



Universidad Del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

El Proceso Dúctil: Adaptabilidad de las formalidades procesales del COGEP como mecanismo de acceso a la justicia para personas en situación de vulnerabilidad.

Autor: Emilio José Araneda Ríos

Director: Dr. Xavier Olmedo Piedra Andrade

Cuenca-Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mis **padres** quienes me enseñaron que aun desde el nido más humilde se puede soñar con alcanzar el cielo

A mi **hermano**, mentor y mejor amigo, por siempre creer en mí, aun cuando yo no lo hice

A **Luna**, que en su cielo descansa, porque ante ella pude pensar en voz alta durante toda la universidad

RESUMEN

En el último tiempo ha surgido una nueva teoría sobre la concepción del proceso judicial, denominada el “proceso dúctil”, para referirse a un proceso judicial en el que las formalidades procesales se flexibilizan con el fin de garantizar el acceso a la justicia a personas en situación de vulnerabilidad que, por su propia condición de vulnerabilidad, el estricto formalismo procesal puede suponer un impedimento para acceder a la administración de justicia, sin embargo, este planteamiento genera una tensión con otros principios fundamentales del Derecho Procesal como la seguridad jurídica o el principio de legalidad, por lo que, en la presente investigación se analizará esta contraposición con el fin de determinar si la visión dúctil que proponen las actuales corrientes del Derecho Procesal respecto del proceso puede ser aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Palabras clave: Adaptabilidad formalidades procesales, Derecho Procesal, Grupos vulnerables, Proceso Judicial Dúctil, Seguridad jurídica, Principio de legalidad.

ABSTRACT

In recent times, a new theory on the conception of the judicial process has emerged. It is called the "ductile process" and refers to a judicial process in which procedural formalities are made more flexible in order to guarantee access to justice to people in vulnerable situations who, due to their own condition of vulnerability, the strict procedural formalism can be an impediment to access to the administration of justice, However, this approach generates a tension with other fundamental principles of Procedural Law such as legal certainty or the principle of legality. Therefore, this research analyzed this opposition in order to determine whether the ductile vision proposed by the actual currents of Procedural Law regarding the process is applicable in the Ecuadorian legal system.

Key words: Adaptability of procedural formalities, Procedural Law, Vulnerable groups, Ductile Judicial Process, Legal security, Principle of legality.



ÍNDICE

Capítulo I: El Proceso Dúctil	1
1.1 Origen y Concepto	1
1.1.1 Introducción	1
1.1.2 Del Proceso Estático al Proceso Dúctil	4
1.2 El Proceso Judicial en Ecuador	12
Capítulo II: El Acceso a la Justicia	15
2.1 Concepción del Acceso a la Justicia	15
2.1.1 El Acceso A La Justicia Para Personas En Situación De Vulnerabilidad	17
2.2 Definición de vulnerabilidad en la visión dúctil del Derecho Procesal	18
2.3 ¿Cómo Afecta El Proceso Actual En El Ecuador Al Acceso A La Justicia De Las Personas En Situación De Vulnerabilidad?	24
Capítulo III: La Seguridad Jurídica y el Principio de Legalidad en el Proceso Dúctil	28
3.1 Definición De Seguridad Jurídica Y Principio De Legalidad	28
3.1.1 La Seguridad Jurídica y Legalidad en el Ecuador	31
3.2 Formalidades procesales que se pueden sacrificar en el actual sistema ecuatoriano.	33
3.2.1 Preceptos Constitucionales y legales entorno a las formalidades que pueden ser sacrificadas	36
3.2.2 Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia	41
3.3 Principios De Legalidad Y Seguridad Jurídica En La Visión Dúctil Del Derecho Procesal	42
Capítulo IV: Legislación Comparada	46
4.1 Sistema Procesal Argentino	46
4.1.1 Normativa Argentina	46
4.1.2 Caso Para el Análisis	51
Conclusiones	55
Referencias Bibliográficas	57

Capítulo I

EL PROCESO DÚCTIL

1.1 Origen y Concepto

1.1.1 Introducción:

El Derecho Procesal se define, en términos generales, como un conjunto de normas y principios de Derecho Público que regulan a la actividad jurisdiccional del Estado. Resulta indispensable distinguir entre normas de Derecho sustantivo o material y normas formales o adjetivas. Las primeras hacen referencia a todos los preceptos jurídicos que recogen obligaciones y derechos que rigen las relaciones cotidianas entre particulares, mientras que, por su parte, el Derecho Adjetivo contempla normas de carácter procedimental, que permiten la aplicación de las normas sustantivas.

El Derecho Procesal prevé los mecanismos y formas mediante las cuales el órgano jurisdiccional administra justicia cuando una norma material se convierte en materia de conflicto; constituye un instrumento indispensable para el ejercicio del Derecho sustantivo y, por tanto, para la materialización de la justicia misma, de hecho, la propia Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 169 define al sistema procesal como “*un medio para la realización de la justicia.*”

En su inicio, se concebía al Derecho Procesal como un apéndice del Derecho Sustantivo, es decir, que la facultad de activar el órgano jurisdiccional se encontraba supeditada a la titularidad de un Derecho Sustantivo por parte del individuo. No obstante, con el paso del tiempo, el Derecho Procesal fue evolucionando, hasta ser definido como una rama autónoma y distinta del Derecho Sustantivo, con instituciones propias e independientes,

las cuales resultarían fundamentales para la composición de un proceso judicial como lo conocemos hoy en día.

Por su parte, el proceso judicial puede ser definido como un conjunto de actos jurídicos sucesivos que se desarrollan con el fin de alcanzar una resolución sometida a la decisión de una autoridad jurisdiccional. Un proceso supone siempre una relación jurídica entre sus partícipes, la cual abarca una serie de vínculos que la Ley establece entre las partes procesales y el órgano jurisdiccional. Además, el proceso judicial constituye un mecanismo de tutela de los derechos (Eduardo J. Couture, 1958), motivo por el cual resulta trascendental determinar con precisión las formalidades y solemnidades que van a revestir a un determinado proceso, pues son estas las que permitirán al proceso cumplir con su función tutelar, atendiendo a los derechos y necesidades particulares que se presenten dentro de un caso en concreto.

Un proceso judicial se compone de diferentes etapas y cada una de ellas prevé diferentes actos que deben cumplirse para alcanzar su objetivo final, esto es, una resolución eficiente por parte del órgano jurisdiccional. Dentro de un proceso se encuentran en juego derechos de las partes procesales que lo conforman, por ello, resulta fundamental que cada una de las etapas que conforman al proceso, contenga reglas claras y precisas que determinen como se desarrolla la actividad jurisdiccional, con el fin de evitar que existan arbitrariedades que puedan afectar injustamente a los derechos que se encuentran sometidos a juicio. De ahí que en todo ordenamiento jurídico se establezcan garantías del Debido Proceso, un conjunto de garantías mínimas mediante las cuales se protege a los Derechos de quienes se ven envueltos en un Proceso Judicial.

Tales reglas se traducen en las formalidades o solemnidades que revisten a un proceso judicial, las cuales constituyen requisitos indispensables que todo proceso judicial debe cumplir para garantizar su validez, de tal manera que, la omisión de dichos requisitos, generan la nulidad del proceso, ya sea nulidad relativa o absoluta dependiendo el caso. La nulidad supone que el acto cuya validez se ha visto trastocada, no producirá los efectos deseados o simplemente no producirá efecto alguno; es la sanción que el ordenamiento jurídico impone cuando un determinado acto no ha cumplido con las formalidades previstas para su ejecución (Alsina, 1965).

Ahora bien, la nulidad puede suscitarse de dos formas: nulidad absoluta y relativa. Couture (1958) se refiere a la nulidad absoluta como aquella desviación de las formalidades o solemnidades procesales, cuya magnitud es tal que pone en peligro o vulnera directamente garantías esenciales del debido proceso, consecuentemente, aquel acto deberá ser completamente inválido. Por su parte, en la nulidad relativa, ciertamente se observa un apartamiento de las formalidades del acto procesal, aunque de menor gravedad, por lo que no necesariamente puede declararse la nulidad del acto, este supuesto requiere un análisis más profundo para determinar si efectivamente la omisión de una formalidad generó un perjuicio al sujeto procesal, caso contrario, el acto puede convalidarse.

De esto se colige que existen ciertas nulidades las cuales pueden ser saneadas o subsanadas, ya sea por una manifestación expresa de las partes o, en su defecto, por el silencio, el cual tácitamente puede indicar que el sujeto procesal no ha sufrido una vulneración a sus Derechos procesales frente a la omisión de una determinada formalidad. Devis Echendía (2004) plantea que las nulidades, por regla general, deben ser convalidables, salvo que se trate de una formalidad cuyo cumplimiento debe ser irrestricto como el caso de

la falta de jurisdicción, esto en razón de ponderar la economía procesal, aunque también cabe mencionar que la posibilidad de sanear una omisión formal de un acto procesal, puede convertirse un mecanismo mediante el cual se garantice la efectivización de un derecho de mayor rango, contribuyendo así al cumplimiento de la función tutelar que persigue el Proceso Judicial.

1.1.2 Del Proceso Estático al Proceso Dúctil:

El Derecho como ciencia en general y el Derecho Procesal en particular, han evolucionado a lo largo del tiempo conforme las diferentes corrientes jurídicas que han surgido según las necesidades de cada sociedad, las cuales siempre han avanzado de forma paralela a las diferentes maneras de concebir al Estado. Consecuentemente, la percepción del proceso judicial, junto con las instituciones que lo estructuran, también ha sufrido múltiples mutaciones hasta alcanzar la idea que actualmente existe sobre el Proceso.

Las primeras e incipientes manifestaciones del proceso judicial lo planteaban como un sistema ajeno a la actividad estatal, basado principalmente en las leyes de la dialéctica, limitándose el Juzgador a garantizar la igualdad entre las partes y decidir entre una de las posiciones de cada parte. Bajo esta forma de concebir al proceso judicial, el juicio aparecía como el aspecto más relevante, por encima de las actuaciones practicadas previo a la decisión final. (Picardi, 1987).

