



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y

POLITICA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

EL ROL DEL JUEZ DENTRO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

ECUATORIANO

AUTOR:

SILVA CORDOVA ALLEN ALFREDO

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR**

TUTOR:

Dr. JOSE MIGUEL GARCIA AUZ

Guayaquil, Ecuador

13 de Septiembre del 2021



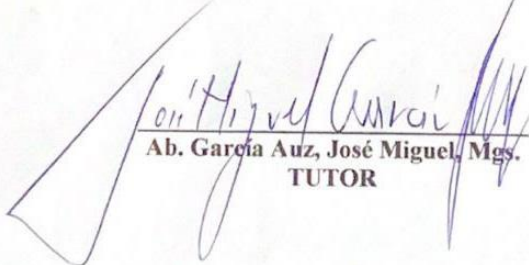
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICA

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **SILVA CORDOVA ALLEN ALFREDO**, como requerimiento para la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**.



Ab. García Auz, José Miguel, Mgs.
TUTOR

DECANO

f. _____

Dr. ZAVALA EGAS XAVIER

Guayaquil, a los 13 días del mes de Septiembre del año 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICA**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **SILVA CORDOVA ALLEN ALFREDO**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **El rol del juez dentro del neoconstitucionalismo ecuatoriano**, previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 13 días del mes de Septiembre del año 2021

EL AUTOR

f. _____
SILVA CORDOVA ALLEN ALFREDO



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICA

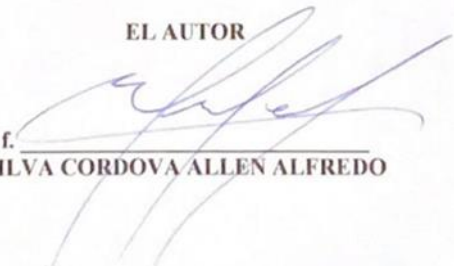
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **SILVA CORDOVA ALLEN ALFREDO**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **El rol del juez dentro del neoconstitucionalismo ecuatoriano**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 13 días del mes de Septiembre del año 2021

EL AUTOR

f. _____
SILVA CORDOVA ALLEN ALFREDO

Reporte de URKUND

URKUND Abrir sesión

Documento [TESIS ALLEN SILVA C CONTENIDO.docx](#) (D111784362)

Presentado 2021-08-28 23:34 (-05:00)

Presentado por allen.silva@cu.ucsg.edu.ec

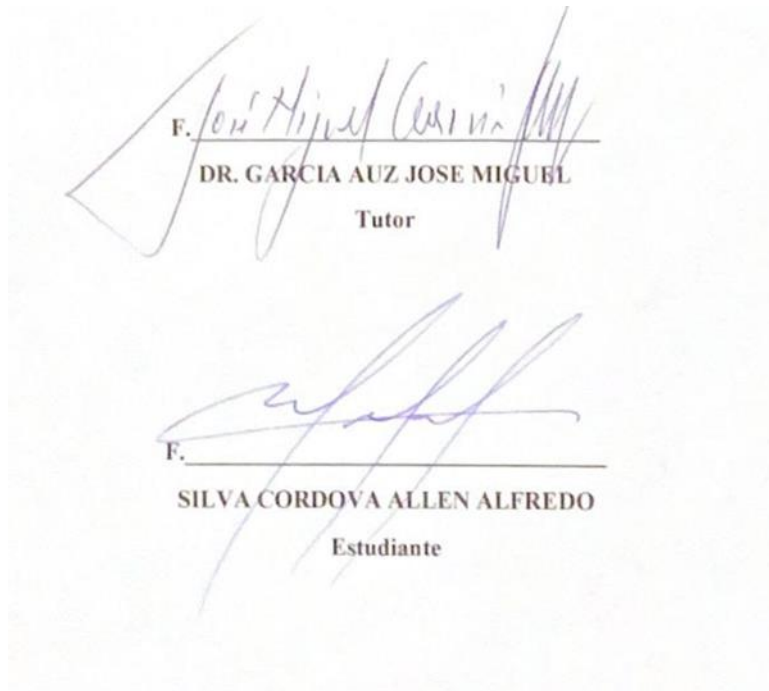
Recibido maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje Tesis Allen Silva Cordova [Mostrar el mensaje completo](#)

2% de estas 10 páginas, se componen de texto presente en 1 fuentes.

Lista de fuentes	Bloques
Categoría	Enlace/nombre de archivo
	http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/27210/1/TRABAJO%20DE%20TITUL...
Fuentes alternativas	
Fuentes no usadas	

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir



AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por haber puesto en mi camino esta gran carrera como lo es abogado, a mi madre por siempre inculcarme los estudios y apoyarme en lo que yo decida, a mi novia Nicole que estuvo conmigo durante todo este proceso académico apoyándome en todo momento. También Agradezco a todos mis profesores que me enseñaron mucho mas que simples leyes, me enseñaron el valor de la justicia y el deseo inquebrantable de siempre alcanzarla.

