qué es el Activismo Judicial?**

El desenvolvimiento y aplicación del Derecho Procesal se basa en las reglas previstas en la normativa pertinente a la materia, sin embargo este marco legal está guiado por las ideologías que a su vez plasman las doctrinas que se han desarrollado con el tiempo. Una de estas doctrinas es el Activismo Judicial que a su vez toma al sistema inquisitivo como antecedente y lo configura además por medio de los principios publicistas del proceso.

Previo a emitir una definición del Activismo Judicial cabe señalar los postulados de la corriente publicista una vez que ya se ha realizado el análisis histórico del sistema inquisitivo.

La doctrina publicista del proceso surge a criterio de Montero Aroca de la siguiente manera:

“Frente a la idea de que las partes son las dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes todo ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad (...)”. (Montero Aroca et al., 2006, p. 144)

Desarrollando de alguna manera las ideas del maestro español se puede decir que a inicios del siglo XX se creía coherente la instauración de un sistema dispositivo del proceso debido primordialmente a la concepción que en esos momentos se tenía, principalmente en Occidente, sobre la aplicación de las doctrinas económicas propias de un Estado Liberal. Según estas doctrinas la intervención estatal en los aspectos económicos debía ser prácticamente nula.

Es decir se pensaba que una menor intervención estatal aseguraba de mejor manera las garantías de los ciudadanos, lo cual tiene su fundamento explicativo si se analiza el momento histórico que se vivía ya que mientras en los países capitalistas se promulgaba la libertad de los ciudadanos en la órbita socialista encabezada por la URSS no es desconocido que cada vez se restringían más los derechos debido precisamente a que el Estado tenía gran injerencia en todos los aspectos de la vida.

Motivados por la creencia de que las ideas de la doctrina occidental significaban todo lo bueno y coherente a diferencia de las ideas socialistas que correspondían a todo lo malo, se trasladan estas nociones al desenvolvimiento del proceso civil con lo cual se concluye que únicamente las partes son dueñas del proceso y les correspondía el impulso procesal, convirtiendo al proceso en una cuestión privada exclusiva de las partes, en el cual si bien el juez era quien tomaba la decisión, no tenía las facultades para intervenir activamente en el desarrollo del mismo.

La historia es conocida y a finales de la década de los 20 colapsa el sistema liberal de la economía y se produce en la primera potencia mundial lo que se conoce como la Gran Depresión, a partir de este momento se replantean las ideas y se decide que no se puede permitir que la economía se someta libremente a las reglas del mercado, lo que Adam Smith llamaba la mano invisible, debido a que precisamente por ese desinterés y falta de control estatal se había desencadenado la crisis, motivo por el cual el Estado se compromete en intervenir en todos los aspectos importantes de una nación, para conducir a un Estado de Bienestar.

Debido a estos sucesos la intervención estatal no se redujo simplemente al plano económico sino que también se buscó una intervención en la administración de justicia a través de un control e intervención del juez al cual dotó de las facultades necesarias para lograr que el proceso pase a tener un carácter público.

La doctrina publicista surge precisamente en respuesta a los acontecimientos señalados y propugna una verdadera intervención estatal dentro del proceso escudada en los argumentos de que el proceso si bien es de índole particular, pues son ellos quienes lo inician, cuenta además con un tinte público ya que es el medio por el cual se busca obtener la paz social, motivo por el cual es deber del Estado intervenir en el proceso mediante la actuación del juez, para lo cual le otorga ciertas facultades, dejando de lado a los particulares y estableciendo un fin superior a los individuos, se habla precisamente de un fin social del proceso. Elena Guerra refiriéndose al Publicismo del proceso:

“(…) ubica a la tutela jurisdiccional de los derechos en un nivel comunitario, mucho más allá de los intereses de un sujeto particular o de un grupo social. Desde esta mirada, el proceso no solo es un instrumento para la tutela de los derechos individuales, sino una herramienta de transformación social destinada a identificar y eliminar los conflictos jurídicos teniendo en cuenta los monstruosos abismos económicos y culturales existentes en nuestra comunidad.” (Guerra, E., 2010. *Activismo Judicial y el juez*. La Ley.)

Al igual que toda doctrina el Publicismo tiene sus adeptos y sus detractores es así que para Flavia García: “Hay quienes destacando la naturaleza pública del proceso, lo conciben como un instrumento puesto a favor del Estado y no como una garantía para los ciudadanos”. (García, F. Los poderes jurisdiccionales a la luz del debido proceso. Recuperado el 15 de noviembre del 2012 de: [http://www.academiadederecho.org/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal.pdf](http://www.academiadederecho.org/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal.pdf) )

Ahora bien centrándose en el análisis del Activismo Judicial se puede mencionar que si bien comparte en gran medida las ideas y conceptos tanto del sistema inquisitivo como de la corriente Publicista, sin embargo, ésta doctrina se centra exclusivamente en la actuación del juez, por lo cual se puede mencionar que sus orígenes se remontan al sistema anglosajón: “(…) los

tribunales extendieron su poder sobre la autoridad pública hasta 1610, cuando se sintieron suficientemente confiados (dirigidos por Edward Coke), para afirmar que tenían derecho de ignorar las leyes, argumentando que ellas eran contra la razón y el derecho común” (Gálvez Bautista. Activismo Judicial. Recuperado el 10 de diciembre del 2012 de: <http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf> )

Por otro lado fue célebre la corte norteamericana presidida por John Marshall puesto que en esta se decidió el igualmente célebre caso Marbury vs Madison, en cuyo fallo a través de un análisis excepcional se constituye la supremacía constitucional por sobre las leyes. A criterio de Miguel Carbonell: “Marbury trata de un asunto de teoría general de la Constitución (supremacía constitucional) y de teoría de derecho procesal constitucional (el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales).” (Carbonell, M (2005). Marbury vs Madison. El regreso de la leyenda. Recuperado el 10 de octubre del 2012 de [http://vozconstitucion.com/blog/wpcontent/uploads/2010/04/Marbury\\_versus\\_Madison.pdf](http://vozconstitucion.com/blog/wpcontent/uploads/2010/04/Marbury_versus_Madison.pdf))

De igual manera para Gálvez: “(...) uno de los temas que evidencian de forma clara al activismo judicial de la Corte de Estados Unidos, es el de la integración racial en ese país, asunto que hicieron famosas a las llamadas cortes Warren y Burger (...)”

(Gálvez Bautista. Activismo Judicial. Recuperado el 10 de diciembre del 2012 de: <http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf> )

De lo señalado se puede concluir que el Activismo Judicial tiene un carácter bastante amplio, además de que mediante el activismo se ha logrado garantizar el amparo de un derecho que pudo no ser invocado pero que al ser

de naturaleza constitucional evidentemente tuvo que ser reconocido con lo cual se ampliaría la órbita de los derechos protegidos.

Si se detiene el análisis en este punto, no cabe duda que a simples rasgos el Activismo no tendría ningún punto de choque con la corriente garantista, puesto que en principio las dos corrientes buscan una mayor aplicación de los derechos y protección de las garantías. Sin embargo no hay que olvidar que como se menciona el activismo tiene un sinnúmero de medios de aplicación por lo cual la controversia se instala al hablar de un activismo judicial en el ámbito procesal civil.

Es así que para entender el Activismo Judicial dentro del ámbito procedimental civil Peyrano menciona:

“(...) para explicar la mecánica de este instituto, se debe partir de las varias facultades y deberes que los distintos códigos procesales civiles ponen en cabeza de los magistrados a los fines de que complementen de la mejor manera posible su finalidad de impartir justicia”. (Peyrano, J (2008). Sobre el activismo judicial. La Ley)

Atendiendo a todos los conceptos señalados y esbozando una definición propia se puede decir que el Activismo Judicial es la doctrina según la cual se entiende que el proceso no es un asunto exclusivo de las partes sino que además contiene un carácter eminentemente público, razón por la cual promulga una mayor intervención de la autoridad en busca de que se convierta en un juez proactivo, que intervenga en el proceso y esto únicamente se lo puede lograr a través del otorgamiento de mayores prerrogativas. Si el juez tiene a su disposición mayores facultades de intervención procesal, esto coadyuvará para la búsqueda de la verdad material del proceso, con lo cual se busca que su decisión sea la más justa y en la cual, al mismo tiempo, se vea reflejado el principio de congruencia.

### 1.2.3 Características del Activismo Judicial.

El Activismo Judicial al igual que toda doctrina, posee ciertas particularidades que establecen su desenvolvimiento y aplicación. Atendiendo a la definición mencionada con anterioridad, se pueden extraer las siguientes características:

- **Carácter público y social del proceso.**

Para desarrollar esta característica del Activismo Judicial es pertinente, en principio, señalar una de las definiciones del proceso. De manera general la doctrina define al proceso, citando a Alvarado Velloso (2005, p. 236), como: “un conjunto de actos dirigidos al fin de obtener la resolución del conflicto”.

La doctrina activista coincide plenamente con la corriente publicista al mencionar que el proceso contiene una proyección social, según Salinas:

“se extiende a la sociedad porque el juez ejerce la función jurisdiccional, pública por excelencia y tramita el proceso, de naturaleza también pública, pretendiendo una sentencia que no solo signifique la aplicación de la ley, sino, la expresión de la justicia.” (Salinas, R., 2007 *Características del Activismo Judicial y del Garantismo Judicial*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal)

El carácter público surge precisamente si se considera al proceso como el medio por el cual el Estado busca resolver las controversias que surjan en el desenvolvimiento mismo de la interacción de los particulares, para de esta forma asegurar una pacífica convivencia de la sociedad, entonces se justifica una intervención estatal puesto que no se puede permitir que no exista un control sobre asuntos que afectan a toda la sociedad y en lo cual se comprometen recursos que de igual manera le corresponden.



- **Búsqueda de la verdad material.**

El proceso civil concluye, dejando de lado los medios anormales de terminación del proceso, con la emisión de la resolución del juez que está contenida en la sentencia. Ahora bien, la sentencia debería ser un fiel reflejo del análisis de todas las etapas procesales previas, por lo cual el juez realizará el proceso mental de valoración de los hechos, además de la valoración por medio de su sana crítica de las pruebas efectuadas, para de esta forma llegar a su decisión.

Sin embargo puede ocurrir que en la decisión no sean tomados en cuenta los verdaderos hechos que han ocurrido en el proceso, esto debido a que se puede dar el caso en el que cualquiera de las partes se ampare en una prueba, que puede ser determinante para la decisión del juez, pero que se haya obtenido fraudulentamente o que simplemente sea una prueba que provenga de una simulación muy bien realizada, con lo cual, con toda razón, la contraparte sentirá que la decisión no es justa.

Para subsanar estas posibilidades la doctrina activista promueve que uno de los fines del proceso sea la búsqueda de la verdad material, precisamente en aras de obtener una decisión más justa; que la sanción o la obligación de dar, hacer o no hacer algo esté efectivamente basada en la aplicación de la normativa para los verdaderos hechos que han ocurrido.

Para lograr el objetivo, y que la sentencia se fundamente en la verdad material, se busca que el juez sea quien asuma activamente el desarrollo del proceso, es decir que se comprometa de tal manera con la búsqueda de la verdad material, que facultado por las prerrogativas que lo asisten, sea quien impulse el proceso y solicite los medios probatorios pertinentes en búsqueda de la verdad absoluta de los hechos.

Para García Melgarejo “El juez se instituye así en una especie de tutor que sustituye a las partes en la dirección del proceso, tiene iniciativa probatoria,

cautelar y a veces hasta legislativa” (García, F. Los poderes jurisdiccionales a la luz del debido proceso. Recuperado el 15 de noviembre del 2012 de: [http://www.academiadederecho.org/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal.pdf](http://www.academiadederecho.org/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal.pdf) )

Comparte esta percepción Salinas Rivas: “En el activismo judicial, el juez actúa como el director del proceso e incluso lo impulsa aunque las partes no lo soliciten, tiene iniciativa probatoria e indaga a través de ella y hasta donde sea posible, la verdad material (...)”. (Salinas, R. (2007), Características del activismo y del garantismo judicial. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista.)

En conclusión lo que busca la doctrina del Activismo Judicial, acorde a su nombre, es el aumento de facultades del juez para que posea las prerrogativas suficientes para actuar de una manera más activa en el proceso con el objetivo de llegar a una justicia más justa y que la resolución que tome sea el fiel reflejo de los hechos reales ocurridos, es decir la verdad material.

- **Actuación judicial de oficio.**

Esta característica de la doctrina activista es una consecuencia lógica de las anteriores, ya que si se acepta la publicización del proceso y de igual manera se pretende la búsqueda de la verdad material en el desarrollo y conclusión del mismo, evidentemente una de las formas de consolidar y llegar a estos postulados es a través del otorgamiento de un mayor poder de intervención de la autoridad lo cual, a su vez, se logra mediante las diferentes actuaciones de oficio con las que se encuentra facultado el juez y que están reconocidas en la normativa nacional.

De manera general se puede decir que:

“El Activismo Judicial se caracteriza por un mayor celo en el control de los actos de los poderes políticos, un menor apego por restricciones

formales que le impidan decidir, y una mayor proclividad a revisar el contenido o sustancia de los demás poderes” (Gálvez Bautista. Activismo Judicial. Recuperado el 10 de diciembre del 2012 de: <http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf> )

La principal y más conocida forma de actuación de oficio del juez se encuentra en la actuación probatoria de oficio. Menciona Gozaíni (2002, p. 35) “La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porque hay que convencer al juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades”

Está claro que si uno de los postulados de la corriente activista es la búsqueda de la verdad material, es necesario dotar al juez de una facultad investigativa ya que no se debe conformar con las pruebas aportadas por las partes sino que su investigación debe ir más allá para conocer con claridad y transparencia la veracidad y realidad de los hechos mencionados, por lo cual la prueba de oficio es el medio, que de aplicarlo, podrá despejar cualquier tipo de duda que surja de la valoración de la prueba aportada por las partes ya que se puede dar el caso que la misma sea insuficiente y no contenga los elementos de convicción pertinentes para tomar una decisión.

