

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y ECUADOR”**

MARÍA CONSUELO VELASCO MANCHENO

DIRECTOR: HERNÁN SALGADO PESANTES

QUITO, 2013

AGRADECIMIENTOS

A Dios y a la Virgen María cuya gran fuerza y compañía, me han permitido conseguir los más importantes objetivos de mi vida, entre ellos, la culminación de la presente disertación.

A San Pío de Pietrelcina y San Francisco de Asís por ser mis custodios e intercesores.

A mi padre, Nelson Raúl Velasco, a mi madre, Consuelo Mancheno, y a mis hermanos, Cécil Silva y Alejandro Velasco, por ser mis modelos de trabajo, honestidad y constancia.

A Christian Castañeda por su crucial apoyo y, sobre todo, por su sincero afecto que me han hecho una persona mejor.

A mi Director de Tesis, Dr. Hernán Salgado Pesantes, por ser mi ejemplo a seguir tanto como profesor como ser humano.

A mis amigas y amigos, en particular a Harold Burbano, Lorena Ramos, Viviana Gutiérrez Gabriela Gallardo, Esteban Polo, Cristina Pozo, Ana Cristina Burneo, Ricardo Hernández y Juan Francisco Simone por ser parte de mis mejores recuerdos en la PUCE y, seguramente, de mi vida futura.

“Considero que la preservación de nuestras libertades civiles es el más importante y fundamental de todos nuestros problemas estatales y si alguna vez permitimos que las libertades sean destruidas, no habrá nada en nuestro sistema digno de ser conservado”.

Earl Warren¹

¹ Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos en el período 1953 a 1969 y el representante más destacado del activismo judicial en ese país. –Traducción del inglés al español realizada por la autora-

ABSTRACT

El activismo judicial es una tendencia que cada vez más se discute y analiza en el Ecuador, especialmente, cuando se habla del aumento de poderes judiciales en el área procesal y de la mayor trascendencia de las decisiones judiciales en la protección y garantía de los derechos fundamentales. A pesar de la actual relevancia del activismo judicial en el Ecuador, poco se conoce de su origen, de las causas de su aparición y de sus diferentes perspectivas.

Por ello, el presente análisis comparativo del activismo judicial en Estados Unidos de América y Ecuador pretende despejar las dudas entorno al nacimiento y desarrollo de esta tendencia en ambos países y, por otro lado, tiene como fin identificar cuáles son las pautas a seguir para que el activismo judicial aporte al mejoramiento cualitativo de los resultados de la actuación judicial en el Ecuador.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	VIII
CAPÍTULO I: ACTIVISMO JUDICIAL: CLASIFICACIÓN Y SU FUNDAMENTO	1
1.1. Activismo judicial y neoconstitucionalismo.	1
1.2. Clases de activismo judicial	3
1.2.1. Activismo judicial adjetivo.....	4
1.2.1.1. <i>Funciones consideradas como activistas en el campo adjetivo</i>	5
a) <i>Resolver de oficio presupuestos procesales</i>	5
b) <i>Procurar la conciliación de las partes que ponga fin al conflicto</i>	6
c) <i>Impulsar de oficio el proceso</i>	6
d) <i>Iniciativa probatoria del juez</i>	7
1. <i>Disponer la actuación de las pruebas que el juez considere convenientes</i>	7
2. <i>Valoración razonada de las pruebas</i>	8
1.2.2. Activismo judicial sustantivo	10
1.2.2.1. <i>Justificación del activismo judicial sustantivo: la maximización de los</i> <i>derechos fundamentales de forma motivada.</i>	11
1.2.2.2. <i>Efectos del activismo judicial sustantivo.</i>	15
a) <i>Efectos en la conducta de grupos e individuos</i>	15
b) <i>Efectos en la opinión pública</i>	16
c) <i>Efectos frente al poder ejecutivo y legislativo</i>	17
CAPÍTULO II: DESARROLLO DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL ACTIVISMO JUDICIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	20
2.1. Constitucionalismo norteamericano y funciones constitucionales de los jueces.	20

2.2. Nacimiento del activismo judicial sustantivo en los Estados Unidos de América...	22
2.3. La teoría de la "Living Constitution" y el activismo judicial sustantivo.....	25
2.4. Activismo judicial y la "judicial review".	29
2.5. Activismo judicial y arrogación de facultades legislativas por parte de los jueces.	30
2.6. Activismo judicial y cambio de interpretación de precedentes jurisprudenciales....	36
CAPÍTULO III: ACTIVISMO JUDICIAL EN LA NORMATIVA Y ALGUNOS FALLOS DEL ECUADOR.....	47
3.1. Influencia de la transformación del sistema jurídico y constitucional ecuatoriano en el desarrollo del activismo judicial.....	47
3.2. Activismo Judicial Adjetivo en el Ecuador.	48
3.2.1. Desarrollo del activismo judicial adjetivo a partir de la publicación del Código Orgánico de la Función Judicial	48
3.2.2. Principales funciones activistas establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, otra normativa vigente y el Proyecto de Código General del Proceso.....	50
a) Disponer de oficio la práctica de pruebas y la valoración de las mismas.....	50
b) Impulsar de oficio el proceso.	54
c) Procurar la conciliación de las partes y disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal	55
3.3. Activismo judicial sustantivo en el Ecuador.	58
3.3.1. Neoconstitucionalismo o constitucionalismo garantista ecuatoriano.	58
3.3.2. El control de constitucionalidad difuso y el activismo judicial sustantivo en el Ecuador.....	63
3.3.3. Papel constitucional de los jueces ordinarios y su relación con el activismo judicial sustantivo y adjetivo	66
3.3.4. Funciones constitucionales de los jueces ordinarios	68

a) Impulso oficioso del proceso hasta llegar a su conclusión	68
b) Facultad derivada del principio “iura novit curia”	68
c) Pronunciamiento sobre la violación de derechos que no fue expresamente invocada por los afectados	70
d) Adecuación de formalidades y subsanación de requisitos	70
e) Modulación de los efectos de las providencias	71
3.3.5. La acción de protección y el activismo judicial sustantivo	73
3.3.5.1. <i>La acción de protección y la acción extraordinaria de protección</i>	76
3.3.5.2. <i>El activismo judicial sustantivo como generador de políticas públicas a través de la acción de protección</i>	78
3.3.5.3. <i>Activismo judicial sustantivo y determinación de inconstitucionalidad de normas por parte de jueces ordinarios a través de la acción de protección</i>	85
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y ECUADOR	92
4.1. El activismo sustantivo presente en Estados Unidos de América y Ecuador.....	92
4.2. Semejanzas y diferencias entre el activismo judicial sustantivo entre Estados Unidos de América y Ecuador	93
4.2.1. Semejanzas	93
4.2.2. Diferencias.....	94
4.3. La función constitucional del juez ordinario	96
4.2.1. Semejanzas	96
4.2.2. Diferencia	99
4.4. Puntos clave en los casos de activismo judicial sustantivo de Estados Unidos de América y Ecuador	100
4.4.1. Son litigios o casos estructurales	100

4.4.2. Responden a las exigencias sociales, culturales y económicas actuales.....	102
4.4.3. Contienen decisiones motivadas	103
4.4.4. Coordinan las acciones de los demás poderes del Estado	105
4.5. Lecciones de la experiencia estadounidense y la ecuatoriana para el fortalecimiento del activismo judicial sustantivo en el Ecuador:	107
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	110
5.1. Conclusiones:.....	110
5.2. Recomendaciones:	116
BIBLIOGRAFÍA	119
A. Doctrina:.....	119
B. Artículos y libros en páginas web:	123
C. Tratados Internacionales:.....	124
D. Resoluciones de Organismos Internacionales:	125
E. Normativa estadounidense:.....	125
F. Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América	125
G. Normativa ecuatoriana.....	126
H. Fallos ecuatorianos	127
ANEXOS	128

INTRODUCCIÓN

A partir del cuestionamiento neoconstitucionalista sobre el papel que debe desempeñar el juez en el proceso y el cambio de la actitud judicial de pasiva a activa, resurgió la tendencia conocida como “activismo judicial” cuyo origen proviene de la Corte Suprema de Estados Unidos, específicamente, de la mítica Corte Suprema liderada por el juez Earl Warren y su más célebre sentencia que puso fin al precedente “*equal but separate*” en el caso “*Brown v. Board of Education*”.

En los últimos años, el activismo judicial ha sido discutido y analizado desde dos ópticas diferentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La primera perspectiva surge desde el plano adjetivo del proceso y plantea la necesidad de que el juez tenga mayores atribuciones en la dirección del mismo. La segunda óptica, desde el plano sustantivo, exige una mayor intervención material del juez con el fin de realizar y efectivizar los derechos fundamentales.

En el Ecuador, el término “*activismo judicial*” es utilizado indistintamente para describir al mayor protagonismo del juez tanto en el ámbito adjetivo como en el sustantivo y, también, es empleado como un calificativo nada positivo que subraya los efectos negativos de los excesos en las acciones judiciales relacionadas, generalmente, con la violación del principio de separación de poderes.

En Estados Unidos, este término describe la tendencia marcada por la Corte Suprema de Justicia liderada por el juez Earl Warren que busca una mayor protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas a través de las resoluciones judiciales y, al igual que en Ecuador, el término es utilizado inclusive como un epíteto contra la arrogación de poderes de otras funciones por parte de los jueces.

En virtud de lo manifestado, esta disertación pretende demostrar que ambas perspectivas del activismo judicial, adjetiva y sustantiva, se desenvuelven en ámbitos diferentes y, por lo tanto, sus características y efectos difieren. Además, analizaré los argumentos a favor y en contra del activismo judicial, manifestado en estas dos posturas que me he permitido clasificar

en activismo judicial adjetivo y sustantivo, con el propósito de establecer cuáles son las pautas a seguir para que esta tendencia aporte al mejoramiento cualitativo de los resultados de la actuación judicial en el Ecuador y qué prácticas son confundidas como del activismo judicial cuando, en realidad, son ejemplos de autoritarismo judicial.

Consecuentemente, esta disertación se concentra en el estudio comparativo del activismo judicial en la doctrina, jurisprudencia y normativa Estados Unidos de América y Ecuador que contribuirá a identificar el fundamento, las características y los efectos del activismo judicial adjetivo y sustantivo.

Por estas razones, este trabajo procura ser un aporte al desarrollo del Derecho Constitucional en el Ecuador pues, en general, no se ha analizado con profundidad en qué consiste el activismo judicial y si su presencia es producto de la transformación consecuente de la vigencia de la Constitución de 2008, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial o si esta tendencia ya estaba presente en el sistema jurídico ecuatoriano anterior al 2008.

Adicionalmente, esta disertación presenta un aspecto novedoso ya que confronta dos sistemas jurídicos distintos, el estadounidense y el ecuatoriano, que para muchos poseen diferencias irreconciliables pero que, en realidad, guardan interesantes semejanzas que permitieron que el activismo judicial sustantivo se desarrolle a través de sus fallos, normativa y doctrina.

En la presente disertación, se emplearon los métodos inductivo, deductivo, analítico, histórico y aquellos propios de la hermenéutica jurídica para el análisis del activismo judicial sustantivo estadounidense y del activismo judicial sustantivo y adjetivo ecuatoriano plasmados en varias fuentes como: jurisprudenciales, legales, doctrinales, instrumentos internacionales y entrevistas. Finalmente, los resultados de la investigación referente al activismo judicial sustantivo entre Estados Unidos y Ecuador fueron comparados minuciosamente con el fin de obtener puntos clave y enseñanzas para el activismo judicial sustantivo ecuatoriano del presente y futuro.

Ante lo expuesto, en el *primer capítulo* de esta disertación expondré el concepto, fundamento y efectos del activismo judicial adjetivo y sustantivo en base a varias fuentes doctrinales con el fin de descifrar los enfoques que se da a esta tendencia en el mundo pues, cabe señalar, que el activismo judicial no solamente se ha desarrollado en Estados Unidos y Ecuador sino que también se ha hecho presente en otros sistemas jurídicos de cómo los de Argentina, Colombia e inclusive la lejana Sudáfrica.

Una vez planteado en qué consisten las dos ópticas del activismo judicial, en el *segundo capítulo*, se analizará el nacimiento y desarrollo del activismo judicial sustantivo presente en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos tomando en cuenta que el término “*activismo judicial*” sólo es utilizado para describir y, además, se estudiará las distintas interpretaciones que se le ha dado al activismo judicial en este país. . Cabe señalar que la mayoría de las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales empleadas en este Capítulo fueron traducidas por mí persona del inglés al español.

En el *tercer capítulo*, se examinará el constitucionalismo garantista ecuatoriano, los aciertos y errores en esta materia de la Constitución de 2008, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y del Código Orgánico de la Función Judicial en relación con el activismo adjetivo y sustantivo. Además, se analizarán dos importantes casos de procesos de acción de protección que presentan características del activismo judicial sustantivo.

En el *cuarto capítulo*, se hará el análisis comparativo entre el activismo judicial sustantivo estadounidense y ecuatoriano con el objeto de establecer diferencias, semejanzas, puntos clave de los casos estudiados y, finalmente, las lecciones que deja la experiencia de ambos países para el fortalecimiento del activismo judicial sustantivo en nuestro país.

En el *quinto y último capítulo*, se establecerán las conclusiones, fruto de los esfuerzos investigativos de la presente disertación, y las recomendaciones que se espera sean adoptadas por las facultades de derecho, la Asamblea Nacional y los jueces ecuatorianos.

En conclusión, la presente disertación significa, en mi criterio, un gran esfuerzo que espera motivar a estudiantes, profesores, activistas de derechos humanos y, principalmente, a los jueces ecuatorianos para que asuman los retos que plantea el activismo judicial sustantivo y adjetivo en función de la consecución de la justicia y una más amplia y fuerte protección y garantía de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO I

ACTIVISMO JUDICIAL

CLASIFICACIÓN Y SU FUNDAMENTO

1. 1. Activismo judicial y neoconstitucionalismo

El deber ser del resultado de la actuación judicial es la obtención de una sentencia justa que sea coherente con la Constitución. Sin embargo, en la realidad, dicho resultado suele ser distinto del ideal planteado. Situación que ha llevado a algunos neoconstitucionalistas como Gustavo Zagrebelsky² a preguntarse si la forma pasiva en la que actúa el juez es el factor determinante que no permite alcanzar justicia y potenciar la aplicación de los derechos fundamentales al finalizar los procesos judiciales. Este cuestionamiento es uno de los puntos centrales del llamado “*neoconstitucionalismo*” que promovió una tendencia conocida como “*activismo judicial*”, que plantea un mayor protagonismo del juez en el proceso con el fin de hacer efectivos los ideales constitucionales y de justicia en las decisiones judiciales.

Para entender mejor los fundamentos del llamado “activismo judicial”, es necesario analizar la corriente teórica en que se fundamenta, es decir, el neoconstitucionalismo, desde tres puntos de vista: primero, como un proceso histórico; segundo, como una nueva visión institucional del Estado y, finalmente, como una postura ideológica acerca de la función que deben desempeñar los jueces dentro del Estado Constitucional.³

En primer lugar, el neoconstitucionalismo, como proceso histórico, inició con la profunda transformación que se verificó en los ordenamientos jurídicos europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Esta transformación se vio plasmada, especialmente, en constituciones como la italiana de 1947 o en la alemana de 1949, que marcaron una clara

² Alfonso Santiago, *Neoconstitucionalismo*, www.ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf (23 de abril de 2012)

³ Cfr. Íbidem

diferencia entre el constitucionalismo de posguerra y el constitucionalismo clásico europeo del siglo XVIII.⁴ Posteriormente, en la década del setenta, el filósofo norteamericano Ronald Dworkin y el alemán Robert Alexy plantearon la necesidad de darle un enfoque moral al derecho dando importancia al contenido del mismo y no sólo a su perfección formal.

En segundo lugar, el neoconstitucionalismo plantea una nueva institucionalidad estatal vinculada, por un lado, a la noción de que la ley está subordinada a la constitución debido a que esta es la manifestación del poder constituyente y, por otro, a la idea de que los derechos humanos deben ser el fundamento de la organización estatal.⁵

Finalmente, la noción histórica y la institucional del neoconstitucionalismo han influenciado en la construcción de una postura ideológica acerca de la misión de los jueces en una democracia constitucional pues la nueva visión del ordenamiento jurídico reclama una conducta distinta por parte de los integrantes de la función judicial, quienes están llamados a defender los derechos humanos, garantizados constitucionalmente o reconocidos en los documentos internacionales. Además, esta noción del neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del poder judicial con los demás poderes del estado y con la sociedad civil con el fin de alcanzar la vigencia efectiva de los derechos humanos.⁶

A pesar de que el neoconstitucionalismo pertenece a la tradición europea, varios de sus principios, instituciones y corrientes hallan su fuente de inspiración en la tradición norteamericana. Un claro ejemplo, como lo podemos apreciar en la postura ideológica del neoconstitucionalismo, es el activismo judicial.

⁴ Cfr. Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2010, p. 24 y 25.

⁵ Cfr. Ramiro Ávila, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 35 a 40.

⁶ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *Jueces constitucionales en* www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Zagrebelsky.pdf+Gustavo+Zagrebelsky,+Jueces+constitucionales (23 de abril de 2012)

El activismo judicial nació en el seno de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, liderada por el juez Earl Warren y, más tarde, por el juez Warren Burger, que se destacaron por su activa defensa de los derechos constitucionales de igualdad e integración racial, de libertad de expresión, de debido proceso y de privacidad pero, también, por motivar profundos debates sobre el verdadero papel del poder judicial respecto a los otros poderes del Estado. El activismo judicial, desarrollado por la jurisprudencia de ambas cortes supremas, será analizado en el Capítulo II de esta disertación.

En este punto, es preciso aclarar que el neoconstitucionalismo es el fundamento principal de lo que conocemos por activismo judicial en el campo constitucional. No obstante, en el ámbito del derecho procesal, se utiliza también el término “activismo judicial” para referirse a una tendencia que impulsa una mayor intervención del juez pero, únicamente, en la esfera adjetiva del proceso. Por ejemplo, juristas como el peruano Carlos Parodi Remón y el argentino Osvaldo Gozaini sostienen que el activismo sólo debe incidir en el trámite propiamente dicho del proceso sin que el juez roce si quiera el derecho material de las partes.⁷ Este criterio se diferencia ampliamente del sostenido por juristas como los colombianos César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, quienes sostienen que el juez activista debe intervenir materialmente en el proceso, ampliando la trascendencia y alcance de sus decisiones, con el propósito de realizar y efectivizar los derechos constitucionales que han sido violados en el caso en cuestión.⁸ En base a la existencia de estas dos diferentes posturas, me he permitido clasificar al activismo judicial en dos: adjetivo y sustantivo. A continuación, su análisis y desarrollo.

1.2. Clases de activismo judicial

⁷Cfr. Carlos Parodi Remón, *¿Activismo o Garantismo Judicial?* en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo (coord.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 2008, p. 318.

⁸ Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Un giro en el estudio de los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*, en Christian Curtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 321.

1.2.1. Activismo judicial adjetivo

Los juristas que plantean que el activismo judicial solamente debe tener incidencia adjetiva, mantienen la posición de que el juez debe tener mayores atribuciones respecto al proceso mismo, es decir, en su regulación formal, en el control de los presupuestos procesales y en el impulso del proceso sin que las partes lo soliciten. De esta forma, según anota Carlos Parodi Remón, se plantea al activismo como una saludable dirección del proceso por el juez con el propósito de lograr la igualdad procesal de las partes excluyendo toda posibilidad de que el magistrado actúe abusivamente en el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual devendría inevitablemente en el indebido favorecimiento de una parte en detrimento de la otra.⁹

El activismo judicial adjetivo es manifiestamente contrapuesto al garantismo judicial, que se caracteriza por sostener que el proceso es un problema entre las partes y, por ello, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales se rige por el principio dispositivo. Es decir, el proceso debe iniciarse necesariamente a instancia de parte, nunca por iniciativa de un juez, quien debe atenerse a las pruebas presentadas sin tener ninguna iniciativa probatoria dentro de los límites de la pretensión del demandante y la contestación del demandado. Por estas razones, según esta corriente, hacer lo contrario sería convertir al juez en un ente parcializado que se entromete en el derecho material de las partes.¹⁰

No obstante, para quienes defienden el activismo judicial adjetivo, la conducta garantista, antes señalada, fomenta que las partes privilegien su éxito en el proceso prescindiendo de cualquier otra consideración pues, importa más convencer al juez que alcanzar justicia y veracidad en la sentencia.¹¹ Además, según el mismo autor, en el garantismo, para lograr esa “seguridad” puede recurrirse a extremos durante la tramitación procesal como llegar a lo que se conoce como “ritualismo”, figura en la que la forma prima exageradamente sobre el fondo.

⁹ Cfr. *ibídem*, p. 317.

¹⁰ Cfr. Osvaldo Gozaini, "*Problemas Actuales del Derecho Procesal*", México, UNAM, 2008, p. 32.

¹¹ Cfr., *ibídem*, p. 45.

Es decir, con el pretexto de mantener la seguridad jurídica, se exagera en el apego a las formas y a los trámites.

Otra crítica importante del activismo judicial adjetivo al garantismo es que, en la actitud garantista, se privilegia la aplicación de la norma positiva. Es preciso aclarar que el activismo adjetivo no niega que la ley es una parte importante del proceso pero sostiene que esta no lo agota. Esto quiere decir que cuando la invocación a la ley es extremadamente rígida, la solución del conflicto y la proyección social del fallo corren el riesgo de no producirse.

Comentando este tema, Parodi Remón expone que, en este caso, existe una clara colisión entre dos valores. Por un lado, la seguridad jurídica que parece mejor satisfecha con un estricto apego a una interpretación rígida de la ley y, por el otro, la eficacia del sistema judicial. Sin embargo, si por eficacia se entiende otorgar más facultades al juez para conducir el proceso, limpiándolo de trabas ilegales y antijurídicas generalmente propuestas por la parte demanda y propiciando la necesaria igualdad procesal de las partes para asegurar un mínimo de certeza en el fallo, no se acierta a ver porqué razones se va a lesionar la seguridad jurídica y, peor aún, las garantías procesales o los derechos fundamentales de las partes.¹²

Por esta razón, el activismo judicial adjetivo plantea que el juez debe tener las facultades necesarias para dirigir e impulsar el proceso con el fin de extraer lo mejor de la norma positiva para que, a través de su aplicación, se alcance la justicia o, por lo menos, se tienda a ella.

A continuación, resumo y comento las funciones judiciales más importantes que son consideradas activistas dentro del ámbito adjetivo por Carlos Parodi Remón, mencionado anteriormente.

1.2.1.1. Funciones judiciales consideradas como activistas en el campo adjetivo

a) Resolver de oficio presupuestos procesales

La calificación previa de la demanda y su eventual postergación por omisión de algún requisito que conlleve la invalidez del proceso, es una atribución del juez que decide el inicio o no de un proceso. Estas atribuciones, anota Parodi Remón, son expresiones judiciales que tienen rasgos activistas y que no rayan en excesos ya que no se rozan el derecho material y, sin

¹² Cfr. Carlos Parodi Remón, op. cit, p. 342.

ellas, se corre el peligro de admitir un proceso carente de efectos válidos procesales y legales.¹³

Desde mi punto de vista, esta atribución del juez no es realmente una expresión activista puesto que es evidente que la calificación de la demanda es el necesario punto de partida para el correcto desenvolvimiento del proceso y, además, que se encaja en una de las atribuciones judiciales admitidas incluso por los partidarios del garantismo.

b) Procurar la conciliación entre las partes que ponga fin al conflicto

Propiciar la conciliación de las partes en cualquier estado del juicio es una saludable expresión del activismo judicial adjetivo según Parodi Remón.

Esta facultad que está establecida en varias legislaciones como la ecuatoriana¹⁴, (que merecerá especial atención en el Capítulo III) en manera alguna incide en el derecho material de las partes porque, al fin y al cabo, son ellas mismas las que decidirán ir o no a la audiencia de conciliación y si, en ella, llegaran o no a un acuerdo.

Conviene aclarar que esta opción no puede ni debe darse en todos los casos. Depende de la naturaleza de cada proceso, de la oportunidad de la convocatoria y, especialmente, de la visión del juez que con conocimiento pleno del expediente determine si se puede llegar o no a una conciliación.

c) Impulsar de oficio el proceso

¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 343.

¹⁴ En el Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 130, numeral 11 se establece que una de las facultades esenciales de los jueces es convocar de oficio a las partes en cualquier estado del proceso con el fin de lograr conciliarlas exceptuando los casos en que se halla prohibida la transacción. Analizaré con detalle esta atribución, considerada activista y que está consagrada en la legislación ecuatoriana, en el Capítulo III de esta disertación.

Este deber del juez es una clara manifestación del activismo y una respuesta a la dilatación injustificada de los procesos. Parodi Remón señala que la lógica nos indica que si una persona se convierte en demandante para que se le reconozca su derecho o se elimine una incertidumbre jurídica, es el primer interesado en que esa declaración judicial se efectivice lo más pronto posible. De igual forma, quien es demandado desea quedar absuelto de una demanda sin sustento. Y en el caso de que el demandado actúe de mala fe, dilatando el proceso con pedidos improcedentes o artilugios procesales, brilla más en el supuesto, la facultad del juez de avanzar en el proceso, no en beneficio del demandante sino en aras de una justicia más pronta.

Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que la posibilidad de que el juez “impluse” de oficio el proceso conlleva varias consecuencias que, de una u otra forma, pueden incidir en los derechos procesales de las partes. Por ejemplo, en el caso de que el juez decida hacer caso omiso a los reclamos o peticiones del demandado y avanzar a la siguiente etapa debido a que, según la opinión del juez, el demandado está poniendo trabas injustificadas al proceso, es menester que se motive dicha decisión e inclusive que se pruebe la mala fe del demandado pues, de lo contrario, estaría cayendo en subjetivismos que imposibilitan la obtención de una sentencia justa. Por esta razón, es imprescindible que cada una de las decisiones del juez, tendientes a impulsar el proceso, sean plenamente motivadas pues, de esta manera, se aseguran los derechos procesales y hasta constitucionales de las partes.

d) Iniciativa probatoria del juez

1. Disponer de oficio la actuación de pruebas que el juez considere conveniente

La posibilidad de otorgar al juez la facultad de solicitar de oficio pruebas es el punto angular del activismo judicial adjetivo y un tema paradigmático para elegir entre garantismo y activismo.

Como sabemos, probar significa convencer al juez de la verdad de los hechos positivos o negativos presentados por las partes,¹⁵ pero cuando las pruebas presentadas no son suficientes para generar convicción en el juez sobre su decisión, Parodi Remón propone que este debe tener la facultad de solicitar otras pruebas que le permitan llegar a una conclusión y, ante todo, a una sentencia justa que cuente con sustento.¹⁶ Sin embargo, señala, en base al criterio del jurista español Joan Picó I Junoy, que esta iniciativa probatoria debe limitarse a los hechos discutidos en el proceso y a las pruebas que ya consten en la causa. Además, es vital que se permita ejercer el derecho a la defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas.¹⁷ Esto quiere decir que el juez está en la obligación de ceñirse a los hechos y elementos probatorios cuya existencia resulte de autos para poder ordenar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente para alcanzar una decisión sólida y fundamentada.

Esta solución saludable impide que se genere la posibilidad de que el juez actúe autoritariamente favoreciendo a una u otra parte y, de esta forma, que se vulnere el principio de imparcialidad judicial y de tutela judicial efectiva. Por otro lado, es importante destacar que, con el fin de garantizar cabalmente el derecho a la defensa de las partes, el juez debe poner, en su conocimiento, las pruebas que disponga de oficio para que tengan la oportunidad de refutarlas. Llegar a plantear que las pruebas, presentadas por el juez, deben ser incuestionables es, prácticamente, otorgarle al juez poderes de carácter dictatorial dentro del proceso y eso, definitivamente, afectaría a todo el sistema judicial en su conjunto.

Finalmente, en el caso de que el juez solicite pruebas de oficio, debe ser obligatorio que este motive las razones que lo llevaron a solicitarla dejando, de esta forma, menos espacio a la arbitrariedad.

2. Valoración razonada de las pruebas

¹⁵ Cfr. James Goldshmidt, *Teoría General del Proceso, Vol. I: Principios Generales del Proceso*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 46.

¹⁶ Carlos Parodi Remón, op. cit, 350.

¹⁷ Cfr. Joan Picó I Junoy, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 263.

De acuerdo a las enseñanzas del maestro Hernando Devis Echandía, la valoración o apreciación de la prueba judicial es *“la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”*¹⁸.

De este tradicional concepto, podemos colegir que es deber del juez realizar la valoración motivada de cada una de las pruebas ya que, sin un análisis metódico de las mismas, es imposible que la decisión judicial se traduzca en una sentencia justa. Mas, en este punto, ¿en qué sentido el juez puede ser activista dentro de la valoración de la prueba? La respuesta a esta pregunta tiene que ver con el punto anterior, que trató la iniciativa probatoria, pues si el juez requiere más elementos probatorios para llegar a una conclusión certera y una valoración efectiva del conjunto de pruebas, lo óptimo sería que el juez pueda solicitar de oficio las pruebas que requiera para brindarle convicción a su decisión. Además, es importante que el juez no se sienta constreñido por parámetros predeterminados que limiten su poder de análisis a la hora de decidir porque la valoración de las pruebas, al ser el punto clave de la decisión judicial, necesariamente debe realizarse sin interferencias de ningún tipo y con metódica reflexión pues de esto depende que se alcance o no justicia en la sentencia.

En conclusión, el activismo judicial adjetivo busca dotar al juez de ciertas facultades que le permitan alcanzar los elementos de juicio suficientes para que su decisión final no sólo signifique la aplicación de la ley, sino también, la expresión de la justicia, sin atentar de modo alguno con el derecho material de las partes y, sobre todo, sin llegar a extremos que convertirían al juez en arbitrario. Situación que haría del activismo judicial adjetivo una tendencia negativa que, en realidad, obstaculizaría la realización de la justicia.

En este punto hago una reflexión necesaria para la comprensión del activismo judicial adjetivo y es que su campo de acción se desenvuelve dentro de la justicia ordinaria pues es allí donde encuentra los desafíos, establecidos por el garantismo judicial que fueron expuestos anteriormente.

¹⁸ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Fidenter, Buenos Aires, 1974, p. 287.

En cambio, el activismo judicial sustantivo tiene otras motivaciones que encuentran sentido en la justicia constitucional. A continuación, un análisis de los principales puntos del activismo judicial sustantivo.

1.2.2. Activismo judicial sustantivo

El activismo judicial sustantivo plantea que el juez, cuando el caso lo amerite, debe ampliar el alcance y la trascendencia de sus decisiones con el fin de proteger y garantizar los derechos de la parte afectada y para dar proyección social a sus sentencias.

Este tipo de activismo judicial ha tomado gran fuerza en las últimas décadas en varios países del mundo y, en especial, en América Latina, gracias a la judicialización de casos o litigios de carácter estructural cuyo fin más importante es garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de grupos humanos que han sido afectados por el Estado, personas jurídicas o personas naturales.

Según los juristas colombianos César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, los litigios o casos estructurales se caracterizan por:

- 1. Afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos ya sea directamente o por medio de organizaciones que litigan la causa.*
- 2. Involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de varias fallas sistemáticas de políticas públicas.*
- 3. Implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no sólo a los demandantes del caso concreto).¹⁹*

Importantes ejemplos de litigios o casos estructurales en la que los jueces han intervenido sustancialmente, los encontramos en la jurisprudencia colombiana, como la sentencia T- 025

¹⁹ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit, p. 324 y 325.

de 2004 sobre el caso del desplazamiento forzado en este país²⁰, la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud.²¹

Más, es importante anotar que el activismo judicial sustantivo puede manifestarse tanto en casos estructurales como en aquellos que un solo o pocos individuos son los afectados pues el punto central del activismo judicial sustantivo es que las sentencias que ponen fin a estos casos tengan repercusión social y sean la materialización del esfuerzo para lograr una justicia limpia, pronta y lo más acertada posible. Por esta razón, el activismo judicial sustantivo se manifiesta cuando en el proceso están en juego la protección de los derechos fundamentales y, consecuentemente, como ya lo mencione anteriormente, generalmente tiene lugar dentro de la justicia constitucional.