A mi tutor por guiarme durante todo este proceso quien también fue mi profesor en varias ocasiones convirtiéndose en un maestro que compartió mucha de su sabiduría

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a Dios por haber sido mi guía dentro de este arduo camino, a mis padres por su apoyo, a mi novia por su compañía y dedicación durante mis estudios y a todos mis demás familiares que me apoyaron durante esta etapa universitaria.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
Zavala Egas, Leopoldo Xavier, Dr.
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

f. _____
Reynoso Gaute, Maritza Ginette, Abg.
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

Facultad: Jurisprudencia

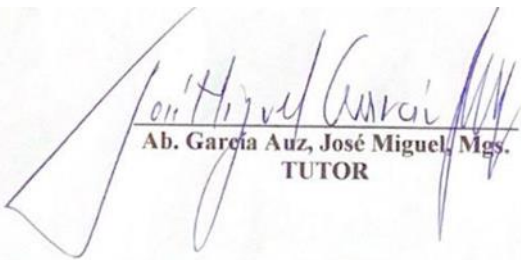
Carrera: Derecho

Periodo: UTE A-2021

Fecha: 13 de Septiembre de 2021

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **“El rol del juez dentro del neoconstitucionalismo ecuatoriano”** elaborado por la estudiante **SILVA CORDOVA ALLEN ALFREDO** , certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**



Ab. García Auz, José Miguel, Mgs.
TUTOR

Índice

Resumen.....	XI
Abstract.....	XII
Introducción	2
1. Capítulo I	4
1.2. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?.....	7
1.2.1. El neoconstitucionalismo en el Ecuador.....	7
2. Capítulo II.....	11
2.1. Aplicabilidad del Neoconstitucionalismo.....	11
2.2. El Juez en el estado de derecho y en el estado social de derecho.....	14
Conclusiones	17
Recomendaciones	19
Referencias Bibliográficas	21

Resumen

El objetivo del presente trabajo de Titulación es la realización de un análisis crítico acerca del deber ser del juez y su actuar en un proceso dentro del Neoconstitucionalismo en el cual en este momento es el que rige nuestro país. Además de hacer un pequeño recuento de cómo se ha ido desarrollando este Neoconstitucionalismo dentro del Ecuador.

Se puede llegar a afirmar que el Neoconstitucionalismo es un nuevo modelo de constitución en la cual se llegan a materializar un sin número de normas que regulan el correcto actuar del Estado, además dentro de este sistema moderno se desarrollan nuevas técnicas de interpretación como el principio de proporcionalidad y el de ponderación, dejando a un lado aquellos sistemas clásicos de antaño.

También se establecerá conclusiones y recomendaciones en las cuales daré mi punto de vista de si realmente en el Ecuador el juez cumple o no estos postulados del Neoconstitucionalismo.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, juez, Ecuador, proceso, principios, proporcionalidad, ponderación.

Abstract

The objective of this degree work is to carry out a critical analysis about the duty of the judge and his action in a process within Neoconstitutionalism in which at this moment it is the one that governs our country. In addition to making a small account of how this Neoconstitutionalism has developed within Ecuador.

It can be affirmed that Neoconstitutionalism is a new constitution model in which a number of norms that regulate the correct action of the State are materialized, in addition, within this modern system, new interpretation techniques are developed such as the principle of proportionality and weighting, leaving aside those classic systems of yesteryear.

Conclusions and recommendations will also be established in which I will give my point of view as to whether or not the judge really complies with these postulates of Neoconstitutionalism in Ecuador.

Keywords: Neoconstitutionalism, judge, Ecuador, process, principles, proportionality, weighting.

Introducción

El Neoconstitucionalismo o también denominado constitucionalismo contemporáneo nace o surge como una nueva concepción de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia cuya norma suprema llamada carta magna se ve dotada de ciertas características icónicas de esta nueva corriente constitucional como por ejemplo : la inamovilidad constitucional, la aplicación inmediata y directa de sus normas, fuerza vinculante que estas poseen , de igual manera la amplia lista de derechos fundamentales, principios y sobre todo garantías que otorgan a la víctima dentro de un proceso garantizando de esta forma una tutela judicial efectiva idónea; el Neoconstitucionalismo consiste principalmente en una teoría del derecho en la que el Estado es regulado totalmente por una Constitución “superpoderosa” creando un sistema de Gobierno hiper-presidencialista.

El Neoconstitucionalismo empieza a desarrollarse inicialmente en Europa en países como Italia y Alemania luego de terminada la segunda guerra mundial, estas constituciones las iban dotando de ciertas características como las antes mencionadas y estas se iban esparciendo de forma rápida a través de los tribunales de justicia, varios teóricos muy famosos hablaron de esos temas como: Ricardo Guastini, Susana Pozzolo entre otros para luego llegar hasta Latinoamérica. Este constitucionalismo nace como una postura opuesta al positivismo y por esto ha levantado muchos críticos en el camino como: Antonio García Amado o Manuel Atienza que en varios textos han afirmado que el neoconstitucionalismo no existe como tal, que no es más que una simple etiqueta vacía y que no posee la suficiente base doctrinal debido a que el término en sí surge con el fin de hacer una crítica al positivismo, más no un concepto desarrollado en sí mismo. No obstante, a pesar de estas críticas debemos reconocer que esta teoría genera un gran impacto en los sistemas jurídicos que es aplicada.