Benabentos citando al procesalista Mario Morello:

“Los poderes del juez se refuerzan en la gestión probatoria a fin de acceder a la verdad jurídica objetiva, en el prudente impulso de oficio (...) todo lo cual en nada reduce la plena libertad postulatoria, ni al derecho constitucional a probar, de impugnación, y, sobremanera y permanentemente, del control de las partes.” (Benabentos, 2001, p.75)

De la misma manera Benabentos (2001, p. 76) resumiendo el pensamiento de Ronald Arazi: “(...) el proceso civil reclama el aumento de los deberes y

facultades de los jueces, en especial en materia probatoria, a fin de esclarecer los hechos controvertidos (...)"

Existe otra posible actuación de oficio que contempla la norma positiva como lo es la declaratoria de caducidad del proceso de oficio. Esta facultad es defendida por el activismo debido primordialmente a la enorme cantidad de causas con las que cuenta la Función Judicial, por lo que se otorga la potestad al juez de que en el caso de que un proceso, en términos coloquiales, sea abandonado por las partes, pueda declarar la caducidad del mismo.

De esta forma se liberaría de alguna manera la carga de procesos y se optimizaría recursos que ya de por sí son bastante limitados, todo esto bajo la premisa según la cual si las partes, que son los primeros interesados, no se preocupan por darle celeridad y promover el proceso, esto repercutiría en una pérdida de tiempo para los operadores de justicia, el cual podría aprovecharse en el despacho de causas que, llamándolo de alguna manera, se encuentren activas.

#### **1.2.4 Aportes doctrinarios y su fundamentación**

Los códigos procesales de la región en el ámbito civil, en su gran mayoría, contienen los preceptos que sustentan la doctrina activista, razón por la cual se puede decir que de alguna manera se ha venido aplicando esta tendencia a lo largo de los años ya que con algunos cambios menores la normativa vigente ha sido la misma desde hace prácticamente un siglo. Debido a esto existe en el criterio de algunos renombrados juristas la idea de la efectiva validez de su aplicación por lo cual estas nociones son defendidas a ultranza. A continuación se mencionan a los más representativos.

Cabe señalar que es en Argentina en donde ha surgido la más álgida controversia debido a la implementación de las medidas para mejor proveer y de las medidas autosatisfactivas implementadas en algunos códigos federales

de las diferentes provincias. Es por esta razón que es de este país precisamente que emergen quienes defienden estas ideas, así se puede nombrar al jurista Jorge Peyrano quien a criterio de Benabentos:

“Hace años se convirtió en propulsor del régimen de las cargas probatorias dinámicas y ahora, en la teoría denominada medidas autosatisfactivas. (...) la medida autostisfactiva proporciona una solución urgente a situaciones urgentes, es por tanto, una vía jurídica eficaz cuando el tiempo amenaza con convertir en irreparable un hecho injusto (...) Su característica principal es, como se trata de un requerimiento urgente que la medida autosatisfactiva se agota con el despacho favorable del juez interviniente y no necesita de una demanda principal” (Benabentos, 2001, p. 78)

De la misma nacionalidad Roberto Berizonce citado por Reviriego basa su criterio de la siguiente manera:

“La visión del juez como protagonista de las circunstancias de su medio lo inserta en una época de profundas y aceleradas transformaciones que abarcan tanto a la sociedad como al Estado, a los grupos y a los individuos. (...) la rapidez de los cambios y su consustancial fugacidad, exigen respuestas cada vez más perfeccionadoras que son requeridas de los jueces” (Reviriego, 2008, El control de constitucionalidad de oficio. La Ley)

Por otro lado ya ha sido mencionado y citado en líneas anteriores el pensamiento de los juristas Mario Morello y Ronald Azari, quienes toman como bandera la defensa de la actuación probatoria de oficio por parte de los jueces ya que, según su criterio, es la única forma en que el juez pase de ser un convidado de piedra dentro del proceso y se convierta en un juez activo que busque la celeridad y una tutela judicial efectiva.

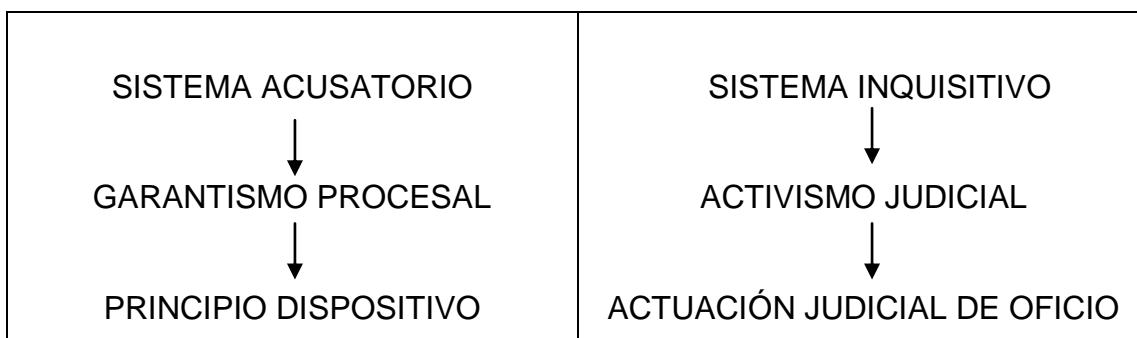
### 1.3 Crítica y diferencias fundamentales entre las doctrinas analizadas.

Una vez que se han mencionado los antecedentes y características primordiales de las doctrinas en discusión, a manera de conclusión se señalan las siguientes diferencias fundamentales:

Como ha quedado establecido, los orígenes de las doctrinas difieren entre sí. Mientras por un lado la corriente activista se fundamenta en el sistema inquisitivo, instaurado desde la edad media, el Garantismo centra sus bases en un sistema acusatorio del proceso, el cual surge de la idea de que son los particulares los dueños del proceso y que solo a aquellos les corresponde el impulso procesal. Ante esta aseveración la doctrina activista, fundamentada de igual manera en la publicización del proceso considera que es deber del Estado la intervención en el desarrollo del mismo.

Se puede establecer una clara diferencia de acuerdo al siguiente esquema:

Tabla1.



Adaptado de Alvarado Velloso, 2005, p.157.

De igual manera una de las diferencias más relevantes en torno a estos temas se encuentra en la búsqueda de la verdad procesal y la verdad material como fines primordiales del proceso. Para los garantistas el deber del juez se centra únicamente en hallar y basar su resolución en la verdad procesal, es decir en la verdad que haya sido demostrada a través de la presentación y argumentación de los medios de prueba actuados por las partes, esto debido a que, según su criterio, al hablar de la búsqueda de la verdad en términos absolutos, se estaría pretendiendo que el juez se convierta en una especie de súper hombre al que

se le ha designado la tarea de investigar, probar y sentenciar, lo cual evidentemente va en detrimento de las garantías constitucionales de las partes pues una intervención tan prominente del juez afectaría su imparcialidad, requisito fundamental para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Por otro lado los activistas sostienen que lo que se debe buscar con la resolución del juez, es el mayor acercamiento posible a la verdad material, ya que solo cuando se le otorgue mayores prerrogativas a la autoridad, podrá tomar la decisión más justa, ya que se aproximará de mejor manera a la realidad de los hechos. Sin embargo, y aquí viene la crítica, la verdad en términos absolutos es un asunto demasiado subjetivo, ya que, como se ha mencionado, incluso para las partes la verdad de los hechos puede diferir en menor o mayor medida, mucho más para el juez quien no se ha visto directamente involucrado en los acontecimientos.

Ahora bien en el hipotético caso que el juez de primera instancia se haya esmerado y comprometido fehacientemente con el caso y mediante su impulso y actuaciones de oficio haya logrado encontrar lo que a su criterio es la verdad, evidentemente tomará su resolución en base a esos elementos de convicción, sin embargo la parte sentenciada haciendo efectivo su derecho a recurrir del fallo presenta el respectivo recurso de apelación, conocerán la causa los miembros del tribunal superior y al momento de tomar su decisión puede resultar que acepten el recurso es decir habrían tomado un camino totalmente diferente a la resolución emitida por el juez de primera instancia. Ante esto, se puede decir que actuaron de acuerdo a lo que el tribunal superior considere como su verdad, con lo cual estaríamos ante la interrogante de la existencia de tantas verdades como de instancias del proceso.

Como queda claro con el hipotético ejemplo, no se puede hablar de valores subjetivos como la verdad y justicia absoluta apelando a sentimentalismos que de alguna manera influyen en el ciudadano, ya que todos quienes hacen uso de la función jurisdiccional aspiran a que se encuentre la verdad. Lo que se

necesita por el contrario es un análisis técnico de la medida en que la aplicación de estas ideas pueda o no traer los beneficios prometidos.

De forma general la controversia se centra en el nivel de intervención que debe tener el juez en el proceso, es así que para los activistas el juez no puede ser un simple espectador distante, sino que por el contrario debe participar en la dirección y promoción del proceso y esto como se ha visto se logra a través del otorgamiento de mayores prerrogativas que avalan una actuación de oficio, lo cual va totalmente en contra de lo que promueve el Garantismo ya que basados en un sistema dispositivo promueven que la actuación procesal, y más en materia probatoria, sea única y exclusiva de las partes, con el addendum de que al menos en el Ecuador, este principio tiene reconocimiento constitucional por lo que cualquier actuación de oficio estaría conculcando claramente un derecho reconocido en la norma suprema.

Ahora bien el Garantismo Procesal acepta en cierta medida un grado de intervención judicial pero en el sentido de dirección del proceso mas no con prerrogativas que puedan incidir en la resolución del mismo. Es así que Benabentos, garantista por excelencia, expresa lo siguiente:

“En el ámbito de la estricta dirección del proceso es saludable que el tribunal goce de las más amplias prerrogativas. (...) El juez debe, por caso:

- Declarar que el litigio llevado a su conocimiento no pertenece en absoluto a su potestad de juzgar.
- Velar por su competencia objetiva y subjetiva.
- Declarar de oficio las nulidades que invalidan insanablemente la relación procesal.
- Velar por el principio de seguridad jurídica, declarando de oficio la litispendencia y la cosa juzgada.



- Rechazar la prueba que es notoriamente improcedente. (...)"  
(Benabentos, 2001, pp. 44-45)

Queda demostrado que son totalmente válidos los argumentos de parte y parte y es que evidencian sin lugar a dudas las pretensiones por mejorar cada vez más el ya tan afectado sistema de administración de justicia, sin embargo la convivencia mutua de las doctrinas teniendo en cuenta sus puntos más representativos evidentemente es inviable ya que son excluyentes, razón por la cual tomando una posición ecléctica el jurista Joan Picoy I Junoy otorga la solución al menos en lo que se refiere la iniciativa probatoria de oficio:

“(...) al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo-, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa- impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial-, y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas.”  
(Picoy I Junoy, 2007, p. 120)

Está claro que lo que hace el jurista se debería aplicar a la mayoría de los aspectos, no solo del estudio del Derecho sino de la vida en su totalidad, y es que no se ve influenciado por fanatismos ni ideologías que no le permitan ver lo positivo que tiene cada una de las posturas y de esta manera lograr una unificación en lo que sea posible y viable, pues está claro que todos persiguen un único objetivo que es mejorar el sistema procesal.

## CAPITULO II

### **2. Activismo Judicial vs Garantismo Procesal en el Ecuador**

#### **2.1. Administración de justicia en el Ecuador.**

Desde los albores de la naciente República, en el siglo XIX, se tuvo clara la forma de gobierno que debía tener el nuevo Estado. Bajo la inspiración de las gestas libertarias que acabarían con el dominio de los sistemas monárquicos en Europa al igual que la liberación de las colonias estadounidenses, y siguiendo la fuerte influencia doctrinaria que trajo consigo la Ilustración, se adoptó desde la creación del Estado del Ecuador, en 1830, un sistema republicano con una clara división e independencia de las tres funciones del Estado, acatando las ideas de quien es considerado el padre del Estado Liberal el inglés John Locke además de lo desarrollado con posterioridad por el francés Montesquieu.

De esta manera el Estado ecuatoriano se constituye como una república en la cual se plasmaba la división de poderes y funciones quedando configuradas con precisión las atribuciones del Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Es así que: “disuelta la Gran Colombia se dicta la Primera Constitución de la República del Ecuador el 11 de septiembre de 1830, en el que se crea la Alta Corte de Justicia, con sede en Quito, es decir, la Corte Suprema de Justicia” (Estructura y Competencia de las Cortes y Tribunales Supremos de Justicia en Iberoamérica).

En mayor o menor medida esta división e independencia se ha mantenido durante la época republicana del Ecuador salvo, obviamente, en los gobiernos abiertamente dictatoriales en los cuales la Función Judicial se convirtió en una

herramienta para el uso del poder debido primordialmente a las intromisiones de los gobernantes de turno.

Actualmente la independencia judicial se encuentra consagrada en la Constitución y desarrollada en mayor medida en el Código Orgánico de la Función Judicial que a su tenor literal estipula:

“Art. 8.- Las juezas o jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.

Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Sin embargo, el respeto o la vulneración de la separación de poderes e independencia de las funciones, no ha sido lo más relevante para asegurar un funcional acceso a la justicia. Crisis han existido muchas a lo largo de los años, razón por la cual la percepción de eficiencia que se tiene de la justicia ordinaria ha venido en pleno decaimiento, lo que ha motivado a una reestructuración integral en estos últimos períodos.

En el año 2007 con la llegada al poder del presidente en funciones, Ec. Rafael Correa Delgado, debido a la necesidad imperiosa de una modificación en los ámbitos político, económico, social, legal e institucional por nombrar a algunos, se inician una serie de cambios y transformaciones los cuales desembocarían en la expedición de la nueva constitución de la República en el 2008, misma que para su aprobación fue sometida a referéndum, triunfando con una mayoría importante en las urnas.

El nuevo régimen que establece la constitución implica una modificación de la gestión del poder lo cual conlleva de igual manera a una transformación de toda la normativa interna con el fin de adecuarla a los nuevos principios y derechos que consagra la Norma Suprema.

Es así que, mediante la expedición de la normativa constitucional se introducen una serie de modificaciones en la mayoría de los ámbitos estatales. Cabe mencionar que uno de esos cambios se dio en la modificación de los nombres de algunas instituciones, debido primordialmente al desprestigio que habían alcanzado, un claro ejemplo se encuentra en la transición de la Corte Suprema de Justicia a Corte Nacional de Justicia aunque para Montaña Pinto (2008, p.203) “No se trata simplemente de un cambio semántico, sino que la nueva Constitución pretende revolucionar la concepción de justicia y la cultura jurídica imperante en el país.”