Posteriormente, el proceso se acentuó sobre una concepción bajo la cual el Estado tenía total injerencia en su desarrollo, siendo este último el que determinaba las reglas que debían ser aplicadas con rigor por parte del Juez, cuyo deber primordial ya no se limitaba

simplemente a la elección de una postura, sino que debía buscar la verdad objetiva de los hechos y hacerla prevalecer; el Juez pasó a ser un funcionario público, lo que permitió que su actuar dentro de un determinado proceso judicial pueda ser sometido a un control, obligándolo a respetar y hacer respetar las normas procesales preestablecidas. (Priori Posada, 2014).

Esta forma de comprender al proceso judicial trajo consigo al método contradictorio, según el cual las partes procesales deben exponer sus posturas y reforzarlos con los medios probatorios de los cuales crean estar asistidos, excluyendo la posibilidad de que el Juzgador pueda emitir un fallo sin antes haber escuchado a todas las partes procesales. Como consecuencia de ello, el énfasis dentro del proceso judicial dejó de encontrarse en el juicio o la decisión y se optó por centrar la atención en el proceso como tal, y los distintos actos que lo conforman (Picardi, 1987).

Es innegable que cada paradigma bajo el cual se abordaba al proceso judicial y su composición estaba influenciada por la concepción que se mantenía del Estado. La idea del proceso judicial con normas preestablecidas de cumplimiento irrestricto fue una consecuencia natural del Estado de Derecho, el cual promulgaba el predominio del poder legislativo. Según esta corriente meramente legalista, la labor esencial del Juez es el de aplicar y hacer prevalecer lo que manda la Ley, siendo incomprensible la idea de que un Juzgador pretenda realizar una interpretación de la norma más allá de lo que se encuentra escrito.

En lo que al proceso judicial refiere, las normas procesales tenían como finalidad evitar arbitrariedades, por tanto, si el Juzgador aplicaba dichas normas de forma exacta, el proceso judicial habría cumplido su función: garantizar certeza y seguridad a las partes

durante todas las etapas procesales. Consecuentemente, y según esta lógica, el proceso es válido y su resolución efectiva, por el contrario, la omisión o desviación en la aplicación de cualquier formalidad, acarrea la nulidad del proceso, mucho más si se trataba de una decisión voluntaria del propio Juzgador, lo cual se miraba como una postura totalmente arbitraria y contraria a Derecho, sin que se analice el motivo que lo condujo a esa decisión.

En definitiva, el proceso judicial en la visión del Estado Legal de Derecho poseía una naturaleza inminentemente objetiva, es decir, no importaban las condiciones que rodeaban a las partes procesales, la Ley debía aplicarse en el mismo sentido para todos. Esto es lo que ciertos doctrinarios denominan un *Proceso Estático*, es decir, un proceso que no cambia frente a las circunstancias concretas del caso, sino que sus normas deben aplicarse siempre de la misma manera independientemente de las cualidades particulares de los sujetos procesales.

Posteriormente, se observó que esta excesiva rigidez en la aplicación de las reglas procesales, podía generar vulneraciones a otros Derechos de las partes procesales, puesto que aquellas reglas fueron creadas de forma abstracta, sin considerar que dentro de un determinado proceso judicial pueden suscitarse innumerables conflictos de naturaleza distinta y con diferentes Derechos en disputa, por tanto, al limitar el procedimiento judicial a una sola forma de desarrollarse, se tornaba imposible abarcar todas las posibilidades que puedan dar origen a una contienda judicial. Esta idea del proceso generaba garantías para un grupo muy reducido de individuos, no obstante, muchos otros no alcanzaban la tutela que requerían, en síntesis, este paradigma del Proceso Judicial se tornó insuficiente.

Con el paso del tiempo, la concepción del Estado fue cambiando, surgió con fuerza luego de la Segunda Guerra Mundial la corriente del Neoconstitucionalismo, el cual cambió

radicalmente la percepción del Estado y tuvo un impacto en las diferentes ramas jurídicas, del cual el Derecho Procesal no estuvo exento. Entre las diversas novedades que trajo consigo la llegada del Neoconstitucionalismo, se encuentra el fenómeno jurídico llamado *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, entendido como un suceso el cual se caracteriza por constituciones invasoras, las cuales impregnan a todo el ordenamiento jurídico de los preceptos constitucionales (Guastini, 2001).

Naturalmente, al existir un ordenamiento jurídico que se ve empapado por los principios constitucionales, el proceso judicial también se ve influenciado y sufre modificaciones considerables, pues el sistema procesal vigente durante el Estado Legal de Derecho no guarda compatibilidad alguna con la concepción del Neoconstitucionalismo. Este paradigma trajo a colación un importante reto para los Juzgadores, puesto que se ven en la obligación de resolver un conflicto judicial invocando principios y valores constitucionales en armonía con las demás normas de rango inferior aplicables al caso, evitando que esto aparente ser una decisión arbitraria de su parte. (Carbonell, 2011).

Este proceso de transición del Estado supuso la llegada de un nuevo modelo del proceso judicial, denominado *el Proceso Dúctil* que surgió como una respuesta ante las dificultades que presentaba la visión estática o legalista del proceso judicial. El término “dúctil” en el contexto del Neoconstitucionalismo, hace referencia a la coexistencia entre valores, principios y leyes, que caracteriza a la estructura del Estado Constitucional, de tal manera que, ninguno de aquellos principios o valores debe ser asumido con carácter de absoluto, pues caso contrario se tornaría imposible su convivencia entre sí (Zagrebelsky,1995).

En la concepción positivista tradicional, la aplicación normativa por parte de los operadores de justicia se limitaba a un mecanismo lógico fuera de toda discrecionalidad, sometiendo su labor a la voluntad del legislador (Zagrebelsky,1995); únicamente se permitía la *interpretación auténtica*, es decir, aquella que el legislador realiza respecto de sus propias leyes, dotando a tal interpretación de igual valor normativo que la misma ley. Por tanto, el campo de acción de los juzgadores se reducía a la aplicación de la ley o a la interpretación que el órgano legislativo desarrollaba respecto de esta, pues era el único funcionario facultado para practicar un ejercicio de interpretación normativa.

Por su parte, dentro del Neoconstitucionalismo y su visión práctica del Derecho, se recurrió a la interpretación como un método fundamental para la administración de justicia. La interpretación entendida como la búsqueda de una norma adecuada para el caso en concreto, permitió que los juzgadores puedan expandir su campo de análisis al momento de resolver, de tal manera que, en un determinado caso, se debe considerar la idoneidad de un precepto jurídico para aplicarlo o no. Naturalmente, para determinar si una norma cumple con esa característica de “idónea” se requiere analizar los elementos fácticos que dan origen al proceso, así como las condiciones subjetivas de quienes protagonizan el caso, es decir, no solo se atiende a los hechos, sino también a la persona.

Ahora bien, como se mencionó, el ejercicio de interpretación que efectúa un Juzgador debe ser sometido a un control, con el fin de evitar que se corrompa el sentido mismo de la interpretación, tergiversándola y utilizándola para emitir decisiones arbitrarias y parcializadas. En ese sentido, cuando se ha desarrollado un proceso de interpretación judicial para resolver un juicio, se debe comprobar que dicha resolución -sustentada en la

interpretación judicial- no vulnere derechos y garantías procesales de las partes, pues solo en ese supuesto, se puede considerar que la administración de justicia ha sido eficiente.

Por su parte, Peces-Barba (1994) señala que la *ductilidad* debe ser entendida como una idea de pluralismo entre los diversos preceptos jurídicos existentes; es la ausencia de rigidez y la superación del estricto legalismo. Todo esto tiene una injerencia importante en el ejercicio de la actividad jurisdiccional por parte del Estado, pues dicha actividad ya no se reduce a la simple aplicación de normas procesales preestablecidas, sino que se convierte en una actividad cuya razón de ser son la aplicación de principios y valores constitucionales, los cuales, a su vez, son los elementos rectores de su desenvolvimiento (Priori Posada, 2014).

La visión dúctil del proceso judicial parte de un enunciado principal, según el cual los derechos materiales son los que delimitan la tutela procesal que requieren, por lo que mal podría concebirse al proceso judicial como una idea abstracta, indiferente a las condiciones subjetivas de quienes activan el órgano jurisdiccional con el fin de hacer valer sus derechos, tal como sucedía en el *proceso estático* del Estado Legal de Derecho. El proceso judicial dúctil obedece a una concepción subjetiva del proceso, es decir, para que un determinado proceso pueda constituir un mecanismo de tutela de los derechos, debe atender a las necesidades que acogen a cada individuo dentro de la causa judicial en la que se ve envuelto.

Victoria Mosmann (2021) plantea que el Derecho al Acceso a la Justicia, no puede limitarse a la simple posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional mediante la presentación de una demanda; tal concepción se ha visto desbordada por las necesidades que mantiene cada individuo, siendo necesario comprender que en la sociedad se presentan múltiples desigualdades que atienden a condiciones específicas de cada sujeto (V.gr discapacidad, origen étnico, etc), por lo que, se requiere que el sistema judicial y sus operadores, presten

atención a tales circunstancias, con el fin de evitar que las desigualdades sociales se repliquen dentro de un proceso judicial. Precisamente la visión dúctil del Derecho Procesal busca coadyuvar a la superación de las desigualdades sociales, con el objetivo de alcanzar una materialización plena de la Tutela Judicial Efectiva.