La Carta Magna del 2008 se vuelve un elemento material además de formal tal cual lo analizaba Prieto Sanchis que señalaba: “es indispensable la rematerialización Constitucional que consiste en la incorporación al texto constitucional un cúmulo de normas formales o procedimentales destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relaciones entre particulares y estado, pero también aquellas que solo eran entre particulares”.

Lo que busca esta nueva corriente de pensamiento es que el juez se aleje de rigideces y de conceptos pre-establecidos que conciben al juzgador como “la boca de la ley” para que este se convierta en un sujeto dinámico dentro del proceso lo que sin lugar a duda va a significar un mayor activismo judicial dentro de cualquier proceso judicial cayendo un peso encima sobre estos operadores de justicia los cuales para cumplir a cabalidad este rol dentro de la sociedad necesariamente deberán estar comprometidos con la defensa de los derechos, principios y dignidad de todos sin intereses políticos, además de poseer un inquebrantable sentido de justicia .

Capítulo I

1.1. Análisis Histórico y Evolución del Neoconstitucionalismo

El Neoconstitucionalismo se ha situado a lo largo de la historia dentro del derecho constitucional de Europa, luego de terminada la Segunda Guerra Mundial se empiezan a evidenciar cambios dentro de un sin número de ordenamientos jurídicos como lo eran alemán, italiano entre otros. Estos cambios se expanden y avanzan rápidamente hacia Latinoamérica donde logró su consolidación.

Durante la época de los años 90 es donde esta corriente de pensamiento se logra posicionar dentro de Latinoamérica, se suele afirmar que el Constitucionalismo surge en Europa como consecuencia a sistemas jurídicos fascistas que se caracterizaban principalmente por la violación de los Derechos Humanos.

Una vez cimentado el proceso Neoconstitucionalista empieza a avanzar dentro de Latinoamérica y se logra posicionar en varios países como: Brasil en 1988, Colombia 1991, Venezuela en 1999 y en Ecuador en 2008.

Resulta preponderante analizar cuáles son los cambios que significaba este cambio de paradigma constitucional en los países de Latinoamérica que se dio debido a la fragilidad del derecho dentro de la región y a la muy marcada brecha de desigualdad e inequidad que se viven en países de América Latina, recordemos que para ese entonces otro de los motores que impulsaba ese cambio es los altos niveles de corrupción que se dan tras cada gobierno de turno dejando por debajo a las clases sociales con menos recursos económicos.

Los jueces sin lugar a duda no pueden cambiar totalmente esta brecha de desigualdad formal que sufren estas personas de escasos recursos económicos, pero sin lugar a duda pueden influir aplicando de forma correcta la constitución para que con la aplicación de esta medida y

con el pasar del tiempo vaya disminuyendo la impunidad, asegurando el debido proceso a todo aquel que lo requiera y velando un proceso justo en las demandas de los menos favorecidos.

Dentro de los países de Latinoamérica donde se ha sumergido el Neoconstitucionalismo son:

Brasil 1988.- Durante esta constitución se crea la República Federal de Brasil y se constituye como un estado Democrático de Derecho en el que se reconocen y garantizan un cúmulo de derechos y garantías a favor de los menos pudientes.

Colombia 1991.- Esta constitución tiene como mayor logro o ideal la implementación de una acción de tutela y la Creación de la Corte Constitucional Colombiana la cual antes no existía, además de incluir en su catálogo de derechos como: equidad de género, derecho a la honra, derecho al debido proceso entre otros derechos de suma importancia que hoy en día sería impensable no estén dentro de la constitución.

Ecuador 2008.- En esta constitución el Ecuador se declara como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, siendo uno de los deberes primordiales del estado la garantía de goce de todos los derechos plasmados en la carta magna y también los que constan en instrumentos internacionales de derechos humanos que serán catalogados bajo el mismo rango.

La actual constitución del Ecuador contiene y desarrolla de manera sucinta cada uno de los derechos establecidos en la misma carta magna, además crea métodos nuevos de interpretación.

En los ordenamientos jurídicos constitucionales latinoamericanos se reconoce de entre las normas que lo configuran a un conjunto más o menos extenso de derechos y las garantías de estos derechos; siguiendo las premisas de lo que se conoce como modelo democrático constitucional, que se desarrolló en occidente después de la Segunda Guerra Mundial y que reúne las siguientes características:

1. Una Constitución escrita, rígida y suprema.
2. Un catálogo amplio de derechos fundamentales.
3. Reglas que permiten organizar el acceso y la gestión del poder público.
4. Mecanismos de control constitucional de las leyes.