1.2.2.1. Justificación del activismo judicial sustantivo: la maximización de los derechos fundamentales de forma motivada

El activismo judicial sustantivo se basa en el núcleo de la justicia constitucional que, en palabras de Ramiro Ávila quien, a su vez, cita a Luigi Ferrajoli, es la protección de los derechos humanos, llamados también fundamentales.²²

Según el Doctor Hernán Salgado Pesantes, los derechos humanos o fundamentales “poseen un contenido trascendental, pues abordan cuestiones de índole universal que se consideran esenciales desde la perspectiva humana.”²³ Por esta razón, entre sus

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Cfr. María Paula Saffon y Mauricio García Villegas, *Derechos Sociales y Activismo Judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2011, p. 100.

²² Cfr. Ramiro Ávila, *Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el Derecho Ecuatoriano*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 561 a 564.

²³ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, 4ta ed., Ediciones Legales, 2012, p. 64.

características más relevantes, podemos anotar su universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, irrenunciabilidad, interdependencia e igual jerarquía.²⁴

Por la complejidad y gran proyección que tiene los derechos fundamentales, autores como Carlos Bernal Pulido y Luis Prieto Sanchís los definen como principios ya que no se especifican sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros y donde se fijan objetivos y conductas.²⁵ Por ello, se los debe entender como mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.²⁶ Siguiendo este orden de ideas, el mismo Bernal Pulido aclara que la maximización de la que habla, tiene límites que están establecidos en la misma Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, pues en ellos se encuentra el objeto del derecho que tiene su significado posible en la literalidad de su texto.²⁷

Es ahí donde entra el juez en escena pues es él quien debe indagar en la semántica²⁸ de los derechos fundamentales para determinar qué se debe aplicar en el caso concreto. En este punto, es importante comprender que no siempre las disposiciones constitucionales contienen mandatos claros y definidos, por ello, existe una dimensión implícita que solo puede ser concretada por el juez constitucional ya que él es el competente para interpretar y dilucidar el objeto y la aplicación judicial del derecho fundamental en el caso que se está resolviendo.

En consecuencia en los casos en el que no sea claro si el derecho fundamental ha sido aludido, el juez debe tomar en cuenta toda norma o conducta que se le relacione con el ámbito de protección inicial del derecho fundamental para, posteriormente, definir el contenido efectivamente garantizado del mismo derecho fundamental. Esto quiere decir que se analiza si

²⁴ Cfr., ibídem, p. 72.

²⁵ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 93 y 94.

²⁶ Ibídem, p. 117.

²⁷ Cfr. Ibídem, p. 118.

²⁸ La semántica se refiere a los aspectos sobre el significado o interpretación de los signos lingüísticos como las palabras y su correspondencia con otros símbolos lingüísticos y situaciones o conjuntos de cosas que se encuentran en el mundo físico o abstracto que puede ser descrito por dicho medio de expresión. Más información en: Carmen Flores Sánchez, *El Significado*, <http://www.antonioduenas.es/apuntes/Apuntes-cap-6.pdf> (20 de abril de 2012)

el conjunto de normas y posiciones estudiadas por el juez, son o no definitivamente vinculantes desde el punto de vista jurídico. Si efectivamente son vinculantes, debido a que los poderes públicos y, en especial el legislador, tenían la competencia para restringir el ámbito inicial de derecho fundamental, el juez no actúa en ese caso. En cambio, si la intervención en el derecho constitucional no halla justificación, el juez debe actuar en función de proteger y garantizar los derechos fundamentales vulnerados o desconocidos.²⁹

Esta trascendental tarea requiere de un gran esfuerzo por parte del juez, quien debe explicar claramente los motivos de su decisión respetando los parámetros establecidos por el debido proceso. Es decir que la motivación de las decisiones del juez debe buscar solventar la aplicación de la norma, la racionalidad y la concatenación de los hechos con los pedidos realizados en un proceso, sustentar la base de la aplicación de los derechos y garantías previstos en la ley e identificar los argumentos que le asiste a cada una de las partes.³⁰ Por lo tanto, no existe motivación cuando las razones del juez contienen contradicciones y errores lógicos violando el derecho a la tutela judicial efectiva, que es, junto con el debido proceso, el pilar que hace a las decisiones judiciales justas.

Es importante tener en cuenta que el proceso lógico y racional que debe no garantiza una perfecta objetividad. Al respecto, Carlos Bernal Pulido dice lo siguiente:

*Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva.*³¹

²⁹ Cfr. Carlos Bernal Pulido, op. cit, p. 99 a 109.

³⁰ Cfr. Sentencia No 121-12-SEP-CC, 10 de abril del 2012, Dr. Patricio Pazmiño Freire, Suplemento Registro Oficial: Año III-- Quito, Jueves, 14 de junio de 2012, No 724, pág. 133.

³¹ Cfr. Carlos Bernal Pulido, op. cit, p. 110.

Evidentemente, plantearse la existencia de un sistema semejante no es posible ni tampoco adecuado porque, en primer lugar, restaría las posibilidades de deliberación política y, en consecuencia, el legislador prácticamente se convertiría en un ejecutor de las disposiciones constitucionales. Adicionalmente, todo cambio requeriría de reforma constitucional. Por esta imposibilidad e inconveniencia de una objetividad perfecta, es justificable que la tarea de determinar el contenido de los principios suponga un margen de deliberación del juez, la cual debe propender a alcanzar el mayor grado de racionalidad posible.

En concordancia con el tema tratado en el párrafo anterior, quiero poner especial énfasis en la importancia de que los jueces actúen prudentemente en el margen de deliberación que poseen y, en general, en todo el proceso de toma de decisiones. Es decir, que en el caso de que el juez se enfrente con un caso en el que le falte la certeza racional de que la decisión que va a tomar es la correcta y, sobre todo, que sus argumentos tengan como base conjeturas que llaman a la duda, debe buscar la coordinación de las acciones de los otros poderes, en vez, de imponer una sola decisión que podría resultar perjudicial, especialmente, al principio de división de poderes y a la democracia. La prudencia del juez debe manifestarse, particularmente, en los casos que conllevan decisiones mayúsculas que requieren amplio debate y participación de todos los grupos interesados. En el Capítulo II, analizaré más acerca de este tema, en especial, en el estudio del caso “*Roe V. Wade*”.

Por otro lado, es meritorio recalcar que el juez activista debe contribuir a que, dentro del esquema constitucional planteado, se maximice la protección y garantía de los derechos fundamentales pues el juez no es un sujeto todopoderoso que puede pasar por alto la organización y el funcionamiento de las instituciones políticas o desconocer las competencias constitucionales de los otros órganos del Estado. Por el contrario, el juez activista debe ayudar a fortalecer la institucionalidad constitucional y a mejorar, a través de sus decisiones, la forma en la que los otros poderes han planteado la protección y garantía de los derechos fundamentales. Veremos en el Capítulo II y III de esta disertación que trata el activismo judicial estadounidense y ecuatoriano respectivamente, que el activismo judicial es criticado y,

hasta, considerado como una tendencia negativa cuando los jueces intervienen en las funciones de los otros poderes.

En conclusión, el análisis que acabo de realizar, tiene el fin de aclarar que el único motivo que justifica que la actuación del juez sea activista es la maximización de los derechos fundamentales, que como bien señala el Doctor Hernán Salgado Pesantes, son esenciales para los seres humanos y para conservar su dignidad. No obstante, esta maximización se produce en situaciones en las que existe intervención (u omisión) negativa, la cual es concluida por medio el proceso analítico, meditado y prudente. Las sentencias caracterizadas por el activismo judicial sustantivo, fundamentadas en la maximización de la protección y garantías de los derechos fundamentales provocan importantes efectos que, en muchos casos, dan paso a la efectivización de las sentencias que han sido producto del activismo judicial sustantivo. Los principales efectos los analizo a continuación.

1.2.2.2. Efectos del activismo judicial sustantivo

a) Efectos en la conducta de grupos e individuos

Los sentencias activistas sustantivas generan efectos instrumentales que implican cambios materiales en el actuar de los individuos, relacionados con el caso en cuestión, y de entidades nacionales e internacionales que deciden crear o involucrarse en programas de atención a los grupos o individuos afectados, financiar los procesos de seguimiento del cumplimiento de las órdenes judiciales o colaborar en la ejecución de la sentencia. Por otro lado, cuando los fallos involucran a diversos grupos de actores sociales, una las consecuencias es el surgimiento de coaliciones de organizaciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento de la sentencia ³² Por ejemplo, a raíz del caso T-025 sobre desplazamiento en Colombia, se formaron organizaciones como la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado y la Comisión de Seguimiento de la Universidad Nacional que en los años 2007, 2008 y 2009 realizaron una serie de encuestas nacionales de verificación del nivel de goce efectivo de derechos de la población desplazada.

³²Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit, p. 332.

Lo que permitió medir la evolución de la situación de la población desplazada, a la luz de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional Colombiana en la T-025.³³

Otro ejemplo importante en el que se evidencian los efectos del activismo judicial en la conducta y accionar de los individuos y grupos es el caso: “*Minister of Health v Treatment Action Campaign*”, resuelto por la Corte Constitucional Sudafricana en el año 2002. En este caso, en el que los accionantes reclamaban la adecuación de los esfuerzos del Estado para prevenir la propagación del VIH y, en particular, de la transmisión del VIH de madres a sus recién nacidos en el momento del nacimiento, participaron varias organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud y todo un colectivo de ONG y movimientos sociales que abogan por una mejor prevención y opciones de tratamiento para el VIH/SIDA.³⁴

Como se puede apreciar, estos efectos se reflejan en un grupo o grupos y en individuos; mas, las decisiones judiciales también pueden modificar las percepciones de la sociedad en su conjunto y legitimar las visiones de los activistas y los litigantes que acuden a las cortes a través de los medios de comunicación. A continuación, la explicación de cómo se expresan los efectos de las sentencias judiciales activistas en la opinión pública.

b) Efectos en la opinión pública

Los efectos del activismo judicial en la sociedad consisten, principalmente, en los cambios de ideas, percepciones e imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio. Es decir, implican cambios culturales o ideológicos en relación al problema del caso. Estos efectos, considerados como indirectos del activismo judicial, son para varios juristas y politólogos como el estadounidense Michael McCann, más importantes que los efectos relacionados con el cumplimiento de los fallos ya que, generalmente, implican que se le dé

³³ Cfr. *Ibidem*, p. 336.

³⁴ Cfr. Danie Brand, *El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 512 y 513.

mayor visibilidad al problema en los medios de comunicación, en las universidades y en los espacios ciudadanos y políticos.³⁵

Uno de los casos concretos en el que se evidenció cambios en la opinión pública es la ya referida sentencia T-025, pues su discusión y difusión ayudó a transformar la percepción pública sobre la gravedad del desplazamiento, lo que contribuyó a que se vea este fenómeno como una violación a los derechos humanos.³⁶ En el análisis del activismo judicial estadounidense, veremos que el caso “*Brown vs. Board of Education*” fue uno de los puntos clave que contribuyó a fortalecer la discusión sobre los derechos de los afro-descendientes en el país del norte.

En resumen, como pudimos ver, las sentencias activistas sustantivas tienen, generalmente, incidencia en los individuos, en las organizaciones y en la sociedad. Por ello, la responsabilidad del juez que decide intervenir en los derechos sustantivos de las partes e, incluso, de aquel que hace uso de mayores facultades adjetivas, es extremadamente grande y, por esta razón, debe tener extremo cuidado de no caer en posiciones negativas y extremistas.

c) Efectos frente al poder legislativo y al poder ejecutivo

Uno de los efectos que el activismo judicial sustantivo ha presentado en varios casos es un grado de injerencia, a veces alto, del poder judicial en los otros clásicos poderes del Estado, el poder legislativo y el poder ejecutivo.

Este efecto del activismo judicial sustantivo se ha convertido en el principal punto de choque entre algunos defensores del positivismo jurídico y del neoconstitucionalismo, pues tal como lo señala Juan Antonio García Amado, estas dos corrientes son dos extremos que colisionan puesto que para los positivistas, el legislador es el único portavoz de los intereses objetivos de la nación y la ley, la plasmación perfecta de la justicia ideal.³⁷ En cambio, para

³⁵ Cfr. Michael McCann, *Rights at work*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 283

³⁶ Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit, p. 337.

³⁷ Cfr. Juan Antonio García Amado, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, en Fabricio Mantilla (Coord.), *Controversias Constitucionales*, Bogotá, Universidad de Rosario, 2011, p. 26.

algunos neoconstitucionalistas como Luis Prieto Sanchís, el juez está llamado a controlar a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las normas y principios constitucionales.³⁸

Para Salim Zaidán, el neoconstitucionalismo parecería tener una fe ciega en el juez pues ha depositado en él su confianza asumiendo que estará a la altura intelectual para tener legitimidad técnica, que reemplazaría a la legitimidad democrática del legislador.³⁹

Por otro lado, respecto a la Función Ejecutiva, el activismo judicial, basado en las posturas de neoconstitucionalistas como el mencionado Prieto Sanchís, promueve que el juez solicite el enderezamiento de la actuación de la autoridad e impugne una política pública por violatoria de derechos, lo que puede traducirse, para juristas como Fabián Corral, en excesiva intervención si los jueces tienen arbitrariedad interpretativa y si actúan subjetivamente.⁴⁰ Sobre este tema, García Amado comenta que las cortes, como instituciones no responsables democráticamente, no deben colocarse en una posición en la que pueden cuestionar las elecciones de la política social y económica del poder ejecutivo, democráticamente responsable.⁴¹

Frente a estas críticas según las cuales el activismo judicial invade las competencias de los funcionarios del ejecutivo y el legislativo que son elegidos popularmente, juristas como César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco que defienden la posición neoconstitucionalista, señalan que la intervención judicial profundiza la democracia, en lugar de erosionarla pues ayuda a liberar el estancamiento estructural que frustra la realización de los derechos fundamentales, en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales. Pues, cuando las órdenes de los fallos judiciales activistas están dirigidas a autoridades, sus efectos se expresan en el diseño y ejecución de políticas públicas, en la implementación de

³⁸ Cfr. Luis Prieto Sanchís, *El Constitucionalismo de los derechos*, en Carlos Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p.91.

³⁹ Cfr. Salim Zaidán, *Peligros del Empoderamiento del Juez en el Esquema Neoconstitucional Ecuatoriano*, en Luis Fernando Torres (Ed.), *Debate Constitucional*, Quito, Corporación Autogobierno y Democracia, 2012, p.71.

⁴⁰ Cfr. Fabián Corral, *Memorias del debate sobre Neoconstitucionalismo*, IV Ciclo de Debates, Técnicas de Litigio en Derechos Humanos, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, 2011, p. 99.

⁴¹ Cfr. Juan Antonio García Amado, *op. cit.*, p. 28.

nuevas normas o en la mejoría en la prestación de algunos servicios. Más, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, destacan que para que el activismo judicial sea eficaz, debe estar acompañado de mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las sentencias judiciales. Por ello, enfatizan la necesidad de la apertura de espacios participativos y deliberativos de implementación de los fallos, especialmente estructurales, que involucren a todos los afectados y que, al mismo tiempo, establezcan incentivos y plazos para avanzar en la protección de los derechos vulnerados.⁴²

Dilucidaré, en el Capítulo II y II de esta disertación, después del análisis del inicio y desarrollo del activismo judicial en Estados Unidos y Ecuador si esta tendencia viola o no el principio de separación de poderes o más bien fortalece la actuación de los dos clásicos poderes del Estado.

⁴² Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit, p. 325 y 326.

CAPITULO II

DESARROLLO DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL ACTIVISMO JUDICIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

2.1. Constitucionalismo norteamericano y funciones constitucionales de los jueces

Antes de comenzar con el análisis y estudio del activismo judicial en los Estados Unidos de América, vale la pena hacer algunas observaciones sobre el constitucionalismo norteamericano y el papel judicial visto desde la dimensión constitucional.

Tal como anota el Dr. Hernán Salgado Pesantes, las raíces del constitucionalismo norteamericano provienen de su Metrópoli, Inglaterra, pues, al igual que los principales documentos constitucionales ingleses como la Carta Magna y el “*Bill of Rights*” o Declaración de Derechos inglesa, el eje central de su constitucionalismo es, la Declaración de Derechos de Virginia, el Acta de Declaración de la Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América a la que se le incorporó la declaración de derechos mediante las 10 primeras enmiendas en 1791, de manera que haya primacía del respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos.⁴³

Mas, esta no es la única característica que el constitucionalismo norteamericano adoptó del derecho anglosajón enraizado en Inglaterra, ya que una de sus principales particularidades es la inexistente diferencia entre creación y aplicación del derecho debido a que la extracción del mismo se hace a partir de casos concretos. Importante elemento a considerar en el estudio del activismo judicial pues, como veremos más adelante, casos como “*Roe v. Wade*” y “*Brown v. Board of Education*” jugaron un importante papel en el desarrollo del constitucionalismo norteamericano y en la construcción y discusión de la tendencia estudiada

⁴³ Cfr. Hernán Salgado Pesantes, op. cit., pp. 26 a la 28.

en esta disertación. Debido a que el derecho nace en los tribunales en el sistema norteamericano, el principal actor en la creación del derecho es el juez quien, ante todo, está llamado a ser el primer defensor de la Constitución y de los derechos fundamentales consagrados en ella. En este sentido, el papel constitucional del juez, en el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico, tiene una naturaleza dual pues, en primer lugar, el juez debe ser garante y protector de la Constitución respetando su carácter de norma suprema y de directamente aplicable de los derechos y garantías y, en segundo término, la acción judicial debe ser expresión normativa del ordenamiento en tanto que la estructura gramatical de algunas reglas constitucionales es abstracta y, por lo tanto, las decisiones judiciales deben estar encaminadas a vincular dichas disposiciones abstractas con los hechos para asegurar la primacía de sus dictados y su aplicación práctica.⁴⁴

El primer componente de la dualidad de la función constitucional del juez se encuentra directamente ligado con la función del “*judicial review*”-revisión judicial en español- que representa el prototipo clásico del control judicial de constitucionalidad de las leyes también llamado control de constitucionalidad difuso o desconcentrado. El “*judicial review*” en los Estados Unidos, instituido en el caso histórico “*Marbury v. Madison*” que fue resuelto por la Corte Suprema presidida por el juez John Marshall, se refiere a la facultad de los tribunales para examinar la constitucionalidad de una ley y su coherencia con la Constitución. A pesar de que la norma fundamental de este país no prevé expresamente que el poder judicial tiene la facultad de revisión judicial, la atribución de declarar inconstitucionales las leyes se ha considerado una facultad implícita, derivada del artículo III y el artículo VI, numeral segundo de la Constitución estadounidense que establecen la supremacía constitucional y el deber de los jueces de aplicarla sobre cualquier otra norma. Por lo tanto, si existe un conflicto entre las leyes federales y estatales, los operadores judiciales tienen la obligación de hacer acatar la Constitución e invalidar cualquier norma que la contradiga. Es importante puntualizar que el control constitucional es una facultad que está diluida entre todos los jueces; mas, debido a que la Corte Suprema de Estados Unidos es el órgano de apelación final en todos los casos que se presenten en virtud de la Constitución, ostenta la autoridad concluyente para decidir si las

⁴⁴ Cfr. Juan Montaña Pinto, *Aproximación fenomenológica a la justicia constitucional*, en Juan Montaña Pinto (ed) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corte Constitucional en Transición, 2011, p. 51.

normas están en consonancia o no con la Constitución. En esto último, radica la trascendencia del activismo judicial de la Corte Suprema pues sus decisiones son la última palabra de la actuación judicial en ese país.

La defensa de los derechos fundamentales, las libertades y de la misma Constitución a través de la acción judicial es el presupuesto básico para comprender el nacimiento y desarrollo del activismo judicial en los Estados Unidos de América que explico y desarrollo a continuación.

2.2. Nacimiento del activismo judicial en los Estados Unidos de América

Como vimos en el Capítulo anterior, el activismo judicial puede ser tanto adjetivo como sustantivo. En el caso de Estados Unidos de América, según Keenan D. Kmiec, profesor de la Universidad de Berkley, académicos, jueces y abogados han dado múltiples sentidos al término “activismo judicial”; sin embargo, siempre encaminados a resolver la pregunta sobre cuál es la forma mas idónea de efectivizar los derechos fundamentales de los estadounidenses.⁴⁵ Cuestionamiento que entra en la esfera del activismo judicial sustantivo.

El concepto de activismo judicial, desde la primera vez que fue introducido por el periodista Arthur Schlesinger Jr. en un artículo que perfilaba a los nueve jueces de la Corte Suprema de Justicia de 1947, ha sido utilizado para caracterizar a una visión progresista de la Constitución que enfatiza la importancia del rol judicial en la promoción del bienestar social frente a una posición conservadora, basada en la teoría de la “*judicial restraint*” (moderación judicial en español) que propugna la obligación de la Función Judicial de respetar los límites de acción que están enmarcados en la organización política del Estado Americano.⁴⁶

⁴⁵ Cfr. Keenan D. Kmiec, *The origin and meaning of Judicial Activism*, California, California Law Review, 2004, en http://constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzFN_Bd (11 de junio de 2012) Traducción del inglés al español realizada por la autora-

⁴⁶ Cfr. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, United States, Fortune Magazine, 1947, p. 202 a la 208. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-

Sin embargo, esta pugna entre la visión conservadora y progresista tomó fuerza cuando dos Cortes Supremas de los Estados Unidos de América, a través de su jurisprudencia más relevante, cimentaron las bases de lo que me he permitido llamar activismo judicial sustantivo, esto es, la intervención material del juez en el proceso con el fin de garantizar y proteger derechos fundamentales. La primera de estas dos Cortes Supremas de los Estados Unidos de América y la más célebre fue la Corte liderada por el juez Earl Warren entre 1953 y 1969, que para varios juristas, entre los cuales se destaca Morton Horwitz, representa el ejemplo de lo que podría ser una corte activista en el sentido de impulsar la exigibilidad de derechos sociales.⁴⁷

La Corte Warren marcó un antes y un después en la jurisprudencia de los Estados Unidos pues invocando la famosa enmienda catorce que contiene el principio del “*Equal protection of law*” llegó a significativas sentencias de casos como “*Shelton v. Tucker*” de 1960, en la que se estableció que no se podía obligar a los profesores de instituciones públicas a declarar a qué organizaciones pertenecen, también, como “*New York Times v. Sullivan*” de 1964, que determinó que la libertad de expresión es un derecho que se puede ejercer aún contra la honra de funcionarios públicos siempre que el objetivo no sea la injuria, entre otras importantes decisiones judiciales que, según Ramiro Ávila Santamaría, son las que encabezarían la etapa más progresista y, sin duda, la única en la historia de los Estados Unidos.⁴⁸

Mas, la Corte Warren pasó a ser el símbolo del activismo judicial gracias a la expedición de uno de los más célebres precedentes del mundo, considerado como el más importante caso en la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos: “*Brown versus Board of Education*”. El caso “*Brown*” es considerado paradigmático, no sólo por el gran impacto social y político que causó, sino también, porque concentra varios puntos del activismo judicial que son defendidos por los progresistas y criticado por los conservadores como el empleo de nuevos métodos de

⁴⁷ Cfr. Morton J. Horwitz, *The Warren Court and the pursuit of justice*, Hill and Wang, 1999, p. 3. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁴⁸ Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos sociales en la jurisprudencia de los Estados Unidos*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 452 y 453.

interpretación y, principalmente, la reversión de un precedente. Importantes temas que analizaré más adelante en este Capítulo.

La segunda Corte Suprema de Justicia reconocida como activista fue aquella liderada por el juez Warren Burger en el período de 1969 a 1986. La labor de la Corte Burger ha sido altamente criticada por los conservadores pues, en los 17 años que el juez Burger estuvo al mando de la Corte, 34 decisiones invalidaron normas federales y se revirtieron más de 52 precedentes judiciales entre los cuales se encontraban algunos que la misma Corte Burger había establecido.⁴⁹ Por ejemplo, determinó que los estándares laborales instaurados en el “*National Fair Labor Standards Act*” (Ley de estándares laborales justos en español) no aplican a los empleados públicos locales; sin embargo, una década después, la Corte Burger revirtió su misma decisión con 5 votos a 4.⁵⁰ Situación que reflejaba las amplias diferencias entre los jueces que conformaban la Corte Burger.

Sin embargo, la razón más importante por la que la Corte Burger es y fue criticada y, también, recordada como activista y una de las mejores y más progresistas Cortes, se llama “*Roe vs Wade*”. La decisión judicial de este caso, que concedió a la mujer el derecho de abortar, causa, hasta nuestros días, discusión en torno a los límites y alcances del rol judicial frente a la Función Legislativa y la expansión de derechos constitucionales a través de la teoría de la constitución viviente. Estos temas, igualmente, serán tratados, con detenimiento, en este Capítulo.

La labor activista de ambas Cortes ha generado fuertes pugnas entre la visión progresista y la conservadora del Derecho Constitucional estadounidense, especialmente, porque, por el lado conservador, se señala que el activismo judicial afectó y afecta considerablemente al principio de separación de poderes. En cambio, desde el punto de vista progresista, se atribuye a los conservadores la ausencia de reconocimiento de los derechos sociales, económicos y

⁴⁹ Cfr. Carl E. Schwarz, “Dual Devolutinary Federalism” en José María Serna De la Garza (coord.), Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 501. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-

⁵⁰ *National League of Cities v. Usery* 426 US 833 (1976) y *García v. San Antonio Mass Transit Authority*, 469 US 113 (1985) en: <http://caselaw.findlaw.com/mo-court-of-appeals/1105328.html>(24 de junio de 2012) - Traducción del inglés al español realizada por la autora-

culturales a nivel constitucional por su fidelidad a la ideología liberal y deferencia a lo determinado por los “padres fundadores.”⁵¹

Estos dos puntos de vista han generado grandes debates doctrinarios dentro de la academia estadounidense que, principalmente, analizan qué implicaciones encierra la interpretación constitucional sujeta a los cambios sociales, denominada como la teoría de la “*Living Constitution*”, fundamento de varias decisiones de la Corte Warren y Burger, y si este tipo de interpretación afecta a la democracia y, por otro lado, si promueve la arrogación de funciones legislativas por parte de los jueces en las decisiones activistas. A continuación, analizaré estos dos puntos.

2.3. La teoría de la “Living Constitution” y activismo judicial

¿Son las constituciones documentos vivientes que se adaptan a las circunstancias cambiantes o se las interpreta acorde a su significado original? Por años, los estadounidenses han debatido sobre la interpretación constitucional en estos términos.

La consideración que interpreta a las constituciones como documentos dinámicos o vivientes se la denomina la teoría de la “*Living Constitution*” (Constitución viviente en español). En los Estados Unidos, esta teoría ha sido definida de dos formas, ambas relacionadas con el activismo judicial. La primera de ellas fue expresada por el Juez Oliver Wendell Holmes en el caso *Missouri v. Holland* en 1920, donde se establece que, particularmente, la Constitución estadounidense y sus enmiendas tienen un significado dinámico como la sociedad y, consecuentemente, a la hora de interpretarla, se debe tomar en cuenta las circunstancias actuales. Esto se debe a que los mismos redactores de la Constitución y de las enmiendas, las escribieron en términos generales para que los encargados de

⁵¹ Cfr. Bruce Ackerman (coord.), *Introduction*, The Constitution in 2021, New York, Oxford University Press, 2009, p. 2 a 8. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

interpretarlas, es decir los jueces, las apliquen en casos concretos de acuerdo a las características de su tiempo.⁵²

Este significado de la doctrina de la “Living Constitution” ha sido ampliamente debatido y criticado por académicos conservadores, principalmente, por el Juez Antonin Scalia, actualmente Juez asociado de la Corte Suprema de Estados Unidos. El Juez Scalia insiste que la Constitución y sus enmiendas deben interpretarse según la aplicación que estos tuvieron en el momento que fueron adoptados, a esta forma de interpretación se la llama “*Originalism*” (Originalismo en español). Por ejemplo, en el caso de la Octava Enmienda, que prohíbe las penas crueles e inusuales, el Juez Scalia considera que el significado de “crueldad” no puede ser manipulado pues de otra forma no habrá protección frente a generaciones más brutales que cambien los parámetros de crueldad a su conveniencia.⁵³

Frente a estas dos posiciones, el académico Jack M. Balkin opina que esta discusión no tiene una respuesta correcta ya que, para él, la interpretación constitucional requiere fidelidad al significado original de la Constitución y a los principios establecidos en el texto constitucional pero, a la vez, requiere lo que Balkin denomina “construcción” que significa decidir cuál es la mejor forma de aplicar el texto constitucional en las circunstancias actuales pero cimentados en la fuerte base del texto y principios constitucionales. Por ello, este método se lo denomina del texto y el principio. Balkin continúa en su explicación, argumentando que cada generación tiene la tarea de implementar la Constitución, en su propio tiempo, a través de la construcción de instituciones políticas, legislación y la creación de precedentes judiciales en el marco de la Constitución que sus autores trazaron.

Un ejemplo que da Balkin de cómo la Constitución estadounidense puede ser interpretada a la luz de los problemas y particularidades de cada generación sin ser incoherente con el texto y principios de la Constitución, es el cambio que produjo el movimiento por los

⁵² *Missouri v. Holland* en: <http://caselaw.findlaw.com/mo-court-of-appeals/1105328.html>(24 de junio de 2012) - Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁵³ Cfr. Antonin Scalia, *Common Law Courts in a Civil Law System: The Role of the United States Supreme Courts in Interpreting Constitution and Law*, New York, Ammy Guttman, 1997, p. 3 a la 17. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

derechos de las mujeres entre los años sesentas y setentas, que logró que se reconozca que tanto hombres y mujeres tienen los mismos derechos en el marco de la Enmienda Catorce “Igual protección ante la Ley”. Este reconocimiento, según Balkin, de ninguna forma desvirtuó los propósitos de igualdad, establecidos por los padres fundadores.⁵⁴

Más, este término medio como la teoría de la Constitución Viviente, son criticadas de la misma forma por la posición conservadora que enfatiza que no son las generaciones actuales directamente la que interpreta o construye la Constitución sino los jueces, que, en base a sus propias consideraciones, pueden decidir de una u otra forma, transformando a la “interpretación constitucional” en parcial y, sobre todo, ilegítima cuando tratan temas con grandes repercusiones sociales.