Sin lugar a dudas, la modificación más importante en relación a la estructura estatal es la creación de nuevas funciones del Estado, pasando de la clásica división en Ejecutivo, Legislativo y Judicial a la creación de la Función Electoral además del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Ahora bien, en referencia a los cambios de fondo que impulsa la Constitución del 2008 el más significativo, evidentemente, es la implementación de una nueva forma de Estado según lo estipula el art. 1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional, y laico. (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Esta enunciación de la carta fundamental tiene una enorme repercusión en todo el sistema estatal pero con mayor énfasis en lo que se refiere a la administración de justicia puesto que se trata del salto del sistema de legalidad, en el cual se actuaba de acuerdo a lo que se estipulaba en la ley, a un sistema constitucional de derechos y garantías en el cual toda la normativa interna debe

estar en concordancia y sujeta a los mandatos de la Constitución que al mismo tiempo se convierte en norma suprema con prevalencia sobre todo ordenamiento jurídico inferior. Según el criterio de, Juan Montaña:

“(...) el paradigma constitucional garantista pretende rematerializar la Constitución, convertirla en una verdadera norma: y no en cualquier norma, sino en la norma suprema del ordenamiento (...). Este modelo también busca la transformación de la teoría jurídica tradicional debido a que la práctica judicial deja de ser una operación de subsunción lógica para convertirse en una operación de argumentación y de interpretación.” (Montaña Pinto, 2008, p.191)

Cabe mencionar además que la Constitución vigente reconoce un número importante de derechos a los ciudadanos sin embargo, no limita su órbita protectora a los mismos sino que además, como una forma de innovación, es el primer texto constitucional que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

Ahora bien, la Constitución es la norma jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico por ende los derechos contenidos en la misma, en principio, no deberían ser vulnerados de manera alguna ya que incluso según el art. 11 numeral 3 los mencionados derechos son de aplicación directa e inmediata, sin embargo, de presentarse el caso de alguna transgresión a los mismos la Constitución señala los medios para hacer cesar dicha violación a dichos medios se los conoce como garantías. Para Ramiro Ávila (2008, p. 89) “Las garantías constitucionales son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución”.

La Constitución reconoce tres tipos de garantías que son: normativas, de políticas públicas o administrativas y jurisdiccionales. Las primeras corresponden a la creación de leyes por parte de la Asamblea Nacional y de

todo órgano con potestad normativa las mismas que deben ir acorde a los derechos previstos en la norma suprema. Por otro lado las garantías de políticas públicas emanan de las autoridades que en el ejercicio de sus funciones realicen algún tipo de proyecto o actividad para el beneficio de sus mandantes, esta actividad debe estar acorde a lo previsto en la Constitución.

Finalmente la ley define el objetivo de las garantías jurisdiccionales:

“Art. 6.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. (...)” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

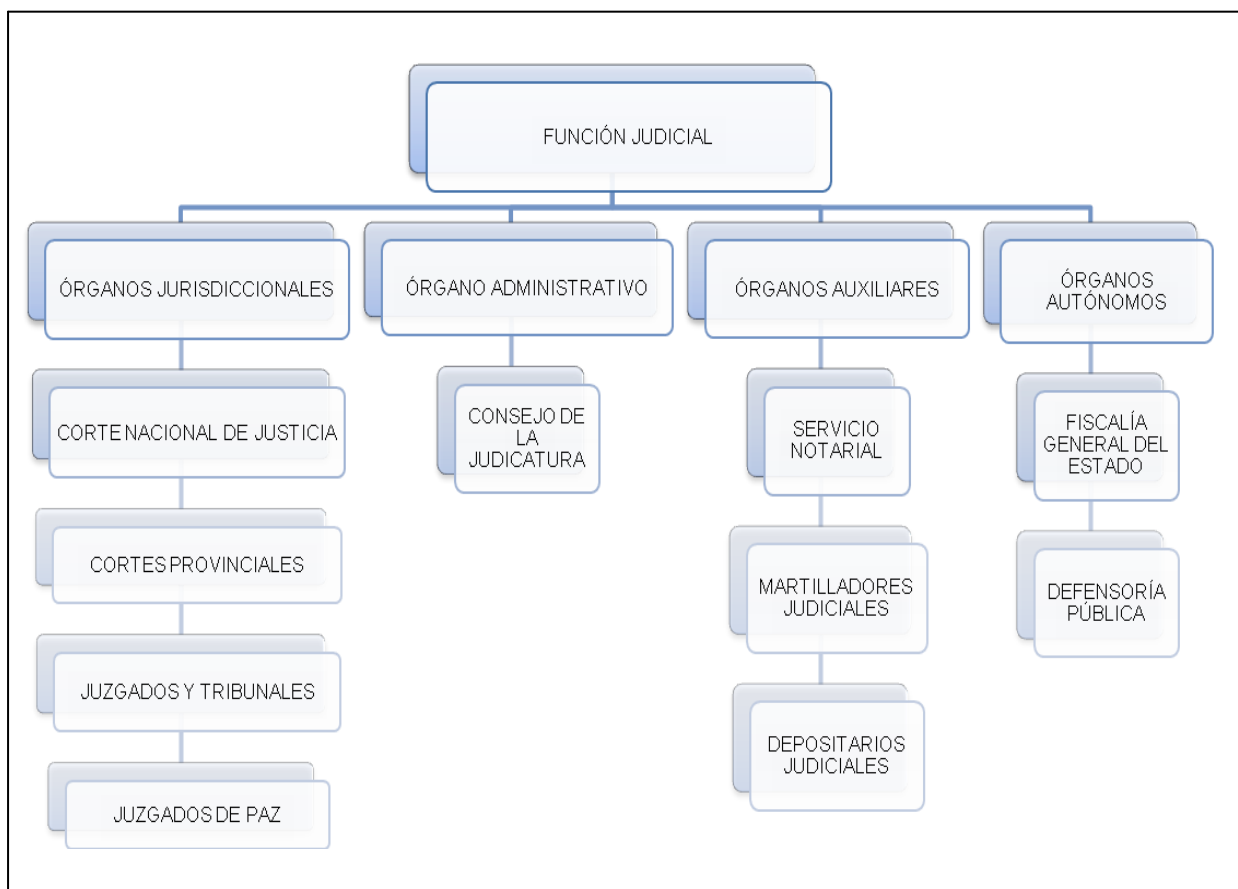
La competencia de las garantías jurisdiccionales recae en la Función Judicial debido a que se estipula que las acciones constitucionales deberán ser conocidas por jueces con rango constitucional; en el Ecuador éstas son conocidas por jueces ordinarios de primera y segunda instancia que asumen dicho rango para conocerlas. Sin embargo, la Corte Constitucional se reserva exclusivamente el conocimiento de las siguientes garantías: acción extraordinaria de protección, acción de incumplimiento y acción de inconstitucionalidad.

Evidentemente el conocimiento de las acciones constitucionales ha influido significativamente para que de una manera u otra las causas en las diferentes judicaturas continúen en aumento y al ser las garantías jurisdiccionales, en teoría los mecanismos para hacer cesar una violación de derechos de la Constitución, se les ha otorgado una especie de prevalencia sobre las causas ordinarias puesto que los términos para conocer, fijar la audiencia y emitir las sentencia son notoriamente más cortos que los términos de las causas

ordinarias, lo cual sin lugar a dudas ha contribuido a causar mayor demora en el despacho de estas últimas.

Ahora bien, teniendo en cuenta la forma de organización de la Función Judicial en este nuevo ordenamiento jurídico y resumiendo lo establecido en la constitución de la República en su art. 177, se establece el siguiente esquema:

Figura 1. Organización Función Judicial.



Adaptado de Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 177.

Según se puede observar en el gráfico, la Función Judicial consta con varios órganos los cuales, a su vez, poseen una serie de dependencias. Evidentemente son los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial los llamados a administrar justicia, precisamente en ejercicio de la potestad jurisdiccional que les concede la ley y la Constitución, la primera define a la jurisdicción como “(...) 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.” (Art. 150, Código Orgánico de la Función Judicial).

A continuación se presenta una breve revisión de los rasgos más importantes de cada uno de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial:

#### Corte Nacional de Justicia:

- Tiene jurisdicción sobre todo el territorio nacional.
- Sede en Quito.
- Se desempeña primordialmente como Tribunal de Casación.
- Desarrolla el sistema de precedentes jurisprudenciales.
- Conoce las causas contra servidores públicos que gocen de fuero.
- Integrada por 21 juezas y jueces, quienes se organizan en salas.
- Designación para un período de 9 años.

#### Cortes Provinciales de Justicia:

- Tiene jurisdicción provincial.
- Conoce, en segunda instancia, los recursos de apelación, nulidad, y los demás que establezca la ley.
- Conoce las causas de quienes se sujetan a fuero de corte provincial.
- Conoce en segunda instancia los asuntos colusorios.
- Reconocimiento u homologación de sentencias extranjeras.
- Integrada por el número de jueces que el Consejo de la Judicatura estimara pertinente

#### Tribunales y Juzgados

- Se establecen cantonalmente conforme a las necesidades de la población por el Consejo de la Judicatura.



- Conocen en primera instancia las causas de las diferentes materias señaladas en la ley.
- En materia penal además de los jueces penales ordinarios y especializados existen los tribunales penales ordinarios y especializados quienes se encargan de sustanciar la etapa de juicio y dictar sentencia.

#### Jueces de Paz:

- Resuelven en equidad los conflictos individuales, comunitarios, vecinales o contravenciones, utilizando mecanismos de conciliación, diálogo y acuerdos amistosos.
- Para ser juez de paz se requiere que gocen del respeto, consideración, y apoyo de la parroquia, comunidad, barrio, recinto o vecindad en la cual se pretende ejercer el cargo. No es obligatorio poseer título profesional en derecho.

De esta manera queda establecida a breves rasgos la forma de organización de la Función Judicial según lo que manda la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial.

Sin embargo, a pesar de contar con una nueva carta fundamental que sin lugar a dudas introdujo un sinnúmero de cambios, en lo que se refiere a la administración de justicia, no fue suficiente para lograr los resultados que con premura se necesitaban, razón por la cual se convoca a una consulta popular que contaba con un pliego de diez preguntas, de las cuales, cuatro al menos estaban destinadas a la reestructuración del sistema judicial, tan anhelada por los ciudadanos.

Nuevamente el pueblo le otorga la victoria en las urnas al oficialismo y se inicia con una serie de modificaciones en lo que compete a la Función Judicial, como el nombramiento de una nueva Corte Nacional de Justicia así como también de jueces de menor instancia, de igual manera se inicia con la dotación de nuevos

mobiliarios y edificaciones regenerando los espacios físicos para el acceso a la justicia, y primordialmente nombrando un nuevo Consejo de la Judicatura, conocido como de “Transición” el cual era el encargado de encabezar todas las acciones pertinentes para modificar el sistema judicial.

Es evidente que se ha intentado otorgar los medios a la administración de justicia con los cuales se pueda llegar a superar una crisis que se venía arrastrando desde tiempos inmemoriales, sin embargo en la actualidad aun no se pueden palpar los cambios, más allá de la existencia o no de nuevos edificios que cabe decirlo mucha falta hacían, aun no se ha podido dar soluciones de fondo a los graves problemas con los que permanece la administración de justicia en el país.

Si bien han transcurrido alrededor de dos años aproximadamente desde el inicio de esta reestructuración, el tiempo parece corto para dar soluciones inmediatas, lo cual demuestra el nivel de crisis en el que se estaban desempeñando los operadores de justicia. Entre otros problemas, se puede señalar a la falta de celeridad del proceso como el problema más perceptible, y el causante de un gran desinterés en los ciudadanos por someterse a un proceso judicial.

Las reformas por hacer eran muchas y una de ellas, quizá la más urgente debía referirse a contrarrestar la demora en el despacho y conclusión de las causas, como no era de otra manera se tomaron acciones para solucionar este grave problema sin embargo la pregunta es ¿A qué costo? A continuación se analiza la intervención que se realizó en torno a este tema.

Según datos oficiales del Consejo de la Judicatura de Transición, después de realizar un inventario del número total de causas existentes a nivel nacional, se encontró que existían 2'702.371 causas represadas al 30 de marzo del 2012. El siguiente dato menciona que al 23 de julio del 2012 las causas ingresadas sumaban un total de 3'001.302 de las cuales se encontraban terminadas

2'117.679 y por otro lado se encontraban activas tan solo 690.025, número gigantesco sin lugar a dudas pero que a comparación de la totalidad de las causas no representa ni siquiera la mitad.

Del análisis de estos datos oficiales se desprende que en menos de cuatro meses se logró despachar y terminar con 2'117.679 causas, las razones según el organismo oficial se debe a las nuevas jornadas de trabajo que incluían los días sábados y además a la implementación de un modelo de gestión diferente que apresuraba en gran medida el despacho de las causas. Sin embargo, a pesar de que los resultados a simple vista parecen extraordinarios, sobran las interrogantes que dan cabida a la duda de si efectivamente en un plazo tan corto de tiempo se pudo obtener estos efectos tan importantes.

De ser así estaríamos ante un hecho sin precedentes que sería digno de resaltar, evidentemente en el caso de que no haya existido una vulneración de los derechos de las partes precisamente por la premura en el despacho. Si bien uno de los principales problemas es la falta de celeridad en los procesos judiciales, no se debe dejar de tomar en cuenta el costo jurídico en el que se podría incurrir por la necesidad del Estado de descongestionar el sistema de administración de justicia, ya que con ese objetivo se pudieron haber cometido una serie de vulneraciones significativas de los derechos reconocidos en la misma Constitución que amparan a los ciudadanos al acceso a una verdadera tutela judicial efectiva.