Podemos concluir que la teoría neoconstitucionalista:

1. Surge en un determinado momento histórico, después de la Segunda Guerra Mundial, con la entrada en vigencia de Constituciones materiales que poseen características como son: rigidez, supremacía por sobre las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, incorporación de catálogos de derechos fundamentales, garantías jurisdiccionales necesarias para asegurar la efectividad de tales derechos, incorporación de sistemas de control de constitucionalidad y de una amplia presencia normas abstractas denominadas principios.
2. El neoconstitucionalismo tiene como antecedente histórico a los sistemas jurídicos fascistas, los cuales se caracterizaron por la violación masiva de los derechos fundamentales y, por otra parte, a la teoría positivista, ya que la teoría neoconstitucionalista se caracteriza por la crítica y el distanciamiento del positivismo por este motivo es que muchos doctrinarios afirman que no consiste en una teoría nueva como tal sino la ven simplemente como una crítica al positivismo.
3. A partir de este momento histórico es que la teoría neoconstitucionalista se va desarrollando y consolidando, por un lado, con la labor que día a día despliegan los tribunales de justicia y por el otro mediante los desarrollos doctrinarios, que, aunque son varios y varían en determinadas cuestiones, han coadyuvado al estudio de los fenómenos se han dado en el Estado Constitucional de Derecho.

1.2. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?

Es un conjunto de ideas o una ideología que explica 3 niveles de análisis.

Primer nivel. - Surge un nuevo modelo de constitución luego de la segunda Guerra Mundial las constituciones se hacen más largas se materializan, no sólo hay fuentes del derecho sino se crean normas materiales de cómo deben actuar los poderes del estado.

Segundo nivel. - Cambia la forma de interpretar cómo hacerlo y cómo argumentar con las normas que forman parte de estas constituciones. se desarrollan nuevas técnicas como la ponderación de derechos, técnicas con el principio de proporcionalidad.

El neoconstitucionalismo implica una nueva teoría o una nueva forma de estudiar el fenómeno jurídico y además de entender en conjunto el universo de las normas jurídicas, analizar la dimensión prescriptiva que tiene que ver con lo que el derecho debería de ser.

El Neoconstitucionalismo en un sentido estricto puede llegar a considerarse como una nueva y moderna teoría del Derecho, una metodología jurídica o una ideología al igual que el positivismo jurídico.

1.2.1. El Neoconstitucionalismo en el Ecuador

En la Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, el 20 de octubre del año 2008 entra en vigencia la Constitución de la República del Ecuador; la misma que, según lo establecido en su texto, busca una convivencia ciudadana, en armonía con la naturaleza, con el fin de alcanzar el Buen Vivir o Sumak Kawsay.

El Neoconstitucionalismo se instaura en el Ecuador como tal a partir del año 2008 cuando se aprueba la nueva constitución del 2008 cambiando radicalmente la historia republicana del país que regía desde hace más de 200 años, estableciendo que Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia incluyendo dentro de la carta magna contenido preponderante como el pensamiento ancestral, la ecología, la

economía social y solidaria, la democracia participativa además de un sin número de principios constitucionales protegiendo y garantizando derechos de los ciudadanos.

A lo largo del tiempo en nuestro país se han desarrollado dos vías respecto al correcto actuar de un juez dentro de un determinado proceso y esto ha causado muchas controversias en los últimos tiempos respecto al análisis de cuál es el camino correcto:

La corriente del Neoconstitucionalismo en el Ecuador sin lugar a duda ha jugado un rol importantísimo respecto al rol del juez dentro de un proceso debido a que esta realiza un cambio significativo dentro del campo de acción del juez; dota al juez de ciertas capacidades especiales para que este no sea tomado como un simple aplicador de la ley transformándolo en un vehículo activo que busque la justicia social, es decir otorga la capacidad al juez de crear nuevos derechos alejando de la antigua concepción judicial en la que los jueces eran únicamente aplicadores mudos de la ley.

Debido al cambio que se realiza hacia el Neoconstitucionalismo el juez puede llegar a desarrollar principios constitucionales dejando parcialmente a un lado esa labor que antes era de los legisladores.

Con la Constitución 2008 no solo se da un reconocimiento, sino una garantía y una ampliación de los derechos reconocidos a favor de las personas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades, los colectivos y de la naturaleza, ya que esta última se constituye en sujeto de derechos.

El Ecuador se ve efectivamente influenciado por la corriente neoconstitucionalista, pero lo hace preservando ciertas características propias de nuestro país y de la región. Nuestro neoconstitucionalismo hace referencia a varios temas disímiles: participación democrática, recuperación del rol económico en la intervención del Estado y la distribución de la riqueza, consolidación de las garantías y el sistema de justicia en favor de los derechos humanos.

En el artículo 3 de la (Constitución, 2008) se establece como uno de los deberes primordiales del Estado el de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; en particular a la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes; y en el artículo 275 que el Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución.

Por lo tanto, se incorpora un cúmulo de derechos en la Constitución y las garantías necesarias para hacerlo efectivo, así como también un cuantioso listado de principios rectores que regulan este cambio. Estos principios cobran una importancia fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, ya que a pesar de ser ambiguos se constituyen como mandatos de optimización, los cuales deben ser potencializados y aplicados por los jueces en el caso concreto.