El segundo significado de la doctrina de la “Living Constitution” tiene que ver estrechamente con el rol que desempeñan los jueces en la sociedad. Este significado, descrito por el juez conservador William H Rehnquist, propone que los jueces, al ser intérpretes constitucionales, no deben dudar en usar su autoridad para hacer a la Constitución relevante y útil en la solución de los problemas de la sociedad moderna cuando los otros poderes (el Ejecutivo y el Legislativo) no actuaron eficazmente.⁵⁵ Este papel atribuido a los jueces, explica Rehnquist, está relacionado con la delicada responsabilidad del “*judicial review*” (control constitucional en español). Desde este ángulo, se justifica al “*judicial review*” como una forma que los jueces tienen de proteger a la Constitución de las acciones del poder Ejecutivo y Legislativo que restringen su aplicación o, directamente, violan sus principios y, por otro lado, de hacerla efectiva en caso de omisión de los otros dos poderes.⁵⁶ El mismo Rehnquist, en su artículo “*Una noción de la Constitución Viviente*”, se encarga de realizar amplias críticas a este significado de la “Living Constitution”. Primero, señala que el “*judicial review*” desde la primera vez que fue aplicado por el Juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* hasta la época actual, ha sido un instrumento que nace y que se justifica en la

⁵⁴ Cfr. Jack M. Balkin, *Fidelity to Text and Principle, The Constitution in 2021*, New York, Oxford University Press, 2009, p 12 a 17. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁵⁵ Cfr. William H Rehnquist, *The notion of a Living Constitution*, Cambridge, Harvard Journal of Law & Public Policy Vol. 29, 2006, p. 403. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 304 a 308. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

división de poderes. Es decir, que cuando los jueces de la Corte Suprema realizan control constitucional a través de sus sentencias, no pueden sobrepasarse y arrogarse funciones de los otros poderes pues esto significaría desconocer el orden establecido por la Constitución. En segundo lugar, explica Rehnquist, los jueces de la Suprema Corte, al no ser elegidos democráticamente, no tienen legitimidad para decidir por sí solos cuáles deben ser las soluciones a los problemas actuales. Son el Ejecutivo y, principalmente, el Legislativo las vías legítimas que tienen los ciudadanos para materializar cualquier propuesta social.

Ante estas posiciones, mi criterio es que la teoría de la “*Living Constitution*”, en su primer significado, está fundamentada en argumentos correctos y coherentes pues es y fue una forma de dar respuestas concretas ante las exigencias de los estadounidenses que pedían cambios, especialmente sociales, culturales y económicos, en el tratamiento de temas controversiales que tenían amplia repercusión en el ejercicio de derechos. Por ejemplo, la discriminación racial, tema tratado en la sentencia activista más importante en la historia de Estados Unidos, *Brown v. Board of Education*, que analizaré más adelante. Sin embargo, es menester precisar que su empleo debe ser razonado y debe fundamentarse en el texto y principios constitucionales, tal como lo señala Jack M. Balkin, lo que se traduce en la práctica responsable del activismo judicial sustantivo pues, de otra forma, la actuación judicial puede tornarse subjetiva y, lo que es peor, vulnerar principios y derechos constitucionales. En cuanto al segundo significado, como ya lo dije en el primer Capítulo, la actuación judicial debe buscar proyección social y la defensa de la Constitución; más, la realización de este objetivo debe ser siempre a través de caminos constitucionales, razonados, motivados, coherentes y medidos. Estos postulados deben ser seguidos por la práctica del activismo judicial sustantivo y en el ejercicio de la delicada atribución del “*judicial review*”. Cuyo ejercicio se encuentra sumamente unido al activismo judicial, pues la invalidación de normas consideradas inconstitucionales ha sido la consecuencia de las sentencias, consideradas activistas. Cuando no se ha cumplido estas importantes directrices y la Corte Suprema ha actuado excesivamente, se ha malinterpretado y puesto en tela de duda el activismo judicial, relacionado con la “*judicial review*”. Por ejemplo, autores como Carl E. Shwarz han criticado al Juez Rehnquist por utilizar la figura del “*judicial review*” para promover el mismo activismo judicial, que él

tanto crítica. Explico a continuación, esta corriente que entiende al activismo judicial como una tendencia ligada al uso excesivo del “*judicial review*”.

2.4. Activismo judicial y “judicial review”

Algunos juristas estadounidenses describen a lo que califican como “excesiva” invalidación judicial de la promulgación legislativa como activismo judicial. Esto se debe, según Carl E. Shwarz, a que en Estados Unidos se ha incrementado el número de leyes que han sido declaradas inconstitucionales por los jueces a pesar de que las disposiciones constitucionales que son supuestamente violadas por las leyes están en lenguaje abstracto y, por ende, su sentido puede diferir radicalmente dependiendo de la posición que defienda el juez.⁵⁷ En el caso de la Corte Suprema del Juez Rehnquist, Shwarz la acusa de haber desconocido el poder del Congreso interpretando, según la conveniencia de grandes empresas, la Clausula Interestatal de Comercio, que se encuentra en el artículo primero de la Constitución de Estados Unidos, echando abajo varias normas federales que regulaban actividades interestatales mediante el “*judicial review*”. Por ejemplo, en el caso *United States vs. López*, la Corte del Juez Rehnquist afirmó que el Congreso no tiene autoridad para prohibir portar armas en los colegios ya que este es un asunto que debe ser regulado por los estados por la afectación que puede sufrir el comercio.⁵⁸ No obstante, autores como Keenan D. Kmiec, que han analizado ambas posiciones, aclaran que nada tiene que ver el activismo judicial, entendido como la acción judicial en defensa de los derechos fundamentales, del uso excesivo de las potestades judiciales que se derivan del “*judicial review*”, pues en este contexto, se utiliza a la denominación “activismo judicial” en forma despectiva.⁵⁹

Personalmente, coincido con esta aclaración que hace Kmiec puesto que, notablemente, Shwarz utiliza el término “activismo judicial” de forma peyorativa para recalcar

⁵⁷ Cfr. Carl E. Shwarz, *Dual Devolutionary Federalism and the Judicial Activism of the US Supreme Court under Chief Justice William Rehnquist*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo (coord.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en Homenaje a Héctor Fix- Zamudio, México, UNAM, 2008, p. 495. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁵⁸ Cfr. Íbidem, p. 496 a la 500. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁵⁹ Cfr. Keenan D. Kmiec, op. cit. (1 de Julio de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

la excesiva aplicación del “*judicial review*” que le atribuye a la Corte del Juez Rehnquist. Ciertamente, es preciso comprender que cualquier referencia al activismo judicial como un repetido empleo del “judicial review” y, en general, de la actuación judicial basada en posiciones personales o políticas es una degradación del término “activismo” puesto que este tipo de acciones nada tienen que ver con el objetivo y propósito del activismo judicial sustantivo que analicé ampliamente en el Capítulo anterior, y que hace referencia a la maximización de los derechos fundamentales.

Ligado con este tema, en Estados Unidos, también se le asemeja al activismo judicial con la arrogación de funciones legislativas por parte de los jueces. Trato este punto a detalle a continuación.

2.5. Activismo judicial y arrogación de facultades legislativas por parte de los jueces

Una de las críticas más polémicas que se les hace a los jueces activistas es que buscan legislar desde la judicatura. Por esta razón, quienes apoyan el activismo judicial son acusados, por una parte, de “leer entre líneas” derechos en la Constitución, es decir, de reclamar la existencia de derechos que no hallan fundamento en el texto constitucional y, por otra, de distorsionar el contenido del texto constitucional para justificar el mal empleo del “*judicial review*”. Estas críticas han estado presentes en varios casos en la que jueces conservadores se han manifestado en contra de la arrogación de facultades legislativas por parte de la Corte Suprema a la que pertenecen. Por ejemplo, en el caso *Teleprompter Corp v. CBS* de 1974, la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema encabezada por el Juez Burger determinó que el Congreso no puede incluir en la Ley de Derechos de Autor una sanción a los suscriptores de un servicio que reciban transmisiones de radiodifusión no autorizadas por no constituir una infracción culposa al copyright. El Juez William O. Douglas expresó su disidencia a esta decisión diciendo: "*La Corte, al decidir, en este sentido, hace una incursión extraordinaria en*

el ámbito legislativo puesto que la decisión de incluir o no sanciones en una ley es un papel asignado a la legislatura”⁶⁰

Sin embargo, el caso más controversial en el que se ha puesto en entredicho al activismo judicial por arrogación de facultades legislativas es “*Roe vs. Wade*” que fue resuelto, igualmente, por la Corte liderada por el Juez Burger aunque se le atribuye la autoría del fallo al Juez Harry Blackmun, quien fue uno de los jueces asociados de aquella Corte Suprema.⁶¹

“*Roe v. Wade*” es una decisión histórica de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre el tema del aborto. En este caso, la Corte dictaminó que el derecho a la privacidad bajo la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce, debe extenderse a la decisión de una mujer de tener un aborto equilibrándolo con la protección de la vida prenatal y de la salud de las mujeres. El contenido central de *Roe v. Wade* es que el aborto debe ser permitido a la mujer, por cualquier razón, hasta el momento en que el feto se transforme en “viable”, es decir, sea potencialmente capaz de vivir fuera del útero materno sin ayuda artificial. La viabilidad se coloca cerca de los siete meses (28 semanas) pero puede ocurrir antes, incluso en las 24 semanas. Después de esta “línea de la viabilidad”, la Corte sostuvo que el aborto debe estar disponible cuando sea necesario para proteger la salud de la mujer. Por lo tanto, la conclusión de esta sentencia es que el derecho al aborto constituye el derecho a tener un tiempo razonable para decidir si se debe asumir las responsabilidades de la maternidad.⁶²

⁶⁰ William. O Douglas, *Teleprompter Corp v. CBS* citado por Keenan D. Kmiec, op cit., en

http://constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzFN_Bd, (1 de septiembre 2012) - Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁶¹ El juez Harry Blackmun, en varias ocasiones, declaró su convicción de que el aborto era un derecho constitucional. Por ejemplo, en el caso “*Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists Blackmun*” escribió: “Pocas decisiones son tan personales e íntimas y fundamentales para la dignidad individual y la autonomía, como la decisión de una mujer - con la guía de su médico - a para poner fin a su embarazo”.

⁶² Cfr. *Roe v. Wade* en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113> (1 de septiembre 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

El efecto más trascendental de la decisión de Roe contra Wade fue la invalidación de las normas que criminalizaban el aborto en el estado de Texas.⁶³ Además, cabe señalar que, el mismo día que se hizo pública la decisión en “Roe vs. Wade”, se difundió la decisión del caso “Doe vs. Bolton” que declaró inconstitucional la Ley que criminalizaba el aborto que no sea causado por malformación del feto o riesgo grave o mortal a la madre, en el estado de Georgia. Esta decisión estableció que una mujer puede practicar un aborto tras el límite de viabilidad del feto si ello es necesario para proteger su salud. Por ello, a este caso se lo llama “el compañero de Roe” y comparte con él la atribución de ser los pilares del derecho al aborto no sólo en Estados Unidos sino también en el mundo.⁶⁴

Ambas decisiones generaron un debate nacional que continúa en la actualidad pues dividió a la mayor parte de los Estados Unidos en dos bandos: pro-elección y pro-vida⁶⁵. Pero, dejando a un lado la importante discusión en torno a los argumentos a favor y en contra de estos dos grupos, el tema central que compete a esta tesis es resolver la pregunta de si la actuación de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos fue una arrogación de facultades legislativas y si puede ser catalogada como activista judicial o si se encaja en otras figuras.

Quienes defienden, desde el plano jurídico, la actuación de la Corte Burger en ambos casos, como Reva Siegel y Linda Greenhouse, argumentan que era necesario el reconocimiento del aborto como un derecho constitucional para garantizar efectivamente la igualdad de ciudadanía de las mujeres bajo la cláusula de “Igual protección” de la Enmienda Catorce. Por lo tanto, consideran que la Corte, al decidir que el derecho a elegir si se continúa

⁶³ Gene Burns, *The moral veto: Framing contraception, abortion and cultural pluralism in the United States*, 2005, p. 215. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁶⁴ Cfr. *Doe v. Bolton* en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0179_ZS.html (14 de noviembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁶⁵ Quienes apoyan al movimiento pro-elección sostienen que las leyes que prohíben el aborto violan el derecho a la privacidad, igualdad y libertad de la mujer pues las obligan a ser madres con todas las expectativas y obligaciones sociales que vienen con la maternidad. En cambio, los militantes del movimiento pro-vida consideran que la decisión de que un ser humano nazca, no puede basarse en razones individualistas que no toman en cuenta que la vida del niño o niña que está por nacer es tan importante como la vida de la madre. En cuanto a las imposiciones sociales que se derivan de la maternidad, señalan que la crianza de los hijos no pueden considerarse como obligaciones originadas de la sociedad ya que, en realidad, nacen de la propia naturaleza de la mujer. Más información sobre este debate en: Jack M. Balkin, *What Roe v. Wade should have said*, New York University Press, 2005 en: <http://balkin.blogspot.com/2005/07/what-roe-v-wade-should-have-said.html> (15 de septiembre 2012)

o no con un embarazo es parte del derecho a la privacidad, actuó en defensa de la Constitución e hizo legítimo uso del control constitucional para eliminar toda norma que contraviniera este derecho.

Sobre la eliminación de las normas que criminalizaban el aborto en Estados Unidos, Siegel y Greenhouse, sostienen que las restricciones del acceso al aborto estaban profundamente vinculadas con los estereotipos sobre los sexos que, a todas luces, son contrarias a la igualdad social que las mujeres tienen derecho a tener. Por esta razón, afirman que el mayor logro de la sentencia del caso “Roe vs. Wade” y “Doe vs. Bolton” fue frenar el uso de la ley criminal para coaccionar e intimidar a las mujeres a realizar el trabajo de la maternidad.⁶⁶

Estos argumentos son apoyados desde otro punto de vista por Ronald Dworkin, quien sostiene que aquellos que critican la decisión de la Corte en el caso “Roe” en cuanto a la determinación de que los estados de los Estados Unidos carecen la facultad de prohibir el aborto antes del primer trimestre de embarazo, excepto para proteger la salud de la madre basándose en una supuesta vulneración de la democracia deben preguntarse cuánto menoscaba una rotunda prohibición del aborto el interés e independencia de las mujeres como miembros de una genuina comunidad democrática.⁶⁷

Los que son contrarios a la acción de la Corte Burger en “Roe” y “Doe”, consideran que esta cometió un error al emitir decisiones que cerraron la libre discusión política sobre el tema, creando un verdadero cortocircuito en un proceso que debía ser democrático y anulando unilateralmente el entonces naciente debate sobre el aborto. Situación que según el analista político Frank Thomas, provocó que se cimente para siempre un estereotipo del liberalismo como doctrina de un pequeño grupo de expertos que respaldan las respectivas reformas por mandato judicial y no por consenso democrático.⁶⁸ Para el politólogo David Brooks, si la

⁶⁶ Cfr. Linda Greenhouse y Reva Siegel, *Before (and after) Roe vs. Wade: New Questions about backlash*, The Yale Journal, p. 2034 y 2035. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁶⁷ Cfr. Ronald Dworkin, *Equality, Democracy and Constitution: We the people in Court*, Alberta Law Review, Vol. XXVII, N 2, 1990, p. 143 y 144. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁶⁸ Cfr. Thomas Frank, *What's the matter with Kansas: How conservatives won the heart of America*, 2004 en <http://books.google.com.ec/books?id=AJKrMcOyQ3wC&dq=Thomas+Frank&hl=es&sa=X&ei=LgRZUam7A86>

discusión sobre el aborto se hubiera quedado en las legislaturas, se habrían producido una serie de compromisos de estado por estado a favor y en contra. Estos compromisos legislativos no hubieran satisfecho a todos, pero habrían sido considerados como legítimos.⁶⁹

Desde otro enfoque, para el jurista Jack Balkin, uno de los defensores del aborto en Estados Unidos, este es el derecho a tener un tiempo razonable para decidir si se debe asumir las responsabilidades de la maternidad. Mas, considera que este tiempo no debe ser definido por las Cortes sino por las legislaturas de cada estado pues estas son las legitimadas a restringir o incluso prohibir completamente los abortos, excepto cuando sea necesario, a juicio de los profesionales médicos, para preservar la vida o la salud de la madre.⁷⁰

Después de la exposición de argumentos en contra y a favor de los casos “Roe” y “Doe”, es posible resolver las dos preguntas que me planteé anteriormente.

En primer lugar, ¿la actuación de la Corte Suprema de Estados Unidos fue una arrogación de facultades legislativas? Desde mi perspectiva, considero que sí lo fue y realizó esta aseveración en base a los siguientes argumentos.

Como sabemos, la estructura estatal estadounidense se cimienta en el principio de división de poderes, cuyo objetivo principal es evitar la concentración del poder o la toma de decisiones en un solo órgano o persona y, con ello, fomentar el respeto al valor imprescindible en la organización política estadounidense: la democracia.⁷¹ El respeto de la democracia, en la actuación de cada rama del Estado significa el ejercicio responsable y meditado de las funciones primando siempre el diálogo democrático de la sociedad. En este punto, considero

80QGujw&ved=0CEQQ6AEwBA (20 de septiembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁶⁹ Cfr. David Brooks, *Roe's birth and death*, New York Times, Abril 21 2005 en:

www.nytimes.com/2005/04/21/opinion/21brooks.html?_r=0 (20 de septiembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁷⁰ Cfr. Jack M.Balkin, *What Roe v. Wade should have said*, New York University Press, 2005 en: <http://balkin.blogspot.com/2005/07/what-roe-v-wade-should-have-said.html> (20 de septiembre 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁷¹ Cfr. Martin H. Redish and Elizabeth J. Cisar, *If angels were to govern: The need for pragmatic formalism in separation of powers theory*, Duke Law Journal, Vol. 41, No. 3, Constitutional Perspectives, 1991, p. 451. En: <http://www.jstor.org/stable/1372845> (14 de diciembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

que la Corte Burger, al decidir unilateralmente la permisión del aborto en los tres primeros meses, no accedió a que las mismas mujeres se expresen si creían que una prohibición total del aborto era atentatoria contra sus derechos, lo que constituye una vulneración a otros derechos constitucionales como la libertad de expresión de quienes están en contra del aborto. En este punto disiento con la opinión de Ronald Dworkin pues las prohibiciones legislativas no significan restricción a la democracia cuando su adopción ha sido producto de un verdadero cuestionamiento democrático. Adicionalmente, considero que el caso específico del aborto, cuya regulación nació de las legislaturas estatales, debía continuar en ellas porque así se hubiera preservado su autonomía⁷². Veremos más adelante que el caso “*Brown vs Board of Education*” es muy distinto al caso “*Roe*” y “*Doe*” pues, en él, la Corte se atrevió a revertir una decisión tomada por una Corte Suprema anterior y no transgredió de ninguna forma las facultades de los otros poderes. Por las razones expuestas, comparto la opinión de Jack Balkin y sostengo que la Corte, en el caso “*Roe*” y “*Doe*”, desconoció la importancia de que el aborto sea discutido con más profundidad en cada estado de todos los Estados Unidos y consecuentemente, en vez de fortalecer los derechos individuales de todos los estadounidenses, los debilitó pues, en la decisión, se impuso la opinión de la Corte.

Por otro lado, en cuanto a la competencia de la Corte para definir al aborto como un derecho en base a la teoría de la “Living Constitution”, considero que, debido a la controversia entorno a si este acto es o no un derecho de las mujeres, no puede asegurarse que el reconocimiento de este derecho sea un avance o un retroceso para la sociedad. Para algunas personas entre las que me incluyo, el aborto es un delito contra la vida y, para otras, es un derecho derivado del principio de igualdad. Por la disparidad de opiniones en torno a este tema, mantengo la creencia de que la decisión correcta debía ser abrir la discusión y no imponer un solo punto de vista.

⁷² En los Estados Unidos, el fundamento principal de la autonomía estatal es el balance de poder. Por ello, la división del poder entre el gobierno federal y el gobierno estatal permite a los ciudadanos disfrutar los beneficios de la diversidad organizada. Mediante este sistema, cada estado tiene su identidad sin dejar de ser parte de la nación. Es este tipo de manejo que facilita por ejemplo, el uso de una sola moneda en todos los estados o la libertad de que cada uno de ellos elija si favorece o rechaza la pena capital. Más información en: Justino J Legón, Tratado de Derecho Político General, Tomo II, Buenos Aires, Ediar So. Anón Editores, 1959.

Refiriéndome a la segunda pregunta, es decir, si la actuación de la Corte Suprema en estos dos casos fue activismo judicial o debe encajarse en otras figuras, es importante tomar en cuenta que el activismo debe siempre expresarse como el ejercicio responsable de la función judicial y, esto implica, que el juez razone si las consecuencias de su decisión afectarán a los principios en los que se funda la estructura misma del Estado, como la democracia, y, sobre todo, si maximizarán o no la aplicación de los derechos consagrados constitucionalmente sin que esto signifique el detrimento de la aplicación de otros derechos, tal como lo señalé en el Capítulo anterior. Por ende, si el juez no realiza estas consideraciones básicas y una fundamentada motivación, su actuación no es activista sino autoritaria. En el caso “*Roe*” y “*Doe*”, la actuación de la Corte Suprema fue una muestra de autoritarismo pues impuso su criterio que, a final de cuentas, imposibilitó a la sociedad americana ejercer su derecho a discutir democráticamente si debía ser o no reconocido el aborto como un derecho.

Después de analizado este tema, trataré la principal sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América que inició la tendencia activista judicial no sólo en ese país sino en el mundo: “*Brown vs. Board of Education*”, caso resuelto por la Corte Warren. Este caso emblemático de la justicia estadounidense de mitad del siglo XX lo analizaré bajo la óptica de una de las categorías en las que algunos juristas estadounidenses encajan al activismo judicial, es decir, como una forma de ignorar el precedente de anteriores Cortes Supremas.

2.6. Activismo judicial y cambio de la interpretación de precedentes jurisprudenciales:

Varios juristas estadounidenses han etiquetado al activismo judicial como una forma de desatender o ignorar los precedentes jurisprudenciales anteriores y, por lo tanto, de cambiar las interpretaciones contenidas en ellos.

Cuando se utiliza el término "activismo judicial" para describir el proceso de ignorar o desatender el precedente, debe hacerse una distinción importante relacionada con el origen del precedente jurisprudencial que consiste en diferenciar si este es vertical u horizontal.

Antes de continuar, se debe tener en claro los siguientes conceptos. En Estados Unidos, se conoce como precedente vertical a la regla que obliga a los tribunales inferiores a respetar la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema y precedente horizontal a la regla que obliga a la Corte Suprema a seguir sus propias decisiones anteriores en casos similares.⁷³

El activismo judicial sustantivo, en los Estados Unidos, se ha manifestado como una forma de ignorar el precedente horizontal, tomando en cuenta que, el origen del activismo judicial fue en el seno de la Corte Suprema. Sobre esta manera de concebir el activismo judicial al igual que las anteriores que he explicado, existen argumentos a favor y en contra.

A favor, académicos como el Profesor Gary Lawson, sostienen que a veces es adecuado hacer caso omiso de precedentes horizontales pues argumenta que este tipo de precedentes pueden ser inconstitucionales y la Corte Suprema no sólo tiene el poder, sino la obligación de preferir a la Constitución antes que a un precedente.⁷⁴ En el mismo sentido, los profesores Ahkil Amar y Amar Vikram han declarado: *"Ignorar precedentes horizontales erróneos y terminar con una ciega deferencia a los mismos se traduce en la toma de decisiones constitucionales apropiadas."*⁷⁵

Por otro lado, los argumentos en contra del activismo judicial como una forma de ignorar el precedente jurisprudencial, se fundamentan principalmente en que el juez tiene la obligación de respetar las decisiones anteriores de la Corte que versen sobre el mismo objeto que se está resolviendo. A la vinculación que el precedente jurisprudencial impone se conoce como *"stare decisis"*. Sobre este tema, Keenan D. Kmiec comenta que muchos jueces estadounidenses se han manifestado en contra de la falta de adhesión al precedente horizontal. Por ejemplo, el juez William J. Brennan, juez asociado de la Corte Suprema de la Corte Suprema de Estados Unidos, mostró su discrepancia en *"Engle v Issac"*, en donde se revertió

⁷³ Cfr. Keenan D. Kmiec, op. cit. (11 de diciembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-

⁷⁴ Cfr. Gary Lawson, *The Constitutional Case Against Precedent*, Cambridge, Harvard J.L. & Pub, 1994, p. 23 y 24. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-

⁷⁵ Akhil Reed Amar & Vikram David Amar, *How Should the Supreme Court Weigh its Own Precedent?*, Findlaw's Writ en <http://writ.news.findlaw.com/amar/20021213.html> (11 de diciembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-

precedentes jurisprudenciales de casos que a penas habían sido finalizados un mes atrás. Del mismo modo, el juez John Paul Stevens, en el caso “*Kimel v. Florida Board of Regents*” señaló que la anulación del precedente anterior descarta la importancia vital que tiene el “*stare decisis*” y representa un cambio radical en la función propia de la Corte Suprema, que es evitar que se dicten sentencias imprevisibles, contradictorias o caóticas.⁷⁶

A pesar de la existencia de estos importantes argumentos en contra del cambio de precedente, es importante tener en cuenta que el sistema de precedentes en Estados Unidos no es absoluto si no más bien relativo pues se permite ignorar el precedente siempre y cuando estén de por medio razones suficientes y razonables. Y ¿cuáles serían estas razones suficientes y razonables que sustentarían el cambio del precedente horizontal? Sobre este tema, el jurista colombiano Diego Eduardo López Medina ha desarrollado importante doctrina en base a las sentencias de la Corte Constitucional colombiana y las teorías, elaboradas por Ronald Dworkin que estudian y analizan el precedente jurisprudencial. López Medina señala que el cambio de precedente al interior de una Alta Corte puede producirse dentro de las siguientes tres categorías generales:

1. Cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación determinada, no responda al cambio social posterior.
2. La Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.
3. Por cambio en el ordenamiento jurídico, es decir, por cambios constitucionales y legales relevantes.⁷⁷

La primera y la segunda causa fueron la motivación que la Corte presidida por el juez Earl Warren encontró para emitir el fallo del caso “*Brown vs. Board of Education*” (en adelante caso “*Brown*”) que revirtió la decisión de la Corte Suprema en el caso “*Plessy v. Ferguson*” (en adelante caso *Plessy*). El caso *Plessy* permitió la segregación racial bajo la

⁷⁶ Cfr. Keenan D. Kmiec, op. cit. (11 de diciembre de 2012)

⁷⁷ Cfr. Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 89.

doctrina del “*equal but separate*” en base a la interpretación de la Enmienda Catorce de la Constitución Estadounidense.⁷⁸

Con el fin de comprender el alcance de la actuación judicial de la Corte Warren en el caso “*Brown*”, detallaré en que consistió el caso “*Plessy*”.

Homer A. Plessy, un hombre con 1/8 de descendencia africana, debía viajar a Covington, Louisiana el 7 de junio de 1892. Con ese fin, compró un pasaje de tren y le asignaron un asiento en el vagón que correspondía sólo a hombres blancos. Después de sentarse, las autoridades le solicitaron que se traslade al vagón de afroamericanos y Plessy se negó. Este hecho provocó que Plessy fuera detenido y trasladado a la cárcel de New Orleans. En el juicio, Plessy argumentó que, en la detención, se violó la enmienda catorce pues sufrió una clara discriminación por su descendencia negra. Por su parte, el fiscal general sostuvo que separar a personas blancas y negras no conlleva una violación de la enmienda catorce ya que se estaba cumpliendo la ley y el principio que determina que el trato diferenciado no significa una violación a la igualdad. Finalmente, la Corte aceptó el argumento presentado por el fiscal y confirmó la sentencia de prisión y la multa contra Plessy, reafirmando obligatoriamente la doctrina del “*equal but separate*”.⁷⁹

Sin embargo, tal como comenta Ramiro Ávila, en este caso, existió una opinión disidente expresada en un contundente voto salvado del juez John Marshall que instituía la doctrina opuesta al “*equal but separate*” pues determinaba que la Constitución no tiene color y no tolera ni distingue entre ciudadanos. Por esta razón, el Juez Marshall opinó que si la Corte Suprema tomaba una decisión basada en la doctrina del “*equal but separate*”, esta estimularía

⁷⁸ Decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, sección 1: Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta por ello a tal jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.

⁷⁹ Cfr. *Plessy v. Ferguson* en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537> (14 de diciembre de 2012) - Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

la violencia entre grupos y la creencia de que es posible, a través de actos del estado, anular los beneficios de los derechos establecidos en la Constitución.⁸⁰

Las consecuencias del caso *Plessy* fueron determinantes en la organización social de los Estados Unidos ya que prácticamente constitucionalizó la segregación entre blancos y afroamericanos en las universidades, las escuelas, y, en general, en todo espacio público.

Frente a esta realidad, en los años cincuenta, el movimiento de derechos civiles liderado por Martin Luther King y la “National Association for the Advancement of Colored People- NAACP (en español Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color), decidieron respaldar la presentación de una demanda, por un padre de familia afroamericano llamado Oliver Brown, que podía constituir y, de hecho así fue, en un litigio estratégico⁸¹ que revierta el precedente establecido en el caso *Plessy* y se produzca un cambio de interpretación de la decimocuarta enmienda en el seno de la Corte Suprema de Justicia.

El hoy famoso y paradigmático caso “*Brown v. Board of Education*” (en adelante caso *Brown*) se basó en la negativa del director de la escuela de niños “blancos” de Topeka, Kansas que no permitió a la hija del señor Oliver Brown matricularse y estudiar en aquella institución educativa a pesar de que se encontraba cerca de su hogar y, sobre todo, que era más segura para la niña quien debía atravesar, todos los días, las rieles del tren para llegar a la escuela de afroamericanos. La demanda fue presentada, en primer lugar, ante la Corte distrital de Kansas y su pretensión era determinante: la finalización de la segregación en escuelas públicas. Como era de esperarse, la Corte distrital aplicó el precedente *Plessy* y negó la demanda en 1951. Así

⁸⁰ Cfr. Ramiro Ávila, op. cit, p. 462.

⁸¹ El litigio estratégico, también llamado litigio de impacto, involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios mayúsculos en la sociedad. En los casos de litigio estratégico, hay una preocupación por el efecto que el caso tendrá en otros segmentos de la población y el gobierno, además del resultado del caso para el interesado. Más información en: Child Rights International Network, *Guía sobre el litigio estratégico*, <http://www.crin.org/resources/infodetail.asp?ID=17970> (15 de diciembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

que el caso *Brown* fue presentado ante la Corte Suprema liderada por Earl Warren en 1952 que, de forma unánime (9-0), revertió el precedente *Plessy*.⁸²

Después de relatados los hechos del caso *Brown*, detallaré el análisis jurídico que realizó la Corte Warren que como consecuencia, cambió el precedente “*equal but separate*” y, sobre todo, analizaré las razones que hacen de la actuación de la Corte Warren en este caso, el mejor ejemplo de activismo judicial sustantivo en lo Estados Unidos de América.

En la sustanciación del proceso ante la Corte Suprema, fueron expuestos los argumentos de la parte demandante y los de los demandados. En primer lugar, los demandantes sostuvieron que el trato diferenciado en las escuelas públicas sí violaba el principio de igualdad pues obligaba a los niños de raza negra a recibir una educación de menor calidad pues el nivel académico y de infraestructura entre las escuelas de niños blancos y negros era abismalmente diferente pero, sobre todo, a crecer y desarrollarse con un sentimiento de inferioridad. La parte demandada, es decir, la Dirección de Educación de Topeka respondió, primero, que la segregación racial en la escuelas era necesaria pues preparaba a los niños afroamericanos para asumir la realidad que viven los adultos negros en Estados Unidos, segundo, que sólo el Congreso podía pronunciarse sobre la legalidad de la segregación escolar y, por último, argumentaron la falta de evidencia de los efectos negativos de la segregación en los estudiantes afroamericanos.⁸³

En base a estas dos posiciones, la Corte Warren procedió, en primer lugar, a analizar el alcance de la enmienda catorce relacionada con la igual protección ante la ley (*equal protection of law*) y el derecho a la educación y, para ello, utilizó dos métodos. Como lo menciona Ramiro Ávila, el primero de ellos estaba vinculado con el espíritu de la Constitución

⁸² Cfr. *Brown v. Board of Education*, en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/349/294> (15 de diciembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁸³ Cfr. *Íbidem* (16 de diciembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

y la intención de quienes la enmendaron y el segundo con el contexto en el que se aplica el principio.⁸⁴

Con el fin de descifrar el espíritu de la Constitución y la intención de quienes la enmendaron, los miembros de la Corte estudiaron las circunstancias de la adopción de la Decimocuarta Enmienda en 1868. Las exhaustivas consideraciones que realizaron giraron entorno a las prácticas entonces existentes en la segregación racial y a las opiniones de los partidarios y opositores de la enmienda. En cuanto a las prácticas, era un hecho histórico que la segregación era ampliamente aceptada en aquella época por motivos sociales, culturales y, entre otros, porque la eliminación de la esclavitud en Estados Unidos a penas había ocurrido 6 años antes. Situación que no cambió en 1896, año en el que se resolvió el caso *Plessy*.