No es la intención del presente análisis imputar la comisión de posibles faltas directamente a algún funcionario, sin embargo se deja sentada la interrogante planteada ¿Qué pasó con los más de dos millones de causas? Sería pecar de optimistas si se pretende en este análisis tener un registro pormenorizado de lo que efectivamente sucedió, principalmente por la gran cantidad de variables a considerar en el universo total de las causas, sin embargo, para no ahondar más en el tema ya que no es el objeto del presente estudio, lo único que se puede establecer es la recomendación de que si se pretende continuar con el

cambio, que dicho sea de paso se trata de una ardua labor, se lo haga de la mejor manera. Es cierto que mientras más rápido se vean las soluciones se tendrá una mejor percepción de lo que ha realizado el mencionado organismo, sin embargo, no por esto se puede permitir que se haga caso omiso a lo estipulado en las leyes y más aun que se irrespete al instrumento fundamental que ha sido la bandera de este período, la Constitución, misma que al ser de corte garantista prioriza por sobre todas las cosas los derechos reconocidos en ella.

Cabe señalar, por otro lado, que de la totalidad de las causas, ingresadas existen 193598 que se encuentran en proceso de cumplir su fecha límite para ser declaradas en extinción, abandono, suspensión o prescripción, según los mismos datos oficiales que se encuentran consignados en el anexo 1 del presente trabajo. Ahora bien este último dato es relevante al momento de establecer un análisis sobre la conveniencia o no, para el aparataje de la administración de justicia, de la declaración de caducidad de oficio.

Para concluir, a forma de resumen, cabe recordar como aspecto positivo que la ley fundamental reconoce la independencia de la Función Judicial y que además ha dotado a los ciudadanos de los mecanismos por los cuales se hagan efectivos sus derechos reconocidos por la misma Constitución, lo cual garantiza, al menos en la teoría, que no se repetirán los abusos e injusticias cometidos en el pasado. Las reglas están claras y sin lugar a dudas propenden a una mayor protección de los ciudadanos sin embargo, lo que aún resta por hacer es trasladar esa protección estatal a la realidad del día a día de los ciudadanos.

## **2.2. Análisis de las doctrinas en estudio y su relación con la Constitución de la República y demás normativa vigente.**

En el acápite precedente se ha hecho referencia a la forma de organización de la Función Judicial y los cambios que se instauraron con motivos de la

expedición de la nueva Constitución. Es el momento ahora de profundizar el análisis de las doctrinas procesales y establecer una relación con la ley fundamental con el único propósito de revelar si en el Ecuador se aplica el Activismo Judicial o de acuerdo a los cambios e implementación de las nuevas corrientes constitucionales se ha instaurado el Garantismo Procesal.

Es necesario, para iniciar con el presente análisis, establecer las normas que consagradas en la Constitución rigen el funcionamiento de la administración de justicia. La norma suprema establece dentro del Título IV, capítulo IV lo referente a la administración de justicia y a la Función Judicial, términos que a simple vista parecerían ser sinónimos pero que según Juan Montaña (2008, p. 197) “El proyecto de nueva Constitución separa las nociones. La primera la utiliza para designar la potestad general de impartir justicia, mientras que la segunda es usada para describir el aparato estatal de justicia. (...) para efectos de reconocer, constitucionalmente, el pluralismo jurídico propio del Ecuador (...)”

Esta diferenciación se fundamenta en la siguiente norma: “Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El capítulo que hace referencia a la Función Judicial y a la administración de justicia contiene alrededor de 37 artículos siendo el más relevante para el presente análisis el que se cita a continuación:

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.
3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.
4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.
5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.
6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”  
(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es de vital importancia el artículo señalado, debido a que el mismo contiene la manifestación expresa de la independencia de la Función Judicial, además consagra el principio de unidad jurisdiccional, finalmente instauro la gratuidad y la publicidad de los procesos pero por sobre todas las cosas su importancia radica en el establecimiento de los principios en los cuales se regirá todo el sistema de administración de justicia, es en este punto en el cual radica su importancia, al menos para el presente estudio.

El numeral 6 del artículo 168 de la ley fundamental es claro al establecer los principios rectores del sistema de administración de justicia, los mismos que se analizan a continuación. “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La oralidad de los procesos ha sido a través de los años el anhelo de gran parte de los involucrados constantemente en la judicatura, operadores judiciales, abogados e incluso de las partes que se someten a un proceso judicial. Esto debido a la serie de formalismos que conlleva un proceso escrito.

Argumentos para dejar de lado el proceso netamente escrito no han faltado, incluso se ha mencionado que en la situación ambiental que atraviesa el mundo entero y en la actualidad al ser la naturaleza sujeto de derechos, es una enorme contradicción que se sigan apilando, en los ya abarrotados archivos de las judicaturas, expedientes con cientos de fojas que no son más que la constancia del deterioro de la justicia en el país.

Por el contrario con un verdadero sistema oral los procesos ganarían celeridad, se descongestionarían en gran medida los espacios físicos de los operadores de justicia, pero por sobre todas las cosas las audiencias se convertirían en lo que tienen que ser, un medio de debate de las partes representadas por sus respectivos abogados, para que se convierta en el entorno dentro del cual exista una verdadera exposición motivada de argumentos y que no se continúe como en la actualidad con audiencias en las cuales cada uno de los procuradores pretende transformar a la oralidad en las prácticas tantas veces repetidas de leer textualmente sus razones transcritas en un papel, provocando muchas veces que el juez no preste el menor nivel de atención y divague durante la lectura puesto que sabe que de todas maneras lo que se está diciendo constará en fojas dentro del expediente con lo cual cada vez se aleja más el objetivo primordial que debería fijarse todo profesional del derecho como lo es el de la persuasión de la autoridad.

Si se continúa con estas prácticas evidentemente no se debe hablar de ninguna oralidad del proceso dejando por sentado obviamente el hecho de que no todo se puede reducir a la expresión oral ya que siempre se necesitará una constancia física de documentos importantes como pueden ser los medios probatorios, por lo que en consecuencia lo que se persigue es, que directamente en las audiencias prime por sobre todas las cosas, adecuadas intervenciones orales.

Se ha establecido la necesidad de contar con un verdadero sistema oral para el desarrollo de los procesos judiciales sin embargo esta obligatoriedad no es

nueva ya que venía contenida en la Constitución Política de 1998 que en su Art. 194 estipulaba: “La sustanciación de los procesos, que incluye, la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, (...)” (Constitución Política del Ecuador, 1998).

Es decir ha transcurrido más de una década desde que se le otorgó el carácter constitucional a este principio y aún su aplicación no es la más adecuada, salvo en materia laboral que al menos por su nombre concibe al procedimiento como oral, en lo que se refiere a las demás materias no se ha tratado de legislar y apoyar la implementación de este principio que como se dijo ayudaría de sobremanera a resolver el problema de la celeridad en el despacho de las causas.

Sin embargo, cabe mencionar además que al contar con rango constitucional este principio no necesita de ninguna norma inferior para su efectiva aplicación, tal vez lo que si se necesite sea una norma para reglamentar de mejor manera su aplicación y definir sus límites, pero en principio todos los procesos deberían ser desarrollados bajo el sistema oral.

Ahora bien después de analizar el principio de oralidad y tratando de formar un criterio personal sobre su pertenencia a una de las doctrinas en estudio, se considera que forma parte de la doctrina garantista debido primordialmente a que se trata de un principio que propende la efectivización de los derechos del debido proceso, ya que la oralidad requiere una actividad del juez en la dirección del proceso, mas no en los asuntos de fondo del mismo, pues al instalarse un debate serio, manejando el uso de la palabra adecuadamente, el juez será el llamado a moderar dicho intercambio de argumentos.

Ahora bien tampoco se puede afirmar con total certeza la pertenencia de este principio con exclusividad a uno de los extremos de una u otra corriente y parecería más adecuado tomar una posición intermedia es decir que se encuentra compartiendo características de las dos tendencias ya que como se



menciona la intervención del juez sería únicamente en la dirección del desarrollo del proceso, lo cual es aceptado por la corriente del Garantismo Procesal.

Continuando con el análisis de los principios de la administración de justicia se procede a citar la parte pertinente “(...) de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo” (Art. 168, numeral 6, Constitución de la República del Ecuador, 2008). Como se observa en la parte final del Art. 168 de la Constitución se hace mención a tres principios que se abordan a continuación.

El principio de concentración tiene como objetivo primordial contribuir a la celeridad procesal y busca lograr su finalidad a través de imponer la obligatoriedad al juez para que ejecute la mayor cantidad de pasos procesales en la menor cantidad de actos. El Art. 19 inciso 3 del Código Orgánico de la Función Judicial lo explica de la siguiente manera: “(...) 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, 2009). Al igual que el principio de oralidad, el de concentración tendría mayores rasgos del activismo judicial pero nuevamente solo al referirse a temas de dirección y manejo del proceso, mas no en asuntos de fondo del mismo por lo cual tampoco estaría abiertamente contradictorio al Garantismo Procesal.

Ahora bien, en referencia al principio de contradicción, conocido también como “de audiencia”, se puede manifestar que es totalmente propio de la corriente garantista puesto que el referirse al derecho que tienen las partes de pronunciarse y emitir sus argumentos para probar o defenderse de los hechos que se alegan en el proceso, se trata de una garantía básica del debido proceso, garantía que es defendida a ultranza por la corriente mencionada lo cual tampoco implica que la doctrina contraria no la estipule sino que puede ocurrir el caso que por la importante actuación judicial avalada por la corriente

activista, se pueda dejar de lado este principio y es claro si se ve el ejemplo de la solicitud de una prueba de oficio, si bien el juez formará su criterio para tomar una decisión, la parte “afectada” por esta prueba no podrá oponer argumento alguno, lo cual estaría en claro detrimento del principio de contradicción.

Es el momento de analizar el principio dispositivo del cual mucho se ha mencionado en los inicios del presente trabajo precisamente por la gran importancia que le otorga la corriente garantista, de hecho tanta es la importancia que para los doctrinarios no se trata de un principio sino que más bien es considerado como un sistema para administrar justicia en oposición al sistema inquisitivo. Cabe recordar los aforismos que dan cabida a este principio “*nemo iudex sine actore*” y “*ne procedat iudex ex officio*” los cuales hacen referencia a que no hay inicio de causa sin alguien que la proponga y el juez no puede iniciarlo de oficio. Al igual que con los principios anteriores el Código Orgánico lo amplía de la siguiente manera: “Art. 19.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fiado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. (...)” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

Este principio no es nuevo ya que en la Constitución de 1998 ya contaba con jerarquía constitucional. Es así que el mismo Art. 194 disponía: “La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediación.” (Constitución Política del Ecuador, 1998).

Acaso estos señalamientos constitucionales del principio dispositivo durante todos estos años han conllevado a que en el sistema procesal ecuatoriano se instaure una especie de Garantismo Procesal. La respuesta a esta interrogante, muy a pesar de los más fervientes garantistas, es negativa debido

a una simple razón. La legislación ecuatoriana permite al menos dos formas notorias de actuaciones judiciales de oficio.

La primera forma de actuación judicial de oficio, la más conocida y controversial hace referencia a la facultad otorgada a los jueces para solicitar medios probatorios de oficio, y se puede pensar que se trata de algo aislado, pero nada más lejos de la realidad puesto que es en más de un cuerpo legal que se permite éstas actuaciones, a continuación se citan los respectivos artículos de la legislación que hacen clara referencia a lo mencionado:

### **Código de Procedimiento Civil:**

“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. Exceptúese 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, 2009)”

Evidentemente este artículo insta en todos los procesos civiles, y subsidiariamente en otras materias, la prerrogativa concedida al juez para que tome un papel más protagónico ya no sólo como director del proceso sino que con esta facultad su iniciativa procesal podría influir directamente en la resolución del proceso.

Es pertinente señalar los orígenes de la norma adjetiva ecuatoriana:

“Hay que señalar que el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano en vigencia siguió el modelo del Código de 1938, con pocas reformas; éste a su vez transcribió, con pequeñas alteraciones, el Código de

Enjuiciamiento Civil de 1878, redactado por la Corte Suprema de Justicia, que se basó en el Código dictado por la Convención Constituyente de 1869 y publicado en 1871 y sus numerosas reformas, el cual a su vez se inspiró en el código procesal peruano y en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855” (Recuperado el 10 de enero del 2013 de: [http://www.derechoecuador.com/index.php?Itemid=480&id=4492&option=com\\_content&task=view](http://www.derechoecuador.com/index.php?Itemid=480&id=4492&option=com_content&task=view) )

Como se mencionó en el primer capítulo la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 tenía un corte inquisitivo bastante marcado por lo cual este sería el origen en el Ecuador de las iniciativas probatorias de oficio y en realidad de todo aumento de poderes del juez en el proceso.

### **Código de la Niñez y Adolescencia**

“Art. 293.- Facultad para disponer pruebas de oficio.- El Juez podrá ordenar de oficio la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009)”

Este cuerpo legal autoriza la iniciativa probatoria de oficio sin embargo, este caso en especial y como criterio personal cabe señalar que en los temas de familia pueden existir muchas cosas en juego, por lo que siempre debería prevalecer el interés superior del menor, razón por la cual se consideraría positiva la facultad concedida al juzgador para solicitar los medios probatorios. Además cabe recalcar que en este artículo existe una limitación específica a la solicitud probatoria de oficio, ya que se permite su uso únicamente para establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado lo cual va en clara dirección a proteger el interés superior del menor.

## **Código Tributario**

“Art. 262.- Facultad oficiosa del tribunal.- La respectiva sala del tribunal podrá, en cualquier estado de la causa, y hasta antes de sentencia, ordenar de oficio la presentación de nuevas pruebas o la práctica de cualquier diligencia investigativa que juzgue necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad o para establecer la real situación impositiva de los sujetos pasivos, inclusive la exhibición o inspección de la contabilidad o de documentos de los obligados directos, responsables o terceros vinculados con la actividad económica de los demandantes.”  
(Código Tributario, 2009)

Sin lugar a dudas la norma tributaria desarrolla en mayor medida la iniciativa probatoria de oficio incluso al extremo de ejemplificar los medios de prueba que a criterio exclusivo del tribunal podrían llevarse a cabo. Redacciones tan específicas conllevan a pensar que en este caso si podría existir una grave vulneración de los derechos de los ciudadanos.