En nuestra Constitución (2008), en el capítulo primero se encuentran desarrollados los principios de aplicación de los derechos, entre los cuales tenemos:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover o exigir, de forma individual o colectiva, ante las autoridades competentes.

Todos los derechos tienen lo que se denomina una doble dimensión, es decir, que pueden ser ejercidos, promovidos o exigidos por un individuo o por una colectividad. De la misma forma, al exigir un derecho ante un juez de manera individual, este podrá resolverlo en favor de una colectividad. Por lo tanto, los individuos como los colectivos podrán proponer las acciones constitucionales que consideren necesarias para la defensa de sus derechos e intereses.

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades; se establece que nadie podrá ser discriminado y se ejemplifica algunas formas de discriminación.

El principio a la igualdad implica: deberes de abstención, como la prohibición de discriminación y obligaciones, como igualdad de trato con respecto a cargas y oportunidades entre los iguales y la consagración de tratos favorables, pero no discriminatorios en los supuestos disímiles.

Capítulo II

2.1. Aplicabilidad del Neoconstitucionalismo

El rol del juez puede analizarse desde dos puntos de vista el primero es el formalismo y el segundo es en el marco del derecho justo. El primero hace referencia a la necesidad impetuosa de orientar el derecho mismo desde un punto de vista netamente formalista mientras que la segunda va más encaminada a lograr que durante la aplicación de un sistema normativo independientemente de cual fuere se atienda primordialmente al principio del derecho justo es decir garantizar la aplicación de derechos fundamentales. No debemos olvidar que el rol tan importante que juega el juez dentro de la sociedad, este garantiza y protege al ciudadano frente al Estado ya que funge como una especie de escudo o barrera que limita o pone hitos al poder del Estado muchas veces opresor dependiente de los gobiernos de turno, garantizando la seguridad de cada una de las personas ante un inminente atropello Estatal.

Hoy en día llegar a pensar que el juez es un simple aplicador de la ley suena un poco descabellado, es cosa del pasado aquel juez mecánico de antaño que era un simple espectador y mero aplicador de la ley; con el Neoconstitucionalismo que entra en vigencia a partir de la Constitución del 2008, se abolió y enterró este tipo de pensamiento dando lugar a un juez moderno, activo durante todo el proceso judicial.

Como sostiene el científico, “impartir justicia es una condición básica de una sociedad que cifra en el respeto a las leyes gran parte de la posibilidad de convivencia” (Yunis, 2008, p. 11), quien imparte justicia es precisamente el juez dotado de facultades dadas por la constitución misma, convirtiéndose sin lugar a duda en figura central del derecho.

Por su parte, la Enciclopedia Omeba (s.f.), define la figura del Juez, así:

Primera acepción: En términos amplios y muy generales, el vocablo alude a quien se confiere autoridad para emitir un juicio fundado, resolver alguna duda o decidir una cuestión. Segunda acepción: En sentido estrictamente jurídico, juez es el órgano instituido por una comunidad jurídica con potestad para juzgar y sentenciar un litigio, un conflicto de intereses sometido a su decisión.

Conforme a la primera acepción contenida en el Diccionario Real Academia Española, “es el que tiene la autoridad y potestad para juzgar y sentenciar” (p. 1)

Couture, según Uribe (2012) el juez es el “magistrado integrante del Poder Judicial, investido de la autoridad oficial requerida para desempeñar la función jurisdiccional y obligado al cumplimiento de los deberes propios de la misma, bajo la responsabilidad que establecen la Constitución y las leyes” (p. 68).

Etimológicamente la palabra juez proviene del latín IUS (derecho) y DEX, que se deriva de la expresión vindex (vindicador) de ahí equivale juez como vindicador de Derecho. Por lo tanto, el juez es la persona encargada de juzgar, expresión que proviene del latín jus dicere o jus dare. En síntesis, el juez es quien decide sobre determinadas circunstancias de una realidad social que son presentadas ante él.

Del análisis realizado podemos colegir que, el juez es un fenómeno cultural, una institución como tal, muy anterior a la aparición del legislador; en la antigüedad era un rasgo distintivo del buen y verdadero ciudadano, se podría llegar a afirmar que el juez es el primer germen de autoridad pública. Sin embargo, es preponderante que este análisis vaya un poco más allá y analizar si realmente son aplicados estos postulados promulgados por el Neoconstitucionalismo dentro del Ecuador o han pasado a ser letra muerta dentro del ordenamiento jurídico.

En el artículo 1 de la constitución del 2008 empieza con:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

El texto constitucional empieza de lleno abrazando el Neoconstitucionalismo y dejando en claro el respeto a la plurinacionalidad e interculturalidad, para luego en el artículo 10 empezar a reconocer y enumerar de forma taxativa un amplio catálogo de derechos a favor de todos los ciudadanos, reconociendo derechos incluso que tienen que ver con la movilidad humana, después viene en su artículo número 84 establecer un grupo de garantías constitucionales para que estas velen y cuiden los derechos ante el Estado.