Respecto a las opiniones alrededor de la enmienda, la Corte pudo dilucidar que sus defensores más fervientes deseaban eliminar las distinciones legales entre todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos. En cambio, sus oponentes querían que el principio de igualdad tenga un efecto más limitado. No obstante, la opinión de los legisladores no era clara ni concreta. Finalmente, la Corte analizó las circunstancias del derecho de la educación en los años de adopción de la enmienda décimo cuarta. En el Sur, la educación de los niños blancos estaba en gran parte en manos de grupos privados y la educación de los niños negros era casi inexistente. En el Norte, en cambio, la educación pública había avanzado más pero los planes de estudio eran generalmente rudimentarios. Como consecuencia de ello, no era sorprendente que no se haya analizado en aquella época el efecto de la decimocuarta enmienda en la educación pública.

Como vemos, los resultados del estudio de estas consideraciones a pesar de su importancia, no eran suficientes para que la Corte tome una decisión y, por lo tanto, determine conclusiones concretas sobre la relación entre la educación y la enmienda catorce. Así que la Corte pasó a utilizar el método contextual para analizar el caso, que de hecho fue la base del alegato de los demandantes. Me detengo en este punto para enfatizar que el método contextual no es otra cosa que la puesta en práctica de la teoría de la “*Living Constitution*” expresada en

⁸⁴ Cfr. Ramiro Ávila, op. cit, p. 464.

de la forma que el jurista Balkin la describe, es decir, aquella que establece que la Constitución estadounidense y sus enmiendas tienen un significado dinámico y, por ello, cuando el juez debe interpretarlas tiene que tomar en cuenta las circunstancias actuales fundamentándose en los principios constitucionales. Este punto es primordial para ligar al caso *Brown* con la doctrina existente sobre el activismo judicial sustantivo pues es claro que los jueces que conformaron la Corte Warren, hicieron un análisis minucioso y motivado para alcanzar un fin mayor que la simple obediencia al precedente, es decir, la maximización de derechos establecidos constitucionalmente, la igualdad ante la ley y el derecho a la educación. Maximización que es el objetivo principal del activismo judicial sustantivo. Además, la Corte Warren estableció, a la luz de las exigencias sociales de ese tiempo, si el derecho a la educación y el principio de igualdad estaban siendo garantizados para los afro descendientes con la aplicación de la doctrina del “*equal but separate*”. A continuación, estudiaré, paso a paso, el análisis que realizó la Corte antes de llegar a su decisión.

En primer lugar, como ya vimos, la Corte Warren reconoció que los autores de la enmienda no previeron todas las situaciones en las que podía entrar en conflicto la realización del principio de igualdad ante la ley y, por otro lado, la Corte Warren definió que el derecho a la educación es parte del ámbito de protección de este principio.

Segundo, la Corte examinó constitucionalmente la doctrina del “*equal but separate*” con relación al principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el derecho a la educación. Inicialmente, la Corte estableció que, sin duda, el derecho a la educación es sumamente importante en la sociedad democrática estadounidense pues, a través de su protección y garantía, se brindaba a las personas las mismas oportunidades para superarse. No obstante, la Corte enfatizó que esas oportunidades no sólo se refieren a factores tangibles como las instalaciones físicas sino también al trato que reciben los estudiantes. Concretamente, sobre la situación de la población negra, la Corte determinó que a pesar de que se llegasen a igualar las condiciones materiales de la educación que blancos y negros reciben, el impacto negativo de la segregación racial en la vida de los niños y niñas afroamericanos genera en ellos un sentimiento de inferioridad que afecta su desarrollo y que, difícilmente, podrá borrarse de sus

almas y mentes.⁸⁵ Por ende, la Corte llegó a la conclusión de que la doctrina “*equal but separate*” no debe aplicarse en el sistema educativo pues significa una violación de la enmienda catorce sobre la igual protección ante la ley.

El caso no se agotó en la sentencia ya que, en los años siguientes, empezó su ejecución que, al principio, fue difícil pues los estados del Sur se resistieron. Inclusive, varios senadores sureños firmaron un manifiesto en que proclamaban al caso *Brown* como inconstitucional en 1956. No obstante, con el tiempo, los efectos del precedente *Brown* comenzaron a echar fuertes raíces tan enérgicas que perduran hasta hoy.

El primero de esos efectos fue el inicio del proceso de desagregación en la sociedad estadounidense que fortaleció al Movimiento de Derechos Civiles que, como sabemos, tenía como principal propósito extender el acceso pleno de los derechos civiles y la igualdad ante la ley de los afroamericanos en ese país. Tal como comenta Peggy Cooper Davis, en los años cincuenta, cuando empezó a surgir el Movimiento de Derechos Civiles, la gran mayoría de afroamericanos vivían una situación deplorable de pobreza, analfabetismo y opresión pues, en muchos estados del Sur, no se les concedía el derecho al voto, se les negaba trabajo, no podían ser parte del sistema de justicia, por ejemplo, no podían ser parte de jurados y eran discriminados en la Armada y en la Marina. Mas, a raíz de la puesta en ejecución de la sentencia del caso *Brown*, los afro descendientes empezaron a integrarse en la cultura y espíritu americano y a demostrar al mundo su talento deportivo, artístico y profesional.⁸⁶

⁸⁵ La Corte fundamentó este importante razonamiento en los estudios sociales y psicológicos que realizó el destacado psicólogo afroamericano Kenneth Clark, que después se convertiría en el primer hombre negro en presidir la Asociación Americana de Psicología. Desplomando de esta forma, el argumento de la Dirección de Educación de Topeka que afirmaba que los impactos de la segregación en los afroamericanos eran desconocidos, evidenciando que hacían de menos el estudio realizado por Clark. Más información en: Ludy T. Benjamin, *A Brief History of Modern Psychology*, Blackwell Publishing, 2007, p. 193-195.

⁸⁶ Cfr. Peggy Cooper Davis, *A legacy of a Civil Rights Lawyering in Brown v. Board of Education* en Austin Sarat (Ed.), *Race, Law & Culture: Reflections on Brown v. Board of Education*, Oxford University Press, 1997, p. 63 y 64. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

El segundo efecto fue motivar a otros grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad como los inmigrantes ilegales a que reclamen la garantía y protección de derechos fundamentales, en especial, el derecho a la educación por medios judiciales. Un ejemplo de ello, es el caso “*Plyler v. Doe*” de 1982.⁸⁷ La demanda de este caso se basó en la supuesta violación de la enmienda catorce por la negación al acceso de niños indocumentados al sistema de educación pública en Texas. Como respuesta, el Estado de Texas argumentó que cada estado tiene la potestad para establecer medidas de control migratorio y que la restricción al acceso a la educación era una de ellas. Finalmente, la Corte Suprema realizó las siguientes consideraciones antes de pronunciar su decisión. En primer lugar, la Corte sostuvo que un inmigrante antes de tener el estatus de legal o ilegal es una persona, por lo tanto, el Estado debe reconocer y garantizar sus derechos fundamentales como la educación. Segundo, a pesar de que es inadmisibles la obtención de beneficios producto de una conducta ilegal, esto no implica que los hijos de padres que hayan inmigrado ilegalmente a Estados Unidos, paguen por las acciones de sus progenitores. Finalmente, tomando en cuenta estos dos argumentos y el precedente *Brown*, la Corte decidió que la restricción al acceso a la educación para niños y niñas de padres ilegales constituía una violación a la cláusula de igual protección ante la ley.

El tercer efecto fue motivar una fuerte acción de todos los poderes del Estado estadounidense con el fin de hacer cumplir el precedente establecido por el caso *Brown*. En este sentido, los demás órganos del Estado asumieron su obligación de cumplir y expandir los contenidos de derechos establecidos en la Constitución. Concretamente, el Poder Legislativo expidió leyes que promovieron la igualdad en el voto, la vivienda, los derechos y la educación. El Poder Ejecutivo puso en ejecución dichas leyes e implementó políticas públicas en el sistema educativo que promovieran la integración racial y la Corte Suprema estableció estándares que fueron observados por las otras funciones.⁸⁸

En resumen, la acción de la Corte Warren en el caso “*Brown v. Board of Education*” que es identificada como activismo judicial desde el punto de vista del cambio de precedente y

⁸⁷ *Plyler v. Doe* en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=457&invol=202> (16 de diciembre de 2012) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

⁸⁸ Cfr. Owen, Fiss, *The law as it could be*, New York University Press, 2003, p. 246 citado por Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 474.

de interpretación es ejemplo de una actividad judicial responsable que contempla la importancia de la proyección social de los procesos judiciales. Es importante destacar que sentencias como la del caso *Brown* generan las circunstancias para que los otros poderes del Estado trabajen coordinadamente, alienándose al precedente y generando cambios cualitativos en la vida de sus ciudadanos, lo que no constituye una violación al principio de separación de poderes. Hago esta afirmación tomando en cuenta que la Corte Suprema en el caso *Brown* revirtió la doctrina del “*equal but separate*” establecida por la misma Corte y, como consecuencia, se echó abajo las normas y políticas públicas que iban en contra de la nueva doctrina de inclusión y no segregación que como vimos, no sólo se enfocaban en la población afroamericana, sino que se extendían a todas las personas en condiciones de vulnerabilidad que habitaban los Estados Unidos.

CAPÍTULO III

ACTIVISMO JUDICIAL EN LA NORMATIVA Y EN ALGUNOS FALLOS DEL ECUADOR

3.1. Influencia de la transformación del sistema jurídico y constitucional ecuatoriano en el desarrollo del activismo judicial:

El sistema jurídico y constitucional ecuatoriano, para algunos juristas como Ramiro Ávila,⁸⁹ requería ser transformado entre varias razones, con el fin de innovar la visión formalista, literalista y mecanicista de lo jurídico que generaba una insuficiente capacidad del derecho y de los operadores de justicia para resolver los retos institucionales, políticos, sociales, económicos y culturales que tiene la realidad ecuatoriana. Motivados por esta necesidad de cambio, tal como lo relata Juan Montaña en su crónica sobre el debate constitucional, los constituyentes de Montecristi discutieron largamente sobre cuál era el mejor camino para la cimentación de un sistema de justicia ordinario eficaz y comprometido con la ética y en torno a la construcción de una nueva justicia constitucional que asegure la jerarquía de la Constitución frente a los jueces manteniendo su independencia y autonomía.⁹⁰ Una de las soluciones que los constituyentes encontraron a estos cuestionamientos, fue transitar del modelo de Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de derechos y justicia haciendo énfasis en la vinculación axiológica a la doctrina y práctica de los derechos humanos. Cambio inspirado en el neoconstitucionalismo llamado también constitucionalismo garantista que motivó, además, la institución de la función constitucional del juez ordinario ejercido a través de las garantías jurisdiccionales y el replanteamiento del control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008. Estos puntos, que serán desarrollados más adelante, están estrechamente vinculados con el activismo judicial sustantivo en el Ecuador que, como veremos, se sustenta en varios elementos del

⁸⁹ Para más información consultar: Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala, 2011.

⁹⁰ Cfr. Juan Montaña Pinto, op. cit. P. 76, 77 y 78.

constitucionalismo garantista ecuatoriano patente en la Constitución ecuatoriana de 2008; mas, que no se inició con la entrada en vigencia de esta Constitución ya que, de la mano con la consolidación del control de constitucionalidad difuso en la Constitución de 1998, empezó el desarrollo del activismo judicial sustantivo en nuestro país como lo veremos más adelante.

Pero, la transformación normativa de la justicia no se limitó a la Constitución de 2008, sino que continuó con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial que, intentó, dar un giro al papel del juez en el ámbito procesal, iniciando la tendencia del activismo judicial adjetivo en el Ecuador, aunque con grandes incongruencias que se repiten y profundizan en el Proyecto de Código General del Proceso que analizaré más adelante.

Con estos antecedentes, inicio el estudio y análisis del activismo judicial adjetivo y sustantivo en el Ecuador. Cabe recalcar que el activismo judicial adjetivo ecuatoriano no tiene su par en el sistema jurídico estadounidense; sin embargo, le dedicaré la primera parte de este Capítulo, por la importancia de las observaciones que he realizado a las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, del Proyecto de Código General del Proceso y de la Constitución respecto al activismo judicial adjetivo que, como mencioné, poseen varias contradicciones.

En la segunda parte, retomaré el análisis del activismo judicial sustantivo con el fin de desentrañar su origen y analizar su desarrollo en el Ecuador que me llevarán a identificar las diferencias y semejanzas con los fundamentos del activismo judicial sustantivo estadounidense, los errores nuevos y repetidos en su concepción y, sobre todo, a dar mi perspectiva sobre el presente y futuro de la actividad judicial en el Ecuador, propósito de esta disertación.

3.2. Activismo judicial adjetivo en el Ecuador:

3.2.1. Desarrollo del activismo judicial adjetivo a partir de la publicación del Código Orgánico de la Función Judicial:

La anterior Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada el 11 de septiembre de 1974 en el Registro Oficial 636 que ha sido objeto de varias reformas hasta las que se realizaron producto de la Ley No. 33, divulgada en Registro Oficial 238 de 28 de marzo del 2006, en su Art. 7 establecía como funciones básicas de los jueces exigir de toda autoridad el auxilio que demande el ejercicio de sus atribuciones, compeler y apremiar, por los medios legales a cualquier persona de su fuero, para que proceda conforme a derecho y ejercer la misma autoridad sobre quienes deban declarar como testigos, cualquiera que sea el fuero de que gocen. Estas tres atribuciones, como vemos, eran meramente herramientas para el cumplimiento de sus obligaciones, que debían ser practicadas acorde a los principios establecidos en los Arts. 191 y 194 de la Constitución de 1998: unidad jurisdiccional, oralidad, dispositivo, de concentración e intermediación.

Estas funciones básicas del juez se ampliaron y cambiaron en gran medida con la entrada en vigencia del actual Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), publicado el 9 de marzo de 2009 en el Suplemento del Registro Oficial No 544, pues varias de las normas que regulan las atribuciones de los jueces, en particular el Art. 130, han establecido funciones judiciales cuyo objetivo es dar mayor protagonismo al juez en el proceso buscando la realización de la justicia en la solución de los conflictos que llegan a su conocimiento. Este propósito que encaja en la definición que describe la tendencia denominada activismo judicial “*adjetivo*”, chocan en muchos casos con los principios rectores de la Función Judicial establecidos en el propio COFJ y en la Constitución de 2008, especialmente con el principio dispositivo y el de verdad procesal, que son la base del garantismo. A continuación, analizaré, fundamentándome en las disposiciones que describen las funciones de los jueces, establecidos en el COFJ, otras normas vigentes y en el Proyecto de Código General del Proceso⁹¹, las acciones judiciales establecidas como funciones activistas a la luz de lo planteado en el Capítulo I de esta disertación.

⁹¹ Consejo de la Judicatura en Transición, Proyecto Código General del Proceso, versión pdf en: [http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/785-c%C3%B3digo-general-del-proceso-acad%C3%](http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/785-c%C3%B3digo-general-del-proceso-acad%C3%91) (1 de febrero 2013)

3.2.2. Principales funciones activistas establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, otra normativa vigente y el Proyecto de Código General del Proceso:

a) Disponer de oficio la práctica de pruebas y la valoración de las mismas:

El Art. 130 del COFJ en su numeral 10 señala que los jueces deben ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Esta facultad se encuentra establecida en otros cuerpos normativos como el Código Tributario que, en su Art. 262, determina que las salas de los tribunales fiscales pueden ordenar de oficio la presentación de nuevas pruebas o de cualquier diligencia investigativa que juzguen necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad o para establecer la real situación impositiva de los sujetos pasivos en cualquier estado de la causa incluso antes de la sentencia. Como quedó establecido en el primer Capítulo, la iniciativa probatoria del juez tiene estrecha relación con la valoración de las pruebas, esta dependencia se ve reflejada en el Art. 270 del Código Tributario que establece que el juez podrá solventar su decisión en base de todas las pruebas como aquellas que haya solicitado de oficio inclusive de las que se presentaren extemporáneamente, siempre que con ellas pueda esclarecerse la verdad o ilustrar el criterio de los ministros. Volviendo a la facultad oficiosa, el Art. 293 del Código de la Niñez y Adolescencia determina que 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. Por último, en el Código del Trabajo Art. 577, en Ley para el juzgamiento de la colusión Art. 5 y la Ley de Arbitraje y Mediación Art. 23 se otorga al juez y, en el último caso, al árbitro la facultad de solicitar pruebas de oficio para esclarecer la verdad.

Estas disposiciones reflejan que la función primaria del activismo judicial adjetivo, la iniciativa probatoria de los jueces, ha sido adoptada por nuestro ordenamiento jurídico inclusive antes de la expedición del COFJ pues todas las normas antes citadas tenían plena vigencia antes del 9 de marzo de 2009, fecha en la que se publicó el Código Orgánico. Esto se debe a que, en el Ecuador, se ha discutido el contenido y los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva, estableciendo que este derecho no sólo deben garantizar el acceso a la

justicia sino también la eficacia de la decisión judicial.⁹² En todos estos aspectos, además, se ha tomado la orientación que prima en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Lo lamentable, en este caso, es que a pesar de que se reconoce la iniciativa probatoria del juez en estas disposiciones y, especialmente, en el COFJ, se haya establecido como principio rector de la Función Judicial en la Constitución de 2008, Art. 168 numeral 6, y en el COFJ, Art 19, al principio dispositivo y que, en el Art. 27 del COFJ, se determine el principio de verdad procesal como una obligación de los jueces a resolver únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes.

Estos principios generan dudas sobre la constitucionalidad de la iniciativa probatoria pues si el juez solicita de oficio pruebas y, sobre ellas, fundamenta su sentencia, no está decidiendo en base a lo presentado por las partes, lo que podría significar una vulneración al principio dispositivo, al principio de verdad procesal (según lo definido en el COFJ) y, en consecuencia, al principio de supremacía constitucional. Ante este problema, realizo las siguientes observaciones y propongo soluciones.

En primer lugar, observo el error cometido por el constituyente quien elevó el principio dispositivo a rango constitucional a pesar de que, como vimos, su aplicabilidad irrestricta no es conveniente en todos los procesos para el esclarecimiento de la verdad como, por ejemplo, en los procesos fiscales y en los de pensión de alimentos. Pero más criticable es la acción del legislador que en el COFJ que, por un lado, establece como principios al dispositivo y, como una extensión de este, al de verdad procesal y, por otro, otorga iniciativa probatoria a los jueces. Lo que denota una falta de investigación y estudio sobre el fin y justificación de la iniciativa probatoria y, sobre todo, una carencia absoluta de coherencia entre las normas antes mencionadas que forman parte de un mismo cuerpo legal. Errores como estos generan dificultades a los jueces a la hora de decidir pues cuando requieran solicitar pruebas de oficio, deberán interpretar los principios del COFJ en vez de ejercer directamente su facultad oficiosa.

⁹² Más información en: Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Fundamentos Constitucionales del Proceso Contencioso Administrativo, Quito, Andrade & Asociados, 2007, p. 41 a 75.

Por otro lado, esta manifiesta incoherencia puede provocar trabas en los procesos pues, ante el ejercicio de la iniciativa probatoria, la parte que se considere afectada puede refutar aquellas pruebas basándose en las normas que recogen el principio dispositivo y el de verdad procesal.

En segundo lugar, quiero detenerme en el principio de verdad procesal, según lo establecido en el Art. 27 del COFJ, que dice textualmente lo siguiente: *“Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución.”* (El subrayado es mío). Esta determinación del principio de verdad procesal es sumamente restrictiva puesto que la verdad procesal, en términos generales, es aquella que consta en autos y el legislador al limitar este principio sujetando a los jueces a decidir sólo en función de lo aportado por las partes, expresamente está negando la posibilidad de que las pruebas solicitadas por el juez sean tomadas en cuenta a la hora de resolver. Este condicionamiento de la actuación judicial hace que el proceso se convierta un asunto entre las partes y, en este marco, el juez debe atenerse a las pruebas que se hayan presentado dentro de los límites de la pretensión del demandante y la contestación del demandado. El efecto directo de esta restricción es que la verdad material quede de lado y se prime la verdad que las partes quieren demostrar que no siempre coincide con la realidad de los hechos. Posiblemente, el legislador quiso prevenir que la iniciativa probatoria sea utilizada arbitrariamente limitando la verdad a la que lo que las partes presenten; mas, si ese fuera el caso, la solución correcta hubiera sido la regulación y el establecimiento de un procedimiento para el ejercicio de esta facultad, por ejemplo, determinando que el juez tiene la obligación de motivar su decisión de solicitar pruebas de oficio, que dicha solicitud deben sujetarse a lo actuado en el proceso y que las partes tienen derecho a presentar las excepciones que fueran del caso a la solicitud del juez que puede ser resueltas por una sala diferente o los conjueces.

Presentados los problemas que enfrenta la práctica de la iniciativa probatoria judicial consagrada en el COFJ y la ausencia de un procedimiento para su ejercicio, considero que su solución constitucional es el empleo del método de ponderación y la aplicación directa de los principios del debido proceso. Es decir, en el caso de que se vean enfrentados, por un lado, el

principio dispositivo y el de verdad procesal y, por el otro, el principio de eficacia y el de tutela judicial efectiva al momento de que el juez solicite pruebas de oficio y resuelva en base a ellas, deberá motivar su decisión fundamentándose en un análisis ponderativo que determine el grado en el que se afectaría la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las partes si el juez no ordenaría aquellas pruebas y se daría preeminencia al principio dispositivo y el de verdad procesal. Por otro lado, la parte contra quien el juez haya solicitado pruebas, tiene el mismo derecho a contradecirlas como si estas hubieran sido presentadas por la parte adversaria según lo determinado en el Art. 76, numeral 7, letra h de la Constitución de la República.⁹³ Asimismo, presentar los recursos que la ley les permite.

Como punto final a este tema, señalo que la iniciativa probatoria del juez es tomada en cuenta en el Proyecto de Código General del Proceso (en adelante Proyecto de CGP) que está siendo desarrollado por el Consejo de la Judicatura y que se espera sea discutido por la Asamblea Nacional en el presente año 2013. Nombraré, analizaré y realizaré algunos comentarios de estas normas, advirtiendo que son parte de un proyecto y, por ende, pueden ser objeto de transformación en el futuro.

La iniciativa probatoria de los jueces sólo se la consagra en dos casos en el PCGP. El primer caso se encuentra en el Art. 192 que establece la facultad de los jueces de solicitar de oficio peritajes a través del sistema de sorteo digital implementado por el Consejo de la Judicatura de acuerdo a la materia y experticia requeridas. En este caso, la posibilidad de que el juez ordene la realización de una pericia se extiende hasta diez días después de la notificación con la convocatoria a audiencia de juicio oral. Cabe destacar que en este artículo se establecen varios requisitos que debe cumplir la resolución que nombre al o a los peritos; mas, no se señala ninguna regulación a la facultad oficiosa del juez para solicitar peritajes como la motivación de la petición y la posibilidad de que las partes presenten excepciones al peritaje solicitada por el juez y que estas sean resueltas imparcialmente. Estas mismas

⁹³ Art. 76, CRE: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

falencias se repiten en el segundo caso, presente en los Arts. 173 y 231, que determinan la atribución de los jueces a solicitar pruebas de oficio en caso de allanamiento total si el caso se trata de orden público derechos indisponibles o cuando exista peligro de fraude o colusión. Considero importante llamar la atención en el hecho de que la iniciativa probatoria no se la establece en los artículos del Proyecto que regulan la prueba documental y material y se la condiciona a los dos casos señalados anteriormente. Lo que significa una limitación de la facultad consagrada en el Art. 130 numeral 10 del COFJ. Espero que en los próximos meses se realice un mejor análisis sobre este tema y que se hagan los correctivos necesarios.

b) Impulsar de oficio el proceso:

En el COFJ, se encuentra establecida la función activista de impulsar de oficio el proceso como una obligación en el Art. 139 del COFJ que establece que las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite de los procesos dentro de los términos legales y su incumplimiento será sancionado según el mismo Código.⁹⁴ Además, esta norma determina que si se declara el abandono de una causa o recurso por no haberse proseguido el trámite por el tiempo que señala la ley, como consecuencia por la incuria probada de las juezas y jueces y demás funcionarios que conocían de los mismos, estos serán administrativa, civil y penalmente responsables de conformidad de la ley. Esto quiere decir que si una de las partes prueba que por la falta de cuidado o negligencia de los jueces se produce el cumplimiento de los términos para que se declare el abandono, la parte afectada podrá seguir un proceso en contra de la jueza o juez. Como se puede apreciar, la realización de todo acto o diligencia por parte de los jueces para que el proceso continúe es de capital importancia no sólo en beneficio de las partes sino también de los mismos jueces que pueden resultar altamente perjudicados sino actúan diligentemente.

Por otro lado, entre las innovaciones que presenta el Proyecto de CGP, en su Art.7, se reconoce la atribución judicial de dirigir e impulsar de oficio el proceso y la obligación de dictar las resoluciones necesarias para darle la mayor celeridad posible a la causa hasta llegar a su culminación al igual que en el COFJ.

⁹⁴ En el Art. 105 del OFJ se establece que las sanciones disciplinarias a las que pueden estar sometidos los jueces son: 1. Amonestación escrita, 2. Sanción pecuniaria que no exceda del 10% de su remuneración mensual. 3. Suspensión del cargo sin goce de remuneración que no exceda los 30 días. 4. Destitución.

En base a lo expuesto, reparo en la institución de la obligación judicial de dictar de oficio las resoluciones con el único fin de dar mayor celeridad al proceso cuando no siempre la rapidez con la que se lleve cualquier procedimiento asegura el cumplimiento y respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y del debido proceso. Esta contrariedad vuelve a hacer patente la importancia de que el juez actúe razonada y responsablemente y cuando tome una decisión, la motive. Por otro lado, no puedo dejar de señalar que la facultad judicial de impulsar de oficio el proceso también choca con el principio dispositivo en el contexto constitucional y normativo que expliqué en el punto anterior. Consecuentemente, al igual que el caso del ejercicio de la iniciativa probatoria, el juez que ejerza la función de impulso del proceso, deberá motivar sus razones en base a otros principios y derechos constitucionales ponderando su importancia sobre el principio dispositivo.

c) Procurar la conciliación de las partes y disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal:

El Art. 130 numeral 11 del COFJ señala:

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

En este artículo del COFJ, podemos diferenciar dos facultades judiciales: la una activista, desde el punto de vista del análisis que realicé en el Capítulo I, es decir, la atribución del juez de procurar la conciliación entre las partes y la segunda que definiré su condición en

este subtema, esto es, la facultad del juez de disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal.

La promoción de la conciliación, al igual que la iniciativa probatoria, es una atribución acogida en otras normas que forman parte del ordenamiento ecuatoriano. Por ejemplo, en el Art. 37 del Código de la Niñez y Adolescencia, se consagra la facultad-deber del juez de procurar la conciliación de las partes en la fijación de las pensiones alimenticias, subsidios, beneficios y su cumplimiento. En otro caso, del mismo cuerpo legal, que lo podemos encontrar en el Art. 238, se establece que el juez debe procurar la conciliación del o de los denunciados y de los representantes de menores infractores siempre y cuando la naturaleza del asunto en cuestión lo permita. Por otro lado, en los Arts. 20 y 21 de la Ley contra la violencia de la mujer y la familia, se establece que el juez procurará la solución de los conflictos familiares o de violencia que se le presenten y que de llegarse a alcanzar un acuerdo, lo aprobará mediante resolución dictada en la misma diligencia, sin perjuicio de disponer las medidas rehabilitadoras y mantener las de amparo que fueren del caso. Por otro lado, la facultad del juez de promover la conciliación está, también recogida en el Proyecto de CGP que en su Art. 162 determina que, antes de iniciar la audiencia de juicio oral, simplificado, especial o de conocimiento de un recurso, el juez buscará la conciliación entre las partes que si llega a concretarse, lo conciliado se estima como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada para todos los efectos legales. Estas normas que he revisado y la disposición del Proyecto de CGP reflejan que, en el Ecuador, se intenta implementar la cultura de paz que procure que los ciudadanos resuelvan sus conflictos legales voluntariamente. Téngase en cuenta que los jueces tienen la obligación-facultad de procurar la conciliación entre las partes no imponerla pues, a la final, es una decisión de estas si desean o no llegar a un acuerdo. A pesar de los beneficios que los métodos amigables y voluntarios de solución de conflictos generan, produce preocupación la introducción de la mediación “*intraprocesal*” que según el Art. 130 numeral 11 del COFJ antes citado, se establece como una medida que puede ser dispuesta de oficio por el juez, sin consentimiento de las partes. Disposición que desnaturaliza a la mediación pues el fin principal de este método alternativo de solución de conflictos es que las partes busquen un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, y que ponga fin al conflicto de forma definitiva. Además, cabe mencionar que el

COFJ no regula en ninguno de sus artículos como deben funcionar las “*oficinas judiciales de mediación intraprocesal*” y bajo qué principios deberán regirse. Esta omisión no es corregida por el Proyecto de CGP que en ninguno de sus artículos menciona esta clase de mediación. La falta de procedimientos y reglas claras sobre este nuevo método de solución de conflictos y la obligatoriedad del mismo, son dos temas que deberían ser revisados por el legislador ecuatoriano en beneficio de los ciudadanos y la justicia.

Como conclusión de este análisis de las facultades más importantes del activismo judicial adjetivo presentes en nuestra legislación y discusión jurídica ecuatoriana, es claro que la intención de otorgar a los jueces ecuatorianos mayores atribuciones para conducir los procesos hacia la solución justa y veraz de los procesos, se ve opacada por la total falta de coherencia de las normas que integran el ordenamiento jurídico e inclusive con la norma fundamental que es la Constitución. Adicionalmente y, no menos importante, se evidencia que la introducción de nuevas atribuciones se lo hace sin ningún tipo de estudio pues como en el caso de la iniciativa probatoria y la mediación intraprocesal, no se establecen reglas para su ejercicio lo que deja al arbitrio del juez su práctica.

La suma de incoherencias y omisiones presentadas en este análisis, dificulta y, podrían dificultar en el caso de las facultades reconocidas en el Proyecto de CGP, que los órganos jurisdiccionales brinden una efectiva tutela judicial y, por ende, coartarían este importante derecho a los ciudadanos cuya garantía no es únicamente deber de la Función Judicial. En este punto, rescato la significativa opinión del jurista ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar Guerrón, quien comenta lo siguiente: “(...) *el derecho a la tutela judicial efectiva no comporte una función exclusiva a los jueces, pues también alcanza con vigor al Legislador, al imponerle el requerimiento de unas normas jurídicas que lo favorezcan, mas no que impidan o entorpezcan su cabal ejercicio.*”⁹⁵ Es claro que, en los casos presentados, el legislador falló en el cumplimiento de su deber de no obstaculizar el ejercicio de la tutela judicial efectiva pues las contradicciones doctrinarias y fácticas entre estas normas pueden generar grandes

⁹⁵ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Quito, Andrade & Asociados, 2007, p.46.

inconvenientes en la administración de justicia y, consecuentemente, que el ideal de promover el activismo judicial adjetivo en el Ecuador de forma positiva, se vea aún lejano.