## **Código del Trabajo**

“Art. 577.- (...) El juez de oficio, podrá ordenar la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la verdad de los hechos materia del juicio y el juez tendrá plenas facultades para cooperar con los litigantes para que éstos puedan conseguir y actuar las pruebas que soliciten.” (Código del Trabajo, 2009)

## **Ley de Arbitraje y Mediación**

“Art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá

ordenar que se practiquen señalando día y hora.” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2009)

### **Código Orgánico de la Función Judicial**

“Art. 130.- 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:

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” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Se ha previsto la necesidad de transcribir y analizar algunos de los extensos textos legales que autorizan la actividad probatoria de oficio precisamente para dejar en claro el reconocimiento explícito que se le otorga a esta facultad en las diversas materias, dentro la legislación ecuatoriana.

Cabe en este punto hacer mención al ámbito penal en el Ecuador. Con fecha 13 de enero del 2000, se publica en el Registro Oficial y entra en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal y con esto una nueva forma de llevar el proceso, ya que con las nuevas doctrinas imperantes en el mundo referentes a la mínima intervención estatal y por supuesto al respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos se logra superar el sistema procedimental inquisitivo, en el cual la autoridad era juez y parte, y se instaura un sistema penal acusatorio. Cambio fundamental en la forma y desarrollo del proceso puesto que limitó en gran medida los posibles abusos que se podían cometer al otorgar tanto poder a los jueces que conocían las causas en esta materia.

Ahora bien, confrontando la información que se ha analizado se tiene, por un lado, el reconocimiento constitucional del principio dispositivo y por otro lado la

autorización a los jueces para solicitar pruebas de oficio. Es notoria la contradicción existente entre la norma suprema y la legislación específica, contradicción que dicho sea de paso no es nueva puesto que como se ha mencionado el principio dispositivo se encuentra reconocido desde la Constitución de 1998.

Sin lugar a dudas este es el punto más álgido y el tema central de la disputa entre garantistas y activistas, pero como se observa el Ecuador al parecer se constituye como un Estado en el cual se dan cabida a las dos tendencias totalmente contradictorias.

Por otro lado no se debe olvidar que, si bien la Constitución de 1998 ya contaba con una prevalencia sobre todo el ordenamiento jurídico inferior teniendo en cuenta la pirámide kelseniana, no existía esta clara idea de la superioridad jerárquica lo que si sucede en la época actual, ya que de una u otra manera el ciudadano conoce que sus derechos constantes en la ley suprema deben ser reconocidos.

Por ende la solución para el Garantismo sería relativamente fácil, ya que el principio dispositivo tiene carácter constitucional y las pruebas de oficio están claramente en contradicción a este principio, esta última normativa sencillamente no debería ser aplicable e incluso podría ser sometida a una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. En el siguiente subcapítulo se tomará en cuenta la pertinencia o no de posiciones tan extremas pero se deja actual constancia de que el principio dispositivo consagrado en la carta fundamental pertenece evidentemente a las filas del Garantismo.

Con anterioridad se mencionó que la legislación ecuatoriana permitía al menos dos formas de actuación judicial de oficio, se ha analizado la iniciativa probatoria de oficio por lo cual es el momento de hacer referencia a la declaración de abandono de la causa por iniciativa de la autoridad.

El Art. 169 de la Constitución estipula lo siguiente: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Según lo establecido en este artículo se tiene que el sistema procesal debe además estar regido por otros principios, uno de estos principios es la celeridad, evidentemente se trata de un principio importantísimo puesto que la eficiencia de un sistema de administración de justicia mucho depende del lapso de tiempo en el cual se resuelva un proceso.

Ahora bien, es claro que la mayoría de las causas cuentan con una importante demora en la tramitación de las mismas. No es raro que existan juicios ordinarios que literalmente llevan una vida entera en los anaqueles de los funcionarios esperando ser despachados, lo cual como se ha mencionado se ha convertido en una de las razones primordiales para que los ciudadanos piensen dos veces antes de verse inmersos en un proceso judicial.

Las razones para la demora en la tramitación de las causas pueden ser varias pero sin lugar a dudas una de ellas es la gran cantidad de procesos que ingresan día a día al sistema de administración de justicia. Los recursos tecnológicos y humanos muchas veces son insuficientes para atender la gran demanda de causas que exigen justicia, por lo cual sería hasta cierto punto ilógico que se desperdicien recursos en causas que aparentemente se encuentran inactivas.

Como solución a esta problemática la ley otorga la facultad a los jueces para declarar el abandono de la causa de oficio, lo cual se encuentra previsto en el siguiente artículo:

“Art. 388.- Los juicios civiles que hubieren permanecido en abandono durante dieciocho meses contados desde la última diligencia que en el



juicio se hubiere practicado, en la primera instancia, o dieciocho meses en la segunda, quedan abandonados por el ministerio de la ley.

Salvo disposición en contrario de la ley, la Corte Suprema, los tribunales distritales y las cortes superiores de justicia, declararán de oficio o a petición de parte el abandono de las causas por el ministerio de la ley, cuando hubieren permanecido en abandono por el plazo de dieciocho meses contados desde la última diligencia que se hubiese practicado o desde la última solicitud hecha por cualquiera de las partes.” (Código de Procedimiento Civil, 2009)

Evidentemente esta prerrogativa podría ayudar significativamente a descongestionar el aparato estatal de administración de justicia, siempre en miras del principio de celeridad ya que al tener un número menor de causas por despachar es claro que las causas activas se podrán terminar en un menor lapso de tiempo. Justamente sobre la pertinencia o no de la declaración de abandono de oficio se volverá en el siguiente subcapítulo.

A manera de conclusión, se puede afirmar que el Ecuador se situaría en lo que Alvarado Velloso considera un sistema mixto, pues ha quedado claro que si bien el principio dispositivo propio del Garantismo tiene reconocimiento constitucional, aun la normativa inferior contiene disposiciones que facultan la actuación de oficio a los jueces lo cual enmarcaría claramente un activismo de la autoridad no solo en el desarrollo del proceso sino en el fondo del mismo.

### **2.3. Aspectos positivos y negativos de la aplicación de las doctrinas procesales en el Ecuador.**

El nuevo marco constitucional del Ecuador ha dado cabida para la instauración de algunos cambios en todo el aparataje estatal. Sin embargo en el tema que compete al presente estudio como ha quedado demostrado no se puede decir que la nueva Constitución ha instaurado ni la doctrina del Garantismo Procesal ni mucho menos el Activismo Judicial. Esto debido a que las principales

características de las doctrinas en estudio ya se encontraban vigentes incluso antes de la expedición de la nueva carta fundamental, por un lado el principio dispositivo como portaestandarte de la bandera garantista ya tenía reconocimiento constitucional desde 1998; y por otro lado el código adjetivo civil de igual manera ya contemplaba las prerrogativas de oficio al juez. Es decir la administración de justicia se ha venido desarrollando en esta incertidumbre de la aplicación de la norma constitucional.

Todo esfuerzo es válido cuando se trata de mejorar las cosas existentes y es evidente que la administración de justicia requiere de mejoras urgentes por lo cual a continuación se analizará la postura garantista y activista teniendo en cuenta una aplicación pura y excluyente la una de otra.

#### Aplicación del Garantismo Procesal:

Pretendiendo que se emitan las normas pertinentes para llegar a una efectiva aplicación de las ideas garantistas se analizan los siguientes aspectos positivos que podrían resultar de dicha aplicación:

- Respeto a los principios y derechos reconocidos en la Constitución.
- Las personas inmersas en un proceso judicial tendrían la certeza que en el mismo no va a existir la menor transgresión a los principios básicos como el debido proceso ya que se aseguraría que el impulso procesal sea exclusivo de las partes.
- Como consecuencia lógica, si se respeta el debido proceso se estaría respetando los principios dispositivo pero sobre todo el principio de imparcialidad, debido a que ningún juez podría actuar de oficio comprometiendo de tal manera su imparcialidad al favorecer a una de las partes por quizá su negligencia de no presentar los medios probatorios adecuados.
- El juez reducirá su participación a centrarse exclusivamente en los hechos afirmados y probados dentro del proceso lo cual disminuiría sus

responsabilidades. El otorgarle mayores poderes y comprometerlo con la búsqueda de la verdad material de los hechos no sería conveniente a menos que la escuela de la Función Judicial, prepare jueces comprometidos a pasar más de 10 horas en sus judicaturas además de días feriados ya que tanta responsabilidad sobre sus hombros los conduciría a estos extremos y no se debe olvidar que por sobre todas las cosas un juez es una persona normal.

- La doctrina garantista no pretende que el juez se limite a permanecer sentado en su despacho a la espera de que en base al principio dispositivo las partes sean las encargadas de todo el proceso. Por el contrario los tiempos actuales requieren de jueces comprometidos con las causas pero con límites en sus actuaciones y estos límites inician cuando por la intervención en el proceso del juez se vulnere algún derecho fundamental de las partes.

#### Aplicación del Activismo Judicial

Continuando con la sistemática de valoración de una posible aplicación de las doctrinas en estudio, es el momento de analizar los posibles efectos positivos que surgirían de la implementación de los postulados de la doctrina activista:

- Como su nombre lo indica, y ha quedado demostrado, esta doctrina lo que propende es contar con un juez mucho más activo, que tenga las facultades conferidas por ley para que le permitan una verdadera intervención en el proceso y no se convierta en un convidado de piedra a la espera de que las partes realicen todo. Por tal motivo sería positivo que el juez tenga un mayor compromiso con el proceso, precisamente por el gran problema que acarrea la administración de justicia, se necesita de jueces que haciendo efectivas estas prerrogativas puedan despachar las causas a la mayor brevedad posible, ya que con un mayor control sobre el proceso incluso se podría frenar cualquier intento de

dilatación innecesaria del proceso lo cual, hay que decirlo, es una de las prácticas más comunes de los profesionales del derecho sin pensar en que se está causando un enorme perjuicio al sistema en general. Mantener un proceso activo en el cual es evidente el ánimo de una de las partes por lograr una dilatación del proceso, produce un gasto innecesario para el sistema ya que se comprometen recursos humanos, tecnológicos y económicos que podrían ser utilizados en el despacho de nuevas causas todo esto en miras de la descongestión y la celeridad de los procesos judiciales.

- Tomando en cuenta uno de los fines del Activismo Judicial que es la búsqueda de la verdad material en el desarrollo y desenlace del proceso hay que ser claros que sería extremadamente positivo que todas las causas sometidas a la resolución del sistema judicial logren este objetivo. Todos los ciudadanos en general se verían enormemente satisfechos si contaran con un sistema de administración de justicia en el cual todas las resoluciones que tomen sea una efectiva aplicación de la norma a la realidad de los hechos.
- De igual manera sería positivo una aplicación del Activismo Judicial en lo referente al sentido público que se le otorga al proceso. Es evidente que si bien las partes son las que inician el proceso no se le puede otorgar la exclusividad del manejo y control del mismo, primordialmente porque como se ha visto el proceso es el medio por el cual el Estado trata de asegurar una pacífica existencia de sus ciudadanos para lo cual se comprometen recursos que pertenecen a todos los ciudadanos por lo tanto no se puede permitir que el Estado representado por el juez no tenga mayor incidencia en la dirección misma del proceso.

Tomando en cuenta los posibles efectos positivos de cada una de las doctrinas en estudio al realizar una comparación se puede inferir por el contrario los posibles efectos perjudiciales que la aplicación de estas doctrinas podrían ocasionar en el sistema de administración de justicia. Teniendo en cuenta, una vez más, que para los activistas y garantistas más extremos no puede existir

una aplicación intermedia de las doctrinas por el contrario se trata de tomar un camino rígido por la vía garantista o activista.

Dejando en claro lo expuesto a continuación se analizan los posibles efectos negativos que podrían sobrevenir de una aplicación literal y rígida de los postulados tanto del Garantismo Procesal como del Activismo Judicial.

- Es claro que un exagerado otorgamiento de facultades de iniciativa judicial sería anti técnico y podría desencadenar en la figura de un juez autoritario con lo cual se estaría transgrediendo flagrantemente los derechos al debido proceso reconocidos en la Constitución. En el mismo sentido la crítica al Garantismo surge porque ha decir de los activistas bajo el argumento del principio dispositivo se pretende que el juez sea un ente inamovible sin ninguna prerrogativa para influir directamente en el proceso, sin embargo como se ha manifestado el Garantismo busca que el juez no tenga facultades de oficio con las cuales pueda influir en la resolución del proceso mas no se opone a las facultades otorgadas para dirigir el proceso.
- El anhelo de todo ciudadano que se somete a un proceso judicial que se haga justicia. Se puede entender que se hará justicia siempre que la resolución esté basada en los hechos reales y verdaderos que hayan sucedido. Esto lo promulga el Activismo Judicial, una búsqueda de la verdad material para lo cual pretende nuevamente dotar al juez de todos los medios para lograr dicho objetivo. Ahora bien, hablar de “la verdad” en términos absolutos produce demasiadas subjetividades y es que es claro que si el juez de primera instancia haciendo efectivas todas las facultades otorgadas en la ley para esta búsqueda irrestricta de la verdad, logra formar su criterio y emite su decisión basada en su verdad puede ocurrir que el juez de segunda instancia encuentre de igual manera su verdad y tome una decisión totalmente diferente a la del fallo recurrido, entonces pueden existir casos en los cuales las “verdades”

sean directamente proporcionales al número de instancias en las cuales se puede recurrir la sentencia.

- Finalmente cabe mencionar en resumen que la realidad social y jurídica del Ecuador no sería un terreno fértil para implementar en sentido rigor una de las doctrinas analizadas, con esto tampoco se quiere decir que no se tomaría en cuenta ninguna, sin embargo del análisis planteado se desprenden los aspectos positivos de las dos corrientes por lo cual tomando en cuenta los mismos se podría tomar una tercera opción que sería fusionar y acoplar a la realidad de nuestro sistema de administración de justicia los postulados que efectivamente podrían tener un impacto positivo, tanto en el respeto de los derechos reconocidos por la Constitución pero sin olvidarse que por una inactividad misma del juez se estarían vulnerando otros derechos. Este tema será abordado a cabalidad en el Capítulo III del presente trabajo.