El artículo 426 señala también que los derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación, y el artículo 424 pone a todos los derechos reconocidos en tratados internacionales de Derechos Humanos en igual rango que a los reconocidos por nuestra propia Constitución, con esto el texto legal nos quiere decir que el Estado (centralizado y descentralizado) debe necesariamente actuar con sumo respeto y vigilancia de los derechos, teniendo en cuenta los límites establecidos. El problema jurídico que afronta el Neoconstitucionalismo es que se limita a indicar cual es la interpretación de la Constitución bajo ciertos parámetros como coherencia, justicia y completitud lo cual colisiona ante la realidad del Ecuador debido a que existen serias “desviaciones” constitucionales que podrían llegar a transgredir los límites de la validez formal e incluso sustancial; esto es una realidad que se da y no únicamente en nuestro país sino seguramente en muchas Constituciones de Latinoamérica ya que estas han sido producto de visiones ideológicas partidistas que buscan su conveniencia por ende

estarían muy lejos de asemejarse a aquello que (Alchourrón, 2010) denomina como un “libro maestro”.

La realización de textos constitucionales hechos a medida como si fuera un traje de un gobierno determinado es el error más común dentro del anhelo de alcanzar una Constitución garantista y muchas veces se vuelve una utopía.

2.2. El Juez en el Estado de Derecho y en el Estado Social de Derecho

2.2.1. En el Estado de Derecho

El rol primordial que tiene el Juez en el Estado de Derecho es la obediencia a la Ley. El Estado por medio de la ley es el único capaz de aplicar coacción, además de ser la única fuente de Derecho.

Dentro del Estado de Derecho el juez únicamente es la boca de la ley, en este se sostiene la teoría pura del derecho constituyéndose de esta forma un positivismo puro y clásico del que se podría llegar a obtener un concepto de derecho prescindiendo de una u otra forma de la justicia.

El rol que juega el juez dentro de la administración de justicia siempre va a depender del tipo de estado en que nos encontremos, en el modelo de Rousseau y Montesquieu denominado Estado de Derecho se somete al hombre al derecho y el derecho como tal eran las leyes escritas, por lo tanto, el juez se lo denominaba como un ser no pensante sino un auténtico aplicador mecánico de justicia que estaba al servicio de la ley.

Dentro de un Estado Liberal es decir un estado formal donde impera la ley y el formalismo de forma pura, el papel que realiza el juez dentro de un proceso es casi nulo, la misma interpretación de la ley es sumamente restringida y siempre todo apegado a estricta legalidad, llegando al gobierno de las leyes dejando a un lado el gobierno de los hombres; esta es la gran diferencia entre el Estado formal de Derecho y el Estado Social de Derecho en que el primero el derecho es meramente lo que dice la ley mientras que en el segundo el derecho es el hombre.

Dentro del Estado formal de Derecho el único contacto que tiene el juez es con los expedientes limitando al juez a la hora de resolver, el deber ser del juez dentro de este Estado Formal de Derecho es frío, inhumano, es un ser mecánico que la ley piensa por él, no es el director del proceso, sino que funge como una especie de guía dentro del proceso o se podría llegar a pensar que este se convierte en un mero espectador, anulando de esta forma el real papel de este antes ya descrito.

El rol de los jueces es el que marca la diferencia entre el estado legal y el Estado constitucional, en el último el juez tiene la potestad de interpretar jurídicamente los principios, valores y derechos.

2.2.2. En el Estado y Social de Derecho y Justicia

Este apartado lo iniciaremos con la frase del doctrinario Francesco Carnelutti, “Un ordenamiento Jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin jueces.”.

Dentro del Estado formal de Derecho el juez debe aplicar taxativamente lo que dice la ley, no tiene la potestad de realizar una labor interpretativa mientras que dentro del Estado social de Derecho admite una amplia interpretación jurídica buscando la correcta aplicación del derecho, en este sentido el juez se vuelve inclusive un creador e intérprete de las normas jurídicas

Bajo el análisis que estamos realizando de la figura del juez dentro del Estado Social es la figura central dentro de un proceso judicial, es un ser que razona, interpreta y argumenta el texto de la ley basado en los postulados del Neoconstitucionalismo, además de respetar los derechos humanos estableciendo una nueva igualdad ante la realidad social.

Con el posicionamiento del Neoconstitucionalismo se logra rescatar la figura del juez como sujeto activo dentro de un proceso legal, distinto al tradicional; este operador de justicia tiene la capacidad de interpretar el texto de ley para tomar una decisión la cual necesariamente debe estar ligada a criterios de justicia respetando el marco normativo imperante, sin lugar a duda será razonable y además deberá de poseer argumentos lo suficientemente válidos que justifiquen la toma de dicha decisión, ya que por ningún motivo se podrá usar de excusa la facultad de dirimir otorgada al juzgador como juguete.

El juez bajo su nueva concepción Neoconstitucionalista parte de la premisa de llegar a humanizar el derecho enfocándose en la dignidad humana, buscando siempre que aquellos justiciables cumplan con sus responsabilidades sociales, garantizando de esta forma la convivencia democrática y la paz social (Pulido, 2007).