Mi primera recomendación, muy aparte del análisis comparativo entre el activismo judicial estadounidense y ecuatoriano que es el objeto principal de esta disertación, es la revisión del COFJ, del Proyecto de CGP y de los mismos principios rectores de la Función Judicial establecidos en la Constitución, con el fin de definir si la normativa ecuatoriana va a caminar hacia el activismo o si va a permanecer en el garantismo, fundamentado en el principio dispositivo, pues estas contradicciones e incoherencias no hacen más que entorpecer la actividad judicial en el Ecuador.

3.3. Activismo judicial sustantivo en el Ecuador:

3.3.1. Neoconstitucionalismo o constitucionalismo garantista ecuatoriano:⁹⁶

La Constitución de 2008 introdujo trascendentales innovaciones en la estructura y funcionamiento del Estado inspiradas en el neoconstitucionalismo o constitucionalismo garantista que dieron como resultado una versión ecuatoriana de esta corriente que fusiona varios elementos del constitucionalismo europeo y del constitucionalismo norteamericano y, además, hace sus propios aportes.

La Constitución de Montecristi, según Juan Montaña, fue ideada como un documento jurídico, es decir, una norma suprema que asegura la autonomía del individuo frente al poder del Estado (versión norteamericana de la naturaleza de la Constitución) y, también, como un programa político de transformación social (versión europea).⁹⁷

La primera noción de la Constitución, que es la que más interesa a este estudio, está ligada con el modelo de Estado adoptado por el constituyente de Montecristi, es decir el

⁹⁶ Del variado contenido que se tiene el concepto del neoconstitucionalismo, he tomado el aspecto garantista que se identifica con el constitucionalismo garantista ecuatoriano.

⁹⁷ Cfr. Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, Algunas consideraciones sobre el nuevo modelo constitucional ecuatoriano, en Juan Montaña Pinto (ed), Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, Quito, Corte Constitucional en Transición, 2011, p. 31.

Estado Constitucional de derechos y de justicia, pues el propósito principal de exaltar el carácter supremo de la Constitución y, principalmente de los derechos consagrados en ella, es proteger al individuo condicionando la actuación de las autoridades y, por lo tanto su poder, a la plena y efectiva aplicación y respeto de las disposiciones constitucionales. En este fin, se fundamenta el carácter material, orgánico y procedimental de la Constitución ecuatoriana pues tal como lo comenta Ramiro Ávila, la característica material de nuestra norma suprema se basa en la amplitud de derechos establecidos en la misma que deben ser protegidos con particular importancia pues, como vimos, son el fin mismo del Estado. Asimismo, el carácter orgánico determina que las instituciones que forman parte del Estado están llamadas a garantizar los derechos y, finalmente, el carácter procedimental determina medios democráticos de participación que garantizan el respeto de los derechos en la toma de decisiones como en la elaboración de normas jurídicas.⁹⁸ Como se puede apreciar, estas tres características de la Constitución pretenden eliminar o, por lo menos, minimizar la posibilidad de violación de derechos sometiendo al poder de todo el Estado obligándolo a procurar la maximización de su ejercicio. La segunda noción se vincula a la concepción de la Constitución como un medio para la realización de los fines sociales, económicos y culturales del Estado que garantizan el cumplimiento de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales de los individuos.

En relación al carácter supremo de la Constitución, se estableció la directa e inmediata aplicación de los derechos constitucionales y aquellos consagrados en los tratados internacionales de Derechos Humanos, obligación que debe ser cumplida por los jueces pero, además, por todas las personas y autoridades. Esta ampliación de los sujetos obligados es una característica destacada de la Constitución de 2008 pero que presenta una importante excepción establecida por el Art. 428 que trata sobre la consulta de constitucionalidad que analizaré en el siguiente subtema.

Ahora bien, estas importantes características han sido complementadas con otras que poseen un enfoque más social y, sobre todo, garantista conforme a la corriente

⁹⁸ Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, *Ecuador: Estado Constitucional de derechos y justicia*, en Ramiro Ávila (ed) la Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 22

neoconstitucionalista, las cuales han sido plasmadas, en su mayoría, en el Art. 11 de la Constitución que trata de los principios de aplicación de los derechos. A continuación, resumo y explico estas características desarrolladas por el constitucionalismo garantista andino y ecuatoriano⁹⁹:

1. Los derechos constitucionales se los concibe como principios que tienen mandatos de optimización y la función de legitimar a las reglas. Esto quiere decir que el Estado o el obligado a cumplir el derecho, tiene que cumplir al máximo el derecho.
2. La Constitución de Montecristi reconoce expresiones de la cultura indígena de la región latinoamericana y del Ecuador como la Pachamama y el Sumak Kawsay, garantiza la plurinacionalidad, la democracia comunitaria y la interculturalidad como principios esenciales del Estado ecuatoriano y reconoce la justicia indígena ejercida por las autoridades de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.
3. La informalización del catálogo de derechos humanos en el sentido de dar un carácter no taxativo a los derechos. Cabe mencionar que este aspecto que fue contemplado en el constitucionalismo ecuatoriano antes de la vigencia de la Constitución de 2008 y en tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁰⁰
4. La eliminación de la distinción entre derechos individuales y colectivos mediante la posibilidad del ejercicio individual y colectivo de los derechos establecidos en la Constitución.
5. La ampliación de la legitimidad activa para la exigibilidad de los derechos pues, la Constitución de 2008, además de otorgarle a los derechos y, por lo tanto, a su exigibilidad una dimensión individual y colectiva.

⁹⁹ Varios de los principios que va a ser resumidos a continuación han sido recogidos en otras constituciones andinas. Sin embargo, el principio de igual jerarquía, el de no regresividad, de prohibición de restricción normativa y el de aplicación más favorable sólo han sido reconocidas en el Ecuador en el contexto andino. Sin embargo, hay que señalar que estos principios se desarrollaron en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha sido plasmado en varios instrumentos regionales y mundiales. Más información en: Ramiro Ávila Santamaría, *Principios de aplicación de los derechos*, en Ramiro Ávila (ed) la Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, 2008.

¹⁰⁰ El Art. 29 letra c de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

6. El reconocimiento a todas las personas de la igualdad formal (ante todo el sistema jurídico y no sólo ante la ley) y material (en el sentido de dar protección a las diferencias personales, impidiendo cualquier exclusión social) a todas las personas.¹⁰¹ De la mano de este reconocimiento, la Constitución prohíbe la discriminación incluyendo, entre las categorías discriminatorias ya determinadas en la Constitución de 1998, a la de género, cultura, ideología, el portar VIH, diferencia física, el pasado judicial y la condición migratoria. Cabe recalcar que estas características deben entenderse como ejemplificativas y no taxativas.
7. El carácter justiciable de todo derecho, inclusive de los derechos económicos y sociales. Este es una de las características más importantes del sistema de derechos ecuatorianos pues implica que se puede reclamar la garantía y protección de todos los derechos, incluidos los DESC, en vía administrativa y judicial.¹⁰²
8. La prohibición de restricción normativa infraconstitucional que tiene el propósito de proteger la supremacía de la Constitución limitando la posibilidad de que una norma inferior irrespete el contenido de la Constitución. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las normas de carácter secundario que regulan derechos o garantías, pueden ampliar los mínimos y facilitar las condiciones para su aplicación de los derechos y garantías.
9. La aplicación más favorable de los derechos que, según Ramiro Ávila, supone dos situaciones. La primera que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y la segunda que existen dos interpretaciones posibles para una misma norma. En

¹⁰¹ Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, *Principios de aplicación de los derechos*, en Ramiro Ávila (ed) la Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, 2008, p. 49.

¹⁰² En cuanto a aquellos derechos que requieren la acción de los propios beneficiarios del derecho, por ejemplo, el derecho a la recreación y al esparcimiento (Art. 24 de la Constitución), también son justiciables. Para resolver la dificultad de justiciabilidad de estos derechos se puede emplear la teoría de la posición jurídica. Según esta teoría, las personas que tienen derecho y consideran que está siendo violado, sólo podrán encontrar satisfacción por parte del Estado cuando tienen razones válidas y suficientes para ello. Esto nos remite al problema de la argumentación jurídica y de la ponderación para encontrar la justificación cuando la norma no surta efectos en el caso. Aplicando esta teoría a la recreación y al esparcimiento, quien considere que estos derechos están siendo violados tiene que explicar con razones válidas y suficientes en qué ha fallado la acción estatal en la garantía de este derecho. Más información sobre la teoría de la posición jurídica en: Robert Alexy, "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

cualquiera de los dos casos, se debe optar por aquella alternativa que favorezca al ejercicio efectivo de los derechos.¹⁰³

10. La eliminación de la jerarquía entre derechos que implica la plena normatividad y exigibilidad de todos los derechos incluyendo los económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos de nacionalidades y pueblos indígenas y afroecuatorianas sin ningún tipo de prevalencia en la clasificación u orden.
11. La progresividad de todos los derechos y la prohibición de regresividad. Ambos principios se complementan el uno al otro ya que no se puede hablar de progresividad en la garantía, protección y ejercicio de un derecho si prevalecen las condiciones que hacen imposible su desarrollo y avance.
12. La responsabilidad del Estado que se hace efectiva con la violación de su más alto deber (respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución). En el caso de que se dé la violación de un derecho, el Estado tiene la obligación, primero, de reparar el daño y, segundo, de repetir contra el funcionario que, a nombre del Estado, provocó el perjuicio. Además, este principio refuerza el derecho a la tutela efectiva, pues consagra el deber del Estado de brindar los medios adecuados para la protección cierta de los derechos, por ejemplo, a través de vías judiciales.

En resumen, el constitucionalismo garantista ecuatoriano recoge varios elementos al constitucionalismo mundial y los desarrolla con base a nuestra propia realidad y con base a la experiencia del constitucionalismo europeo y norteamericano. La concepción de la Constitución ecuatoriana como norma suprema, la directa e inmediata aplicación de su parte dogmática y los principios de aplicación de los derechos son el fundamento del activismo judicial sustantivo en el sistema jurídico ecuatoriano actual. A pesar de la existencia de estas características positivas del constitucionalismo garantista ecuatoriano, la Constitución de 2008 trajo consigo un cambio perjudicial para el desarrollo y fortalecimiento del activismo judicial sustantivo en el Ecuador, es decir, la eliminación del control de constitucionalidad difuso en los términos establecidos en la Constitución de 1998. A continuación, el análisis de este tema.

¹⁰³ Cfr. . Ramiro Ávila Santamaría, *Principios de aplicación de los derechos*, en Ramiro Ávila (ed) la Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 55.

3.3.2. El control de constitucionalidad difuso y el activismo judicial sustantivo en el Ecuador:

El control de constitucionalidad difuso o descentralizado, como señala el Dr. Hernán Salgado Pesantes, es el modelo de justicia constitucional más antiguo pues su origen data de 1803 gracias a la decisión del juez John Marshall en el caso “*Marbury vs. Madison*” que instauró como competencia de la Corte Suprema y de la Función Judicial de los Estados Unidos el control de constitucionalidad de las leyes.¹⁰⁴ El control de constitucionalidad norteamericano denominado “*judicial review*” fue adoptado por algunos países latinoamericanos como Argentina y México.

Ecuador lo tomó en parte y plasmó el control difuso de constitucionalidad en las últimas constituciones como la codificación constitucional de 1998 que tal como explica el Dr. Juan Francisco Guerrero del Pozo, introdujo, en su artículo 274, un interesante modelo de control difuso de constitucionalidad que les permitía a los jueces, sin suspender la sustanciación de los procesos, dejar de aplicar (inaplicar) directamente las normas que consideraban contrarias a la Constitución y enviar la consulta de constitucionalidad al Tribunal Constitucional para que este se pronuncie al respecto con efectos generales y obligatorios, sin que esta decisión afecte al pronunciamiento emitido dentro del caso en el que se originó la consulta.¹⁰⁵

Con base a esta facultad, se produjeron importantes casos en los que los jueces, haciendo uso del control de constitucionalidad difuso, actuaron de forma activista en función de efectivizar el cumplimiento y ejercicio de derechos constitucionales y/o reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos. Un ejemplo de ello fue el caso del señor Fredy Giovanni Ullauri Coronel, quien, en trámite ordinario, solicitó se declare judicialmente al Sr. Arsecio Rigoberto Ochoa Chica como su padre a pesar de que este había fallecido antes de la presentación de la demanda y que el Art. 260 del Código Civil Codificado expresaba

¹⁰⁴ Cfr. Hernán Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 25 y 26.

¹⁰⁵ Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad*, en Juan Montaña Pinto (ed), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 74 y 75.

textualmente: *"La acción para investigar la paternidad o la maternidad se extingue por la muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente, aunque hubiere comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiere trabado la litis."*

Ante estos hechos y normativa, la doctora María del Carmen Espinosa Valdivieso, Jueza Octavo de lo Civil de Cuenca inaplicó para este caso, el Art. 260 del Código Civil codificado y, en cumplimiento a lo prescrito en los artículos 274 de la Constitución Política, elevó a conocimiento del Pleno del Tribunal Constitucional el informe de su decisión para que este se pronuncie. El Tribunal Constitucional, en la causa signada con el número 0002-06-DI (Anexo D), conoció sobre la inaplicabilidad de este artículo y resolvió que esta norma es contraria a los artículos 23 y 24 de la Constitución Ecuatoriana de 1998 y Art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagran el derecho fundamental a la identidad. Además, el Tribunal determinó que esta norma contradecía el Art. 40, inciso primero de la Constitución de 1998 que establecía la obligación del Estado de proteger a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, promover la corresponsabilidad paterna y materna y vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. Finalmente, el Tribunal declaró el artículo 260 del Código Civil Codificado como inconstitucional y suspendió su aplicación con carácter general y obligatorio. Finalmente y tras la realización del examen póstumo de ADN, Fredy Ullauri Coronel obtiene, en sentencia de segunda instancia, dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de Cuenca el 11 de abril del 2007, la declaratoria de paternidad, estableciendo que efectivamente es hijo del fallecido Arcesio Ochoa Chica. Este caso, fue el antecedente de la trascendente sentencia No. 025-10-SCN-CC de la Corte Constitucional actual para el Derecho de Familia que declaró inconstitucional el Art. 257 del Código Civil que establecía el plazo de diez años, que se contaban a partir de la mayoría de edad del hijo, para la prescripción de las acciones para investigar la paternidad o la maternidad.

Como vemos, el control de constitucionalidad difuso, al igual que el caso estadounidense, constituía una fuerte herramienta para los jueces ordinarios que tendían al activismo judicial sustantivo. Sin embargo, este panorama cambió abruptamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 pues los jueces dejaron de contar con la posibilidad de inaplicar las

normas que consideren contrarias a la Constitución, teniendo tan sólo la posibilidad de suspender la tramitación de la causa hasta obtener un pronunciamiento definitivo de la Corte Constitucional, tal como lo dispone el Art. 428.¹⁰⁶

En cumplimiento de esta norma constitucional, según Johanna Romero Larco, en el caso de que exista una norma contraria a la Constitución, el juez obligatoriamente debe realizar la consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional y delegar la determinación de la inconstitucionalidad o no de la norma a este órgano. Por consiguiente, en este escenario, se formula una regla de excepcionalidad a los órganos jurisdiccionales respecto a la aplicación directa de la parte dogmática de la Constitución ya que el juez no está facultado para resolver sobre la inconstitucionalidad de las normas sino un órgano superior y constitucionalmente facultado como la Corte Constitucional.¹⁰⁷ Esta aclaración es importante tomando en cuenta que la LOGJCC, en el segundo inciso del artículo 142, dispone que cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, lo que ha generado una serie de interpretaciones encaminadas a establecer la posibilidad de que los jueces realicen el control de constitucionalidad de las normas en el caso de que se encuentren seguros de su inconstitucionalidad; sin embargo, y como bien lo explica Johanna Romero Larco, tales interpretaciones no tienen ningún sustento constitucional ya que en tanto la Constitución no reconozca la facultad de inaplicación a los órganos jurisdiccionales, no es posible elaborar una interpretación de este tipo a partir de la ley.¹⁰⁸

En resumen, la eliminación del control de constitucionalidad difuso fue un desacierto del constituyente de Montecristi ya que este sistema, como pudimos ver, se desarrollaba con resultados positivos en el Ecuador pero, sobre todo, constituyó en un duro golpe al activismo

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Cfr. Johanna Romero Larco, *Control concreto de constitucionalidad*, en Juan Montaña Pinto (ed), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y Corte Constitucional para el período de transición, 2011, p. 159 y 160.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 158.

judicial sustantivo ya que limitó la acción judicial ordinaria en el ámbito de protección y garantía de derechos. A pesar de este errado aspecto de la Constitución de 2008, por otro lado, se consolidó el sistema de garantías jurisdiccionales dándole una nueva dimensión al papel constitucional de los jueces ordinarios como veremos a continuación.

3.3.3. Papel constitucional de los jueces ordinarios y su relación con el activismo judicial sustantivo y adjetivo:

En la Constitución de Montecristi, se le asignó a la jurisdicción la función de garantizar los derechos de las personas y, en especial, la obligación de administrar justicia con sujeción a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y ley (Art.172 inciso primero). Esta facultad-obligación judicial de actuar con el fin de proteger los derechos constitucionales y los establecidos en tratados internacionales de derechos humanos está presente en toda acción judicial (en procesos civiles, tributarios, etc.). Sin embargo, el medio principal, a través del cual los jueces ejercen plenamente su rol constitucional, es el conocimiento y resolución de las garantías jurisdiccionales ya que su objeto mismo es la garantía y protección de derechos.

Las garantías jurisdiccionales, como señala Claudia Storini, son mecanismos de carácter reactivo que se ofrecen a los ciudadanos para que, en cada caso singular en que este último considere que se haya producido una vulneración de uno o varios derechos, puedan acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener el restablecimiento o preservación de sus derechos.¹⁰⁹ En la Constitución de 2008, se reconocen garantías jurisdiccionales que protegen todos los derechos (acción de protección), acciones que protegen derechos concretos (hábeas corpus, hábeas data y acción de acceso a la información pública) y medidas cautelares.

Para la protección de los derechos a través de las garantías jurisdiccionales, se previó un procedimiento sumario y se estableció como autoridad competente al juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos.¹¹⁰ La segunda instancia es

¹⁰⁹ Cfr. Claudia Storini, Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (ed), La nueva Constitución del Ecuador, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2009, p 289.

¹¹⁰ Este procedimiento se encuentra establecido en el Art. 86 de la CRE.

resuelta por la Corte Provincial. En cuanto a las características mismas del procedimiento, se determinó su oralidad en todas las instancias, sencillez, rapidez y eficacia. Además, se consideran hábiles todos los días y horas y, como característica inédita en el sistema constitucional ecuatoriano, se estableció que las acciones pueden ser presentadas oralmente o por escrito, sin formalidades, sin citar la norma infringida y sin la obligatoriedad del patrocinio de un abogado.

Sobre el juzgamiento, el juez debe convocar a audiencia pública donde se oirán los alegatos de las partes. En el caso de que no se presente el representante de la autoridad pública requerida, no demuestre o no suministre información sobre sus argumentos, se presumirá verdadero el alegato de la persona que haya presentado la acción. Sobre la práctica de pruebas, esta puede ser ordenada en cualquier momento del proceso y el juez puede nombrar comisiones para recibirla. Acerca de la sentencia, si el juez confirma la violación de derechos, debe declararla, ordenar la reparación inmaterial y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Relativo al cumplimiento de la sentencia, se determina claramente en el numeral 4 del Art. 86 de la Constitución que si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, el juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar; y cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. Finalmente y como corolario, la Constitución de 2008 establece como el fin o terminación del proceso, no la sentencia sino a la ejecución de la misma estrechamente vinculada con la reparación integral del derecho vulnerado.

Esta explicación del procedimiento que rige a las garantías jurisdiccionales fue realizada con la intención de mostrar las particularidades a las que se deben enfrentar los jueces a la hora de conocer y resolver las acciones constitucionales que se les presenten, especialmente, aquellas que se derivan de la informalidad de la presentación de la demanda, sin citar siquiera la norma infringida, lo que obliga a los jueces a suplir cualquier deficiencia u omisión si es que se desprende de los hechos la vulneración de derechos y, en el momento de la resolución, fijar las medidas de reparación y su efecto.

Con el fin de aclarar y precisar las funciones judiciales que se derivan de la resolución de las acciones presentadas en ejercicio de las garantías jurisdiccionales y su procedimiento, analizaré algunos artículos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) y el COFJ que establecen dichas funciones.

3.3.4 Funciones constitucionales de los jueces ordinarios:

a) Impulso oficioso del proceso hasta llegar a su conclusión:

En la LOGJCC, llama la atención la determinación de una de las atribuciones que he señalado como activistas adjetivas, esto es, el impulso oficioso del proceso hasta llegar a su conclusión excepto en los casos expresamente señalados por la ley¹¹¹, en este caso, dentro de la justicia constitucional. Las excepciones a esta función no están expresamente establecidas en la LOGJCC como dispone el texto del Art. 4 numeral 5, lo que dificulta la labor del juez a la hora de decidir cuando debe impulsar un proceso y cuando no.

Esta facultad está estrechamente ligada con la establecida en el Art. 4 numeral 6 del mismo cuerpo legal, que otorga al juez la potestad de dirigir los procesos de forma activa. Estas normas, al igual que las analizadas en el punto 3.2.2 de este Capítulo, pueden chocar con el principio dispositivo establecido constitucionalmente; mas, si esto ocurre, el juez deberá exponer las razones que fundamentan la necesidad de que impulse oficiosamente el proceso.

b) Facultad derivada del principio “iura novit curia”:

Otra facultad que reviste de gran importancia, dentro de la justicia constitucional, es aquella que emana del principio *iura novit curia* que establece que la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.¹¹² Por lo tanto, en base a este principio, el juez tiene la atribución de fundamentar su decisión en normas diferentes a las invocadas cuando de los hechos se desprenda la violación de derechos.

¹¹¹ Art. 4 numeral 5 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹¹² Art. 4 numeral 13, ibídem.

Con el fin de expresar de mejor forma en qué consiste este principio y la facultad que de él deriva, me remito a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En sentencias sobre casos como “*Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay*”, “*Herrera Ulloa vs Costa Rica*” entre otros, la Corte ha establecido al principio *iura novit curia* como la facultad e inclusive el deber del juzgador de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa aún cuando las partes no las invoquen expresamente.¹¹³ Es importante recalcar que este principio sólo permite al juez incorporar consideraciones de derecho que se sujeten a los hechos descritos en la demanda puesto que estos constituyen el marco fáctico del proceso. Por esta razón, no es admisible alegar hechos distintos a los ya planteados en la demanda. Sin embargo, las partes pueden exponer aquellos hechos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados, o bien, responder a las pretensiones del demandante.¹¹⁴ La excepción a la no presentación de nuevos hechos, según la Corte Interamericana, es la manifestación de aquellos que se califican como supervinientes, que podrán ser remitidos al juez en cualquier estado del proceso antes de la emisión de la sentencia.¹¹⁵

Estos importantes pronunciamientos de la Corte Interamericana nos permiten entender el alcance del principio y de su facultad judicial resultante, además de sus límites que no son desarrollados por la LOGJCC pero que deben ser conocidos por los jueces. A continuación, analizaré otra interesante facultad judicial, establecida por el COFJ, estrechamente relacionada con el principio *iura novit curia*.

¹¹³ Cfr. Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 124 a 126; Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 178; Caso *Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 142; Caso *Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 134 y Caso “*Cinco Pensionistas*”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153.

¹¹⁴ Cfr. *Íbidem*.

¹¹⁵ Cfr. Caso *Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 172; Caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 191, y Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 54

c) Pronunciamiento sobre la violación de derechos que no fue expresamente invocada por los afectados:

Como excepción al principio dispositivo, el Art. 19 segundo inciso del COJF señala que, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo. Esta vulneración, como establece la norma, debe ser comprobada. Considero que esta “constatación” o “comprobación” debe realizarse a través de las pruebas que se presenten y de los mismos hechos del caso. En este sentido, el juez debe tener mucho cuidado en la fundamentación de su decisión pues, ciertamente, la declaración de violación de algún derecho debe tener el sustento fáctico presentado en el caso.

Esta atribución, descrita en este literal, puede ser conjugada con la derivada del principio *iura novit curia*, ya que la ausencia de invocación de la vulneración de un derecho está estrechamente relacionada con la falta de invocación de disposiciones pertinentes al caso, situación que motiva la aplicación del principio.

Ambas facultades tienen particular importancia tomando en cuenta la informalidad del procedimiento de las garantías jurisdiccionales y, en particular, en la presentación de la demanda de garantía que ni siquiera requiere de la indicación de la norma infringida ni la determinación expresa de la vulneración de un derecho, pues si una o ambas situaciones suceden, el juez puede invocar la norma y pronunciarse sobre la vulneración. Es decir, el juez suple las deficiencias de la demanda presentada por la parte actora.

d) Adecuación de formalidades y subsanación de omisión de requisitos:

Conexo a los dos temas anteriores, analizaré en este punto la facultad pero, sobre todo, obligación del juez de adecuar las formalidades previstas en la LOGJCC y subsanar los requisitos que la parte accionante omite en la presentación de la demanda. Veamos con más detenimiento estos dos puntos relacionados. Según el Art. 4 numeral 7 de la LOGJCC, los jueces tienen el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de

los fines de los procesos constitucionales y, según el Art. 10 del mismo cuerpo legal, si la demanda de garantía no contiene los elementos que se establecen como requisitos y, en el término de tres días no es completada, el juez tiene el deber de tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia siempre y cuando del relato de los hechos se desprenda que hay una vulneración de derechos grave.

Estas atribuciones especiales del juez son criticadas por algunos juristas como Claudia Storini, quien señala que el juez al traducir los hechos en derecho, su papel podría llegar a confundirse con el del demandante.¹¹⁶ Para otros autores como Luis Cueva Carrión, ningún formalismo es justificable en el procedimiento de las garantías jurisdiccionales pues su fin es la protección efectiva y célere de los derechos.¹¹⁷ En mi opinión, esta facultad y, en sí todas las que he analizado en este punto, pueden llegar a inclinar al juez del lado del accionante; mas, este efecto no debe tomarse como negativo si consideramos que el deber fundamental del Estado ecuatoriano es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales¹¹⁸, los órganos jurisdiccionales tiene la obligación de asistir a quienes se les ha vulnerado sus derechos para que superen cualquier obstáculo formal.

e) Modulación del efecto de las providencias:

Encontramos en el Art. 5 de la LOGJCC, la facultad judicial de modular el efecto de las providencias en el tiempo, la materia y el espacio para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional. Esta facultad brinda al juez la posibilidad de determinar el alcance de los derechos a través de la prevención de los efectos no deseados de las sentencias. Según Ramiro Ávila puede suceder que las normas sean formal y materialmente constitucionales, pero que ciertos factores y el contexto en que se apliquen, puedan tener efectos violatorios a los derechos. Por ejemplo, se establece un plazo para poder ejercer un derecho, pero resulta que se presenta una situación de

¹¹⁶ Cfr. Claudia Storini, op. cit., p. 308.

¹¹⁷ Cfr. Luis Cueva Carrión, La acción constitucional ordinaria de protección, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2010, p. 98.

¹¹⁸ Art. 3 numeral 1 de la CRE.

fuerza mayor y el plazo se torna un obstáculo para el ejercicio de derechos. En este caso el juez podría modular la aplicación de la norma que determina el plazo.¹¹⁹

Jorge Zavala Egas, por su parte, comenta:

Ya nadie discute que los jueces constitucionales tienen la facultad de modular los efectos de las sentencias de acuerdo a la necesidad y alcance de la protección que se debe decidir. Desde hace algunos años, en otros ámbitos geográficos, al amparo de las leyes o códigos procesales de esos países, han surgido al lado del dualismo inter partes y erga omnes, las modulaciones de los efectos inter pares, inter comunis y la situación de inconstitucionalidad.¹²⁰

En este sentido, en las sentencias dictadas en procesos de protección, los efectos no sólo pueden ser entre las partes sino que el juez puede ampliarlos para cubrir a todos los sujetos que se encuentren en la misma situación jurídica que los actores procesales (inter pares) o a aquellas personas que no habían acudido a la acción de tutela, pero que se encuentran dentro del mismo grupo de afectados (inter comunis) tal como lo señala Zavala Egas.¹²¹

Este análisis de algunas funciones constitucionales de los jueces más la explicación de las características y principios del constitucionalismo garantista ecuatoriano, expuestas en el punto anterior, demuestran que el panorama constitucional en el Ecuador tiene varios elementos para que los jueces de nuestro país se inclinen al activismo tomando en cuenta que la misma Constitución, la LOGJCC y el COFJ les ha dado varias potestades y libertades con el propósito de maximizar los derechos que han sido vulnerados directa e indirectamente por una acción (u omisión) negativa y para reparar los daños causados, sin dejar de lado que a estas facultades se le restó la herramienta más importante para el ejercicio judicial activista, es

¹¹⁹ Ramiro Ávila Santamaría, *En defensa del Neoconstitucionalismo Transformador* en Revista Jurídica Ruptura No 56, Quito, Asociación Escuela de Derecho, 2013, p. 41.

¹²⁰ Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de incumplimiento y proceso constitucional*, Guayaquil, ONI, 2009, p. 90.

¹²¹ *Ibíd.*, p. 92.

decir, el control de constitucionalidad difuso. Mas, puntualizo que dichas libertades no implican que el juez pueda ejercer estas funciones sin fundamentación alguna, pues, en cada decisión que tome ya que está implícita la obligación de motivarlas tal como lo establece el Art. 4 numeral 9 de la LOGJCC que determina el deber que tienen los jueces de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica y de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

Como vemos, en la Constitución de Montecristi, gracias a la inclusión de las características del constitucionalismo garantista, se asignó a la jurisdicción la obligación-facultad de hacer respetar el más importante deber estatal, consagrado en el Art. 3 numeral 1 de la Constitución, esto es, la garantía sin discriminación alguna del efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, particularmente, la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua.

A pesar de que el juez ordinario tiene las potestades y obligaciones, expuestas en este Capítulo, en la dirección de todos los procesos que tengan que ver con cualquiera de las garantías jurisdiccionales, tomaré como base para mi análisis la acción de protección ya que es la garantía jurisdiccional básica para la protección y garantía de los derechos. A continuación, el análisis de sus antecedentes, características y problemas.

3.3.5. La acción de protección y el activismo judicial sustantivo:

El antecedente de la acción de protección es la garantía de amparo que, en palabras de los juristas mexicanos Héctor Fix- Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “*en su concepción histórica contemporánea como garantía constitucional para la protección de derechos constitucionales, nació en México en el Siglo XIX y ha tenido una expansión significativa durante el siglo XX.*”¹²²

¹²² Héctor Fix- Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Nota preliminar* en Héctor Fix- Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Porrúa y KAS, 2009, p. xix.