El proceso dúctil se caracteriza por contener formalidades o solemnidades moldeables y flexibles, es decir que, en casos puntuales, se pueden sacrificar o adaptar ciertas formalidades debido a que quien interviene dentro del proceso, adolece de una condición que lo ubica en situación de desventaja frente a los demás, siendo necesario que el órgano jurisdiccional brinde al sujeto en situación de inferioridad un auxilio en el ámbito jurídico-procesal, que se traduce en la adaptabilidad de las formalidades para el efectivo goce y ejercicio de sus derechos. En este punto, resulta importante plantearse como interrogante si la teoría del proceso dúctil realmente posee un fundamento lógico-jurídico, puesto que la razón de ser de las formalidades procesales es la de precisamente garantizar los derechos y velar por la protección de los sujetos procesales dentro de un juicio, por tanto, parece paradójico que se flexibilice dichas formalidades para garantizar otros derechos.

Esta flexibilidad en la aplicación de las solemnidades procesales busca evitar que las normas procesales se conviertan en un impedimento para el acceso a la justicia de personas en situaciones de extrema vulnerabilidad, dotando al sistema procesal de métodos lo suficientemente legítimos para impulsar la igualdad material entre las partes de un proceso judicial. Cabe aclarar que, bajo ningún concepto, puede interpretarse a este planteamiento como un factor que pueda influir en la imparcialidad a la cual deben ceñirse los Jueces; el único fin que persigue la visión dúctil del Derecho Procesal, es la de garantizar que las partes litiguen en igualdad de condiciones evitando que los factores de vulnerabilidad

extraprocesales limiten las probabilidades de éxito dentro del proceso judicial, independientemente de la decisión final que sea tomada por el juzgador.

Ahora bien, esta concepción del proceso judicial lleva implícito un problema jurídico digno de análisis. Al modificar o sacrificar una solemnidad judicial por comprobarse que un sujeto procesal sufre de una condición de vulnerabilidad que debe ser atendida, puede quebrantarse el principio de Seguridad Jurídica, el cual constituye un pilar fundamental de todo proceso judicial. La Seguridad Jurídica dentro del proceso judicial, busca brindar certeza al individuo sobre las reglas que han de aplicarse en el caso en concreto y evitar que se susciten arbitrariedades por parte de la autoridad jurisdiccional, de tal manera que, la distorsión de dichas formalidades por un aspecto subjetivo de la contraparte puede devenir en una verdadera incertidumbre.

Para resolver esta pugna, es pertinente recurrir a un ejercicio de ponderación, mediante el cual se sacrifican aspectos formales y, consecuentemente, el principio de Seguridad Jurídica, con el fin de hacer prevalecer un Derecho de mayor jerarquía que consiste en el Acceso a la Justicia de una persona en situación de vulnerabilidad. Ciertamente puede considerarse legítima esa apreciación final, no obstante, no sería idóneo caer en el desamparo de los principios fundamentales del proceso judicial, en aras de garantizar otros Derechos. Por ello, para el correcto funcionamiento del proceso judicial dúctil, es necesaria la implementación de varios mecanismos que impidan la arbitrariedad en un caso en concreto, y encuentren un equilibrio entre la certeza y los Derechos en juego.

De igual manera, también es importante analizar que las formalidades y solemnidades procesales buscan proteger los derechos de quienes intervienen en un proceso judicial, por lo mismo, puede resultar contradictorio que el objetivo de la teoría dúctil del Derecho

Procesal sea el de evitar vulneraciones a derechos por medio de la flexibilización del formalismo jurídico. Por lo mismo, esta visión no puede ser aplicada de forma absoluta, sino que debe implementarse dentro de un determinado ámbito para evitar el desamparo a la seguridad jurídica y el principio de legalidad, lo cual generaría también una vulneración a los derechos procesales de las partes, siendo fundamental definir hasta que punto se pueden sacrificar las formalidades procesales para que el proceso judicial dúctil cumpla con su cometido sin generar otro tipo de perjuicios.

1.2 El Proceso Judicial en Ecuador

El Ecuador es definido como un estado Constitucional de Derechos y Justicia, motivo por el cual se observa en su ordenamiento jurídico una supremacía constitucional muy marcada. Esta definición del Estado ecuatoriano contenida en el Art. 1 de la Constitución del 2008, denota su característica garantista, es decir que, ante todo, la estructura del Estado debe estar orientada a la satisfacción de los Derechos Fundamentales y la Justicia como tal (Andrea Cajas, 2015) por lo que, las normas infra constitucionales, incluyendo las procesales, deben guardar coherencia con esta concepción.

En lo que refiere al desenvolvimiento de la Justicia en el Ecuador, el garantismo mencionado anteriormente, se puede observar en ciertas normas tales como, por ejemplo, el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, según el cual el Estado debe garantizar el *“acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión ”*. Ahora bien, para garantizar precisamente este Derecho

Fundamental y, sobre todo, evitar la indefensión, es necesario que el sistema procesal -siendo este el medio por el cual se materializa la Justicia misma- observe las condiciones individuales de los sujetos que activan el órgano jurisdiccional con la pretensión de hacer valer un derecho.

La norma procesal por excelencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) el cual excluye, por su propia naturaleza, a los procesos de materia penal y los relativos a las garantías jurisdiccionales. El proceso judicial en el Ecuador se rige por la oralidad y la inmediación, principios trascendentales para garantizar el acercamiento del Juzgador con las partes y viceversa. La particularidad que se puede observar en los procesos judiciales del Ecuador es que, por esencia misma de la Constitución del 2008, el Juzgador debe ser un Juez activo, es decir, el Juez debe velar por el respeto de las garantías del Debido Proceso de quienes se encuentran en un proceso, sin perjuicio del Principio Dispositivo, según el cual el impulso procesal les corresponde a las partes.

Como fruto del garantismo que rige en el sistema jurisdiccional ecuatoriano, se puede apreciar que, en aquellos procesos en los que discuten derechos de personas que pertenecen a ciertos grupos considerados de atención prioritaria, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), establece reglas especiales. Así, por ejemplo, en el procedimiento sumario se establece un término de 15 días para contestar a la demanda, no obstante, si se trata de un caso de niñez y adolescencia, el término se reduce a 10 días, con la finalidad de dotar de celeridad al proceso judicial al verse en juego derechos de niños, quienes reciben una especial protección del Estado.

En este punto, cabe preguntarse si estas reglas especiales previstas en el Código Orgánico General de Procesos para casos específicos cumplen con las características que atañen a la visión Dúctil del proceso judicial. Si bien la finalidad que se persigue es la misma (proteger a grupos de atención prioritaria) esta clase de normas previstas en el COGEP no necesariamente pueden ser asociadas al concepto del proceso judicial dúctil, puesto que este último está dirigido a facilitar a las personas su acceso a la justicia sin que una condición de vulnerabilidad limite tal Derecho, mientras que los casos contemplados en la normativa procesal ecuatoriana, aunque tienen una finalidad común, se enfocan en garantizar celeridad en los procesos. Ciertamente, la celeridad en los casos previstos en la legislación ecuatoriana resulta de gran trascendencia, no necesariamente supone una garantía de que un individuo en situación de vulnerabilidad se vea en desventaja frente a quién no padece de ninguna condición de esa índole dentro de un proceso judicial.

En ese sentido, parece evidente que la concepción del proceso judicial Dúctil no se encuentra consolidada en el Derecho Procesal Ecuatoriano, aunque pueden encontrarse normas especiales para casos concretos en los que se pretende precautelar los Derechos de grupos determinados de personas que presentan una posible vulnerabilidad. Por ello, es conveniente analizar si efectivamente puede incorporarse esta figura al ordenamiento jurídico del Ecuador y los mecanismos idóneos para su correcto funcionamiento, partiendo de los conceptos básicos de las instituciones procesales que se contemplan en la normativa ecuatoriana

Capítulo II

EL ACCESO A LA JUSTICIA

2.1 Concepción de acceso a la justicia

En términos generales, el acceso a la justicia es un derecho fundamental que consiste en garantizar al individuo la posibilidad de utilizar los mecanismos jurídicos necesarios para la defensa y protección de sus derechos dentro de la sociedad. En todo Estado democrático resulta indispensable que se garantice de forma plena el acceso a la justicia, puesto que constituye el medio por el cual se brinda protección a los demás derechos fundamentales. (International Commission of Jurists, 2020).

En el Ecuador, este derecho se encuentra consagrado en el Art. 75 de la Constitución de la República:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

De la norma citada, conforme lo manifestó la Corte Constitucional en su sentencia Nro. 1313-14-EP/20, se establece que el acceso a la justicia no se agota únicamente con la garantía de las personas de acceder al sistema de administración de justicia, sino que, además, comprende el respeto a las garantías del debido proceso, la obtención de una resolución y su ejecución.

Como se mencionó en el primer capítulo, el proceso judicial constituye el medio por el cual las personas pueden buscar la tutela de sus derechos, consecuentemente, es imperante que se garantice a todos los ciudadanos sin distinción las condiciones necesarias para acceder a un proceso judicial, en igualdad de condiciones (Marabotto Lugaro, 2003) , es decir, no basta con que se permita el acceso a la justicia, sino que, además, este sea *efectivo*. De ahí que se hable sobre la tutela judicial efectiva como un concepto integral.

Araujo Oñate (2011), refiere que la Tutela Judicial Efectiva supone un medio de control frente al ejercicio del poder público, evitando que las actuaciones administrativas de cualquier naturaleza generen un perjuicio a los ciudadanos. La Tutela Judicial Efectiva exige a los operadores de justicia que, al momento de conocer y resolver un caso en concreto, guarden la diligencia debida para satisfacer y garantizar la defensa de los sujetos procesales, en cualquier etapa del proceso.

Ahora bien, es importante señalar que, el acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva en general, debido a su importancia dentro de un proceso judicial, no deben verse afectadas o mermadas por la omisión de ciertas formalidades, siempre y cuando estas no incidan de forma relevante en la resolución final o generen perjuicio a las partes procesales.

Justamente, uno de los principios que fundamentan la teoría dúctil del derecho procesal, es la de garantizar el acceso a la justicia a los sujetos procesales, ya sea al momento de presentar una acción, durante la sustanciación del proceso o en la ejecución de la resolución, ponderando los derechos de las partes, sobre las formalidades, salvo ciertas excepciones en las cuales la inobservancia de las solemnidades genere un perjuicio directo, por su injerencia en la resolución final o por casuar una afcción a otro derecho fundamental de igual o mayor jerarquía que genere indefensión a una de las partes.