#### **2.4. Análisis jurisprudencial.**

El objetivo del presente trabajo radica en poner en la mesa de discusión la posibilidad real de una aplicación de las doctrinas en estudio, para lo cual es necesario recabar toda la información pertinente acerca del tema. Para ello se ha hecho uso primordialmente de la doctrina además del análisis legal respectivo. Es el momento de recurrir a la jurisprudencia, la cual se convierte en otra de las fuentes importantísimas con la que se cuenta para tener una mayor aproximación del tema, tomando en cuenta un ámbito de aplicación real de los postulados garantistas o activistas. La importancia de la jurisprudencia radica primordialmente en la aplicación que se haya realizado de las doctrinas en estudio a un caso real, es decir otorga una imagen en pequeña escala de lo que podría suceder al establecer uno de los modelos en estudio.

A pesar de que como se ha mencionado en la legislación ecuatoriana se podría decir que existe normativa contradictoria que permite la aplicación de las dos doctrinas, en lo que se refiere a la jurisprudencia muy poco se ha

desarrollado en torno a este tema. Sin embargo después de realizada la correspondiente investigación se ha podido encontrar que la Corte Constitucional ha sido el único ente estatal que muy someramente hace referencia tanto al Activismo Judicial como al Garantismo Procesal. A continuación se analiza los aspectos importantes del mencionado fallo.

#### **2.4.1. Análisis jurisprudencial, acción extraordinaria de protección, sentencia No. 020-10-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional de Ecuador.**

##### Antecedentes:

- Con fecha 3 de agosto del 2009, el Sr. José Fabara Figueroa en calidad de presidente de la Compañía Vial Fabara y Asociados Cia. Ltda. presenta ante la Corte Constitucional del Ecuador la acción extraordinaria de protección mediante la cual se impugna la sentencia de 1 de junio de 2009 emitida por el juzgado Cuarto de lo Civil de Pichincha en la causa 1353-2008 que por juicio ejecutivo seguía OLYMPUS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS en contra de la compañía representada por el Sr. José Fabara.

##### Resumen de los fundamentos de hecho:

- La compañía OLYMPUS S.A., presenta una demanda de juicio ejecutivo basado en un pagaré firmado por el representante legal de la COMPAÑÍA VIAL FABARA; este pagaré surge como garantía de una Póliza de Seguro de Fianza contratada con el objeto de garantizar EL BUEN USO DE ANTICIPO del contrato de “Mejoramiento y asfalto de la carretera Hollín Loreto Coca”. El monto de dicho pagaré es de \$3'767.256,03.
- En la demanda presentada por OLYMPUS S.A., consta como lugar para citar al demandado la dirección de las oficinas de COMPAÑÍA VIAL

FABARA, Panamericana Norte Km. 14 ½ sector Calderón. Se califica la demanda y se emite el auto de citación sin embargo del proceso se desprende que no se ha procedido con la citación debido a que en la dirección otorgada por el actor no existen las oficinas del demandado. Sucedido esto el actor para proseguir con el proceso declara bajo juramento que desconoce la dirección actual de la compañía demandada razón por la cual se procede a realizar la citación por la prensa. Una vez realizada la citación por prensa continúa el proceso en ausencia del demandado puesto que no se ha dado como citado por lo cual no ha presentado la contestación a la demanda en el término otorgado. De esta manera en rebeldía el proceso concluye y se emite la sentencia condenando a pagar la cantidad que consta en el pagaré.

- Los accionados presentan la acción extraordinaria de protección argumentando una clara violación de los derechos de la tutela judicial efectiva además el derecho del debido proceso puesto que se les ha negado la defensa en juicio, de igual manera se ha transgredido el principio constitucional de contradicción. Todo esto basado en el hecho de que el demandante actuó con manifiesta mala fe al indicar que desconocía la dirección del demandado, después de indicar una dirección falsa y cuando de los mismos documentos de renovación de la póliza que constan en el proceso se desprende que la dirección del demandado era otra, la cual era bastante obvia puesto que constaba en todos los documentos de suscripción de dicha póliza.
- La sala de admisión de la Corte Constitucional acepta a trámite la acción presentada y es conocida por la Tercera Sala de Sustanciación de la misma Corte, la cual después de hacer una revisión exhaustiva de los fundamentos de hecho y de derecho emite su resolución.

#### Sentencia:

- El pleno de la Corte emite su decisión aceptando la acción extraordinaria de protección debido a que se ha encontrado la violación de los



derechos al debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica; por lo cual dispone que el proceso se retrotraiga al momento procesal en el que inicio la violación de mencionados derechos, es decir a la citación del demandado.

Cabe mencionar que la resolución en análisis se la puede encontrar en su totalidad en el anexo 2 del presente trabajo.

### Análisis:

El presente fallo tiene importancia para el presente estudio debido primordialmente a la referencia que hace del Garantismo Procesal y del Activismo Judicial para lo cual se extrae de los considerandos la parte pertinente:

“(…) NOVENO.- Dentro de ese enfoque del **Garantismo procesal**, conviene precisar que la garantía del debido proceso consolida a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley; es la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho escrito y vigente, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. (…)”  
(Sentencia No. 020-10-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

Como se desprende del texto en el considerando noveno se hace una mención explícita del Garantismo Procesal y lo relaciona con la seguridad jurídica y el respeto que se debe tener por los postulados constitucionales, es decir justamente una de las características de la doctrina en cuestión. Dentro del mismo considerando se menciona además:

“(…) Este principio a su vez tiene conexidad con otros principios, como aquel que señala que el sistema procesal es un medio para la

realización de la justicia, y que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso, una de ellas, el derecho a ser oído o a replicar en el juicio." (Sentencia No. 020-10-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

El principio al cual hace referencia en un inicio es a la seguridad jurídica, pero una vez más se encuentran en este considerando las características propias del sistema garantista ya que se hace mención a los principios que rigen el proceso y que constan en la Constitución y los cuales fueron analizados en el acápite segundo del presente capítulo, es decir nuevamente estaríamos ante la aplicación del Garantismo Procesal como fundamento para la resolución del caso. Sin embargo continúa el considerando con lo siguiente:

"(...) Según el principio de la verdad procesal, el juez resuelve un caso en base a la verdad procesal que surge del proceso, esto es, la que consta en los elementos probatorios y de convicción agregados a los autos, puesto que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, ya que su decisión tendrá que ceñirse a ella, y solo entonces será recta y legal. El proceso civil busca el desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva. El juez, para fallar, está obligado a verificar, pero tiene que tener certeza necesaria de que lo verificado se ajusta a la realidad, es decir, "...la decisión judicial se basa en un conocimiento acertado de los hechos, en el conocimiento de la verdad del hecho radica el principio lógico del proceso" (Sentencia No. 020-10-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

Que importante para el análisis del presente trabajo resulta esta consideración de la Corte Constitucional, y es que aborda todas las características propias del Garantismo Procesal iniciando por un nombramiento explícito de la doctrina y desarrollando el respeto a la Constitución por medio del respeto a los derechos del debido proceso y en esta última parte haciendo referencia a la búsqueda de

la verdad. Ahora bien, en este punto hay que ser claros al mencionar que si bien se explica la importancia de la verdad procesal y de su aplicación, por otro lado se realiza una especie de recomendación al establecer que *el proceso civil busca el desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva* es decir en este punto se aleja de lo mencionado por la corriente garantista y propende una búsqueda de la verdad absoluta más no de la verdad que haya sido demostrada en el proceso.

Ahora bien con lo mencionado hasta este punto se podría deducir que la sentencia en análisis es una clara muestra de la aplicación del Garantismo Procesal al menos en su mayoría, sin embargo lo curioso del caso es que el considerando siguiente cambia totalmente la dirección garantista y adopta las visiones del Activismo Judicial, a continuación se cita y subraya las partes pertinentes:

“DECIMO.- (...) En el caso de análisis, y aunque la responsabilidad mayor recae en el actor de la demanda ejecutiva, quien falseando a la verdad y de manera engañosa aduce desconocer el domicilio del demandado para citarlo por la prensa, le correspondía al Juez tomar las debidas provisiones respecto a la notificación regular al demandado, a efecto de preservar el derecho a la defensa y no condenarlo sin prueba de descargo. La nueva corriente del constitucionalismo cuestiona la posición del juez como un simple "director del proceso" o espectador; mira al juez imbuido en el **activismo judicial**, que hace suya la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva; cumple un papel mucho más proactivo e investigativo, más comprometido en lograr la verdad procesal, tomando como puntos referenciales y obligados el ordenamiento jurídico y la realidad social; es decir, siendo "el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho;(..." (Sentencia No. 020-10-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

Interesante el giro que toma la sentencia en análisis puesto que a considerandos seguidos pasa de la teoría garantista a la denominación nuevamente explícita ahora del Activismo Judicial, y continua desarrollando los postulados propios del activismo al mencionar que el juez no debe ser un simple director del proceso y en el caso específico señalando que el juez debía tener una intervención mayor en el proceso y asegurarse que el demandado haya sido citado para que pueda hacer efectivo su legítimo derecho constitucional a la defensa en juicio ya que se le privó del misma con toda la intencionalidad del actor. Continuando con el considerando:

(...) dando énfasis a la necesidad de la defensa en juicio o comparecencia de las partes en equidad, con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas, también llamadas medidas de satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno.”  
(Sentencia No. 020-10-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

En esta parte final se nota claramente la intención de otorgarle mayores poderes al juez, condición propia del activismo, ya que pretende que el juez tenga las facultades *para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas, también llamadas medidas de satisfacción inmediata o precautorias*. Es decir se trata de una recomendación explícita de intervención judicial, sin hacer mención evidentemente del límite ni los alcances que podrían tener la misma y bajo el argumento de salvaguardar los derechos constitucionales.

### Conclusiones:

Esta sentencia evidencia claramente el nivel de ambigüedad en el cual se ha venido desarrollando el sistema de administración de justicia en lo referente a la aplicación de las doctrinas garantista y activista. Los autores son claros al mencionar que son sistemas incompatibles sin embargo en el Ecuador el legislador y las judicaturas se han dado modos para intentar llegar a una

compatibilidad de las mismas, tal vez no de la mejor forma puesto que como se ve en la sentencia analizada en principio se defiende a ultranza los derechos del debido proceso sin embargo en el siguiente considerando se pretende una intervención mayor del juez en los asuntos de fondo del proceso sin delimitar dicha actuación. En realidad se entendería que esta actuación estaría limitada precisamente por los derechos reconocidos en la norma constitucional sin embargo no se hace mención alguna referente a este punto.

Como se ha mencionado esta sentencia hace uso de los postulados de las dos doctrinas en estudio para argumentar su decisión final, tomando hasta cierto punto una posición ecléctica pero que sin fijar los límites pertinentes podría desencadenar en una vulneración mayor de los derechos constitucionalmente reconocidos.

#### **2.4.2. Análisis jurisprudencial, acción de inconstitucionalidad, sentencia C-396/07 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, Prueba de Oficio en el proceso penal.**

Si bien en el presente estudio se ha abordado el tema garantista y activista exclusivamente en el proceso civil es pertinente profundizar en uno de los temas principales de la discusión como lo es la facultad probatoria de oficio a pesar de ser desarrollado en el proceso penal. La Corte Constitucional de Colombia, muy reconocida a nivel regional por su gran calidad jurídica, se ha pronunciado respecto al tema atendiendo la demanda presentada por los ciudadanos Gonzalo Paz Mahecha, Julián Rivera Loaiza, Julián Durán Puentes y Edgar Saavedra Rojas que amparados en la acción pública de inconstitucionalidad demandan el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal Colombiano que a su tenor literal expresa: “Artículo 361. Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

La demanda se presenta bajo el siguiente argumento:

“(…) la prohibición legal para que el juez decrete pruebas de oficio en el proceso penal desconoce el valor de la justicia y los deberes de las autoridades públicas de propender por la defensa y eficacia de los derechos consagrados en la Constitución. A su juicio, *“ninguna ley puede limitar la capacidad de raciocinio y análisis de los jueces, puesto que ello conduciría a un pragmatismo inaceptable, de consecuencias impredecibles, con grave perjuicio para el derecho de acceso a la administración de justicia... los jueces no pueden ser meros árbitros pasivos frente a la violación de los derechos fundamentales; por el contrario, deben mantener una actitud activa y vigilante, como garantes que son, de los derechos fundamentales”.*” (Sentencia C-396/07, Corte Constitucional de Colombia, 2007)

De igual manera su argumentación para proponer la demanda radica en la búsqueda de la verdad material para lo cual expresan lo siguiente:

“(…) la misión del juez en el Estado Social de Derecho es la búsqueda de la verdad y, con ella, de la justicia, la disposición que prohíbe la práctica oficiosa de pruebas se traduce en un impedimento para que el juez haga realidad la justicia material.” (Sentencia C-396/07, Corte Constitucional de Colombia, 2007)

En este punto vale hacer la aclaración pertinente adecuando este posible argumento a la realidad del Ecuador. Se ha dejado claro que a partir del 2008 con la expedición de la nueva ley suprema el estado ecuatoriano es un Estado Constitucional de Derechos. Diferenciación válida puesto que el Estado Constitucional es mucho más amplio en el sentido de reconocer derechos y garantías que el Estado Social de Derecho, incluso se podría decir que el Estado Constitucional abarca a un Estado Social.

Retomando el análisis previo, una vez establecida la pretensión y la argumentación en la que se fundamenta la demanda cabe indicar que la Corte

Constitucional da paso a una serie de intervenciones con el fin de analizar de mejor manera todas las aristas posibles y tomar la mejor decisión. Es así que por intermedio de su representante el Ministerio del Interior y Justicia de Colombia fundamenta lo siguiente:

“(...) el juez debe asumir su calidad de *“árbitro imparcial, de un tercero que realiza valoraciones sin más influencias que los principios y valores constitucionales y legales”*. De hecho, afirmó que, si se tiene claro que el nuevo sistema procesal es “un proceso de partes”, en el que el juez debe vigilar, dirigir y garantizar la igualdad de armas dentro del proceso, es lógico concluir que no le corresponde pedir pruebas de oficio que, necesariamente, implican la adopción de posición de parte. (...) Finalmente, manifestó que el objetivo de la implementación del sistema penal acusatorio en el Acto Legislativo 3 de 2002 fue el de escindir de las funciones judiciales, la labor investigativa. De este modo, por una parte, la búsqueda de la prueba corresponde a la Fiscalía y a los organismos de policía judicial y, por otra, el juzgamiento y calificación jurídica de las conductas punibles corresponde al juez (...)”(Sentencia C-396/07, Corte Constitucional de Colombia, 2007)

Es importante este criterio pues establece con fundamentos la necesidad primordial de ser juzgado ante un juez que goce de total imparcialidad y además se manifiesta que de solicitar un medio probatorio de oficio esto conllevaría a comprometer dicha imparcialidad del juez pues ya se estaría adoptando una posición definida con la consiguiente violación del derecho constitucional de imparcialidad del juzgador.