Tal como explica el Dr. Hernán Salgado Pesantes, esta expansión de la garantía de amparo llegó al Ecuador en 1967, año en el que se elevó a rango constitucional esta garantía aunque se le dio el nombre de amparo jurisdiccional. Más tarde, en la Constitución de 1978-79, no se consagró el amparo. En el año 1983, se buscó introducirlo junto con las reformas constitucionales, vigentes desde el 1 de junio de 1984; no obstante, el producto fue una configuración del amparo a medias pues se estableció un procedimiento que no ofrecía una verdadera protección frente a la violación de derechos, el cual consistía en la presentación de quejas (no se le llamó amparo) ante el Tribunal de Garantías Constitucionales por el quebrantamiento de la Constitución que atente contra derechos y libertades garantizados por ella estableciendo como punible el desacato de las decisiones que tome el Tribunal sin perjuicio de la acción penal que hubiere lugar.¹²³

Después de algunos años, junto con las reformas constitucionales publicadas en el Registro Oficial No 863 de 16 de enero de 1996, se restableció la institución de amparo concebida en 1967, pero como indica el Dr. Salgado Pesantes “*con una orientación más avanzada y como una garantía autónoma que se agregaba al hábeas corpus y al hábeas data.*”¹²⁴ Posteriormente, en el Art. 95 de la Constitución de 1998, se recogió la acción de amparo constitucional, la cual podía ser propuesta, por cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de la comunidad que considere haber sufrido la violación de un derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente por un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública no judicial o por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. El amparo se presentaba ante un juez de lo civil o ante un tribunal de instancia cuya competencia dependía del sorteo de las causas según la derogada Ley Orgánica de Control Constitucional. Los jueces debían tramitar la acción de forma preferente y sumaria y podían tomar medidas urgentes destinadas a cesar o evitar la comisión o remedir las consecuencias

¹²³ Cfr. Hernán Salgado Pesantes, *La garantía de amparo en el Ecuador* en Héctor Fix- Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Porrúa y KAS, 2009, p. 305 y 306.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 306.

del acto u omisión ilegítimos. Finalmente, las sentencias de amparo podían ser apeladas ante el Tribunal Constitucional.

Con la vigencia de la Constitución de 2008, la acción de amparo pasó a ser la acción de protección. El motivo de este cambio, según Jorge Zavala Egas, fue la introducción de una acción contra las decisiones judiciales adoptadas en un proceso en el sistema constitucional ecuatoriano, es decir, de la acción extraordinaria de protección¹²⁵.

En la Constitución vigente de 2008, la acción de protección es la garantía elemental y general contra la violación de los derechos constitucionales y aquellos consagrados en los tratados internacionales de Derechos Humanos a excepción de los derechos protegidos por las garantías específicas hábeas data, la acción de acceso a la información pública y el hábeas corpus. Su interposición es amplia pues esta acción fue creada para amparar a los ciudadanos frente a los actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, políticas públicas, particulares cuando presten servicios públicos impropios o de interés público, por delegación o concesión, provoquen daño grave, la persona afectada se encuentre en un estado de subordinación o indefensión y, en general, contra todo acto discriminatorio cometido contra cualquier persona.¹²⁶ Su trámite, que debe sustentarse en el procedimiento establecido en el Art. 86 de la Constitución y explicado anteriormente, es sumario e informal.

Estas características hacen a esta garantía jurisdiccional una herramienta jurídica elemental para el ejercicio del activismo judicial sustantivo en el Ecuador ya que el juez cuenta con varias posibilidades y recursos para lograr la maximización de los derechos vulnerados de forma más completa y profunda de lo que pueden hacer en la dirección y resolución de los procesos generados del ejercicio de las otras garantías.

Lamentablemente, la LOGJCC restringió en gran medida la fuerza de la acción de protección como la principal garantía constitucional estableciendo el carácter residual de esta acción pues el Art. 40, numeral 3 determina como requisito, para la presentación, la no

¹²⁵ Cfr. Jorge Zavala Egas, op. cit., p. 45.

¹²⁶ Art. 41 LOGJCC

existencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. En el mismo sentido, el Art. 42 numeral 4 determina que la acción de protección es improcedente cuando el acto administrativo (que ha vulnerado derechos) pueda ser impugnado en la vía judicial salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. Estas dos disposiciones de la LOGJCC no tienen ninguna base constitucional ya que la Constitución de 2008 en ningún artículo establece como requisito agotar las vías judiciales ordinarias para presentar una acción de protección.

Según los informes de Derechos Humanos de 2010 y 2011 realizados por el Dr. Agustín Grijalva¹²⁷, esta inconsistencia de la LOGJCC ha abierto la puerta para que los jueces reduzcan la posibilidad de procedencia de la acción de protección, como ejemplo, en la provincia de Pichincha, los jueces de primera instancia negaron 8 de cada 10 casos en 2010 y 9 de cada 10 en 2011. Situación similar que se repite en las apelaciones resueltas por la Corte Provincial de Pichincha.

Ciertamente, actos legislativos como estos son directamente perjudiciales a la promoción del activismo judicial sustantivo y, por tanto, para la realización de su más alto fin que es la maximización de la protección y garantía de derechos. Pero este no es el único obstáculo que la acción de protección ha encontrado en su consolidación como la principal garantía de protección de derechos pues la posibilidad de presentación de acción extraordinaria de protección contra las sentencias que resuelven las acciones de protección ha debilitado a esta garantía en gran medida. A continuación, el análisis.

3.3.5.1. La acción de protección y la acción extraordinaria de protección:

Algunos juristas ecuatorianos como Luis Cueva Carrión¹²⁸, añaden a la acción de protección el calificativo de ordinaria con el objeto de enfatizar que esta acción es resuelta por los jueces ordinarios y es de carácter universal pues de ella pueden hacer uso todos los sujetos del Estado ecuatoriano a diferencia de la acción extraordinaria de protección que es como su nombre lo indica una medida “extraordinaria” que solamente puede ser empleada por quienes

¹²⁷ Agustín Grijalva, *Develando el Desencanto. Informe de Derechos Humanos 2010*, UASB-E/ Abya Yala, Quito, 2011 e *Informe de Derechos Humanos 2011*, Quito, UASB-E, 2012.

¹²⁸ Más información en Luis Cueva Carrión, op. cit., p. 85 a 107.

hayan sido parte de un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial ¹²⁹ y contra sentencias o autos definitivos en los que se ha violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución. ¹³⁰

En este punto, quiero referirme a la posibilidad de la interposición de una acción extraordinaria de protección sobre una sentencia o auto definitivo dentro de un proceso de acción de protección.

Como sabemos, dentro del Estado constitucional de derechos y de justicia, la Corte Constitucional es el órgano central de la organización del Estado mismo puesto que está llamada a ser la principal defensora de la Constitución ante cualquier acto del poder público, incluidos aquellos emanados de la Función Judicial. Por esta razón, tanto la Constitución como la LOGJCC no establecen ninguna restricción para que se efectivice la posibilidad de que se interponga una acción extraordinaria de protección sobre una sentencia o auto que haya resuelto un proceso de acción de protección o de cualquier otra garantía jurisdiccional. Esta posibilidad no confiere a la Corte Constitucional el carácter de principal protector y defensor de derechos constitucionales y reconocidos en tratados internacionales de Derechos Humanos si no de protector y defensor extraordinario puesto quienes tienen el deber y la facultad ordinaria y primera de actuar frente una violación de derechos constitucionales en los supuestos establecidos en la LOGJCC y la misma Constitución es el juez ordinario. En base a lo expuesto, manifiesto mi desacuerdo con la opinión de Juan Montaña quien expone que la defensa de los derechos constitucionales no es tarea de la Corte Constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad¹³¹ ya que, según lo demostrado en el párrafo anterior, la Corte Constitucional sí cumple esta función pero extraordinariamente.

Esta reflexión la he realizado con el objeto de enfatizar la importante labor de los jueces ordinarios en su rol constitucional pues de la correcta dirección de los procesos y de la

¹²⁹ Art. 59 LOGJCC

¹³⁰ Art. 58 LOGJCC

¹³¹ Cfr. Juan Montaña, Aproximación fenomenológica de la justicia constitucional, en Juan Montaña Pinto (ed), Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, Quito, Corte Constitucional en Transición, 2011, p. 82

motivación que tenga cada una de sus decisiones depende el fortalecimiento del sistema constitucional garantista ecuatoriano y, por tanto, el desarrollo del activismo judicial sustantivo en Ecuador. Por dos motivos: el primero, porque de nada sirven los cambios y las facultades judiciales que expuse en los puntos anteriores si no se utilizan con el fin de maximizar los derechos de las personas y, más bien, son instrumentos para la injusticia y, segundo, porque si la intervención de la Corte Constitucional es constante, las decisiones de los jueces ordinarios en los procesos constitucionales cada vez serán más débiles inclusive aquellas decisiones que revistan de las características del activismo judicial sustantivo pero que no tendrán los efectos en la sociedad y en la opinión pública por la frágil autoridad de la Función Judicial.

A pesar de los problemas señalados, en base al ejercicio de la acción de protección, se han producido interesantes casos como el de Caicedo Castro María Lorena contra Sylva Romero, Director Nacional de Rehabilitación Social, Arbito Chica Néstor, Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y Chang Campos Carolina Judith, Ministra de Salud que demuestra que el activismo judicial sustantivo puede ser generador de políticas públicas a través de la acción de protección y el caso de Vásquez Moncayo Tatiana contra la Escuela Militar Superior “Eloy Alfaro” que generó varios cambios estructurales en esta institución militar. Estos casos presentan, de diferente forma, varios elementos del activismo judicial sustantivo aunque, vale la pena decir desde ya, que sus sentencias tienen limitaciones, en el primer caso, en su ejecución y, en el segundo, en su argumentación y en la misma acción judicial.

3.3.5.2. El activismo judicial sustantivo como generador de políticas públicas a través de la acción de protección:

Las decisiones que se derivan de los procesos de acción de protección pueden generar la cesación de la vulneración del derecho y la reparación integral por medio de varias formas y caminos que dependen del grado de maximización de protección del derecho que disponga dar el juez, es decir, del grado de activismo judicial sustantivo que decida plasmar el juez en sus decisiones y que depende, también, de la modulación de los efectos de la sentencia. Una de estas formas o caminos es la generación de políticas públicas de cualquier órgano estatal que

haya sido ordenada por una sentencia. Las políticas públicas definidas como el conjunto de actividades cuyo objeto fundamental es satisfacer de forma adecuada y oportuna las necesidades de los habitantes del Estado,¹³² no deben ser consideradas como una facultad exclusiva del Poder Ejecutivo sino como una facultad-obligación de todos los poderes del Estado incluido el Judicial. Por otro lado, los jueces pueden ser los coordinadores de la acción del Ejecutivo estableciendo en qué áreas no se están protegiendo debidamente los derechos de los ciudadanos en base a las causas que llegan a su conocimiento. Este es el caso de la acción de protección ejercida por Lorena Caicedo Castro y David Cordero Heredia contra el Director Nacional de Rehabilitación Social, el Presidente del Consejo Nacional de Rehabilitación Social, y la Ministra de Salud y que fue conocida y resuelta por el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha.¹³³

La Sra. María Lorena Caicedo Castro fue sancionada por tenencia de drogas y sentenciada a cumplir una pena de 8 años en el Centro de Rehabilitación Social de Quito (en adelante CRSFQ) en el año 2008. Después de su ingreso al CRSFQ, empezó a sentir intensos dolores, razón por lo cual acudió al médico del Centro; mas, por falta de equipo técnico, le pidieron que se dirija a un centro de salud para que se realice varios exámenes, cuyos costos tuvo que pagar ella misma. Dichos exámenes arrojaron como resultados que la Sra. Caicedo padecía de útero miomatoso y detectaron la formación de un saco herniado a nivel de unión esófago gástrico y la presencia de un quiste mamario. Para el tratamiento de estas enfermedades, únicamente recibió calmantes y des-inflamatorios, lo que provocó que la accionante se mantuviera postrada en cama con dolores intensos que le impedían realizar las actividades de rehabilitación y los trabajos manuales que le proporcionaban dinero para alimentos, productos de higiene personal y cubrir algo de los tratamientos que debía realizarse.

Esta realidad que vivió la accionante, constituye una clara limitación del goce y ejercicio del derecho de salud, cuyas causas se enraizaban en las condiciones discriminatorias que padeció por su calidad de detenida. Además que la falta de atención y tratamiento podían

¹³² Cfr. Juan Cueva Carrión, op. cit., p. 136.

¹³³ No. Causa: 2009-0883, Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, Primera Instancia- Acción de Protección: Caicedo Castro María Lorena y Cordero Heredia David contra Sylva Romero, Arbito Chica Néstor y Chang Campos Carolina Judith. (Anexo No II)

terminar con su vida. Por estas razones, la acción de protección impugnó la omisión de los demandados de no permitir el acceso a la accionante, María Lorena Caicedo Castro, a atención médica adecuada gratuita y al acceso gratuito a medicinas que necesitaba para su tratamiento pero, sobre todo, la falta de creación de políticas públicas específicas que permitan el acceso de la señora María Lorena Caicedo Castro a la atención médica y tratamiento gratuitos tomando en cuenta su situación de especial vulnerabilidad de persona privada de la libertad. Los accionantes fundamentaron su impugnación en el Art. 3 numeral 1 que establece la obligación del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, en el Art. 11 numeral 3 que establece la igualdad y no discriminación, en el Art. 32 que determina a la salud como un derecho cuya realización el Estado garantizará mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud y, finalmente, en el Art. 66 numeral 1, el derecho a la inviolabilidad de la vida, numeral 2, derecho a una vida digna que asegure la salud y numeral 4 derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Conforme a lo expuesto, la petición de los accionantes fue que se le dé a María Lorena Caicedo Castro atención médica gratuita especializada inmediata, se le entregue de forma gratuita todas las medicinas necesarias para su tratamiento y se le traslade a costa de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social a las consultas médicas y demás gestiones externas relacionadas a cuestiones de salud hasta su salida del Centro de Rehabilitación Social Femenino de Quito y que el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Dirección de Rehabilitación Social, formulen y ejecuten la política para garantizar la salud de las personas que se encuentran privadas de la libertad.

Los demandados contestaron que sí existió protección y cumplimiento del derecho que tiene la señora María Lorena Caicedo Castro a ser atendida por el Departamento Médico del Centro por tratarse de asuntos de especialidad, a ser conducida a Hospitales que brindan dicha atención, se le ha suministrado la medicina correspondiente; y se espera concluir con el diagnóstico luego de los resultados de los exámenes, es decir que no existió ninguna

vulneración de derechos constitucionales por acto u omisión de autoridad pública no judicial, y que la accionante ha recibido una atención médica oportuna.

Frente a este panorama, el juez consideró que a pesar de que los elementos aportados por los demandados comprobaron que la accionante sí recibió atención médica y medicinas y que la misma no haya comprobado que canceló con su dinero los valores por su tratamiento y exámenes, los demandados no comprobaron que se hayan delineado políticas públicas destinadas a la atención especializada para casos de enfermedades graves o degenerativas, como tampoco se constató la existencia de un plan de contingencia de medicina gratuita para atender a los internos que padezcan de enfermedades como cáncer, VIH, entre otras, ni cual será la ejecución material en el caso de dicha contingencia, aunque de acuerdo a las referencias hechas por los accionados se han desarrollado varios programas para atender la situación de las personas que se encuentran privadas de la libertad pero no probaron si efectivamente se estaban ejecutando. Finalmente, el juez decidió aceptar la acción de protección y disponer que el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Dirección de Rehabilitación Social, formulen y ejecuten la política para garantizar la salud de las personas que se encuentran privadas de la libertad, especialmente las que posean enfermedades graves o degenerativas dentro de 180 días, debiendo informar el cumplimiento de la resolución.

Los demandados apelaron la sentencia de primera instancia y la resolución del recurso cayó en manos de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha¹³⁴ que finalmente ratificó el fallo del juez inferior y amplió el plazo de formulación y ejecución de la política 60 días más manifestando la necesidad de constatar la existencia real de una política respecto de las personas privadas de libertad y, de existir, es necesario ver los resultados de las mismas pues estas no pueden ser ideales sino reales y efectivas.

Como observamos, la resolución de este caso (la de la primera instancia que fue ratificada por los jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de

¹³⁴ No. Causa: 2009-0546, Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, Segunda instancia- Acción de Protección: Caicedo Castro María Lorena y Cordero Heredia David contra Sylva Romero, Arbito Chica Néstor y Chang Campos Carolina Judith. (Anexo No III)

Pichincha como ya vimos), posee varios elementos del activismo judicial sustantivo o relacionado con esta tendencia.

Primero, tiene todas las características de los litigios o casos estructurales ya que afecta a un número amplio de personas- todas las personas que se encuentran privadas de la libertad en Ecuador, especialmente, las que poseen enfermedades graves o degenerativas-, involucra a varias entidades estatales- el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Dirección de Rehabilitación Social- e implica órdenes de ejecución compleja destinadas a coordinar las acciones de las entidades públicas a favor de toda una población afectada y no sólo los demandantes- formulación y ejecución de políticas públicas para garantizar la salud de las personas que se encuentran privadas de la libertad no sólo de María Lorena Caicedo Castro.

Segundo, y relacionado con el primer punto, el juez decidió ir más allá de la satisfacción de las peticiones de María Lorena Caicedo Castro derivadas de los perjuicios que le causaron la falta de atención médica y tratamiento a sus derechos a la salud, igualdad y no discriminación y vida y ordenó la formulación y ejecución de una política pública que garantice estos importantes derechos consagrados en la Constitución y en diversos tratados internacionales de Derechos Humanos y, además, haga efectiva la obligación del Estado ecuatoriano de adoptar las medidas necesarias para dar completa protección y garantía a los derechos antes mencionados a los reclusos de los centros de rehabilitación en nuestro país que, además de la Constitución, es un deber que emana del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce, en su Art. 12, numeral 1, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y determina la obligación de los Estados Partes a adoptar las medidas que aseguren la plena efectividad de este derecho como la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Estas normas que fueron citadas por los accionantes, se complementan con las observaciones No 14 del Pacto que establece trascendentales aclaraciones sobre la aplicación del Art. 12 antes mencionado como la determinación de las condiciones para la efectividad del derecho a la

salud, esto es, disponibilidad de un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios y centros de atención de salud así como programas, accesibilidad a los mismos sin discriminación, respetuosos de la cultura de cada persona, sensibles a los requisitos de género y el ciclo de vida y calidad desde el punto de vista cultural, médico y científico.¹³⁵

La decisión del juez es un ejemplo de modulación de los efectos de las providencias, facultad establecida en el Art. 5 de la LOGJCC como ya fue mencionado, específicamente, en la materia ya que si el juez hubiera atendido solamente las peticiones que beneficiaban a la accionante, la resolución hubiera sido constitucional pero dejaba de proteger y atender a otras personas privadas de libertad que podían estar en una situación igual o peor y, sobre todo, no resolvía el problema de fondo que es la carencia de un sistema de salud con bienes y servicios disponibles, accesibles, de calidad y con perspectiva cultural y de género en los centros de rehabilitación del país. Es decir, que si no se hubiera ordenado la formulación y ejecución de las políticas públicas, hubiera continuado la violación de los derechos a la salud, a la igualdad y no discriminación y a la vida de las personas privadas de libertad, lo que se traduciría en un efecto violatorio de la sentencia. Más, los jueces que conocieron esta causa, tanto de primera como de segunda instancia, asumieron la responsabilidad que recayó en sus manos y decidieron darle efecto *inter comunis* a la sentencia ya que la misma estuvo dirigida tanto a la accionante como a todas las personas afectadas por la omisión de los demandados. Tercero, la conclusión de la sentencia fue el resultado de un proceso analítico realizado por el juez de primera instancia que aunque no emplea ninguno de los métodos de interpretación establecidos en el Art.3 de la LOGJCC, si no más bien silogismos jurídicos en base a las normas constitucionales y de tratados de Derechos Humanos, los hechos concretos y las pruebas presentadas por ambas partes, cumple el objetivo de maximizar la protección y garantía de los derechos, lo que comprueba que el silogismo jurídico o el empleo de cualquier método clásico de interpretación son, también, medios para alcanzar las metas del activismo judicial sustantivo.

¹³⁵ Numeral 12 de la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000.

Finalmente, la sentencia está llamada a tener una amplia proyección social. Este es el punto controversial en el análisis de esta sentencia respecto al activismo judicial sustantivo ya que, desgraciadamente, no generó ningún efecto en los individuos, específicamente en los reclusos, ni en la opinión pública ya que, hasta la fecha, los demandados-el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Dirección de Rehabilitación Social- no han cumplido con su obligación de dictar la política pública, perjudicado no sólo a las personas privadas de libertad que sufren enfermedades graves sino, también, a la autoridad de los jueces en el Ecuador.

En las averiguaciones que realicé en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos los días 12 y 13 de febrero de 2013 y en la búsqueda en los registros oficiales desde junio de 2009, mes en la que se ejecutorió la sentencia de segunda instancia de este caso, no encontré ningún acuerdo ministerial o convenio en el que se haya formulado la política pública y, por ende, la ejecución de medidas que protejan la salud, igualdad y vida de los reclusos, están lejos de hacerse realidad. El único documento que me proporcionaron en el Ministerio, pero que no pude encontrar en ningún Registro Oficial, fue el *“Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Salud Pública y la Dirección Nacional de Rehabilitación Social”*(Anexo No IV) adoptado el 15 de enero de 2009 que, como es claro, no tiene relación con la sentencia definitiva de este caso ya que la misma se ejecutorió en meses posteriores y, además, porque en este Convenio, no se formulan políticas públicas específicas con el fin de garantizar la salud de las personas que se encuentran privadas de la libertad, especialmente la que posean enfermedades graves o degenerativas, sino que dispone medidas generales con el fin de atender el derecho a la salud de las personas privadas de libertad pero, sin tomar en cuenta los requerimientos especiales de aquellas que sufren enfermedades graves y degenerativas.

Por otro lado, en la entrevista que realicé el martes 19 de febrero de 2013 al Ab. David Alberto Cordero Heredia, miembro de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos y que asesoró legalmente a María Lorena Caicedo Castro en todo el proceso (Anexo V), me informó que la accionante decidió solicitar la repatriación a su natal Colombia para

cumplir su condena ya que en este país la atención médica a las personas privadas de libertad es muy superior a la que brinda el Estado ecuatoriano.

Esta importante sentencia es fiel testimonio de que el activismo judicial sustantivo no tiene ninguna trascendencia si es que no efectiviza su fin de maximizar la protección y garantía de los derechos a través de la ejecución de las decisiones expresadas por el juez y que producen efectos de gran relevancia en los individuos, los colectivos y organizaciones y en la misma sociedad como fue el caso de “*Brown vs. Board of Education*”. La falta de cumplimiento de sentencias que resuelven casos o litigios estructurales, como la analizada en este punto, es una de las principales diferencias entre el activismo judicial sustantivo ecuatoriano y estadounidense que analizaré en el Capítulo IV.

Ahora bien, no todos los casos que se han resuelto en la justicia constitucional y que presentan elementos del activismo judicial sustantivo han corrido con la misma suerte de la causa antes estudiada. A continuación, analizaré la acción de protección presentada por Tatiana Vásquez Moncayo contra la ESMIL que tuvo efectos positivos aunque, adelanto que realizaré varias críticas a la decisión judicial que a pesar de sus resultados tiene varios errores que impiden que se considere este caso como un ejemplo de activismo judicial en los términos que se han planteado en esta disertación.

3.3.5.2. Activismo judicial sustantivo y determinación de inconstitucionalidad de normas por parte de jueces ordinarios a través de la acción de protección:

Como quedó señalado, el activismo judicial sustantivo tiene como objetivo maximizar la protección y garantía de los derechos de las personas y, para ello, puede aplicar los principios, métodos y facultades que la Constitución y la LOGJCC consagra.

La maximización de la protección y garantía de los derechos puede generar cambios sociales o estructurales que se adapten de mejor forma a los principios y fundamentos del Estado Constitucional de derechos y de justicia. Un ejemplo de un caso que trascendió en la vida de las cadetes de la Escuela Militar Eloy Alfaro y de la misma organización de esta institución militar es la sentencia de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte

Provincial de Pichincha respecto a la acción de protección presentada por la cadete Tatiana Vásquez Moncayo en contra del Coronel Eduardo Vaca Rodas, Director de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”.

Durante un examen de rutina que se le practicó a la cadete Tatiana Vásquez Moncayo como alumna del Segundo Curso de la Escuela Militar “Eloy Alfaro”, se estableció que se encontraba en estado de gravidez. Por esta razón, mediante memorándum No. 2007-0018-ESMIL-2b de fecha 27 de febrero de 2007 se le comunicó que había sido separada del Instituto en base a la orden del Comando No. 001-SGFT-1-2007, publicada en la Orden General No 007 de 10 de enero de 2007. Esta decisión se fundamentó en el Art. 72 numeral 10 del Reglamento de Disciplina para cadetes de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro” que textualmente dice: *“La Dirección de la Escuela podrá solicitar al Comando General de la Fuerza, la baja inmediatamente del o la Cadete o Aspirante a oficial especialista en los siguientes casos: 10. Embarazar o quedar en estado de gravidez.”* La accionante reclamó que se la sancionó sin mediar ningún juzgamiento ante el Tribunal de Honor como establece el Art. 98 del Reglamento mencionado que dispone: *“Tan pronto como el Director de la Escuela conozca el cometimiento de una falta, que fuere de carácter atentatorio, ordenará la organización, citación e instauración de un Tribunal de Honor”*. El 2 de junio de 2008, una vez que nació la hija de la accionante y que la misma se encontraba física y anímicamente bien, solicitó su reingreso a la Institución con el fin de continuar sus estudios en el Segundo Curso Militar de la ESMIL. Petición que fue negada mediante el acto administrativo No 2008-074-ESMIL.f.Interno de fecha 26 de septiembre de 2008 y el oficio No. 2009-103-ESMIL-AJ, de fecha 8 de septiembre de 2008 bajo el argumento de que había cambiado la malla curricular. Con fecha 24 de agosto de 2009, la accionante volvió a solicitar su reingreso; mas, fue negada de nuevo a través del oficio No. 2009-103-ESMIL.AJ suscrito por el Coronel Eduardo Vaca Rodas, esta vez en base a que su separación fue producto de una sanción disciplinaria. En base a estos hechos, Tatiana Vásquez decide presentar una acción de protección contra el Director de la ESMIL alegando que la falta de la organización e instauración de un Tribunal de Honor que juzgue su falta y determine la sanción, constituyó una violación al debido proceso cuyas garantías se encuentran establecidas en el Art. 76 de la Constitución.

Por otro lado, la accionante argumentó que los actos administrativos recurridos violan el Art. 11 numeral 2 de la Constitución y del artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establecen la prohibición de discriminación en razón del sexo y los artículos 26 y 33 de la Constitución que regulan el derecho a la educación y al trabajo respectivamente. Además, de lo dispuesto por la “*Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*” que, en el Art. 7 literal e impone la obligación a los Estados parte de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer. En este caso el trato discriminatorio contra las mujeres embarazadas o madres. Finalmente, su petición fue la adopción de medidas urgentes como es la reincorporación inmediata a la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”.

El Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha negó la acción de protección ya que, según él, la accionante no probó que los actos administrativos recurridos no reunían los requisitos de validez y que los mismos hayan sido declarados inconstitucionales. Por otro lado, el Juez concluyó que la negación del reingreso tuvo su fundamento en el Reglamento de aplicación a la ley de personal que manifiesta que durante los cuatro años que la Cadete permanece en la ESMIL, previo a obtener el grado de Subteniente, tiene que mantenerse soltera y no tener hijos.¹³⁶ Ya que la accionante no cumplió con esta norma, los actos impugnados son legítimos. El 12 de noviembre de 2009, Tatiana Vásquez interpone recurso de apelación a la resolución dictada por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha.

La decisión de segunda instancia que es la que es la que compete al tema de esta disertación, fue realizada por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha conformada por los jueces Patricio Carrillo Dávila, Eduardo Ochoa Chiriboga y

¹³⁶ No Causa: 1284-2009, Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha, Primera instancia, acción de protección: Tatiana Vásquez Moncayo vs. ESMIL. (Anexo VI)

Ramiro García Falconí,¹³⁷ quienes llegaron a las siguientes conclusiones. Primero, ya que la sanción no se estableció tras la realización de un proceso disciplinario que debía ser dirigido por el Tribunal de Honor de la ESMIL y contar con las mínimas normas del debido proceso en concordancia con la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, la accionante quedó en estado de indefensión y, por lo tanto, el procedimiento que desembocó en su separación de la ESMIL es ilegítimo.

Segundo, los jueces establecen que considerar al embarazo como una falta atentatoria en el Reglamento de Disciplina Militar para Cadetes de la Escuela Militar “Eloy Alfaro” contraviene tanto la Constitución como la Convención Americana de Derechos Humanos que garantizan la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación y, además, quebrantan las obligaciones del Estado ecuatoriano como parte de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, que también establece el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho de las mujeres a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones en su Art. 4, letra i y j respectivamente. Tercero, la Sala analiza la aparente colisión entre los derechos de educación y trabajo de la accionante con el derecho de la hija de la misma a contar con la atención y cuidado de su madre, argumento presentado por el legitimado pasivo y la Procuraduría General de Estado. Para resolver el conflicto entre derechos en el caso concreto, la Sala aplica el principio de ponderación determinando la afectación de cada derecho mediante el uso de una escala leve, media e intensa, según lo establecido por Carlos Bernal Pulido.¹³⁸

En cuanto al derecho a la educación y trabajo de la accionante, los jueces determinan que el grado de afectación es intenso ya que, al negarle el reingreso a la ESMIL, se limitó su calidad de vida, su libre desarrollo de la personalidad, su crecimiento como persona que se

¹³⁷ No Causa: 934-09, Corte Provincial de Justicia, Tercera Sala Especializada de lo Penal, Segunda instancia, acción de protección: Tatiana Vásquez Moncayo vs. ESMIL. (Anexo VII)

¹³⁸ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 100 en Corte Provincial de Justicia, Tercera Sala Especializada de lo Penal, Causa No. 934-09, Tatiana Vásquez Moncayo vs. ESMIL

extiende a su familia y, en particular, a su hija. Por otro lado, la afectación a la niña lo consideraron medio ya que si bien es importante el cuidado de la madre, el hecho de que ella estudie y trabaje no llega a afectar el núcleo duro del derecho de la niña pues puede ser cuidada por familiares o en un centro especializado y por la propia madre al finalizar su jornada de estudios. Además, si a la madre se le impide estudiar y trabajar, se les está negando el derecho a una vida digna tanto a la accionante como a su hija. Finalmente, la Sala hace un análisis sobre la igualdad y derechos de la mujer en un Estado Social y Democrático de Derechos y llega a la conclusión de que la estructura patriarcal que mantienen algunos estamentos institucionales resulta violatorio a la misma fundamentación del Estado que tiene la obligación de garantizar la igualdad de oportunidades tanto para hombres como para mujeres.

Como consecuencia de estas consideraciones, la Sala decide revocar la resolución dictada por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha y aceptar la acción de protección propuesta por Tatiana Vásquez Moncayo. Por lo tanto, se dejó sin efecto el acto administrativo contenido en el memorándum No. 2007-0018-ESMIL-2b de fecha 22 de febrero de 2007 así como el acto contenido en el Oficio No. 2009-103-ESMIL-AJ de fecha de 08 de septiembre de 2009. Por último, la Sala dispuso el inmediato reingreso de la accionante con las prerrogativas y honores que corresponden así como la obligación de la Escuela Superior Militar a brindarle todas las facilidades para que pueda compatibilizar su calidad de alumna de la misma con su condición de madre.

Después de expuestas las conclusiones y la decisión de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, realizo las siguientes observaciones.

Respecto al segundo punto donde la Sala llega a la conclusión que el Art. 72 numeral 10 del Reglamento de Disciplina para cadetes de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro” es contrario a la Constitución, a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, es claro que los jueces han realizado el control de constitucionalidad de esta norma. En este sentido, considero que la Sala cometió un error al no haber sometido a consulta sobre la

constitucionalidad de este artículo a la Corte Constitucional y resolver por su cuenta este tema, facultad que como vimos en el punto 3.3.2, la Constitución no ha otorgado a los jueces. En mi opinión y a pesar de que considero que la eliminación del control de constitucionalidad difuso de la forma que estaba establecido en la Constitución de 1998 fue negativa para el activismo judicial sustantivo, de ninguna manera los jueces pueden pasar por alto la figura de la consulta de constitucionalidad pues esto significaría el incumplimiento de la Constitución y, por lo tanto, del deber judicial de defenderla y respetarla.