Conclusiones

Luego de haber analizado los postulados propugnados por el Neoconstitucionalismo y el rol del juez dentro de un Estado Social de Derechos y justicia se puede llegar a las siguientes conclusiones:

El Neoconstitucionalismo sin lugar a duda es una teoría jurídica con una presencia muy marcada dentro de América Latina hace ya varias décadas atrás, no se podría afirmar que es una teoría ya terminada sino más bien que es un proceso que en la actualidad aún está en construcción el cual nos plantea un giro total a la labor del juez concibiendo a éste como el eje fundamental dentro de un proceso, además de dotarlo de un sin número de facultades para que este con la aplicación de nuevas técnicas de interpretación como el principio de ponderación tomen una decisión idónea y justa dentro de un proceso legal. Este Neoconstitucionalismo dentro del Ecuador es relativamente nuevo por lo que es difícil llegar a afirmar si dentro del País se aplican todos los postulados, preceptos emanados del Neoconstitucionalismo y escritos en la misma Constitución del 2008 se cumplen a cabalidad.

Sin lugar a duda los procesos dentro del Ecuador han tenido un giro 360 grados a partir de la constitución del 2008 precisamente por la materialización de un sin número de principios que garantizan los derechos individuales de las personas, los cuales antes no constaban en ningún texto legal mientras que hoy en día se encuentran plenamente plasmados dentro del texto jurídico más importante del país; pero es menester recordar que muchas veces no basta con que está allí escrito y que simplemente quede como letra muerta dentro de un ordenamiento jurídico por ende es prioritario la aplicación inmediata de todos estos derechos emanados de la Carta Magna. Este moderno y cautivador modelo Neoconstitucionalista no solo asegura la existencia de dichos principios antes mencionados dentro de la norma suprema sino que además

promueve valores e instituciones que rompen totalmente los paradigmas antes impuestos respecto a la organización estatal y ejercicio mismo de los derechos individuales y colectivos que poseen las personas. Estos textos constitucionales dan paso a las Cortes Constitucionales para que sean estas el órgano de máxima interpretación respecto a las normas jurídicas.

El fin del Neoconstitucionalismo es que los textos legales se adecuen acorde a la realidad del país donde esté y vaya a la par junto a sus valores, instituciones e incluso principios para que este sistema legal pueda ser aplicable en su totalidad dentro del país.

Otro de los postulados importantísimos que tiene el Neoconstitucionalismo es el pleno respeto y sobre todo reconocimiento al pluralismo y diversidad en todo ámbito, además de garantizar la no exclusión e inequidad de ningún sector social por parte del poder estatal. La Constitución expedida en 1998 no forma parte de este Neoconstitucionalismo ya que esta se queda en la tendencia clásica del positivismo y no generaba mayor impacto dentro de los derechos a diferencia de la actual en la que si sucede al menor en el nivel teórico o ideológico, ya que la aplicación de la misma en la actualidad no está garantizada.

Recomendaciones

El proyecto Neoconstitucional de la Constitución de Montecristi insistió en desarrollar una super Corte Constitucional sin analizar cuáles serían los mecanismos para el control de dicha corte. Se insistió en ese entonces que la flamante Constitución de los derechos pluralista necesariamente debía ser protegida por una especie de guardián el cual tenía la potestad de corregir ciertas desviaciones normativas que surjan por parte de los poderes del Estado, esto es un error ya que llegar a afirmar que si la Constitución no está garantizada judicialmente no existe. Los regímenes más antiguos del mundo como el Reino Unido y otros con alto desarrollo como Canadá, Suecia y Nueva Zelanda han podido plenamente garantizar todos los derechos sin la necesidad de un control judicial.

Lo más preocupante que está pasando en la actualidad es el afán constante de judicializar la política y de esta forma con el mal uso de instituciones formales caer en una mayor politización de la justicia en medida que ciertos actores políticos vayan captando el poder judicial esta manera en vez de que impere el derecho dentro de la administración de justicia estaría imperando el uso político del derecho tal cual está pasando hoy en día en nuestro País.

Por esto creo que es indispensable llegar a consolidar y blindar la independencia judicial, arrancar de raíz la politización de la justicia para que no termine manchando aún más, si seguimos por el camino de fortalecer el control constitucional haremos que el poder político vea aún más atractivo el poder de la justicia y pretenda apoderarse de esta. Hemos visto en la actualidad como varios Gobiernos han tratado o se han apoderado de la Corte Constitucional para reforzar el poder del Presidente en

detrimento de instituciones formales, las interpretaciones de la Corte Constitucional en muchas ocasiones son laxas volviéndose sirvientes del poder.

Lo que se debería de hacer es poner límites a dicha Corte Constitucional y cuestionarnos qué tan legítimo o saludable es que nueve jueces tengan la última palabra sobre el sentido o el fin con el que cierta norma constitucional fue escrita, me parece idóneo ciertas funciones que realiza dicha Corte como los controles de constitucionalidad sobre leyes y muchas más funciones que realiza, pero suena un poco descabellado llegar a pensar que estos nueve jueces tienen el poder de interpretar la normativa y definir el rumbo de la aplicación de la Constitución.