2.1.1 El acceso a la justicia para personas en situación de vulnerabilidad

Si bien en la actualidad existe un criterio más o menos unificado respecto a la definición del acceso a la justicia, este fue evolucionando y cambiando con el paso del tiempo. Como se mencionó en el capítulo anterior, el desenvolvimiento del proceso judicial siempre estuvo supeditado a la concepción que se mantenía del Estado y, a su vez, el acceso a la justicia también se ha visto ligado a las ideas que envolvían al proceso judicial (Marabotto, 2016).

Como se analizó anteriormente, hoy en día no basta con garantizar el simple acceso a la justicia, sino que el mismo debe ser real; en la actualidad existen varios factores que pueden impedir que se materialice un verdadero acceso a la justicia para ciertas personas, como es el caso de aquellas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, por lo que resulta indispensable que a quienes pertenecen a tal grupo, se les otorgue ciertas garantías “adicionales” para que puedan alcanzar un verdadero acceso a la justicia.

Un claro ejemplo de lo que supone el acceso a la justicia en la visión dúctil del derecho procesal, es el de la gratuidad del acceso a la justicia. Los costos que conllevan ser parte de un proceso judicial no siempre son accesibles para toda la sociedad, por ello, La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva No.11/90, estableció que era indispensable que se cuente con mecanismos de asistencia jurídica gratuita para las personas.

Ahora bien, cabe preguntarse si en realidad en el Ecuador se recoge el principio de la gratuidad de la justicia, puesto que, si bien se reconoce tal principio en la norma, no siempre

se materializa, puesto que la tramitación de un proceso judicial implica necesariamente ciertos gastos que en ocasiones pueden no ser costeables para todos los ciudadanos o, por otro lado, no todo tipo de controversias ofrecen gratuidad, limitando así de alguna manera el acceso a la justicia.

Por ejemplo, es muy común que no se ofrezca asesoría legal gratuita cuando se trata de controversias en materia civil, no obstante, son muchas las personas de escasos recursos que se ven envueltas en esta clase de conflictos y no pueden pagar una defensa técnica particular, en ese sentido, es importante considerar la posibilidad de expandir el ámbito de protección de la gratuidad de la justicia, lo cual podría significar un avance importante hacia la implementación del proceso judicial dúctil.

Quienes promueven la teoría del proceso judicial dúctil, buscan llevar el fundamento del ejemplo citado más allá, con el fin de proteger otra clase de derechos o personas. Se busca dotar los ciudadanos más vulnerables de diversos mecanismos que les permita obtener un verdadero acceso a la justicia, puesto que, evidentemente, dichas personas no tienen las mismas facilidades de acceder al órgano jurisdiccional, frente a quienes no forman parte de los grupos vulnerables.

2.2 Definición de vulnerabilidad en la visión dúctil del derecho procesal

Uno de los mayores desafíos a los que se ha enfrentado esta teoría, es la de definir qué se entiende por vulnerabilidad, puesto que son varios los factores que pueden afectar a una persona en tal forma que se vea en desventaja frente a los demás y, además, que dicha

condición de desventaja suponga un impedimento para que el individuo pueda alcanzar un real acceso a la justicia.

La inexistencia de un criterio unánime sobre la determinación de una situación de vulnerabilidad supone un gran riesgo para la seguridad jurídica en el marco del derecho procesal, puesto que se expone a que los operadores de justicia bajo un criterio subjetivo sean quienes consideren si una determinada condición constituye una situación de vulnerabilidad o, en su defecto, si esa condición limita los derechos del sujeto procesal dentro del proceso, lo que permite la discrecionalidad. Por lo mismo, es fundamental buscar mecanismos que eviten circunstancias de esta naturaleza y reduzcan al mínimo la contraposición que pueda generarse entre la seguridad jurídica y la teoría del proceso judicial dúctil, aspecto que será analizado con mayor profundidad más adelante.

Como se mencionó, son varias las condiciones que pueden ubicar a una persona en situación de vulnerabilidad, y dichas condiciones no siempre van a impedir el goce de una tutela judicial efectiva a la persona. Al respecto, la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana desarrollada en el año 2007, en la ciudad de Brasilia, buscó establecer reglas básicas sobre el acceso a la justicia de personas en situación vulnerabilidad, surgiendo así las llamadas “100 reglas de Brasilia”.

Estas reglas tienen como finalidad establecer una serie de principios que sean aplicados por las legislaciones de cada país, con el fin de garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad un acceso a la justicia en igualdad de condiciones frente a quienes no adolecen de una condición de esta naturaleza. La Cumbre Judicial Iberoamericana define como personas en situación de vulnerabilidad a quienes “por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran

especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (2008).

Si bien en principio este concepto aparenta ser adecuado, para los fines que persigue el ordenamiento jurídico resulta demasiado amplio, lo cual complica su desarrollo al momento de aplicar las normas del Derecho Procesal, más aún cuando la propia Cumbre establece que la determinación de una situación de vulnerabilidad en cada país dependerá de las características específicas que se establezcan en cada legislación, incluyendo el factor socioeconómico. Nuevamente, se presenta un problema de discrecionalidad que puede afectar de manera considerable al desarrollo de un proceso judicial.

Resulta cuanto menos complejo que se inste a los Estados a establecer mecanismos de protección especiales para las personas en situación de vulnerabilidad, pero no se determine con precisión en qué casos deben operar tales mecanismos, puesto que, si bien las 100 reglas de Brasilia son pautas importantes para implementar medidas de acceso a la justicia para grupos vulnerables, no dejan de ser parámetro netamente referenciales, de los cuales no todos podrán ser pasmados de forma íntegra en un determinado ordenamiento jurídico.

La constitución de la República del Ecuador en su Art. 35 establece quienes son considerados grupos de atención prioritaria:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria

recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Ciertamente la definición de vulnerabilidad de la Carta Magna ecuatoriana guarda coherencia con los preceptos básicos desarrollados por las 100 Reglas de Brasilia, sin embargo, se debe considerar que esta definición atiende mayormente a una cuestión de políticas públicas y no necesariamente respecto a lo relativo a los procesos judiciales.

Lo mencionado se evidencia en que, si se observa la definición de vulnerabilidad del Art. 35 de la Constitución del 2008, no se hace mención, por ejemplo, sobre la situación económica de una persona, cuestión a la que si se refiere la Cubre Judicial Iberoamericana en las 100 Reglas de Brasilia, no obstante, como se mencionó anteriormente, en Ecuador si se prevén mecanismos para garantizar la gratuidad en el acceso a la justicia para quienes carecen de recursos económicos. De esto se colige que en la legislación ecuatoriana no existe una definición de grupos vulnerables que sea aplicable a los procesos judiciales y que permita la aplicación de la visión dúctil del Derecho Procesal, más allá de ciertas normas aisladas que si ofrecen garantías especiales a determinadas personas (V.gr. mujeres en periodo de gestación).

Ahora bien, es importante analizar que, más allá de determinarse la existencia de una condición de vulnerabilidad en un sujeto procesal, dicha condición no siempre va a suponer una necesidad de especial atención por parte del órgano jurisdiccional, es decir, además de ser indispensable que se evidencie que un sujeto procesal adolece de una condición de vulnerabilidad, debe justificarse que esta le suponga un impedimento o dificultad para ejercer

su derecho al acceso a la justicia o que se genera desigualdad entre las partes, de tal manera que requiere que se le brinden ciertas garantías especiales.

Por ejemplo, una persona que padece una enfermedad catastrófica y, consecuentemente, forma parte de los grupos de atención prioritaria de conformidad al Art. 35 de la Constitución ecuatoriana, puede tener la capacidad económica para acceder a tratamientos que le permitan llevar una vida sin mayores complicaciones y de igual manera, costear una defensa técnica sin inconveniente y ser parte de un proceso judicial en igualdad de condiciones frente a quien no padece ninguna enfermedad, en tal caso, pese a ser parte de un grupo vulnerable, no se justificaría que el órgano jurisdiccional flexibilice las formalidades procesales puesto que ese individuo no requiere de una especial atención para ejercer su derecho al acceso a la justicia; incluso podría considerarse que se estaría brindando una ventaja ilegítima a una persona que en realidad no la necesita.

Por el contrario, pueden existir casos en los que una persona que no forme parte de los grupos de atención prioritaria que prevé la Constitución de la República del Ecuador, se vea envuelta en otro tipo de condición que si afecte su acceso a la justicia real. Por lo expuesto, es menester comprender que la teoría del proceso dúctil no debe aplicarse de manera absoluta frente a cualquier situación de aparente vulnerabilidad, sino que debe constituir un mecanismo de verdadero auxilio para quienes, por su condición específica, necesitan una especial atención por parte del sistema judicial.

En este sentido, se puede apreciar que existen dos aspectos los cuales deben conjugar para que sea viable la aplicación de la teoría del proceso dúctil: la primera, referente a la determinación y justificación de una situación de vulnerabilidad que amerite una flexibilización de formalidades o solemnidades procesales y, la segunda, el establecimiento

de aquellas formalidades que pueden ser sacrificadas o adecuadas a las necesidades subjetivas del sujeto procesal, con el objetivo de aminorar la afección que pueda generarse a la Seguridad Jurídica.

En lo que refiere al segundo aspecto mencionado, se analizará de forma exhaustiva en el siguiente capítulo, no obstante, respecto al primero, resulta necesario hacer un análisis sobre cuáles pueden ser mecanismos que coadyuven a la determinación de cómo debe aplicarse el concepto de vulnerabilidad del proceso judicial dúctil en un caso en concreto, en observancia de los preceptos básicos antes estudiados y los conflictos que estos pueden generar.