En cuanto a la aplicación de la ponderación, considero que fue subjetiva puesto que la Sala determinó la afectación intensa de los derechos a la educación y al trabajo y familia, al derecho de que la niña cuente con el cuidado de su madre sin suficiente análisis de los elementos fácticos y normativos que rodean a este caso.

A pesar de estos errores, la sentencia tiene sus puntos positivos como el análisis sobre la igualdad y derechos de la mujer en el Estado actual que responde a la consideración del carácter evolutivo de la Constitución y del derecho que, como ya se ha señalado, es uno de los fundamentos del activismo judicial sustantivo. Sin embargo, el punto más interesante de esta sentencia son sus efectos que tuvieron amplia repercusión en la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro” y, consecuentemente, en la vida de sus cadetes tal como expuso la Srta. Karina Gutiérrez Bohórquez, Subteniente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas del Ecuador y quien fue compañera de Tatiana Vásquez en la ESMIL. En la entrevista que realicé a la Teniente Gutiérrez (Anexo VIII), explicó que, a raíz del caso de Vásquez, otras cadetes que quedaron embarazadas fueron separadas temporalmente y, luego, fueron readmitidas para que continúen sus estudios en la ESMIL. Sin embargo, la Teniente Gutiérrez, como ex estudiante de la referida institución militar, recalcó su desacuerdo respecto a que se mantenga a cadetes embarazadas en la ESMIL debido a la rigurosidad de las pruebas físicas a las que deben someterse todos los cadetes, hombres y mujeres, y que constituye un importante componente de la calificación. Cabe mencionar que el Art. 72 numeral 10 del Reglamento de Disciplina para cadetes de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro” continúa vigente y se sigue aplicando en esta Institución Militar puesto que no ha habido ningún pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a la constitucionalidad de esta norma hasta la fecha, lo que

podía haber sucedido si los jueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha hubieran realizado la consulta de constitucionalidad respectiva. Por otro lado, la entrevistada sostiene que el reingreso de las cadetes después de dar a luz y encontrarse físicamente bien no debe ser impedido, lo que de hecho respeta actualmente la ESMIL.

Para finalizar, el análisis de la sentencia de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha lo realicé con el objeto de reafirmar que no puede existir activismo judicial sustantivo si los jueces no respetan a cabalidad la Constitución. En este caso en particular, debido a que los jueces de segunda instancia decidieron determinar la inconstitucionalidad del Art. 72 numeral 10 del Reglamento y, de esta forma, manifiestamente irrespetaron la autoridad de la Corte Constitucional que es el órgano competente para determinar la constitucionalidad de una norma, su sentencia no puede ser considerada como un ejemplo de activismo judicial sustantivo aunque sus efectos hayan sido positivos.

En resumen del estudio del activismo judicial sustantivo en el Ecuador, señalo que los postulados del constitucionalismo garantista ecuatoriano, plasmados en la Constitución de 2008 y en la LOGJCC, causaron beneficios y desventajas para el desarrollo de esta tendencia. Además, es claro que la falta de cooperación de los otros órganos del Estado y los errores judiciales son grades obstáculos para el activismo judicial sustantivo. En los siguientes capítulos, estableceré que medidas se deben tomar para superar estos problemas.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ACTIVISMO JUDICIAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y ECUADOR

4.1. El activismo judicial sustantivo presente en Estados Unidos de América y Ecuador

Como pudimos ver en el Capítulo I de esta disertación, el activismo judicial se fundamenta en la postura ideológica del neoconstitucionalismo acerca del papel de los jueces en una democracia constitucional pues, en ella, se requieren jueces creadores, intérpretes de la norma constitucional y que sean conscientes de la importante misión que deben cumplir. El activismo judicial, generalmente ligado con la difusión y estudio del neoconstitucionalismo de procedencia europea, en realidad, tuvo su origen en la Corte Suprema de Estados Unidos liderada por el juez Earl Warren que dictó varios fallos de gran trascendencia social e histórica guiados a transformar y extender la protección y garantía de derechos en ese país.

Aunque el inicio de esta tendencia fue claramente en el ámbito de protección y garantía de derechos, en el medio ecuatoriano y en otros países sudamericanos como Perú, se encierra bajo el mismo concepto de “activismo judicial” al incremento de atribuciones procesales a favor del juez y a la mayor actuación judicial con el objeto de maximizar, garantizar y promover el respeto de los derechos fundamentales cuando son dos posturas distintas y que se han iniciado y desarrollado en campos diferentes. Por esta razón, me permití clasificar estas dos posiciones en activismo judicial sustantivo y adjetivo.

En el caso del activismo judicial que he llamado “sustantivo”, entendido como una mayor y más trascendente actuación judicial en favor de la protección y garantía de los derechos fundamentales, tanto en Estados Unidos como en Ecuador, se ha desarrollado esta postura a través de normativa y sentencias desde diferentes puntos de vista, interpretaciones y fundamentos doctrinarios que he analizado en el Capítulo II y III de esta disertación y que me

han llevado a encontrar similitudes de fondo pero, también, marcadas diferencias entre el activismo judicial sustantivo que se ha construido en el mundo jurídico de estos países.

A continuación, realizaré el análisis comparativo de dichas diferencias y semejanzas de las cuales obtendré las conclusiones finales y sugerencias para el activismo judicial sustantivo del futuro en el Ecuador.

4.2. Semejanzas y diferencias entre el activismo judicial sustantivo presente en Estados Unidos de América y Ecuador

4.2.1. Semejanzas

Como vimos en el Capítulo III, el constitucionalismo garantista halla inspiración en varias de las características del constitucionalismo estadounidense que repercuten directamente en el activismo judicial sustantivo. La primera característica es la noción de la Constitución como **una norma jurídica suprema** que tiene el propósito de garantizar y proteger a los individuos frente al poder del Estado. Esta característica se hace patente tanto en la parte dogmática como en la orgánica de la Constitución ya que las disposiciones que establecen la organización y estructura del Estado son también garantías para los individuos que evitan cualquier exceso de la actuación de los poderes públicos pueda causar una vulneración de derechos fundamentales.

El segundo elemento que considero que el constitucionalismo garantista ecuatoriano comparte con la visión estadounidense del constitucionalismo es el carácter de directa e inmediatamente aplicable de los derechos y garantías fundamentales.¹³⁹

En los Estados Unidos, el carácter de directa e inmediatamente aplicable de los derechos que protege y garantiza la Constitución está determinado por su artículo VI que establece la supremacía jerárquica y claramente la obligatoriedad constitucional de las cortes y

¹³⁹ Vale recalcar que la directa e inmediata aplicabilidad de los derechos y garantías ha sido un principio ampliamente desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha sido recogido por varias constituciones, entre las que están, la ecuatoriana y estadounidense en diferente medida.

tribunales de observar la Constitución aún cuando hubiere alguna disposición en contrario en las leyes o constituciones estatales. Este deber judicial se traduce en la aplicación directa de los derechos constitucionales incluso sobre cualquier norma de menor jerarquía en los casos concretos que llegan al conocimiento de los tribunales y cortes de justicia en Estados Unidos, como en los ejemplos ya vistos en el segundo Capítulo, donde los jueces de la Corte Suprema de Justicia aplicaron la Constitución sobre precedentes jurisprudenciales y normas que se contraponían a las disposiciones constitucionales.

En la Constitución ecuatoriana de 2008, la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías consagrados en ella y en los tratados internacionales es una obligación que, al igual que en los Estados Unidos, debe ser cumplida por los jueces pero además por todos los funcionarios públicos y personas. Esta ampliación de los sujetos obligados es una característica destacada del constitucionalismo garantista ecuatoriano y que atañe una gran responsabilidad ya que la persona que va a aplicar los derechos debe interpretar cuál es la hipótesis de hecho y la obligación que emana del derecho en el caso concreto¹⁴⁰.

La supremacía de la Constitución y la directa e inmediata aplicabilidad de los derechos y garantías son los dos elementos fundamentales del activismo judicial sustantivo tanto en Estados Unidos y Ecuador y, como vemos, están presentes en las dos corrientes en la que se funda cada una de sus Constituciones.

Mas, tanto en el constitucionalismo estadounidense y en el constitucionalismo garantista ecuatoriano existen diferencias, que desfavorecen al desarrollo del activismo judicial sustantivo en uno de los países pero, por otro lado, constituye una fortaleza para el otro. Veremos cuales son a continuación.

4.2.2. Diferencias

Una de las grandes fallas del sistema constitucional de los Estados Unidos recae en la falta de reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos y

¹⁴⁰ Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, Principios de aplicación de los derechos, en Ramiro Ávila (ed), La Constitución de 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 52

las personas que habitan ese país. Sobre este tema, Ramiro Ávila comenta que los sistemas de salud, educación, seguro social, vivienda y de otros derechos sociales de los Estados Unidos no son los más adecuados y que, más bien, arrojan cifras de lo que se podría denominar, desde la perspectiva de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, violaciones a los derechos sociales.¹⁴¹ En cuanto a los compromisos internacionales, Ávila comenta que los Estados Unidos es famoso por no comprometerse internacionalmente mediante la ratificación de tratados internacionales y mucho peor de la aceptación de la competencia de organismos internacionales para la supervisión de compromisos.¹⁴²

El constitucionalismo garantista ecuatoriano, en el que se basa la Constitución ecuatoriana de 2008, en cambio, sobresale por reconocer ampliamente los derechos humanos de las personas que se expresa en la informalización del catálogo de derechos basada en la dignidad humana tomando en cuenta que el fin más importante del Estado es la protección y garantía de los derechos que pueden ser ejercidos individual y colectivamente. Por otro lado, el constitucionalismo garantista ecuatoriano promovió que se establezca grandes avances en cuanto a protección y garantía de derechos en la Constitución de Montecristi como es la ampliación de la legitimidad activa para la exigibilidad de los derechos, el reconocimiento de igualdad formal y material para todas las personas, el carácter justiciable de todos los derechos, la prohibición de restricción normativa infraconstitucional de derechos y garantías, la aplicación más favorable, la eliminación de jerarquía, la progresividad y la prohibición de regresividad de todos los derechos. Además del importante reconocimiento de las expresiones de las culturas indígenas del Ecuador y de la región latinoamericana. Estas características hacen del constitucionalismo garantista ecuatoriano y a la Constitución de 2008 un medio de realización de los fines sociales, económicos y culturales del Estado y garantías del cumplimiento del deber estatal de proteger y avalar el ejercicio de los derechos fundamentales.

Esta diferencia radical en cuanto a protección de derechos fundamentales, particularmente de los derechos económicos, sociales y culturales, hacen, por un lado, a los

¹⁴¹ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos sociales en la jurisprudencia de los Estados Unidos*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 452.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 457.

Estados Unidos de América un escenario menos propenso para que los jueces actúen de forma activista ya que, en los casos que he estudiado como ejemplos de activismo judicial sustantivo en el Capítulo II, especialmente el caso *Brown*, los jueces tuvieron que hacer grandes esfuerzos para motivar el reconocimiento de derechos sociales a través de un enfoque indirecto invocado la enmienda catorce denominada *Equal protection of law*. Esta es una de las razones que hacen a los casos de activismo judicial sustantivo en los Estados Unidos sumamente escasos e inclusive extraordinarios a pesar de que esta tendencia inició hace casi sesenta años en ese país sin dejar de lado las razones políticas y económicas que han impedido la intervención no sólo del poder judicial sino también del poder ejecutivo y legislativo en la consolidación de la protección de derechos económicos, sociales y culturales en los Estados Unidos de América.¹⁴³

En cambio, los jueces ecuatorianos tienen varias herramientas constitucionales para promover y extender la protección de los derechos fundamentales y no requieren valerse del enfoque indirecto para alcanzar estos objetivos ya que el catálogo de derechos de la Constitución de 2008 es sumamente amplio establece el reconocimiento de todo derecho que se derive de la dignidad humana esté o no establecido en la Constitución o en un tratado internacional.

Analizadas las semejanzas y diferencias entre el constitucionalismo estadounidense y el constitucionalismo garantista ecuatoriano pasaré a analizar el rol constitucional del juez ordinario en ambos países.

4.3. La función constitucional del juez ordinario

4.3.1. Semejanzas

¹⁴³ Un gran ejemplo de esta realidad es la problemática entorno al sistema de salud pública en Estados Unidos que en el 2010 tras una larga batalla política fue reformada a través del proyecto del Presidente Barack Obama denominado “*ObamaCare*” cuya aplicación ha tenido fuerte resistencia en varios sectores económicos de ese país. Más información en: <http://obamacarefacts.com/obamacare-facts.php> (1 de marzo de 2013)

El juez ordinario, tanto en el constitucionalismo estadounidense como en el constitucionalismo garantista ecuatoriano, cumple funciones constitucionales que se proyectan de forma distinta pero que tienen una base común.

En el caso estadounidense no existe la figura de las garantías jurisdiccionales, simplemente, quien considere que se le va vulnerado un derecho constitucional o consagrado en los tratados ratificados por los Estados Unidos, debe acudir al juez distrital e interponer la respectiva demanda cuya resolución eventualmente puede recaer en las manos de los jueces de la Corte Suprema de Justicia que como ya se dijo actúan como tribunal de apelación en derecho como en los hechos.¹⁴⁴

En cambio, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece, como vimos en el Capítulo III, mecanismos de tutela para que los ciudadanos puedan reaccionar frente a las vulneraciones de sus derechos en cada caso singular. En el Estado de derecho, esta reacción tiene lugar instando la actuación de los órganos jurisdiccionales y, por ello, los instrumentos que las posibilitan se agrupan bajo la denominación de garantías jurisdiccionales o garantías procesales específicas.¹⁴⁵

Asimismo, la Constitución de 2008 previó un procedimiento específico para la protección de los derechos que es dirigido por los jueces y tribunales ordinarios. Dicho procedimiento tiene como característica principal su informalidad que es fundamento de algunas de las facultades constitucionales de los jueces ordinarios ecuatorianos como el pronunciamiento sobre la violación de derechos que no fue expresamente invocada por los afectados¹⁴⁶ y la adecuación de formalidades y subsanación de omisión de requisitos.

¹⁴⁴ Las cortes distritales de los Estados Unidos tienen jurisdicción para resolver controversias cuya solución depende de la Constitución, un acto legislativo o un tratado. Además, tienen jurisdicción para dictar sentencias sobre las peticiones de Habeas Corpus. Las decisiones finales de las cortes distritales pueden ser apeladas en las Cortes de Apelación. Asimismo, las sentencias de las Cortes de Apelación pueden ser apeladas a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Más información en: Charles W Bunn, *Jurisdiction and practice of the courts of The United States*, Minnesota, West Publishing Co, 1949, p. 54 a 59. -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

¹⁴⁵ Claudia Storini, op. cit., p. 289.

¹⁴⁶ Art. 19 inciso segundo del COFJ

A pesar de la existencia de estas diferencias, los sistemas estadounidense y ecuatoriano coinciden, en parte, en que las constituciones de ambos países han encomendado a los jueces ordinarios la defensa de sus disposiciones y, particularmente, de los derechos consagrados en ellas. Naturalmente, los Estados Unidos de América, a diferencia de Ecuador, permiten una mayor intervención judicial a través del sistema de la “*judicial review*”, diferencia a la que me referiré más adelante.

El motivo principal para entregarle la importante misión de defender la Constitución y los derechos a los jueces se basa en su competencia para asegurar la indemnidad del ordenamiento jurídico mediante la fiscalización del proceder de todos los órganos del Estado pero, sobre todo, en el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.¹⁴⁷

En cumplimiento de la protección de los derechos, los jueces estadounidenses y ecuatorianos pueden hacer uso de las funciones constitucionales establecidas por el ordenamiento ecuatoriano en la LOGJCC y el COFJ pero que, también, han sido desarrolladas por otros sistemas jurídicos incluidos el anglosajón o que se han visto patentes en sentencias o resoluciones judiciales. Por ejemplo, la atribución derivada del principio “*iura novit curia*” que establece el juez puede aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en el proceso y la modulación de los efectos de las providencias de acuerdo a la necesidad y alcance de la protección que se debe decidir. El empleo de estas funciones puede ser encaminado a obtener resultados activistas sustantivos que generen la maximización de la protección de derechos y de la reparación integral no sólo de los afectados sino de todos los individuos que se ven o pueden verse afectados. Tal como sucedió en el caso “*Brown*” y en el caso de María Lorena Caicedo Castro, en los que la decisión de los jueces estaba guiada a proteger los derechos no sólo de los demandantes sino también de quienes no eran parte en el respectivo proceso pero que compartían la misma situación de vulneración de los derechos, materia de la sentencia.

¹⁴⁷ Cf. Claudia Storini, op. cit, p. 303.

Aunque los jueces ecuatorianos y estadounidenses puedan ejercer estas funciones, los jueces ecuatorianos no tienen la facultad de inaplicar normas inconstitucionales. Analizo este tema en seguida.

4.2.2.2. Diferencia

El sistema de protección judicial conocido como “*judicial review*” (control de constitucionalidad difuso) que otorga a los jueces la facultad de pronunciarse respecto a las alegaciones de inconstitucionalidad de una ley o precepto legal dentro de los procesos que dirigen, constituyó una de las principales herramientas de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en casos como “*Brown v. Board of Education*” y “*Plyler v. Doe*”, pilares del activismo judicial sustantivo estadounidense.

En estos casos, después de determinar que las limitaciones al acceso a la educación pública para niños afroamericanos, en el primer caso, y para niños indocumentados, en el segundo, violan la enmienda catorce relacionada con la igual protección ante la ley, determinaron la inconstitucionalidad de todas las normas que permitían tales violaciones.

En cambio, en el Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, el control de constitucionalidad difuso desapareció y fue reemplazado por la consulta de constitucionalidad que generó un significativo fortalecimiento de la Corte Constitucional como órgano de cierre del control constitucional pero, también, el debilitamiento del juez ordinario cuando ejerce sus funciones constitucionales descritas anteriormente. La eliminación del control de constitucionalidad difuso en nuestro sistema mixto (que critiqué en el Capítulo III) es un verdadero obstáculo para el desarrollo del activismo judicial sustantivo pues, primero, impide al juez ordinario aplicar directa e inmediatamente la Constitución cuando está de por medio una norma posiblemente inconstitucional y, segundo, genera inconsistencias en las decisiones judiciales sólo pueden ser resueltas por la Corte Constitucional como vimos en el caso de Tatiana Vásquez Moncayo.

En consideración a estos argumentos, opino que la eliminación del control de constitucionalidad difuso fue negativa para la consolidación del sistema de protección de

derechos en el país y, por ende, del activismo judicial sustantivo tomando en cuenta que la desaparición de este sistema de control constitucional significa un impedimento para que los jueces ordinarios protejan y garanticen directamente los derechos fundamentales ya que si en uno de los casos que se han sometido a su conocimiento se alega la inconstitucionalidad de una norma, la determinación de la misma depende de la Corte Constitucional. Esta dependencia debilita el poder y la importancia de la Función Judicial y aleja al constitucionalismo garantista ecuatoriano del propósito neoconstitucionalista de dar mayor protagonismo al juez con el fin de hacer efectivos los fines constitucionales de protección de derechos y de justicia en las decisiones judiciales. Finalmente, creo necesario que se discuta en los espacios académicos estas desventajas que presenta la desaparición del control de constitucionalidad difuso e inclusive la posibilidad de que se vuelva a establecer constitucionalmente.

Después de analizadas las principales diferencias y semejanzas de las características de los sistemas constitucionales estadounidense y ecuatoriano que tienen que ver con el activismo judicial sustantivo. Analizaré los puntos clave de los casos estudiados como ejemplos de esta tendencia en ambos países para, luego, establecer las conclusiones finales de esta disertación.

4.4. Puntos clave en los casos de activismo judicial sustantivo de Estados Unidos de América y Ecuador

4.4.1. Son litigios o casos estructurales

Los casos analizados en los capítulos II y III de esta disertación, tienen varias de las características de los litigios estructurales que señalé en el Capítulo I, principalmente, la afectación a un número amplio de personas no sólo a los demandantes del caso en concreto y el involucramiento de varias entidades públicas en la ejecución de la sentencia. Además, estos casos tienen como característica que en ellos, se discute la protección y garantía de derechos económicos, sociales y culturales como la educación, el trabajo y el derecho a la salud y, también, derechos que pueden ser vistos desde una perspectiva individual y colectiva como la igualdad y la no discriminación.

Estos casos de carácter estructural han surgido por la falta de capacidades básicas de las instituciones encargadas de la política pública que han producido fallas crónicas en el cumplimiento de sus obligaciones y que se muestran impermeables a los mecanismos usuales de responsabilidad política que es el punto en común del origen de otros litigios estructurales en América Latina tal como comentan César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco¹⁴⁸. Al ser la acefalia del cumplimiento de obligaciones estatales la causa del nacimiento de estos casos, las sentencias que ponen fin a los mismos están llamadas a romper las trabas institucionales que han provocado las violaciones a los derechos.

Este “*desbloqueo*” como lo llaman Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, opera mediante varios mecanismos¹⁴⁹. El primero es la alteración en el balance de poder entre demandantes y demandados que se produce con la sola sentencia al darle la razón a los demandantes y responsabilizar a las entidades estatales por las violaciones de derechos. En el caso “*Brown*” pudimos ver que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia puso al derecho de educación pública, igualdad y no discriminación de los afroamericanos por encima de la voluntad de algunas instituciones y autoridades que, en los primeros años posteriores a la sentencia, intentaron varias veces impedir el ingreso de niños afro descendientes a las escuelas de “blancos”. Por otro lado, el caso de María Lorena Caicedo Castro evidenció las falencias del sistema de salud dentro de los centros de rehabilitación ecuatorianos y a pesar de que aún no se ha dictado la política pública ordenada por el juez, la sentencia dio la razón a María Lorena y ordenó a los demandados que cumplan con su obligación de cubrirle el tratamiento y los medicamentos que requería.

El segundo es incentivar la construcción de la institucionalidad necesaria para eliminar la violación del derecho a través de la apropiación de recursos, cambios de las políticas y reglas de los órganos estatales entre otras medidas. La sentencia del caso *Brown* generó varios cambios en las escuelas públicas estadounidenses que debieron adaptar la estructura física de las escuelas y colegios para recibir a más estudiantes y, sobre todo, transformar la visión segregacionista de profesores y autoridades que tuvieron que adaptarse a la decisión de la

¹⁴⁸ Cfr. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, op. cit. p. 354.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 356 y 357.

Corte Suprema de Justicia como fue el caso de “Clinton High School” en la ciudad Clinton del estado de Tennessee que fue el primer colegio de “blancos” en los estados del Sur que admitió estudiantes afroamericanos o la Escuela “Glen” en la que la misma directora recibió a los primeros niños afroamericanos en las instalaciones.¹⁵⁰ En el caso de María Lorena Caicedo, lamentablemente no se crearon los medios para hacer posible el cumplimiento de la sentencia; sin embargo, rescato la intención de los jueces de remecer los inoperantes sistemas de salud en los centros de rehabilitación social del Ecuador y provocar la revisión de asuntos como el presupuesto y la calidad de la atención que se brinda a las personas privadas de la libertad que sufren enfermedades graves o degenerativas.

Finalmente, es preciso resaltar la importante labor que cumplieron las organizaciones sociales brindando apoyo a los demandantes y dando la forma de litigios estratégicos a estos casos. En el caso *Brown*, la “*National Association for the Advancement of Colored People*” conocida por sus siglas NAACP (Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color) estableció la estrategia para convertir a *Brown* en un caso paradigmático y terminar con el precedente establecido en el caso *Plessy*. En el caso de María Lorena Caicedo, la Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos apoyó en todo momento a la demandante y planteó que en la sentencia se ordenara el diseño y ejecución de la política pública destinada a la protección de derecho a la salud y a la vida de las personas privadas de libertad.

4.4.2. Responden a las exigencias sociales, culturales y económicas actuales

Como vimos en el Capítulo II, la teoría de la “*Living Constitution*” que plantea, en primer lugar, que las constituciones son documentos dinámicos y vivientes que deben interpretarse de acuerdo a las circunstancias actuales de la sociedad y, segundo, la importante función de los jueces para hacer relevante a la Constitución en la solución de problemas cuando los otros poderes no han actuado eficazmente, se ha visto patente en los casos que he presentado como activistas judiciales sustantivos en Estados Unidos y, también, en el Ecuador.

¹⁵⁰ Cfr. *Brown v. Board at Fifty: “With an Even Hand”* en: <http://www.loc.gov/exhibits/brown/brown-aftermath.html> (1 de marzo de 2013) -Traducción del inglés al español realizada por la autora-.

En Ecuador, en las sentencias de primera y segunda instancia de la acción de protección presentada por María Lorena Caicedo, la interpretación de los derechos consagrados en la Constitución y aplicados en el caso fue una forma de responder concretamente las exigencias sociales de las personas privadas de libertad a quienes son discriminadas por su condición y se condena al olvido y desatención del Estado y la sociedad.

Por otro lado, en caso de Tatiana Vásquez Moncayo, también los jueces hicieron un interesante análisis de los derechos del trabajo, educación e igualdad y no discriminación aplicados a las circunstancias actuales del papel de las mujeres en la sociedad que dio como resultado la decisión de ordenar el reingreso de Tatiana Vásquez a la ESMIL que produjo notables efectos en la vida de las cadetes de la institución militar.

Aunque, al igual que precisé en el análisis y exposición de la teoría de la “Living Constitution” es importante comprender que el empleo de interpretaciones dinámicas debe fundamentarse en el texto y principios constitucionales, tal como lo vimos en el pensamiento de el jurista estadounidense, Jack M. Balkin, lo que lamentablemente no cumplieron los jueces de la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, en el caso de Tatiana Vásquez Moncayo, que no cumplieron su obligación de elevar a consulta a la Corte Constitucional para que resuelva sobre la constitucionalidad del Art. 72 # 10 del Reglamento de disciplina de la ESMIL.

4.4.3. Contienen decisiones motivadas

Como se ha recalcado a lo largo de esta disertación, la motivación es el pilar del activismo judicial sustantivo pues sin el cumplimiento de esta garantía del debido proceso, no se puede alcanzar una verdadera y completa protección de derechos. Además, la motivación constituye el límite de la acción judicial que constituye una exigencia que se debe cumplir en cada una de las decisiones que adopten los jueces ya que no solamente es una obligación judicial sino también un derecho de las partes que pueden exigir, aspecto que enfatiza la carga de responsabilidad que implica la toma de decisiones debidamente motivadas.

La motivación, tal como establecí en el Capítulo I, no puede contener contradicciones internas y errores lógicos que conviertan a las resoluciones judiciales en manifiestamente

irracional vulnerando, de esta forma, al derecho a la tutela efectiva. En este sentido, destaco que en las dos sentencias, ejemplo de activismo judicial sustantivo en Estados Unidos y Ecuador, la parte motiva guarda coherencia con la resolución que resume todos los puntos discutidos y analizados en la sentencia. En el caso *Brown*, los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvieron que la política y la práctica de segregación tenían un impacto negativo tanto en la vida de los niños y niñas, al producir un sentimiento de inferioridad, en la percepción que tienen unos frente a los otros, que afecta los corazones y las mentes de forma inadecuada, como en la vida de los grupos humanos, cuestiones que se superarían con la integración racial.¹⁵¹ Por esta y otras razones, la Corte concluyó que la doctrina *equal but separate* no tiene cabida en el sistema educativo y que este sistema viola la enmienda catorce sobre la igual protección ante la ley.¹⁵²

En el caso de María Lorena Caicedo, tanto el juez de primera instancia como los jueces de segunda, basaron su decisión en la falta de la existencia real de una política pública respecto a la salud de las personas privadas, especialmente aquellas que sufren enfermedades graves y, por ello, su decisión más trascendental es la orden de implementación de dicha política pública y el informe de los resultados.

Por otro lado, enfatizo que una debida motivación de ninguna forma puede contener arbitrariedades puesto que toda sentencia o fallo debe fundamentarse en los principios jurídicos y normas que deben estar claramente citadas y en la organización y estructura del Estado. Por ende, no existe motivación y, consecuentemente, maximización de derechos si el juez desconoce o pasa por encima de las instituciones y las funciones de los otros órganos establecidos constitucionalmente. Ejemplos de una actuación arbitraria fue, en Estados Unidos, la sentencia del caso “*Roe v. Wade*” que impuso su parecer acerca del aborto desconociendo las funciones de las legislaturas de cada estado donde se habría abierto al diálogo y a la discusión democrática este tema. En Ecuador, los jueces de la de la Tercera

¹⁵¹ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos sociales en la jurisprudencia de los Estados Unidos*, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 465.

¹⁵² *Ibidem*, p. 466.

Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, en el caso de Tatiana Vásquez Moncayo, sobrepasaron sus funciones y desconocieron las disposiciones constitucionales que establecen la consulta de constitucionalidad y, consecuentemente, la autoridad de la Corte Constitucional al determinar por su cuenta que el Art. 72 numeral 10 del Reglamento de Disciplina para cadetes de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro” es contrario a la Constitución, a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*.

En suma, las sentencias de los casos Brown y María Lorena Caicedo cumplen el objetivo activista de maximizar la protección y garantía de los derechos fundamentales de los demandantes y de las personas que, sin ser parte del proceso, compartían la misma situación de vulnerabilidad a través de decisiones que guardaron coherencia con la parte motiva y que, sobre todo, respetaron la institucionalidad establecida por la Constitución estadounidense en el primer caso y, en el segundo, por la Constitución ecuatoriana.

4.3.4. Coordinan las acciones de los demás poderes del Estado

Como consecuencia de decisiones que respetaron la organización e institucionalidad de su correspondiente estado, los casos presentados, en esta disertación, como ejemplos de activismo judicial sustantivo promovieron la ejecución de acciones de otros órganos estatales con el fin de lograr una actuación coordinada del Estado en la protección y garantía de los derechos fundamentales en juego.

Esta promoción de la acción estatal por parte de los jueces activistas no termina con la sentencia ya que los casos que tienen gran repercusión social requieren la fijación de objetivos de cumplimiento gradual que debe ser controlado por los magistrados ya que, como comenta Juan Pablo Falcón, debido a que la administración pública se caracteriza por ser lenta en el cumplimiento de sus obligaciones, la intervención de la justicia debe ser prolongada en la supervisión de la realización de las decisiones judiciales.¹⁵³

¹⁵³ Cfr. Juan Pablo Falcón, El litigio estructural como una forma de activismo judicial, Buenos Aires, Congreso de Derecho Público “Democracia y Derechos” en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-constitucional-juan-pablo-falcon.pdf> (4 de marzo de 2013)

La colaboración y participación de los ciudadanos y de los grupos que promueven el respeto de los derechos fundamentales es muy importante en este proceso pues deben ayudar en la vigilancia del cumplimiento de las sentencias y si es del caso generar presión a los mismos jueces.

Volviendo a los dos casos ejemplificativos, *Brown* puso en marcha todo el aparato institucional estadounidense con el fin de eliminar la discriminación racial en las escuelas públicas a través del cumplimiento no sólo de sentencia de *Brown* sino también de otras sentencias que se basaron en el precedente establecido por la Corte Warren. En este proceso participó inclusive el Presidente de los Estados Unidos, Dwight Eisenhower, quien ordenó que elementos de la fuerza pública ejecutaran la sentencia de la Corte, *Cooper v. Aaron*.¹⁵⁴ En cuanto a la participación de los grupos sociales, la NAACP (Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color) estuvo pendiente del cumplimiento de todas las sentencias que se derivaron del caso *Brown* promoviendo el proceso de desegregación en los Estados Unidos.