De igual manera en la acción se toma en cuenta la opinión del Fiscal General de la Nación, el cual emite el siguiente criterio:

“(...) decretar la práctica de pruebas por fuera de las audiencias estipuladas para ello, es sorprender a la contraparte (defensa o fiscalía),

violándose por esta vía el derecho de defensa (...) Así, concluyó que “un cambio en la norma acusada implicaría necesariamente un cambio en el sistema procesal penal, el cual dejaría de ser esencialmente acusatorio y adversarial, para volver a uno inquisitivo, donde la imparcialidad del juez se vería seriamente cuestionada, y por tanto significaría un cambio del sistema en el que el constituyente previó que cada parte jugará su rol”.

(Sentencia C-396/07, Corte Constitucional de Colombia, 2007)

En este punto se hace referencia a la importancia de las pruebas de oficio dentro de la implementación de un sistema acusatorio o inquisitivo, puesto que la ausencia o aplicación de esta facultad es el factor determinante para establecer uno de los dos sistemas.

Después de un pormenorizado y exhaustivo análisis de los argumentos de parte y parte la Corte Constitucional de Colombia resuelve rechazar la demanda de inconstitucionalidad de la norma que prohíbe actuar de oficio en el proceso penal. Su decisión se basa a manera de resumen en los siguientes argumentos:

“i) la prohibición del decreto judicial de las pruebas de oficio no solamente es una regla procedimental, sino una garantía sustancial y estructural en el proceso penal acusatorio; ii) la limitación a la iniciativa probatoria del juez no impide que el proceso penal esté dirigido a la búsqueda de la verdad, lo que sucede es que en los Estados Constitucionales el concepto de verdad no es absoluto y, por consiguiente, no puede obtenerse a cualquier precio; v) la norma acusada está dirigida a garantizar el principio de igualdad de armas en el proceso penal, en tanto que el juez no sorprende a ninguna de las partes con pruebas que no pueden investigarse ni controvertirse.”

Sin lugar a dudas la sentencia analizada a pesar de que se enmarca en el ámbito penal sirve como referente fundamental para la aplicación de la doctrina



garantista en el ámbito civil. Teniendo como base que el problema fundamental de la controversia es evidentemente la facultad probatoria de oficio, lo resuelto por la Corte colombiana otorga los argumentos válidos para explicar el porqué no debería permitirse esta prerrogativa al juez.

Queda claro que el análisis se desarrolla dentro del ámbito procesal penal sin embargo no se puede decir que en un proceso civil no se corren los mismos riesgos que en un proceso penal, en lo referente a la violación de derechos constitucionales como la imparcialidad del juzgador, el derecho a la contradicción y en general a una tutela judicial efectiva. No se puede olvidar que si bien en el ámbito penal se podría decir que existen mayores cosas en juego como lo es la libertad de una persona no por eso es válido restarle importancia a los derechos que entran en disputa en un proceso civil para justificar una mayor actuación de oficio del juez.

Si bien por la aplicación de las reglas de ponderación puede resultar que un derecho tenga una mayor prevalencia sobre otro esto se aplica exclusivamente cuando entran en disputa dos o más derechos por lo cual no se entiende porque en el proceso penal sí se precautela la imparcialidad del juzgador al no permitir la aplicación de las pruebas de oficio mientras que en el ámbito civil se deja de lado esta consideración. Incluso la tendencia actual propende a la unificación de las normas procesales sin embargo en el Ecuador se mantiene un proceso penal abiertamente acusatorio y al mismo tiempo un proceso civil con un corte inquisitivo.

## CAPITULO III

### 3. Reformas en la normativa nacional vigente.

Aproximadamente, después de once meses de intenso debate en la Asamblea Constituyente y del triunfo en el referéndum aprobatorio, el 20 de octubre de 2008 mediante publicación en el Registro Oficial No. 449 entró en vigencia la actual Constitución de la República del Ecuador, por medio de la cual, se establece su supremacía por sobre todo el ordenamiento jurídico. De la misma manera se deja de lado la concepción que se tenía de la Constitución como el instrumento en el cual se plasmaba únicamente la organización del Estado y la competencia de sus instituciones; por el contrario ahora se habla de una Constitución mucho más normativa que contiene preceptos para los ámbitos estatales pero por sobre todas las cosas se convierte en el instrumento que establece y reconoce a los ciudadanos un importante número de derechos y garantías fundamentales.

Cabe señalar que el irrestricto respeto a la ley suprema se convierte en el factor determinante para poder afirmar que efectivamente existe un Estado Constitucional de Derechos, sin embargo este respeto constitucional no se limita únicamente a la aplicación de los preceptos contenidos en la ley fundamental sino que por otro lado una de las formas de otorgarle la importancia correspondiente a la norma suprema es la adecuación de todo el ordenamiento jurídico a los lineamientos contenidos en la Constitución.

Es claro que en la actualidad y en la realidad del Ecuador aun existen normas contenidas en los textos legales de menor jerarquía, que en uno o varios puntos contradicen preceptos constitucionales e incluso provocan una vulneración de derechos reconocidos en la ley suprema. Ahora bien la disposición derogatoria de la Constitución textualmente señala lo siguiente:

“Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución” (Constitución del Ecuador, 2008)

Esta disposición es clara al indicar cómo actuar con las normas que son contrarias a la Constitución. La respuesta es sencilla, estas normas se entienden derogadas. La discusión se centra en demostrar verdaderamente cuántas de estas normas manifiestamente contrarias a los preceptos constitucionales han sido efectivamente derogadas o desde otra visión e invirtiendo la interrogante, cuántas de estas normas permanecen vigentes y son aplicadas en el día a día.

El análisis precedente es una introducción al tema que se pretende desarrollar en el presente acápite, debido primordialmente a la importancia de establecer la realidad jurídica en el cual se puede desenvolver una posible reforma de las normas del ordenamiento jurídico, para la aplicación de las doctrinas estudiadas.

Sin embargo, para realizar una posible reforma es menester la adopción clara de una posición. Ya se ha demostrado que hasta la actualidad el sistema de administración de justicia no ha adoptado integralmente ni a la doctrina activista ni a la garantista, al contrario se ha mantenido una especie de sistema mixto, el cual combina una serie de características que son propias de cada una de las doctrinas analizadas, sin embargo esta combinación no se la ha realizado de una forma adecuada, de hecho no ha existido el mínimo intento por armonizar las disposiciones evidentemente contradictorias sino que simplemente se han quedado plasmadas en la papel, con el consiguiente problema que trae la decisión de su aplicación.

Teniendo en cuenta todo lo manifestado en el desarrollo del presente trabajo y atendiendo primordialmente al espíritu del constituyente al cambiar la forma de concepción del Estado, dejando de lado el Positivismo Jurídico y el Estado de Legalidad para dar paso al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y por ser los postulados de la doctrina garantista los más acordes a los tiempos actuales, se puede manifestar que el criterio y la decisión personal es la adopción de los postulados del Garantismo Procesal como los medios más adecuados para garantizar efectivamente lo que la ley suprema propende, un mayor respeto a todos los derechos en ella contenidos. Sin embargo, cabe recalcar, que la adopción de esta postura no implica la negación total de los postulados del Activismo Judicial, es más, existen criterios extremadamente válidos que son propios del activismo que sin duda cabría aplicarlos, siempre en miras de lograr una mayor tutela de los derechos de los ciudadanos.

Establecida la aclaración referente a la aceptación de los aspectos positivos tanto del Garantismo como del Activismo Judicial, podría surgir una interrogante que haga referencia a que si el presente trabajo, al tomar una posición ecléctica, no está repitiendo los mismos errores que ha criticado, al tratar de conciliar sistemas que en principio son incompatibles.

Dando respuesta a este posible cuestionamiento se debe manifestar lo siguiente: si bien la decisión de adoptar en cierta medida los postulados de las dos doctrinas en estudio podría parecer una repetición de lo que al menos en el Ecuador ha permanecido establecido, ya que por un lado se reconoce el principio dispositivo y por otro lado, la mayoría de textos legales permiten las actuaciones judiciales de oficio, se trata precisamente de adecuar estos lineamientos permitidos en la Constitución y la ley para lograr una solución más armónica.

Por otro lado, sobre la marcha del desarrollo de este trabajo ha surgido el reto de lograr una adecuación e integración de los postulados de las doctrinas, no con el afán de emitir nuevos criterios que puedan desencadenar en el surgimiento de una nueva doctrina ni mucho menos, sino que basado

simplemente en lo ya establecido, se pretende tomar las ideas de esos señalamientos que se consideran positivas y trasladarlas a la realidad jurídica del Ecuador.

Es decir se trata básicamente de una transposición de lo ya establecido en las doctrinas al ordenamiento jurídico del Ecuador, y como esta iniciativa necesariamente desencadenaría un choque con las normas ya establecidas en las leyes, el presente capítulo trata justamente de abordar y solucionar esa contradicción de normas para lo cual es necesario emitir la propuesta de reformas pertinentes para lograr los objetivos señalados.

Cabe mencionar que el tema central de la discusión entre la doctrina garantista y activista, sin lugar a dudas se reduce a la facultad o a la prohibición, según la doctrina, de la actividad probatoria de oficio. Esta es la razón por la cual es en torno a esta prerrogativa que se desarrollará el análisis de las posibles implementaciones de las reformas en la legislación.

Está claro que del hecho de tomar una posición extremadamente garantista, rechazando por completo los lineamientos activistas, se podría obtener una clara ventaja, y es que si se pretende defender a ultranza al Garantismo resultaría hasta cierto punto más cómoda la argumentación en el caso de impugnar una actuación judicial de oficio. Simplemente se podría hacer uso del Art. 11 numeral 3 de la Constitución que manda lo siguiente:

“Art.11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio, o a petición de parte.”  
(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Para otorgarle mayor fuerza al argumento se cita de igual manera la siguiente norma constitucional:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Con anterioridad se mencionó la ventaja de pertenecer y defender una visión extremadamente garantista y queda claro con los artículos citados que dicha ventaja radicaría en la simple aplicación del silogismo lógico para deslegitimar una actuación probatoria de oficio. Es así que tomando en cuenta los artículos señalados, se tendrían los siguientes razonamientos:

-Los derechos y garantías establecidos en la Constitución son de directa e inmediata aplicación.

-El principio dispositivo es un derecho reconocido en la Constitución.

Ergo: El principio dispositivo es de directa e inmediata aplicación.

- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

-El principio dispositivo es un derecho reconocido en la Constitución por lo cual forma parte de la misma.

Ergo: El principio dispositivo prevalece por sobre cualquier norma del ordenamiento jurídico.

Estos simples razonamientos lógicos y subsunción jurídica podrían desvirtuar una posible iniciativa probatoria de oficio sin tener la necesidad de proceder con ninguna reforma en las leyes.

Ha quedado claro que existe una contradicción entre la actuación de oficio y el principio dispositivo debido primordialmente a que este último postula que el impulso procesal es exclusivo de las partes. Ahora bien al ser el principio dispositivo de directa e inmediata aplicación y por sobre todo contar con el

rango constitucional que le otorga la supremacía por sobre todo el ordenamiento jurídico evidentemente, las normas que se encuentren en textos legales de menor jerarquía y que contemplen la facultad probatoria de oficio resultarían improcedentes.

El análisis quedaría agotado en este punto de haber tomado una posición radicalmente garantista, sin embargo como se ha mencionado el presente trabajo se ha trazado la meta de dejar de lado los radicalismos y buscar soluciones que si bien pueden traducirse en una mezcla de doctrinas se trate de las soluciones más válidas y aplicables teniendo en cuenta el modelo de administración de justicia del Ecuador.

Por lo tanto asumiendo el reto y adoptando el mandato constitucional de adecuar las normas de menor jerarquía a los lineamientos establecidos en la norma suprema se propone en principio una reforma a la norma establecida en el Código de Procedimiento Civil, que contiene la facultad otorgada al juez que le permite la actuación probatoria de oficio y de igual manera se pretende reformar el Código Orgánico de la Función Judicial igualmente en lo referente a la iniciativa probatoria de oficio puesto que se considera que, después de la Constitución, este cuerpo legal es el que desarrolla en mejor medida la organización y los principios que debe seguir la mencionada rama estatal. Todo lo señalado sin perjuicio de que efectivamente se realice una reforma total que abarque todos los cuerpos normativos que contengan entre sus normas la facultad de actuación probatoria de oficio y que fueron citados en el capítulo 2 del presente trabajo.

Se propone esta reforma debido primordialmente a que, como se ha mencionado, existen características propias del Activismo Judicial que sin lugar a dudas contienen un tinte positivo y no incurren en ninguna violación de un derecho constitucional por el contrario tratan de asegurarlo, como por ejemplo el acceso a una tutela judicial efectiva justamente en el sentido de llegar a una decisión que se aproxime de la mejor manera a la verdad de los hechos.

Es claro que en la resolución misma de un proceso judicial intervienen una serie de factores que de una u otra manera pueden llegar a complicar la resolución que se deba tomar, esto debido a que por ejemplo puede suceder que el juez no tenga los elementos de convicción necesarios para tomar su decisión, es decir en palabras sencillas, el juez se encuentra ante una duda para sentenciar, por lo cual al no estar verdaderamente seguro de los hechos que le permitan establecer una sanción o no, recurre a la utilización de una de las facultades que le otorga la ley que es la prueba de oficio.

Cabe en este punto del análisis hacer referencia al proceso penal, debido a que si se aborda el tema de la existencia de una duda al momento de emitir una sentencia evidentemente en el ámbito penal esa falta de convicción podría desencadenar en algo favorable para el posible sentenciado debido primordialmente y en aplicación del derecho constitucional de la presunción de inocencia con la que cuenta todo ciudadano, por lo que si no se ha logrado demostrar fehacientemente la culpabilidad del acusado el juez debería abstenerse de emitir una sentencia condenatoria, lo cual de igual manera podría tener su argumentación en uno de los principios generales del Derecho, la máxima "in dubio pro reo". Por esta razón es incompatible la actuación probatoria de oficio en materia penal y con un sistema acusatorio como el que tiene el Ecuador a partir del año 2000.