La imposibilidad de determinar con precisión cuando una persona vulnerable debe ser sujeta a una atención especial por parte del órgano jurisdiccional, como se indicó, genera discrecionalidad y esto, a su vez, inseguridad jurídica. Ahora bien, de los diversos mecanismos que puedan incorporarse, aquel se adecua más a lo previsto en la normativa ecuatoriana, es el de hacer énfasis en la motivación como medio de legitimación de los juzgadores.

La motivación constituye una garantía fundamental del Debido Proceso y un elemento importante dentro de la tutela judicial efectiva, pero, además, constituye, por un lado, un elemento de control sobre la actuación jurisdiccional, para evitar arbitrariedad y, por otro, una herramienta mediante la cual el juzgador busca convencer a los sujetos procesales y a la sociedad en general sobre la idoneidad de su fallo (Gil Cremades, 1983), en definitiva, la motivación de las providencias judiciales es lo que permite a los operadores de justicia legitimar sus actuaciones.

En ese sentido, la motivación puede significar un elemento importante al momento de hacer viable la teoría dúctil del proceso judicial, puesto que ante la imposibilidad de establecer taxativamente los casos en los que deben flexibilizarse una solemnidad procesal por la necesidad de uno de los sujetos procesales, el juzgador deberá ser quien motive aquella decisión. Naturalmente que dicha motivación deberá observar las normas escritas, pero, además, para el caso que nos ocupa debe fundamentarse en la necesidad de sacrificar una determinada formalidad o, por el contrario, explicar la razón de no hacerlo pese a que uno de los sujetos procesales sea considerado como parte de un grupo vulnerable.

En otros términos, el juzgador debe constatar, en primer lugar, si uno de los sujetos procesales forma parte de un grupo vulnerable y, posteriormente, calificar si esa vulnerabilidad amerita una especial atención en sus actuaciones jurisdiccionales, todo esto en congruencia con los parámetros referenciales descritos en párrafos anteriores y las normas procesales pertinentes para cada caso en concreto. De esta manera, el juzgador puede motivar sus actuaciones y así evitar que la intención de garantizar un verdadero acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, se transformen en decisiones arbitrarias que generen perjuicios a los derechos de los demás sujetos procesales.

2.2 ¿Cómo afecta el proceso actual en el Ecuador al acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad?

Como se ha mencionado anteriormente, en el sistema Ecuatoriano se prevén ciertas normas que buscan brindar una mayor protección de ciertos grupos de personas dentro de un proceso judicial, con el fin de evitar que se genere indefensión a tales grupos de personas. Ahora bien, más allá de aquellos preceptos muy puntuales, es evidente que en el Derecho

Procesal ecuatoriano no se han aplicado los preceptos básicos de la visión dúctil del Derecho Procesal, por lo que parece importante desarrollar un breve análisis sobre si el paradigma del Derecho Procesal ecuatoriano puede afectar de alguna manera el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad.

La seguridad jurídica en el Ecuador es un principio fundamental que posee bastante injerencia en la legislación del país, siendo este uno de los principales motivos por los cuales resulta complejo incorporar la visión dúctil del Derecho Procesal al sistema ecuatoriano, sin embargo, se considera la esencia de la Constitución del 2008, parece claro que tales preceptos son completamente aplicables.

En el Ecuador existe una población en situación de vulnerabilidad bastante extensa, las cuales, por su condición, requieren de una atención especial que les permita litigar en igualdad de condiciones. Cabe indicar que, no basta con que se garantice la gratuidad del acceso para estas personas, puesto que, aunque puedan optar por una defensa técnica gratuita, las condiciones de vulnerabilidad muchas de las veces impiden que las personas puedan practicar las actuaciones procesales en los términos oportunos o, incluso, se torna difícil dar cumplimiento a una sentencia judicial.

En ese sentido, se debe considerar que las personas en situación de vulnerabilidad, naturalmente se encuentran en una situación de desventaja frente a los demás, generándose una desigualdad social que debe ser atendida por el Estado, mediante el empleo de acciones afirmativas que permiten reducir tal desventaja, a través de medidas que otorgan especial atención a tales grupos.

Esa desigualdad es capaz de traspasar el plano netamente social, y trasladarse también al ámbito jurídico, de tal manera que, si una persona de un grupo vulnerable se ve en desventaja fuera de un proceso judicial, se sentirá de igual forma siendo parte de un litigio. Si bien tampoco sería correcto decir que en la legislación ecuatoriana exista un desamparo e indefensión de los grupos vulnerables, es claro que, en el Ecuador, al no existir mecanismos en el contexto del Derecho Procesal para revertir esta situación, se torna difícil para ciertos sectores de la población obtener un verdadero acceso a la justicia, en igualdad de condiciones frente a los demás.

Capítulo III

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO DÚCTIL

3.1 Definición de Seguridad Jurídica y Principio de Legalidad

Los principios de seguridad jurídica y legalidad son fundamentales dentro de cualquier legislación, puesto que constituyen los instrumentos del ordenamiento jurídico mediante los cuales el Estado va a garantizar certidumbre al individuo y sus derechos, frente a cualquier acto lesivo que pueda ser cometido por parte de la administración pública en el desarrollo de sus atribuciones.

La seguridad jurídica posee varias vertientes que la componen, motivo por el cual, su significado puede tener varias acepciones o ser analizado desde diferentes enfoques, no obstante, con el fin de obtener una definición general que abarque todos los elementos que pueden componerla, podría definirse a la seguridad jurídica como aquel principio que garantiza a los individuos el conocimiento y certeza sobre aquello que se encuentra prohibido y/o permitido por la norma.

Miguel Carbonell (2021) plantea que la seguridad jurídica no sólo se trata de un principio o garantía, sino que incluso consiste en un valor que constituye el fin que todo ordenamiento jurídico pretender alcanzar. Antonio E. Pérez Luño (2000) sostiene que la seguridad jurídica se compone de dos dimensiones distintas: la primera se refiere a la certeza sobre las consecuencias jurídicas que derivan de las acciones de cada individuo, a la cual denomina como “corrección estructural” mientras que, la segunda, está dirigida al

funcionamiento de los poderes públicos y la sujeción de estos a la Ley o también llamada “corrección funcional”.

La primera dimensión, a su vez, se compone de diversos elementos o principios:

- *Lege promulgata*, es decir, que para que una norma determinada sea de obligatorio cumplimiento, debe haber sido promulgada según las formalidades previstas.
- *Lege manifesta*, según el cual, las normas dictadas deben ser comprensibles para el ciudadano común.
- *Lege plena*, el cual supone que las consecuencias jurídicas de una determinada conducta, debe estar determinada en la norma.
- *Lege stricta* mediante el cual se establece que ciertas conductas solo pueden estar reguladas por normas de una determinada naturaleza. Este principio se traduce en lo que muchas legislaciones llaman “reserva de ley”.
- *Lege previa*, el cual determina que las normas dictadas solamente pueden regir para lo venidero.
- *Lege perpetua*, según el cual, todo ordenamiento jurídico debe buscar la estabilidad, puesto que, si las normas de una determinada legislación se vuelven volátiles, difícilmente el individuo pueda alcanzar un conocimiento general sobre la norma.

Para que la primera dimensión de la seguridad jurídica pueda materializarse de forma plena, es necesario que confluyan todos los principios antes descritos, caso contrario, ante la ausencia de uno de ellos, se torna imposible cumplir con el objetivo de brindar certeza al individuo (Carbonell, 2021)

Como se mencionó, los principios descritos brevemente, corresponden a la primera dimensión de la seguridad jurídica, ahora bien, es importante indicar que, la segunda dimensión de la seguridad jurídica, relativa a garantizar el cumplimiento la norma por parte de la administración pública es la que va a dar origen al principio de legalidad. Esencialmente, el principio de legalidad tiene como propósito evitar que se susciten arbitrariedades en el desarrollo de las actividades estatales, sometiendo sus actuaciones a la Constitución y la Ley (Rubio Llorente, 1993).

El principio de legalidad aplica para todas las funciones y funcionarios del Estado, no obstante, la forma de aplicación puede variar dependiendo de cada institución pública así, por ejemplo, el fundamento de este principio no será el mismo para quienes forman parte de la función ejecutiva, que para el legislador. En lo que refiere a la función judicial, la materialización del principio de legalidad puede apreciarse por medio de la aplicación plena de normas tanto adjetivas como sustantivas por parte de los operadores de justicia (Roberto Islas, 2009).

En ese sentido, puede concluirse que, para que un juzgador, en un caso en concreto, se someta al principio de legalidad y no caiga en una arbitrariedad, debe apegarse a lo que establece la norma para resolver tal caso y así evitar que exista discrecionalidad, sin embargo, esta concepción del principio de legalidad puede lucir insuficiente si se considera que, en la actualidad, la administración de justicia recurre a diferentes métodos de interpretación para la resolución de diferentes procesos judiciales.

Es importante analizar que la interpretación normativa no necesariamente supone que exista discrecionalidad; ciertamente, los criterios entre juzgadores pueden variar -más allá de la existencia de una línea legal y jurisprudencial general que abarque todos esos criterios-,

sin embargo, esto no quiere decir que se trate de un irrespeto al principio de legalidad, puesto que las diferentes interpretaciones no atienden a un criterio propio y subjetivo del juzgador, sino que atienden a diferentes métodos previstos en la propia norma.

No obstante, como ya se mencionó anteriormente, los juzgadores deben justificar y fundamentar motivadamente las razones que lo llevaron a resolver de una determinada manera, convirtiéndose así la motivación en un elemento clave para salvaguardar la seguridad jurídica y, consecuentemente, el principio de legalidad dentro de un Estado que permite que los administradores de justicia efectúen ejercicios de interpretación sobre la norma al momento de resolver una controversia judicial.

3.1.1 La Seguridad Jurídica y Legalidad en el Ecuador:

En el Ecuador, la Corte Constitucional dentro de la sentencia **Nro. 067-14-SEP-CC** define a la seguridad jurídica como “*un derecho que implica que la Constitución garantiza a todas las personas una plena certeza y conocimiento de las posibles consecuencias jurídicas por su accionar...*” plasmando así la primera dimensión de la seguridad jurídica analizada en el punto anterior, referente a los actos que realizan los individuos y sus consecuencias jurídicas.