En el caso de María Lorena Caicedo, como he mencionado reiteradas veces, los demandados no han cumplido hasta hoy la sentencia, lo que en este punto clave del activismo judicial que es la coordinación de acciones de los órganos del Estado ecuatoriano. El primer error corresponde a los jueces que no han ejercido ninguna supervisión respecto al cumplimiento de la sentencia pues como se puede ver en la propia página web del Consejo de la Judicatura (Anexo VII) no se ha emitido ninguna resolución que exija respuestas de los demandados sobre el diseño y ejecución de la política pública ni tampoco se le ha dado seguimiento al caso. El segundo error es la falta de presión y atención continua por parte de las organizaciones de derechos humanos para que se elabore la política pública y se la efectivice con la participación de los afectados.

Estos errores sumados a la, ya nombrada, débil autoridad que tienen los jueces ordinarios cuando ejercen su papel constitucional que les impide imponer su ejercer plenamente su función como principales garantes de los derechos fundamentales frente a otros órganos del Estado constituyen los principales retos a superar no sólo de la Función Judicial

¹⁵⁴ Cfr. Ramiro Ávila, *op. cit.* p. 466.

ecuatoriana sino también de todos los actores que están involucrados en las sentencias activistas. A partir de esta reflexión, expondré cuáles son las lecciones que deja la experiencia activista judicial sustantiva estadounidense y ecuatoriana para el futuro de la justicia en nuestro país y, también, del mundo.

4.5. Lecciones de la experiencia estadounidense y la ecuatoriana para el fortalecimiento del activismo judicial sustantivo en el Ecuador

La experiencia de la Corte Warren y los primeros pasos del activismo judicial sustantivo en el Ecuador, han dejado, a lo largo de este trabajo, algunas enseñanzas que conviene repasar.

La primera lección tiene relación con el significado del término “*activismo judicial*” desde el enfoque sustantivo. La experiencia estadounidense nos muestra que el activismo judicial sustantivo puede tomar varias formas y, también, que puede ser encajada en categorías que degradan el término. Esta enseñanza debe ser aprendida en el Ecuador, donde se tiende a llamar a toda acción judicial que sobrepasa la tradicional función del juez como activismo judicial, error que, como vimos, se comete en Estados Unidos también y, por ello, no significa que debe ser repetido.

La segunda lección tiene relación con los límites del activismo judicial sustantivo pues es importante entender que esta tendencia no tiene cabida en todos los casos, sólo en aquellos que verdaderamente no exista otro camino previsto en el ordenamiento jurídico y que sea constitucionalmente válido para lograr la maximización de la aplicación y garantía del derecho que se argumenta que se ha vulnerado y esto únicamente se puede determinar después de que el juez realice un análisis minucioso que dilucide si la intervención que se ha producido en derecho fundamental halla o no justificación constitucional.

Esta maximización no es indeterminada y a discreción del juez pues este debe sujetarse a los límites que el constituyente fijó pues, de lo contrario, podría caer en subjetivismos que

pueden llegar a arbitrariedades como sucedió en el caso de Tatiana Vásquez Moncayo y *Roe v. Wade*. Por otro lado, el análisis de los casos que se discutieron en esta disertación, demuestra que el activismo judicial sustantivo se traduce en el ejercicio responsable, razonado y coherente de las atribuciones judiciales que promueve el trabajo coordinado con otras funciones del Estado para caminar hacia la mayor garantía y protección de los derechos fundamentales.

La segunda atañe a la trascendente función que deben cumplir los movimientos sociales en el activismo judicial sustantivo que pueden contribuir a que los jueces conozcan los casos donde se producen violaciones de derechos que afectan a grandes grupos de la sociedad y apoyarlos a realizar demandas que guíen la decisión del juez, como sucedió en el caso Brown y el caso de María Lorena Caicedo. Adicionalmente, los movimientos sociales pueden ayudar a que se discuta el problema del caso presentado ante el juez en los medios de comunicación, en las universidades y en otros espacios para generar opinión pública que pueden implicar cambios sociales e ideológicos respecto a los sujetos y circunstancias que confluyen en el caso.

Finalmente, la tercera lección tiene que ver con la atención que debemos poner a la implementación y el impacto de los fallos activistas judiciales sustantivos. Tanto los movimientos sociales como los órganos que componen el Estado- no sólo los que son parte de la Función Judicial- tienen la obligación de ayudar a hacer cumplir las sentencias y a expandir, inclusive más allá de lo ordenado por los jueces, la protección y garantía de los derechos fundamentales. Como señalé en el punto anterior, los casos no terminan con la sentencia ya que se requiere asegurar que tengan efectos y que estos promuevan que otros grupos de la sociedad que han sido o son víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales demanden ante las cortes, medidas que reparen integralmente los daños y que, sobre todo, aseguren que no se vuelvan a repetir.

Para finalizar este Capítulo que recoge los puntos más importantes sobre el activismo judicial sustantivo de Estados Unidos y Ecuador analizado en los Capítulos anteriores, es claro que aún nos falta un largo camino para que esta tendencia represente **un cambio cualitativo**

de la función judicial ecuatoriana que **contemple la naturaleza social del proceso y la proyección de la sentencia a la colectividad**; sin embargo, ya se han dado los primeros pasos que deben convertirse en fuertes avances constitucionales y prácticos para que las sentencias activas se transformen en verdaderas herramientas para la protección y garantía de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- El activismo judicial se fundamenta en la postura ideológica del neoconstitucionalismo acerca del papel de los jueces en un estado constitucional pues, en él, se requieren jueces mucho más creadores, intérpretes de la norma constitucional y que sean conscientes de la importante misión que deben cumplir. A partir del cuestionamiento sobre el papel que deben desempeñar los jueces y el cambio de la actitud judicial de pasiva a activa, aparecieron dos posturas sobre estos importantes planteamientos que me he permitido clasificar en activismo judicial adjetivo y el activismo judicial sustantivo.
- En el caso de lo que he llamado “activismo judicial adjetivo” se plantea que el juez, sin atentar de modo alguno con el derecho material de las partes, conduzca el proceso dotado de ciertas facultades que le permitan alcanzar los elementos de juicio suficientes para que su decisión final, no sólo signifique la aplicación de la ley, sino también, la expresión de la justicia. Además, los defensores del activismo judicial adjetivo son contrarios al garantismo judicial, pues desde su punto de vista, esta actitud judicial promueve que se ignore el aspecto social del proceso ya que sólo importa el éxito individual de una de las partes que luchan por convencer al juez que su posición es la correcta y, sobre todo, el apego irrestricto de las normas procesales.
- En cambio, el activismo judicial que he llamado “sustantivo” plantea que el juez debe ampliar la trascendencia y alcance de sus decisiones cuando estén en juego derechos fundamentales. Por ello, lo he identificado con la justicia constitucional pues en ella, la principal función de los jueces es proteger y garantizar los derechos fundamentales o constitucionales. Los efectos que el activismo judicial sustantivo puede generar, recaen sobre los individuos, las organizaciones y en la opinión pública. Estos efectos dan verdadero valor y sentido al activismo judicial sustantivo pues viabilizan la ejecución de la

sentencia. Mas, cuando los efectos se traducen en intervención de la función judicial en los otros poderes del estado, la actuación del juez puede considerarse como antidemocrática y vulneradora del principio de separación de poderes.

- En los Estados Unidos de América, el activismo judicial nació en el seno de la Corte Suprema de este país como respuesta a la búsqueda de la efectivización de la garantía y protección de los derechos fundamentales a todos los estadounidenses. Por ello, el tratamiento del término “*activismo judicial*” en los Estados Unidos se encuadra únicamente en el campo sustantivo y no en el adjetivo. El activismo judicial sustantivo se fundamenta en las principales características del constitucionalismo norteamericano que son: la supremacía de la Constitución y el carácter de directa e inmediatamente aplicable de los derechos consagrados constitucionalmente.
- La teoría de la “*Living Constitution*” entendida desde la perspectiva del método del texto y el principio que fue propuesta por el jurista Jack M. Balkin y que establece que cada generación tiene la labor de implementar la Constitución a través de la construcción de instituciones políticas, legislación y la creación de precedentes judiciales en su propio tiempo y en el marco de la Constitución que sus autores trazaron, es un camino válido para cumplir el propósito activista.
- En referencia al sistema de la “*judicial review*” es claro que constituye la herramienta más importante que tienen los jueces estadounidenses para hacer efectiva la protección de derechos y eliminar cualquier norma que obstaculice este objetivo. Por otro lado, rescato la opinión del juez Rehnquist quien señala que el ejercicio de esta potestad no legitima la arrogación de funciones de los otros poderes y el desconocimiento del orden establecido por la Constitución.
- La actuación de la Corte Suprema, liderada por Warren Burger, en los casos “Roe vs. Wade” y “Doe vs. Bolton” no es un ejemplo de activismo judicial sustantivo sino de autoritarismo pues, a través de ellos, se impuso la opinión de la Corte sobre un tema tan

controversial como el reconocimiento del aborto como un derecho (dentro de los tres primeros meses de gestación) transgrediendo el principio de separación de poderes y la democracia ya que esta decisión correspondía a las legislaturas de cada estado donde seguramente se habría abierto el diálogo y la discusión democrática de este tema.

- La sentencia del caso “*Brown vs. Board of Education*” es el mejor ejemplo de activismo judicial sustantivo en los Estados Unidos ya que respondió a las exigencias sociales de la época respetando los límites que imponen los principios constitucionales y sus efectos lograron el objetivo de maximizar el principio de igualdad y el derecho a la educación no sólo en beneficio de los afroamericanos sino de todos los grupos vulnerables que habitan los Estados Unidos.
- En cuanto al Ecuador, el activismo judicial sustantivo se presenta en sus dos versiones: adjetivo y sustantivo.
- Sobre el activismo judicial adjetivo, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) tiene un papel estelar ya que amplió las funciones básicas del juez con el objeto de darle mayor protagonismo en la dirección del proceso. Sin embargo, debido a que en la Constitución de 2008 se estableció como principio rector de la Función Judicial al principio dispositivo y en el mismo COFJ que, además, ató las resoluciones de los jueces únicamente a los elementos aportados por las partes según el Art. 27 que consagra el principio de verdad procesal, se han generado varias dudas respecto a la constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez y a la facultad de impulsar de oficio el proceso, que están establecidas en el Art. 130 y 139 del COFJ respectivamente. Estas dos facultades, además, han sido desarrolladas pobremente en el Proyecto de Código General del Proceso (PCGP) que en ningún momento establece reglas para el ejercicio de estas dos atribuciones, falencia repetida del COFJ.
- En consideración a estos problemas, considero que su solución constitucional es el empleo de la ponderación y la aplicación directa de los principios del debido proceso en cada caso concreto. Es decir, si se ven enfrentados el principio dispositivo y el de verdad procesal con el principio de eficacia y el de tutela judicial efectiva al momento de que el juez

solicite pruebas de oficio y resuelva en base a ellas o requiera impulsar el proceso, deberá motivar su decisión fundamentándose en un análisis ponderativo que determine el grado en el que se afectaría la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las partes si el juez no ejerce estas facultades respetando, en todo momento, las garantías del debido proceso.

- Por otro lado, en el numeral 11 del Art. 130 del COFJ, se establece otra importante facultad del activismo, esto es, la atribución del juez de procurar la conciliación entre las partes que es recogida, también, el PCGP. Además, en este mismo numeral, se establece la “*mediación intraprocesal*” como una medida que puede ser dispuesta de oficio por el juez sin consentimiento de las partes. En mi opinión, el hecho de que el juez decida unilateralmente que las partes acudan a mediación, altera de forma negativa la naturaleza voluntaria de este método alternativo de solución de conflictos. Adicionalmente, llama la atención que ninguna norma del COFJ regule el funcionamiento de las “*oficinas judiciales de mediación intraprocesal*”, omisión que no es corregida por el PCGP.
- El constitucionalismo garantista ecuatoriano constituyen la base del activismo judicial sustantivo en el sistema jurídico ecuatoriano actual. Esta corriente que se ha plasmado en la Constitución de 2008 se fundamenta principalmente en el carácter supremo de la Constitución y en la directa e inmediata aplicabilidad de los derechos constitucionales y aquellos consagrados en los tratados internacionales de Derechos Humanos y ha aportado importantes avances para la protección de los derechos como el reconocimiento de expresiones de la cultura indígena de la región latinoamericana y del Ecuador, la informalización del catálogo de derechos, la aplicación más favorable de los derechos, entre otros.
- Sin embargo, la Constitución de 2008, también, trajo consigo un cambio perjudicial para el activismo judicial sustantivo que fue la eliminación del control de constitucionalidad difuso que constituía una de las principales herramientas para la protección y garantía de los derechos constitucionales desde los juzgados y tribunales de justicia antes de la expedición de la nueva norma suprema. En reemplazo del control de constitucionalidad difuso, la Constitución de 2008 estableció la figura de la consulta de constitucionalidad que obliga a los jueces a suspender la tramitación de la causa hasta obtener un

pronunciamiento definitivo de la Corte Constitucional sobre la norma que consideren contraria a la Constitución. Cabe aclarar que a pesar de que considero que la introducción de esta figura en remplazo del control de constitucionalidad difuso perjudicó al activismo judicial sustantivo, debe ser respetada por los jueces ya que está establecida constitucionalmente.

- En la Constitución de Montecristi, el medio principal, a través del cual los jueces ejercen su rol constitucional, es el conocimiento y resolución de las de las garantías jurisdiccionales cuyo procedimiento tiene varias particularidades, en especial, aquellas que se derivan de su informalidad. Para enfrentar dichas particularidades, la LOGJCC y el COFJ establecen varias funciones judiciales, por ejemplo, el impulso oficioso del proceso, facultad derivada del principio “*iura novit curia*”, pronunciamiento sobre la violación de derechos que no fue expresamente invocada por los afectados, adecuación de formalidades y subsanación de omisión de requisitos y modulación del efecto de las providencias. Es importante tomar en cuenta que el ejercicio de estas facultades no implica que el juez las ejerza en todos los casos y sin fundamentación, alguna pues, en cada decisión que tome está implícita la obligación de motivar sus acciones tal como lo establece el Art. 4 numeral 9 de la LOGJCC que determina el deber que tienen los jueces de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica y de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.
- Tomé como base para el análisis de fallos, la acción de protección ya que sus características como la principal garantía constitucional la hacen una herramienta jurídica esencial para el ejercicio del activismo judicial sustantivo en el Ecuador. Aunque vale mencionar, como fue dicho, que varias normas de la LOGJCC han restringido en gran medida su fuerza.
- A pesar de los problemas señalados, en base al ejercicio de la acción de protección, se han producido interesantes casos como el de María Lorena Caicedo y el de Tatiana Vásquez.
- En las sentencias, tanto de primera instancia como de segunda de la acción de protección presentada por María Lorena Caicedo y David Cordero Heredia, los jueces decidieron ir

más allá de la satisfacción de sus peticiones que se derivaban de los perjuicios que le causaron a María Lorena la falta de atención y tratamiento médico por parte de los demandados y ordenaron la formulación y ejecución de una política pública que garantice el derecho a la salud, igualdad, no discriminación y a la vida a todos los reclusos de los centros de rehabilitación en nuestro país, decisión que es un ejemplo de modulación de los efectos de las providencias. Lamentablemente, hasta el día de hoy, las instituciones demandadas no cumplen con su obligación de formular y ejecutar la política pública ordenada por los jueces.

- Por otro lado, el caso de Tatiana Vásquez Moncayo contra la Escuela Militar Superior “Eloy Alfaro” generó varios cambios estructurales en esta institución militar que, en la actualidad, acepta que las cadetes que queden embarazadas durante los años de preparación militar, regresen después de dar a luz y recuperarse físicamente. A pesar de que la sentencia de segunda instancia de este caso cumplió con sus objetivos, no es un ejemplo de activismo judicial debido a que los jueces irrespetaron la Constitución al incumplir su obligación de remitir a consulta a la Corte Constitucional el Art. 72 # 10 del Reglamento de disciplina de cadetes de la ESMIL que, por su cuenta, consideraron inconstitucional.
- Del análisis comparativo del activismo judicial sustantivo de Estados Unidos y Ecuador, se estableció que la supremacía de la Constitución y la directa e inmediata aplicabilidad de los derechos y garantías son los dos elementos fundamentales del activismo judicial sustantivo tanto en Estados Unidos y Ecuador y, como vemos, están presentes en las dos corrientes en la que se funda cada una de sus Constituciones. Su mayor diferencia es el sistema de protección de derechos, en particular los económicos, sociales y culturales, ya que, como fue señalado, en Estados Unidos es casi inexistente.
- En Estados Unidos y en Ecuador, los jueces ordinarios son los principales defensores de la Constitución y, particularmente de los derechos, ya que tienen el poder de fiscalizar las acciones de todos los órganos del Estado y de proteger el derecho de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva de sus demás derechos. La gran diferencia, en el

ejercicio de este deber, es que los jueces ecuatorianos carecen de la atribución para inaplicar normas que consideren inconstitucionales en los procesos que dirigen.

- Las sentencias de los casos, establecidos como ejemplos de activismo judicial sustantivo (*Brown* y María Lorena Caicedo), coinciden en varios aspectos. Primero, son litigios estructurales en los que los movimientos sociales cumplen un papel fundamental y tienen por objeto poner fin a las trabas institucionales que han provocado las violaciones a los derechos. Segundo, responden a exigencias sociales, culturales y económicas actuales. Tercero, las decisiones que los jueces adoptaron son motivadas y respetan los límites impuestos por la Constitución. Finalmente, coordinan las acciones de los demás órganos del Estado.
- La experiencia estadounidense y ecuatoriana respecto al activismo judicial sustantivo nos deja varias lecciones que conviene seguir en el futuro en pro del desarrollo de esta tendencia en el Ecuador y que repasaré y concretaré en las recomendaciones expuestas a continuación.

5.2. Recomendaciones

- Los juristas, profesores y estudiantes de derecho deben abstenerse de encerrar bajo el mismo término de “*activismo judicial*” al incremento de atribuciones procesales a favor del juez y a la decidida actuación judicial con el objeto de maximizar, garantizar y promover el respeto de los derechos fundamentales ya que, como se ha demostrado a lo largo de esta disertación, son dos planteamientos distintos que me he permitido clasificar en activismo judicial adjetivo y sustantivo.
- La tendencia que pretende normar la actividad del juez y que se ha planteado en el Código Orgánico de la Función Judicial, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en la misma Constitución debe decidirse o por el garantismo o por el activismo judicial adjetivo. Es una enorme contradicción que en las normas antes mencionadas, por un lado, se promueva el protagonismo del juez en el proceso dotándole

de iniciativa probatoria y facultades para impulsar el proceso y, por otra, se determine que su actuación sólo puede basarse en lo que las partes hayan actuado.

- La incoherencia antes mencionada debe ser resuelta por la Asamblea Nacional antes de que el Proyecto de Código General del Proceso, que está siendo preparado por el Consejo de la Judicatura, entre a debate.
- En el caso de que la Asamblea Nacional se decida definitivamente por el activismo judicial adjetivo, es menester que regule las facultades activistas adjetivas del juez estableciendo la obligatoriedad de motivar sus decisiones, por ejemplo, de solicitar un peritaje y, además, expresar con claridad el derecho de las partes a ejercer en todo momento su derecho a la defensa tanto en el Código Orgánico de la Función Judicial como en el futuro Código General del Proceso, cuyo proyecto repite los mismos errores antes establecidos.
- Por otro lado, la Asamblea Nacional debe analizar con profundidad las implicaciones de haber establecido, en el COFJ, como facultad del juez disponer de oficio, sin el consentimiento de las partes, la denominada mediación “*intraprocesal*” que, en mi opinión, desnaturaliza a la mediación como un método voluntario de solución de conflictos. Además, se deben establecer reglas claras sobre el funcionamiento de las oficinas judiciales de mediación intraprocesal. Aspecto que hasta, la fecha, no ha sido regulado.
- En cuanto al activismo judicial sustantivo, en las facultades de derecho del país, se deben abrir espacios de discusión sobre los beneficios y desventajas de la figura de la consulta de constitucionalidad tomando en cuenta que la eliminación de la facultad judicial para inaplicar las normas inconstitucionales debilitó al activismo judicial sustantivo y, consecuentemente, a la protección de derechos fundamentales.
- Siguiendo el ejemplo de la Corte Suprema presidida por Earl Warren y los actores del caso *Brown v. Board of Education*, es menester que los movimientos sociales se fortalezcan en

función de promover la discusión y judicialización de casos estructurales que potencialmente puedan producir cambios en la realidad de la protección y garantía de los derechos fundamentales en el Ecuador.

- Los jueces ordinarios deben ser muy cuidadosos a la hora de decidirse por el activismo judicial sustantivo ya que deben tener muy presente que esta tendencia no tiene lugar en todos los casos y que la maximización de derechos y garantías sólo puede producirse respetando la institucionalidad y organización estatal establecida por la Constitución.
- Los jueces ordinarios y, en general, las cortes de justicia ecuatoriana deben preocuparse en la implementación de los fallos. Es imprescindible que se exija a los sujetos obligados de las sentencias que informen continuamente los resultados y avances de sus acciones tendientes a cumplir las decisiones judiciales que impulsan el activismo y las que no lo hacen.

BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina:

- Ackerman, Bruce (coord.), *The Constitution in 2021*, New York, Oxford University Press, 2009.
- Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala, 2011.
- -----, *Ecuador: Estado Constitucional de derechos y justicia*, en Ramiro Ávila (ed) la Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- -----, *En defensa del Neoconstitucionalismo Transformador* en Revista Jurídica Ruptura No 56, Quito, Asociación Escuela de Derecho, 2013.
- -----, *Los derechos sociales en la jurisprudencia de los Estados Unidos*, en Christian Curtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- -----, *Principios de aplicación de los derechos*, en Ramiro Ávila (ed) la Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- -----, *Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el Derecho Ecuatoriano*, en Christian Curtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- -----, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Balkin, Jack M., *Fidelity to Text and Principle*, The Constitution in 2021, New York, Oxford University Press, 2009.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Fundamentos Constitucionales del Proceso Contencioso Administrativo*, Quito, Andrade

& Asociados, 2007.

- Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- -----, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Brand, Daniel *El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables*, en Christian Curtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Bunn, Charles W, *Jurisdiction and practice of the courts of The United States*, Minnesota, West Publishing Co, 1949.
- Burns, Gene *The moral veto: Framing contraception, abortion and cultural pluralism in the United States*, 2005.
- Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2010.
- Cooper Davis, Peggy, *A legacy of a Civil Rights Lawyering in Brown v. Board of Education* en Austin Sarat (Ed.), *Race, Law & Culture: Reflections on Brown v. Board of Education* , Oxford University Press, 1997.
- Corral, Fabián, *Memorias del debate sobre Neoconstitucionalismo*, IV Ciclo de Debates, Técnicas de Litigio en Derechos Humanos, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, 2011.
- Cueva Carrión, Luis, *La acción constitucional ordinaria de protección*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2010.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Fidenter, Buenos Aires, 1974.
- Dworkin, Ronald, *Equality, Democracy and Constitution: We the people in Court*, Alberta Law Review, Vol. XXVII, N 2, 1990.

- Fix- Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Porrúa y KAS, 2009.
- García Amado, Juan Antonio, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, en Fabricio Mantilla (Coord.), *Controversias Constitucionales*, Bogotá, Universidad de Rosario, 2011.
- Goldshmidt, James, *Teoría General del Proceso, Vol. I: Principios Generales del Proceso*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Gozaini, Osvaldo, *Problemas Actuales del Derecho Procesal*, México, UNAM, 2008.
- Greenhouse, Linda y Siegel, Reva, *Before (and after) Roe vs. Wade: New Questions about backlash*, The Yale Journal, 2009.
- Grijalva, Agustín, *Develando el Desencanto. Informe de Derechos Humanos 2010*, UASB-E/ Abya Yala, Quito, 2011 e *Informe de Derechos Humanos 2011*, Quito, UASB-E, 2012.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco, *Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad*, en Juan Montaña Pinto (ed), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y Corte Constitucional para el período de transición, 2011.
- Horwitz, Morton J, *The Warren Court and the pursuit of justice*, United States, Hill and Wang, 1999.
- Lawson, Gary, *The Constitutional Case Against Precedent*, Cambridge, Harvard J.L. & Pub, 1994.
- Legón, Justino J, *Tratado de Derecho Político General*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar So. Anón Editores, 1959.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.
- McCann, Michael, *Rights at work*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.
- Montaña Pinto, Juan y Pazmiño Freire, Patricio *Algunas consideraciones sobre el nuevo modelo constitucional ecuatoriano*, en Juan Montaña Pinto (ed), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Quito, Corte Constitucional en Transición, 2011.

- Montaña Pinto, Juan, *Aproximación fenomenológica a la justicia constitucional*, en Juan Montaña Pinto (ed) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corte Constitucional en Transición, 2011.
- Parodi Remón, Carlos, *¿Activismo o Garantismo Judicial?* en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo (coord.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en Homenaje a Héctor Fix- Zamudio, México, UNAM, 2008.
- Picó I Junoy, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004.
- Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, en Miguel Carbonell (Ed). *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Rehnquist, William H, *The notion of a Living Constitution*, Cambridge, Harvard Journal of Law & Public Policy Vol. 29, 2006.
- Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana *Un giro en el estudio de los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*, en Christian Curtis y Ramiro Ávila (coord.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Romero Larco, Johanna *Control concreto de constitucionalidad*, en Juan Montaña Pinto (ed), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y Corte Constitucional para el período de transición, 2011.
- Saffon, María Paula y García Villegas, Mauricio, *Derechos Sociales y Activismo Judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2011.
- Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, 4ta ed., Ediciones Legales, 2012.
- -----, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- -----, *La garantía de amparo en el Ecuador* en Héctor Fix- Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Porrúa y KAS, 2009.
- Scalia, Antonin, *Common Law Courts in a Civil Law System: The Role of the United*

States Supreme Courts in Interpretating Constitution and Law, New York, Ammy Guttman, 1997.

- Schwarz, Carl E., “Dual Devolutinary Federalism” en José María Serna De la Garza (coord.), Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- Shwarz, Carl E, *Dual Devolutionary Federalism and the Judicial Activism of the US Supreme Court under Chief Justice William Rehnquist*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo (coord.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en Homenaje a Héctor Fix- Zamudio, México, UNAM, 2008.
- Storini, Claudia , Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (ed), *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2009.
- Zaidán, Salim, *Peligros del Empoderamiento del Juez en el Esquema Neoconstitucional Ecuatoriano*, en Luis Fernando Torres (Ed.), Debate Constitucional, Quito, Corporación Autogobierno y Democracia, 2012.
- Zavala Egas, Jorge, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de incumplimiento y proceso constitucional*, Guayaquil, ONI, 2009.

B. Artículos y libros en páginas web:

- Amar, Akhil Reed & Vikram ,David Amar, *How Should the Supreme Court Weigh its Own Precedent?*, Findlaw's Writ en [http:// writ.news.findlaw.com/amar/20021213.html](http://writ.news.findlaw.com/amar/20021213.html) (12 de Julio de 2012).
- Balkin, Jack M., What Roe v. Wade should have said, New York University Press, 2005 en: <http://balkin.blogspot.com/2005/07/what-roe-v-wade-should-have-said.html> (15 de septiembre 2012).
- Brooks, David, *Roe's birth and death*, New York Times, Abril 21 2005 en: www.nytimes.com/2005/04/21/opinion/21brooks.html?_r=0 (20 de septiembre de 2012)
- Falcón, Juan Pablo, *El litigio estructural como una forma de activismo judicial*, Buenos Aires, Congreso de Derecho Público “Democracia y Derechos” en:

<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-constitucional-juan-pablo-falcon.pdf> (4 de marzo de 2013)

- Frank, Thomas, *What's the matter with Kansas: How conservatives won the heart of America*, 2004 en <http://books.google.com.ec/books?id=AJKrMcOyQ3wC&dq=Thomas+Frank&hl=es&sa=X&ei=LgRZUam7A8680QGuJw&ved=0CEQQ6AEwBA> (20 de septiembre de 2012).
- Kmiec , Keenan D, *The origin and meaning of Judicial Activism*, California, California Law Review, 2004, en http://constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzFN_Bd, (11 de junio de 2012)
- Redish, Martin H and Cisar, Elizabeth J., *If angels were to govern: The need for pragmatic formalism in separation of powers theory*, Duke Law Journal, Vol. 41, No. 3, Constitutional Perspectives, 1991, p. 451 en: <http://www.jstor.org/stable/1372845> (14 de diciembre de 2012)
- Santiago, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, en www.ancmip.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf (23 de abril de 2012)
- Zagrebelsky, Gustavo, *Jueces constitucionales* en www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Zagrebelsky.pdf+Gustavo+Zagrebelsky,+Jueces+constitucionales (23 de abril de 2012).
- Sin autor, Obamacare facts en <http://obamacarefacts.com/obamacare-facts.php> (1 de marzo de 2013)
- Sin autor, Brown v. Board at Fifty: "With an Even Hand" en: <http://www.loc.gov/exhibits/brown/brown-aftermath.html> (1 de marzo de 2013)

C. Tratados Internacionales:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

- Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000.

D. Resoluciones de organismos internacionales:

- *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
- *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
- *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148
- *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

E. Legislación estadounidense:

- Constitución de los Estados Unidos de América

F. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos:

- *Brown v. Board of Education* 347 US 483 (1954) en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/349/294> (15 de diciembre de 2012)

- Doe v. Bolton 410 US 179 (1973) en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0179_ZS.html (14 de noviembre de 2012)
- García v. San Antonio Mass Transit Authority, 469 US 113 (1985) en: <http://caselaw.findlaw.com/mo-court-of-appeals/1105328.html>(24 de junio de 2012).
- *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920) en: <http://caselaw.findlaw.com/mo-court-of-appeals/1105328.html>(24 de junio de 2012).
- National League of Cities v. Usery 426 U.S. 833 (1976) en <http://caselaw.findlaw.com/mo-court-of-appeals/1105328.html>(24 de junio de 2012).
- Plessy v. Ferguson 163 US 537 (1896) en <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537> (14 de diciembre de 2012)
- Plyler v. Doe 457 US 202 (1982) en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=457&invol=202> (16 de diciembre de 2012)
- *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973) en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113> (1 de septiembre 2012).

G. Normativa ecuatoriana:

- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Constitución Política del Ecuador 1998 (derogada).
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Ley Orgánica de la Función Judicial (derogada).
- Código Tributario.
- Código de la Niñez y Adolescencia.
- Código del Trabajo.
- Ley para el juzgamiento de la colusión.
- Ley de Arbitraje y Mediación.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Salud Pública y la Dirección Nacional de Rehabilitación Social.

H. Fallos ecuatorianos:

- No Sentencia: 0002-06-DI, Tribunal Constitucional, Declaración de inconstitucionalidad del art. 260 del Código Civil codificado.
- No. Causa: 2009-0883, Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, Primera Instancia- Acción de Protección: Caicedo Castro María Lorena y Cordero Heredia David contra Sylva Romero, Arbitro Chica Néstor y Chang Campos Carolina Judith.
- No. Causa: 2009-0546, Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, Segunda instancia- Acción de Protección: Caicedo Castro María Lorena y Cordero Heredia David contra Sylva Romero, Arbitro Chica Néstor y Chang Campos Carolina Judith.
- No Causa: 1284-2009, Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Pichincha, Primera instancia, acción de protección: Tatiana Vásquez Moncayo vs. ESMIL.
- No Causa: 934-09, Corte Provincial de Justicia, Tercera Sala Especializada de lo Penal, Segunda instancia, acción de protección: Tatiana Vásquez Moncayo vs. ESMIL.

ANEXOS