Es evidente que en el ámbito penal se pone en riesgo un derecho superior a los que posiblemente se establezcan en un proceso civil, ya que por regla general en el ámbito civil se discuten cuestiones relacionadas básicamente con los derechos patrimoniales mientras que en el ámbito penal se discute la libertad personal de un ciudadano, motivo por el cual se acepta la inflexibilidad del legislador en lo referente a la prueba oficiosa, debido a que en cierto grado si se le podría dotar al juez de un medio con el cual efectivamente pueda llegar a perder su obligación primordial que es la imparcialidad con la subsecuente transgresión a una serie de derechos constitucionales y por sobre todo poniendo en riesgo un derecho esencialmente humano como lo es la libertad.



Ahora bien, no se pretende argumentar que solo en materias que exista mucho más en juego se deben asegurar de mejor manera los derechos y garantías constitucionales, nada más lejos de la verdad. Por el contrario se cree fehacientemente que de flexibilizar de alguna manera la prerrogativa probatoria de oficio, los resultados podrían incluso asegurar un mayor respeto a los derechos reconocidos en la ley fundamental.

Alguien podría refutar lógicamente diciendo que de ser así por qué no aplicar esta flexibilización también en el ámbito penal. La respuesta se basaría en lo ya mencionado. Si bien se intenta establecer una mejoría en la aplicación y respeto de los derechos, no nos creemos dueños de la verdad ni poseedores de todas las soluciones. Por lo tanto, evidentemente puede ocurrir que de la aplicación de las reformas propuestas no se llegue a las metas esperadas y que efectivamente se continúen transgrediendo los derechos de los ciudadanos. En este escenario vale mencionar que el proceso civil puede permitirse tomar ese riesgo sin embargo como ha quedado establecido en el proceso penal al estar en juegos derechos superiores se trataría de una irresponsabilidad el pretender que se pueda permitir experimentar con los derechos en juego dentro del mismo.

Una vez explicados los motivos de la adopción de esta posición se procede a formular la reforma que se considera es la más conveniente y viable en torno al tema de la prueba oficiosa en el ámbito civil. En la actualidad la norma adjetiva civil establece lo siguiente:

“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. Exceptúese 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, 2009)

Adoptar una posición ecléctica y no reformular esta disposición claramente va en detrimento de todo lo señalado. En el artículo en cuestión es evidente la vulneración de derechos en los que puede incurrir su aplicación. Es lógico mencionar como primer derecho vulnerado al que hace referencia a que únicamente a las partes les corresponde impulsar el proceso (principio dispositivo) sin embargo no termina ahí, ya que al no establecer más límites que el referirse a un medio probatorio en específico, se puede incurrir en una clara vulneración al principio de contradicción pues es claro que si se solicita una prueba oficiosa la parte afectada no tendría derecho a rebatirla en juicio y más aun si esa prueba ordenada es la que determine la decisión final. Por otro lado de igual manera como se ha establecido, el ordenar una prueba oficiosa sí podría incurrir en una pérdida de la imparcialidad del juzgador.

Ahora bien, tratando de subsanar las posibles vulneraciones que permite la norma actual se reforma el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil y se establece el siguiente artículo:

“Art....- Las juezas y jueces, excepcionalmente, pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Esta solicitud es procedente en cualquier estado de la causa antes de la sentencia. La decisión de ordenar una prueba oficiosa deberá constar del proceso y será debidamente motivada. La solicitud de la prueba oficiosa será procedente únicamente en los siguientes casos:

- 1) Cuando la prueba solicitada se limite a los hechos discutidos en el proceso
- 2) Cuando la fuente probatoria solicitada de oficio conste ya en la causa.

De cumplir con los requisitos señalados, se podrá solicitar la prueba de oficio sin perjuicio de otorgarle a la parte, que se vería afectada por su ejecución, el derecho constitucional de contradicción, para lo cual el juez deberá atender su impugnación en juicio e incluso excepcionalmente se podrá permitir a las partes la solicitud de prueba adicional para controvertir la prueba ejecutada de oficio.

Delimitando de esta manera la actuación probatoria de oficio se estaría garantizando de mejor manera por un lado el derecho de los ciudadanos por contar con una justicia que se acerque en mayor medida a la verdad, cuestión abordada por el activismo; de la misma forma se propende un juez activo que se comprometa con la causa siempre y cuando sus actuaciones se encuentren en los límites de los derechos de las partes, lo cual de igual manera es propugnado por el activismo.

Por otro lado se garantiza el respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos al permitir el derecho de contradicción, al asegurar la imparcialidad mediante la prohibición de ejecutar medios de prueba que se alejen de los establecidos en el proceso y de igual manera por la necesidad establecida de que las pruebas se refieran únicamente a los hechos discutidos en el proceso. Asegurando estos derechos se estaría llevando a cabo una posición fundamentalmente garantista.

Del último análisis se desprende la posición adoptada por el presente trabajo, tratando de acoplar las cuestiones positivas de las doctrinas analizadas y entablándolas en la realidad jurídica del Ecuador.

## Conclusiones

En el presente trabajo se ha realizado un análisis sobre las características primordiales de las doctrinas procesales del Activismo Judicial en contraposición al Garantismo Procesal. De igual manera el análisis se ha centrado en la realidad jurídica ecuatoriana con el objetivo de develar si existe la aplicación de alguna de las doctrinas en estudio en el sistema de administración de justicia del Ecuador. En base al análisis de los parámetros señalados se presentan las siguientes conclusiones:

- Teniendo como fundamento el análisis y recuento histórico, se puede mencionar que si bien no ha existido un mayor debate sobre las doctrinas en estudio, la ausencia de discusión no se ha dado debido a una invención y surgimiento reciente de las doctrinas. De hecho, los orígenes del Activismo Judicial lo remontan a la Edad Media, cuando, el desenvolvimiento mismo del Santo Oficio derivó en el otorgamiento de mayores prerrogativas a los jueces. Esta característica continúa siendo uno de los fundamentos de la doctrina activista en la actualidad, evidentemente, con argumentos diferentes a los adoptados por la Inquisición ya que se enmarca en un ámbito de respeto a los derechos. Por otro lado si bien la expresión Garantismo Procesal no ha sido mayormente difundida y conocida, tampoco se puede decir que se trata de una doctrina novísima debido primordialmente a que la misma se fundamenta en el principio dispositivo cuyo origen se remonta al Estado Liberal que se implementó con posterioridad a las grandes revoluciones del siglo XIX.
- Si bien existen una serie de características propias tanto de la corriente activista como de la garantista, se puede mencionar que todas aquellas se resumen en la búsqueda de los argumentos que avalen un aumento,

en un caso, o disminución, en el otro, de las prerrogativas concedidas al juez en el desarrollo del proceso. Es decir, la discusión se centra básicamente en el análisis del grado de intervención que debe tener el juez.

- La corriente garantista pretende un efectivo respeto a la Constitución, básicamente de los derechos que se refieren al debido proceso. De esta manera justifica su postura de reducir los poderes que le permitan al juez intervenir en los asuntos de fondo del proceso, sin embargo considera que el juez si debería contar con las prerrogativas necesarias para la dirección del proceso.
- La realidad jurídica ecuatoriana indica que en torno al tema se ha desarrollado una especie de sistema mixto en el cual confluyen las dos corrientes en estudio. Esto debido primordialmente a que la Constitución del Ecuador de 2008 reconoce al principio dispositivo como uno de los derechos primordiales para la administración de justicia, por lo cual en principio, estaría adoptando la doctrina garantista. Sin embargo, existen una serie de textos legales que permiten la actuación judicial de oficio, específicamente en materia probatoria, lo cual es propio de la corriente activista. Con esta ambigüedad se ha venido desarrollando el sistema de administración de justicia en el Ecuador en los últimos años, de ahí que surge la necesidad imperiosa de discutir estas posiciones.
- Los postulados de la corriente activista en el Ecuador, específicamente de la actuación probatoria de oficio tienen su fundamento en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, que fue el primer cuerpo legal que explícitamente permitía esta facultad, y que fue emulada por la gran mayoría de códigos procesales de la región incluyendo el ecuatoriano.

- A pesar de que la opinión de los doctrinarios, al defender su postura, establecen la incompatibilidad de las doctrinas en cuestión, a criterio personal se opina que delimitando de correcta manera las actuaciones judiciales de oficio se puede llegar a una armónica convivencia de las doctrinas analizadas, sin incurrir en ningún tipo de vulneración de derechos.
- No se puede calificar a ninguna de las doctrinas de extremadamente positivas ni negativas puesto que no se puede desmerecer el trabajo realizado por sus creadores ya que lo único que pretenden es una mejora del cada vez más venido a menos sistema de administración de justicia a nivel regional. De la misma manera tampoco se puede esperar que la implementación del garantismo o del activismo se convierta en la respuesta tan esperada que solucione todos los problemas que acarrea la justicia sin embargo una correcta aplicación de los aspectos positivos si podrían significar una mejora en el respeto y eficacia de los derechos de los ciudadanos.

## Recomendaciones

Es compromiso de toda la sociedad aportar en el desenvolvimiento y mejoramiento de los sistemas estatales establecidos, por tanto la realización del presente trabajo tiene como objetivo que se puedan adoptar de alguna manera, las ideas planteadas después de desarrollado el análisis y en alguna medida contribuir con soluciones a los problemas del sistema de administración de justicia. De esta manera se establecen las siguientes recomendaciones:

- Se ha mencionado que las ideas contenidas en las doctrinas analizadas lamentablemente no han sido abordadas con mayor interés por los círculos académicos nacionales, tampoco las Cortes encargadas de sentar los precedentes jurisprudenciales se han manifestado claramente acerca del tema. Por tanto se recomienda en principio que se inicie el debate y se ponga en la mesa de discusión la problemática planteada
- El Ecuador lamentablemente no se ha convertido en un país con mayor renombre en el ámbito jurídico a nivel regional, esto se puede deber precisamente a que por años se ha instaurado la mala costumbre de adaptar, y algunas veces copiar, las ideas surgidas en países vecinos e incluso en continentes distintos, a la realidad nacional sin tomar en cuenta las necesidades propias del país. Esto debe cambiar urgentemente de ahí que se recomienda tomar las medidas necesarias destinadas a que el Ecuador logre convertirse en un productor e innovador de ideas en al ámbito jurídico, una de estas medidas radica justamente en la discusión en foros académicos de doctrinas poco conocidas como las que se han estudiado en el presente trabajo.

- Han transcurrido algo más de cuatro años desde la publicación y puesta en vigencia de la Constitución sin embargo, aun no se ha cumplido con el mandato constitucional de armonizar todo el ordenamiento jurídico a los lineamientos previstos en la ley fundamental. Razón por la cual de manera urgente se necesita expedir las leyes que cumplan a cabalidad este mandato para asegurar de una mejor manera la importante cantidad de derechos que reconoce la Carta Magna.
- En lo referente al tema de la actuación judicial de oficio se recomienda no tomar una posición extremista debido a que se ha demostrado que si puede existir una delimitada prerrogativa probatoria de oficio sin atentar al principio dispositivo.
- Por la necesidad de contar con las reglas claras lo que le otorga la seguridad jurídica al Estado, no se puede permitir que sigan coexistiendo normas totalmente contradictorias es por esto que se recomienda aceptar la reforma planteada en el presente trabajo en lo referente a la actuación probatoria de oficio.



## REFERENCIAS

- Acción de Inconstitucionalidad, sentencia C-396/07, Corte Constitucional de Colombia (2007)
- Acción extraordinaria de protección, sentencia No. 020-10-SEP-CC, Corte Constitucional de Ecuador. (2010)
- Alvarado, A. (2007) *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Alvarado, A. (2005). *Garantismo Procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Avila, R. (2008). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- Benabentos, O. (2001). *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Bogotá: Temis.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Carbonell, M (2005). Marbury vs Madison. El regreso de la leyenda. Recuperado el 10 de octubre del 2012 de [http://vozconstitucion.com/blog/wpcontent/uploads/2010/04/Marbury\\_versus\\_Madison.pdf](http://vozconstitucion.com/blog/wpcontent/uploads/2010/04/Marbury_versus_Madison.pdf)
- Código de la Niñez y adolescencia, (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Procedimiento Civil, (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Procedimiento Penal, (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Trabajo, (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Función Judicial, (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Tributario, (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Comanducci, P. (2002). *Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico*, Génova, Italia: Isonomía.
- Constitución de la República del Ecuador, (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Introducción al Garantismo Penal*, Madrid: Trotta.
- Gálvez Bautista. Activismo Judicial. Recuperado el 10 de diciembre del 2012 de:  
<http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf>
- García, F. Los poderes jurisdiccionales a la luz del debido proceso. Recuperado el 15 de noviembre del 2012 de:  
[http://www.academiadederecho.org/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal.pdf](http://www.academiadederecho.org/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal.pdf)
- García, G. (2007). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Argentina: Platense.
- García, M. (1988). *La Política. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdez*. Madrid, España: Gredos.
- Gozaíni, O. (2002). *Problemas actuales del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo Judicial*, Querétaro, México: Fundap.
- Grijalva, A., Ávila, R., Montaña, J., Martínez, R., (2008). *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- Guerra, E. (abril, 2010). *Activismo Judicial y el juez*. La Ley, Gaceta Jurídica, 15-45.
- Ley de Arbitraje y Mediación, (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (2010). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Marbury vs Madison, Resolución del Tribunal Supremo (1803)
- Montero, J., Alvarado, A., Ariano, E., Cipriani, F., Picó I Junoy, J., Verde, G., (2006) *Proceso civil e ideología*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Peyrano, J. (2008). *Sobre el activismo judicial*, Madrid: La Ley, Gaceta Jurídica.
- Reviriego, J. (2008). *El control de constitucionalidad de oficio*. La Ley, Gaceta Jurídica.
- Salinas, R. (septiembre, 2007). *Características del Activismo Judicial y del Garantismo Judicial*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista 2007, 1-6.
- Toricelli, M. (2002) *El sistema de Control Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
- Vescovi, E. (2007) *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis.

## ANEXOS