Posteriormente, en la misma sentencia antes citada, la Corte Constitucional del Ecuador indica que “*que es obligación de los operadores judiciales efectuar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en estricto apego a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Ley*”, refiriéndose a la segunda dimensión de la

seguridad jurídica, relativa al sometimiento del órgano jurisdiccional a la norma y de la cual emana directamente el principio de legalidad.

De la misma manera, el principio de seguridad jurídica se encuentra consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece que: *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”* En esta definición, además de observarse las dos dimensiones que componen este principio, se puede también apreciar todos los principios que componen a cada una de tales dimensiones.

Al hablar de normas previas, claras y públicas, se puede apreciar que tal definición contiene de forma muy escueta los principios que conforman la primera dimensión de la seguridad jurídica y que fueron analizados en el punto anterior. Mientras que el Art. 82 menciona que tales normas jurídicas deben ser aplicadas por las autoridades competentes, esgrime de forma básica el fundamento principal del principio de legalidad.

De la misma manera, en el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece que *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley...”*. En esta norma se desarrolla como tal el principio de Legalidad, delimitando el campo de acción de toda institución y/o funcionario público al ejercicio de las facultades que le sean conferidas por parte de la Constitución y la Ley.

Es menester hacer énfasis en que, como se ha mencionado, el fin último que persigue el principio de legalidad es el de garantizar certeza al individuo, evitando arbitrariedades por

parte de la autoridad pública, de tal manera que, al establecer de manera taxativa las facultades y atribuciones de cada institución pública, ya sea en la Constitución o la Ley, la persona sabe que, cualquier acto que realice una autoridad pública fuera de esa competencia, constituye una vulneración a este principio que producirá una afección a sus derechos, pudiendo así activar los mecanismos correspondientes.

3.2 Formalidades procesales que se pueden sacrificar en el actual sistema ecuatoriano.

Como se analizó al inicio de la presente investigación, en el Derecho Procesal existen formalidades que revisten a los diversos actos jurídicos que conforman el proceso. Tales formalidades en ciertos momentos pueden no cumplirse de forma debida o simplemente ser omitidas. La omisión en el aspecto jurídico procesal debe ser entendida como el incumplimiento de aspectos formales que deben coexistir en la sustanciación de un proceso (Cabanellas, 2001).

La omisión o incumplimiento de las formalidades generan nulidades dentro del proceso y, dependiendo de la injerencia que la omisión de una determinada formalidad tenga en el proceso (principio de trascendencia), se determinará si se trata de una nulidad subsanable o insubsanable. En este punto, resulta indispensable realizar una breve distinción entre aquellas formalidades sustanciales y las no sustanciales.

Las formalidades sustanciales se refieren a requisitos de carácter externos, es decir, aquellos que no están sujetos a la disposición o voluntad de las partes procesales; en tales casos, las formalidades reciben el nombre de solemnidades como tal. Las solemnidades

constituyen presupuestos fundamentales para la composición de cualquier proceso judicial, puesto que su propósito no es solo el de coadyuvar al desenvolvimiento del proceso, sino que constituyen verdaderos mecanismos para garantizar los derechos de los sujetos procesales y las garantías del debido proceso, siendo imprescindibles dentro de un proceso judicial cualquiera que sea su naturaleza, de tal forma que su omisión es insubsanable y acarrea la nulidad del proceso.

Por otra parte, existen formalidades que no son sustanciales y, por tanto, su omisión puede ser subsanada. Esta clase de formalidades se basa en aspectos meramente formales dirigidos a viabilizar la sustanciación de los procesos, sin embargo, su inobservancia no va a generar ninguna afcción a los derechos de las partes procesales o a las garantías del debido proceso. Incluso, pretender sancionar con nulidad la omisión de formalidades no sustanciales, podría convertirse en un obstáculo para el acceso a la justicia.

La posibilidad de convalidar la omisión de una determinada formalidad se fundamenta en que el proceso judicial tiene por objeto la materialización de la justicia, de tal modo que, mal podría sacrificarse esa finalidad por el incumplimiento de un aspecto meramente formal que no va a causar mayor injerencia en el resultado final, por ello, se opta por permitir el sacrificio de ciertas formalidades y dotar al proceso de celeridad, para salvaguardar un designio de mayor valor, que se traduce en la justicia.

Ahora bien, es importante señalar que, si bien todas las solemnidades sustanciales son imprescindibles, las formalidades no sustanciales, por su parte, no siempre son prescindibles. La nulidad en el Derecho Procesal se rige por varios principios, en tal sentido, en un caso en concreto, podría omitirse una formalidad no sustancial, sin embargo, las circunstancias concretas del caso pueden generar que esa omisión, en principio intrascendente, ocasione

indefensión a alguna de las partes, comprobándose la existencia de los principios que rigen a la nulidad. Por lo mismo, independientemente de que las formalidades no sustanciales a simple vista luzcan irrelevantes y puedan ser sacrificadas, siempre se debe procurar su cumplimiento para asegurar el buen curso del proceso.

Los principios mencionados que rigen a la nulidad son:

1.-Especificidad: Este principio quiere decir que solamente se puede declarar la nulidad de un acto procesal por las causales previstas en la ley. Giovannoni (1986) plantea que es imposible enmarcar en una norma todas las causales que en la praxis jurídica puedan dar origen a una nulidad, por tanto, resulta más adecuado hablar en términos un poco más generales, estableciendo en la ley como causales de nulidad aquellos actos u omisiones que generen vulneración a garantías fundamentales del debido proceso.

2.-Trascendencia: Según este principio, para que un acto procesal sea nulo, debe haber existido un acto u omisión que genere una indefensión real y efectiva, de tal manera que el agravio causado influya directamente en la decisión final.

3.-Protección: el principio de protección supone que quien alega la existencia de una causal de nulidad, debe ser la persona que sufrió el agravio por un acto u omisión de la administración de justicia o de la contraparte, es decir que, quien haya promovido con su actuar una causal de nulidad a sabiendas de sus consecuencias, no puede invocar la misma.

4.-Convalidación: en el Derecho Procesal, la convalidación permite sanear un vicio formal dentro de un proceso judicial. Según Couture (1958), toda nulidad puede ser convalidada por el consentimiento, el cual puede ser manifestado expresamente por la parte procesal que ha

sufrido el agravio o de forma tácita, cuando precluye el momento procesal oportuno para invocar la causal de nulidad, sin que el sujeto afectado se haya pronunciado al respecto.

3.2.1 Formalidades procesales que se pueden sacrificar en el actual sistema procesal ecuatoriano:

En la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 169 establece que: “...*Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*” En esta norma transcrita, existe una clara intención de hacer prevalecer la eficiencia y efectividad de los procesos judiciales, por sobre los aspectos meramente formales que no representen mayor injerencia dentro un proceso judicial determinado.

En otras palabras, el precepto constitucional citado, establece que la obtención de una resolución jurídica, siendo esta el fin último que persigue cualquier proceso judicial, no debe verse obstaculizada por la omisión o desviación de elementos formales, puesto que, si se declarase la nulidad por la omisión de formalidades que no supongan una afección a los derechos de las partes procesales, se va a generar un entorpecimiento innecesario dentro de la administración de justicia. La celeridad y economía procesal son principios fundamentales dentro del Derecho Procesal, según los cuales, se busca obtener resultados oportunos en el menor tiempo y costo posible, para así garantizar a los ciudadanos un buen servicio público dentro de la administración de justicia.

Cabe indicar que, este principio consagrado en la Constitución del Ecuador no supone un desconocimiento del formalismo procesal, sino que busca evitar que una formalidad se

convierta en un impedimento innecesario para la ejecución de un proceso judicial, caso contrario, el cumplimiento de las formalidades procesales se convertiría erróneamente en el fin último que persigue el sistema procesal, cuando el objetivo principal siempre debe ser la materialización de la justicia (Zavala, 2010).

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto por medio de la sentencia Nro. 291-15-SEP-CC, justamente manifestando que el propósito de no sacrificar la justicia por la omisión de aspectos formales es el de precautelar el cumplimiento de un valor de mayor jerarquía que es la justicia. Naturalmente que las formalidades a las que se refiere tanto la Constitución como la Corte Constitucional son aquellas que no determinan influencia en la resolución final, de tal manera que esta podrá ejecutarse sin inconvenientes pese a existir una omisión de formalidades.

Ahora bien, también es importante analizar si es que el principio de seguridad jurídica ya estudiado dentro de esta investigación, puede verse trastocado ante la omisión de formalidades. Al respecto, la Corte Constitucional por medio de la sentencia Nro. 015-10-SEP-CC plantea que el principio de seguridad jurídica no se ve comprometido en la omisión de meras formalidades, puesto que, se trata de formalidades cuya omisión no representa una amenaza para los derechos de los sujetos procesales, por el contrario, el excesivo formalismo en ciertos casos puede ocasionar una injusticia.

Sin perjuicio de lo mencionado, nuevamente es menester insistir en que las formalidades a las que se refiere la normativa analizada son únicamente a aquellas de mero trámite, mas no de solemnidades sustanciales. En el caso de estas últimas, como se ha mencionado, su omisión acarrea la nulidad del proceso, puesto que, en tal situación, se genera

indefensión a las partes procesales o afecciones a sus derechos, de tal manera que el proceso ya no cumpliría con su fin de alcanzar la justicia.

Al contrario de lo que sucede con las formalidades no sustanciales, la omisión de las solemnidades si supone un obstáculo para la materialización de la justicia misma dentro de un proceso judicial. Las solemnidades están creadas con el fin de garantizar los principios de seguridad jurídica y legalidad, (entre otros derechos), por tanto, su inobservancia evidentemente debe ser atendida por el sistema procesal, siendo inviable la convalidación o subsanación de una omisión de esta naturaleza. Por lo mismo, es importante tratar de identificar con precisión cuales son aquellas formalidades que si pueden ser sacrificadas y cuáles no.