Por ende, para finalizar creo que lo más idóneo para cuidar y fortalecer la democracia, además de despolitizar la justicia sería poner una especie de freno o límite a dicha Corte para que esta no pretenda ser manchada por actos políticos que muchas veces pueden llegar a ser deplorables. Respecto a la Constitución creo que se deben reforzar los mecanismos para realizar reformas o enmiendas de la misma, de esta forma se impedirá que cualquier Gobierno de turno que ingrese pretenda modificarla haciéndola a su medida como si fuera un simple libro que se puede reescribir a conveniencia.

Referencias Bibliográficas

- Alchourrón, C. E. (2010). *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes | varios autores*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
<http://www.marcialpons.es/libros/fundamentos-para-una-teoria-general-de-los-deberes/9788497687485/>
- Ávila, H. (2009). Neoconstitucionalismo. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, 106(112).
<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/836>
- Bernal, C. P. (2015). *EL NEOCONSTITUCIONALISMO AL DEBATE*.
<https://www.casadellibro.com/ebook-el-neoconstitucionalismo-al-debate-ebook/9789587104899/2537440>
- Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (1º). 978-9978-92-686-4.
- Díez, R. (2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. *Cuestiones constitucionales*, 26, 69-106.
- Figueroa, A. G. (2011). Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 121-137. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.08>
- Gargarella, R., & Curtis, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes*. CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/6162>
- Giménez, F. P. (2011). Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: El debate sobre la regionalización del activismo. *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, 231-250.
- Guastini, R. (2013). *A propósito del neoconstitucionalismo (Riccardo Guastini)*.
https://www.academia.edu/10261577/A_prop%C3%B3sito_del_neoconstitucionalismo_Riccardo_Guastini_

- López, D. (2011, septiembre 13). *El sueño weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano*. *Revistas - 19 | Universidad de los Andes*.
https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=128%3Ael-sueno-weberiano-claves-para-una-comprension-constitucional-de-la-estructura-administrativa-del-estado-colombiano&catid=10%3A19&Itemid=42&lang=es
- Lopez, D. M. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis—Universidad de los Andes. <https://vlex.com.co/vid/lopez-medina-diego-impura-legis-andes-43932143>
- López, D. M. (2007). El derecho de los jueces. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 42(124), 401-405.
- Médici, A. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Derecho y Ciencias Sociales*, no. 3.
<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/15244>
- Pino, G. (2011). Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 201-228. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.13>
- Pulido, C. B. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=165029>
- Ratti, G. B. (2014). Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo. *Ius Humani: Revista de Derecho*, 4, 227-261.

- Reyes, M. A. (2013). Dos problemas falsos y uno verdadero: «neoconstitucionalismo», «garantismo» y aplicación judicial de la Constitución. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 29, 3-25.
- Rodríguez, C. G. (2008). *La globalización del Estado de derecho: El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de investigaciones Sociojurídicas, Ediciones Uniandes.
- Sen, A. (2010). Amartya Sen, La idea de la Justicia, Taurus, Madrid, 2007. *Foro Interno*, 10, 223-225.
- Uribe, C. C. (2012). El rol del juez en el estado democrático y social de derecho y justicia. *Academia & Derecho*, 5, 65-81.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Silva Cordova Allen Alfredo**, con C.C: # **0941150492** autor del trabajo de titulación: **El rol del juez dentro del neoconstitucionalismo ecuatoriano**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **13 de Septiembre de 202**

f. _____

Nombre: **SILVA CORDOVA ALLEN ALFREDO**

C.C: **0941150492**



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	El rol del juez dentro del neoconstitucionalismo ecuatoriano		
AUTOR(ES)	Silva Cordova Allen Alfred		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dr. Garcia Auz Jose Miguel		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Politicas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	13 de septiembre de 2021	No. DE PÁGINAS:	23
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Civil, Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Neoconstitucionalismo, juez, Ecuador, proceso, principios, proporcionalidad, ponderación.		

RESUMEN/ABSTRACT

El objetivo del presente trabajo de Titulación es la realización de un análisis crítico acerca del deber ser del juez y su actuar en un proceso dentro del Neoconstitucionalismo en el cual en este momento es el que rige nuestro país. Además de hacer un pequeño recuento de cómo se ha ido desarrollando este Neoconstitucionalismo dentro del Ecuador.

Se puede llegar a afirmar que el Neoconstitucionalismo es un nuevo modelo de constitución en la cual se llegan a materializar un sin número de normas que regulan el correcto actuar del Estado, además dentro de este sistema moderno se desarrollan nuevas técnicas de interpretación como el principio de proporcionalidad y el de ponderación, dejando a un lado aquellos sistemas clásicos de antaño.

También se establecerá conclusiones y recomendaciones en las cuales daré mi punto de vista de si realmente en el Ecuador el juez cumple o no estos postulados del Neoconstitucionalismo.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-967875996	E-mail: allen.silva@cu.ucsg.edu.ec
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: : Maritza Ginette Reynoso Gaute	
	Teléfono: 0994602774	
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	