En ese sentido, es pertinente enumerar y analizar brevemente las solemnidades sustanciales a todos los procesos contenidas en el Art. 107 del Código Orgánico General de Procesos, siendo la omisión de estas formalidades de carácter insubsanable:

1.-Jurisdicción: como se sabe, la jurisdicción se define, en términos generales, como la potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, siendo una atribución exclusiva de los juzgadores, por tanto, ningún funcionario público o individuo que carezca de tal facultad puede decidir sobre un litigio; evidentemente, los actos jurídico-procesales que sean emitidos por un sujeto sin jurisdicción no tendrán validez alguna.

2.-Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila: la competencia constituye una fracción de la jurisdicción, que se define por diversos criterios tales como el territorio, grado o materia, es decir, todo juzgador posee jurisdicción, pero solo podrá ejercerla dentro de un determinado ámbito determinado por el territorio, grado o materia, de

tal forma que, si un juzgador conoce y resuelve un proceso que se encuentra fuera del ámbito de su competencia, el mismo será nulo.

3.-Legitimidad de personería: la Corte Constitucional en su sentencia Nro. 099-15-SEP-CC, establece que, para cumplir con esta solemnidad, debe corroborarse que la persona que plantea la acción sea el titular del derecho reclamado y que, la persona en contra de quien se dirige la demanda sea quien debe cumplir con la obligación, para que así, el juzgador pueda determinar si existe o no una relación jurídica sustancial entre las partes procesales. La relevancia de esta solemnidad radica en que, si no existiera legítimo contradictor dentro de una causa, los derechos objeto de la controversia de quien debería comparecer al proceso van a ser vulnerados.

4.-Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente: la citación es el acto mediante el cual se pone en conocimiento del accionado el contenido de la demanda, por tanto, permite que pueda preparar su derecho a la defensa de manera adecuada. Por ello, el incumplimiento de esta solemnidad no puede ser subsanada, puesto que, si la persona no es citada con la demanda, no podría ejercer su derecho a la defensa dentro del proceso generándole un grave perjuicio.

5.- Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias: la audiencia dentro de un proceso es el momento procesal en el cual se materializa de forma más clara el ejercicio al derecho a la defensa, puesto que se mantiene un contacto directo entre las partes y el juzgador, se evacuan medios de prueba y se presentan alegatos, es decir, se expone ante la autoridad jurisdiccional todos los elementos que sustentan la pretensión o la excepción deducidas, por tanto, si una parte procesal no es notificada con la convocatoria a audiencia

y, producto de ello no puede comparecer a la misma, existe una clara vulneración a su derecho a la defensa, siendo imperante que se declare la nulidad de lo actuado dentro del proceso.

6.- Notificación a las partes con la sentencia: siguiendo el mismo fundamento que el numeral 5, la sentencia, al ser la providencia mediante la cual el juzgador esgrime su decisión sobre el litigio, es fundamental que se notifique a las partes con esta, caso contrario, no podrán conocer lo que se resolvió sobre sus derechos que están en controversia. Es trascendental que se comunique a las partes con la resolución final, para que sepan cómo deben ejecutar la sentencia, caso contrario, el desconocimiento de su situación jurídica producirá una verdadera inseguridad jurídica.

7.-Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe: dentro del sistema jurisdiccional existen jueces unipersonales o pluripersonales según la naturaleza de la controversia. Por lo tanto, si un caso en concreto debe sustanciarse ante un tribunal conformado por tres jueces, por ejemplo, debido a la naturaleza del litigio, debe respetarse el número de jueces previsto en la ley, caso contrario nuevamente se generaría una verdadera incertidumbre e inseguridad jurídica para el individuo.

De las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos analizadas, se puede analizar que todas guardan relación en cuanto a la finalidad que cumplen, pues todas buscan garantizar seguridad jurídica y el principio de legalidad, evitando que se genere indefensión o cualquier tipo de afección a los derechos de las partes procesales ya sea porque el individuo no tenga conocimiento de su situación jurídica (seguridad jurídica), o porque el juzgador ha ejercido un acto que se encuentra fuera de sus facultades (legalidad).

3.2.2 Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia:

La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, emitió la resolución Nro. 43-2011 desarrollando con un poco más de profundidad la determinación de aquellas formalidades que pueden ser omitidas dentro de un proceso judicial, para no sacrificar la justicia. Dentro de la mencionada resolución, la Corte Nacional de Justicia determinó que las formalidades a las que se refiere el Art. 169 de la Constitución, son aquellas cuya inobservancia no afecta la validez de los actos procesales, su procedibilidad y prosecución.

Por el contrario, cuando se traten de formalidades de carácter fundamental dentro del proceso, las cuales no pueden ser subsanadas, necesariamente se producirá la nulidad del acto o proceso, siempre que se prevea tal efecto para la omisión en concreto, es decir, solamente se puede declarar la nulidad de lo actuado dentro del proceso, cuando la ley establezca que la omisión de una formalidad en concreto será sancionada con la nulidad.

El criterio de la Corte Nacional de Justicia guarda total relación con lo ya analizado, reafirmando una vez más que cuando se traten de solemnidades sustanciales, no se puede permitir su omisión, puesto que son esas formalidades las que garantizan la validez de un proceso judicial y, a su vez, esa validez toma como referencia el respeto a la seguridad jurídica y el principio de legalidad dentro del ámbito jurisdiccional.

También cabe indicar que, cuando la Corte Nacional de Justicia habla sobre las formalidades que no afecten la procedibilidad o prosecución del acto, se refiere a aquellas formalidades que, si bien no son sustanciales, son indispensables para que se pueda ejecutar un determinado acto procesal. En este caso, si bien no se establece de manera taxativa cuáles son esas formalidades que no pueden ser omitidas, el criterio para determinar si es posible su

inobservancia se basa en la afección que su inobservancia pueda generar a los derechos de las partes procesales.

3.3 Principios de Seguridad Jurídica y Legalidad en la visión dúctil del Derecho Procesal:

Como ya se analizó, la visión dúctil del Derecho Procesal plantea la posibilidad de flexibilizar el formalismo procesal con el fin de garantizar el acceso a la justicia u otros derechos que puedan verse afectados por la rigidez formal de los procesos judiciales. Sin embargo, esta concepción puede generar una tensión con la seguridad jurídica y el principio de legalidad, por diversos motivos que también han sido esgrimidos previamente, por ello, es necesario puntualizar como se genera esta contraposición y si es que la misma puede ser equilibrada de alguna manera.

Anteriormente, se habló sobre la interpretación judicial y los métodos que se aplican por los operadores de justicia, para interpretar la norma y aplicarla a un caso en concreto. Por lo general, la interpretación va dirigida a la aplicación de normas sustantivas, siendo poco común que se practiquen ejercicios de interpretación sobre la aplicación de normas formales o procesales. Precisamente la posibilidad de interpretar normas procesales para su aplicación es uno de los aportes de la teoría dúctil del Derecho Procesal y la cual trae consigo los inconvenientes que a continuación se describirán.

El primer aspecto que puede generar controversia en el tema estudiado, es respecto de la calificación de la vulnerabilidad en un sistema procesal dúctil, puesto que, como ya se mencionó, no existe una regla clara que pueda determinar en qué casos se aplica la

flexibilización de formalidades referida, sino que únicamente existen parámetros referenciales, de tal manera que se puede generar una verdadera inseguridad jurídica para las partes procesales, al enfrentarse a un concepto que no posee una base jurídica concreta.

Cuando una persona acude al órgano jurisdiccional, es indispensable que tenga un conocimiento claro sobre las reglas que han de seguirse dentro de un proceso, por tanto, si una persona se encuentra en un litigio dentro del cual su contraparte pertenece a un grupo vulnerable y que, por tal razón, cambien las normas procesales, supone una verdadera incertidumbre para el individuo, mucho más si no se tiene certeza sobre qué debe entenderse por vulnerabilidad.

Otro de los retos de esta teoría consiste precisamente en la determinación de las formalidades que puedan ser sacrificadas o adecuadas según la condición de vulnerabilidad de una de las partes procesales, puesto que, si bien es claro que aquellas solemnidades del Art. 107 no pueden ser sacrificadas en ninguna circunstancia, tampoco existe una norma específica que determine de forma taxativa las formalidades que pueden sí pueden ser sacrificadas y en qué casos.

Esta situación también supone una incertidumbre jurídica para los sujetos procesales, puesto que no podrían advertir con anticipación que una determinada norma procesal vaya a ser sacrificada por las condiciones de vulnerabilidad que pueden rodear a una de las partes. De la misma forma, no existiría garantía alguna respecto al momento y circunstancia en la cual un juzgador está actuando conforme a sus facultades o atribuciones, volviendo compleja la determinación del cumplimiento del principio de legalidad.

Quienes defienden la tesis del proceso dúctil, insisten en que cuando se trata de una persona en situación de vulnerabilidad, siendo esta un impedimento para el efectivo acceso a la justicia es necesario adecuar el formalismo procesal, pese a las dificultades que esto representa, puesto que, al final, el objetivo de un proceso judicial debe ser siempre la consecución de la justicia y no el formalismo procesal.

No obstante, este ejercicio de ponderación no debe ser de carácter absoluto, justamente para no caer en el desamparo o desconocimiento de los principios fundamentales que componen al sistema procesal. Por tanto, es menester buscar un equilibrio entre la ductilidad procesal como mecanismo de protección de los derechos de grupos vulnerables y el formalismo jurídico.

Para tratar de encontrar tal equilibrio, se debe analizar cada dificultad analizada en conjunto y no de manera aislada. En referencia a la determinación de la vulnerabilidad se mencionó que la motivación como medio de legitimación puede ser un mecanismo importante para justificar si en un caso en concreto, amerita que se flexibilicen las formalidades procesales por existir una condición de vulnerabilidad que pone en desventaja a una de las partes procesales.

Por medio de la motivación, un juzgador puede calificar la existencia de una situación de vulnerabilidad que pueda modificar la aplicación de las normas procesales, aunque esto también podría significar la existencia de discrecionalidad por parte del juez, por tanto, es necesario que la fundamentación que desarrolle la autoridad jurisdiccional para calificar una situación de vulnerabilidad, esté supeditada siempre a los parámetros referenciales ya analizados, para que de esta manera, los sujetos procesales puedan objetar la decisión, si

consideran que la supuesta situación de vulnerabilidad no se encuentra enmarcada en ninguno de tales preceptos.

Por otro lado, el juzgador deberá siempre analizar la injerencia que la adecuación u omisión de alguna formalidad pueda tener dentro del proceso, de tal manera que, si se genera una afcción a un derecho de una de las partes, no se podrá aplicar la teoría del proceso dúctil, más allá de la existencia o no de una condición de vulnerabilidad. Además, siempre se deberá partir de la naturaleza de la formalidad, debiendo también justificarse que se trate de una formalidad que no altere sustancialmente el curso del proceso judicial.

En definitiva, someter la aplicación de esta visión a una calificación judicial, la cual, a su vez debe estar supeditada a ciertos parámetros jurídicos, puede ser una forma adecuada de aminorar la contradicción que la visión dúctil del proceso judicial genera frente al principio de legalidad y seguridad jurídica, puesto que se garantiza a las partes que no se tratará de una decisión arbitraria, sino que la misma debe ser debidamente justificada, evitando que se genere una excesiva incertidumbre al respecto, y que los operadores de justicia se excedan en el ejercicio de sus atribuciones.

Calamandrei (1996) planteaba que los sistemas procesales pueden concebirse de dos maneras que son opuestas: el de la libertad de las formalidades procesales y el de la legalidad de las formalidades procesales. El primero, se caracteriza por contener actos procesales que no requieren de mayores requisitos para su cumplimiento y validez, mientras que, el segundo, supone que los actos que componen al proceso deben reunir los requisitos previstos en la ley para su cumplimiento de manera irrestricta, caso contrario, carecerían de validez.

Es decir, por un lado, la libertad de las formalidades busca evitar que el formalismo sea un obstáculo, dotando de mayor importancia a la celeridad procesal y, por otro, la legalidad de las formalidades tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica en todas sus aristas, partiendo de este principio como el mecanismo absoluto de protección de derechos de las partes procesales.

Como se ha mencionado, históricamente se optó por el sistema legalista de las formalidades, aunque con el paso del tiempo, se ha optado por abandonar la rigidez formal, surgiendo así el proceso dúctil, el cual podría considerarse que se encuentra en un punto medio entre los dos sistemas mencionados, puesto que busca adaptar las formalidades procesales, sin menoscabar de forma excesiva la legalidad procesal cuyo lugar también merece ser respetado dentro de todo ordenamiento jurídico.

La adaptabilidad de las formas procesales como punto medio entre la legalidad y la libertad del formalismo procesal, supone una consecuencia de la evolución de la concepción del estado, no obstante, es pertinente indicar que parece improbable que esta evolución desemboque en una libertad de las formalidades, puesto que dicho sistema generaría una desprotección total a los ciudadanos dentro de un proceso judicial, situación que precisamente busca evitar la teoría del proceso dúctil, por el contrario, quienes defienden esta teoría buscan perfeccionarla para encontrar un verdadero equilibrio entre ambos sistemas.

Capítulo IV

Legislación Comparada

4.1 Sistema Procesal Argentino:

Como breve introducción de este acápite, es importante recalcar que se ha optado por realizar un breve análisis de la legislación Argentina, puesto que en dicha legislación se ha tratado de incorporar esta teoría del derecho procesal, tal es así, que se han realizado reformas en su normativa para que los operadores de justicia consideren la situación de vulnerabilidad de las partes procesales dentro de la tramitación de los procesos judiciales.

Ahora bien, cabe mencionar que el objetivo de analizar la legislación argentina referente al tema no es el de buscar replicar lo plasmado en su normativa, sino analizar su aplicación práctica e identificar los problemas y aciertos que puede representar esta teoría dentro de un caso concreto, con el fin de precisar si es que resulta viable o no, sobre todo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.1.1 Normativa Argentina:

En el año 2020, en Argentina se inició un proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dentro del cual se incorporó un principio de instrumentalidad y adaptabilidad de las formas procesales, el permite que los operadores de justicia, al momento de interpretar una norma procesal o encontrarse un vacío legal dentro de un proceso judicial, debe considerarse que el fin de todo proceso judicial es la efectividad de los derechos sustanciales.

Una de las normas que más plasma la teoría del proceso dúctil y su instrumentalidad dentro del proyecto argentino, es la prevista en el Art. 9 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual manifiesta lo siguiente: *“Adaptabilidad de las formas procesales: El juez podrá adaptar las formas procesales, sin vulnerar el debido proceso legal, de oficio o a petición de parte.”* José María Salgado (S.F) plantea que los principios constituyen puntos de partida sobre los cuales se construye un sistema legal, para determinar los objetivos que este debe cumplir, en este caso, evidentemente se busca que la administración de justicia tenga un enfoque social.

Matías Sucunza (2020) plantea que este principio dentro de los procesos judiciales permite que se sacrifique la rigidez procesal de forma justificada y completamente válida, en aras de garantizar la defensa de los derechos sustanciales. La instrumentalidad del Derecho Procesal guarda una estrecha relación la tutela judicial efectiva, permitiendo que esta se materialice de forma plena cuando exista una condición de vulnerabilidad que limite al sujeto el acceso efectivo a la administración de justicia.

De esta manera, se busca cumplir con lo establecido en el Art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual establece:

“Tutela Judicial efectiva: Las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad.”

Se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica.

El proceso, desde su inicio hasta la ejecución de la sentencia, estará sujeto a una duración razonable.”

En su mayoría, el proyecto de reforma se enfoca en garantizar que el proceso judicial cumpla con los fines sociales del proceso, garantizando el acceso jurisdiccional a los grupos más vulnerables de la sociedad.

Por su parte, en el Ecuador, se puede observar que el Art. 22 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece lo siguiente:

“Principio de acceso a la justicia: Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso.”

Es decir, en Ecuador, al igual que en Argentina, también existe una finalidad social que debe cumplir todo proceso judicial, aunque no existe una normativa extensa que instruya a la administración de justicia sobre como cumplir con dicha finalidad. Es pertinente recalcar que, en la norma citada, se les atribuye a los operadores de justicia la responsabilidad de

cumplir con esa finalidad social, sin embargo, los funcionarios jurisdiccionales, en aras de cumplir con este principio, mal podrían apartarse de la norma escrita, pues esto iría en contra de la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Por lo expuesto, se puede colegir que se trata de una norma que no puede cumplirse de forma plena, puesto que no existen mecanismos legales suficientes para que el órgano jurisdiccional pueda garantizar la superación de las barreras estructurales dentro de un determinado proceso judicial. Como ya se ha mencionado, para que pueda implementarse la visión dúctil del Derecho Procesal, es indispensable que el ordenamiento jurídico cuente con un marco legal que lo permita, sin contraria otros derechos o principios jurídico-procesales, como el proyecto creado en la legislación argentina, aunque el mismo posee varios defectos.

Por otro lado, un aspecto interesante del proyecto de reforma a la normativa procesal en Argentina es el de permitir que el Juzgador, con base a la flexibilidad procesal, pueda definir el tipo de procedimiento en el cual se sustancia una causa, cuando una de las partes pertenezca a una situación de extrema vulnerabilidad. El fin de esta norma es la de permitir que el juzgador aprecia de forma directa que tipo de vía es la más adecuada para garantizar el efectivo acceso a la justicia de la persona vulnerable.

La norma procesal argentina prevé diferentes tipos de procesos especiales para personas en situación de vulnerabilidad, que si bien lo que brindar facilidades a las personas en situación de vulnerabilidad, permitir que un juzgador decida la vía de sustanciación de un proceso judicial, puede traer consigo mucha discrecionalidad y, por tanto, inseguridad jurídica, pese a que naturalmente el juzgador deba motivar y justificar su decisión de tramitar un caso determinado por tal vía.

En ese sentido, resulta mucho más adecuado que se establezca un solo tipo de procedimiento que abarque normas generales para estos casos y que, posteriormente, durante la sustanciación del proceso, el juez se encargue de adecuar justificadamente las formalidades según las necesidades del caso, de esta manera, el individuo puede tener un conocimiento mínimo sobre la forma en la cual se va a efectuar el proceso, no obstante, si se permite que el juzgador decida la vía de sustanciación, al momento de iniciar el proceso, la parte procesal no va a tener certeza sobre cómo se va a efectuar la tramitación del proceso judicial.

Finalmente, es importante indicar que, para cumplir con la instrumentalidad de los procesos judiciales en el proyecto de reforma mencionado, el principio dispositivo según por el cual el impulso procesal les corresponde a las partes procesales, se ve reducido puesto que en la instrumentalidad, el impulso se vuelve de carácter oficioso, es decir, los juzgadores son quienes, de oficio, pueden tomar las medidas necesarias para garantizar el acceso a la justicia a las personas en situación de vulnerabilidad.

Este criterio empleado, también resulta controversial, puesto que, si bien el objetivo de brindar más garantías a un grupo de personas que las necesitan es válido, el método empleado en la reforma argentina supone un riesgo para principios fundamentales que rigen a todo proceso judicial, como es el caso del principio dispositivo. En definitiva, parece más adecuado que sean las partes procesales quienes se encarguen de solicitar las medidas que consideren necesarias para el efectivo goce de sus derechos, y que sea el juzgador quien decida si procede y se justifica la omisión o adecuación de una determinada formalidad.

Cabe señalar que, en el Art. 22 del Código Orgánico de la Función Judicial antes citado, también parecería ser que se recoge este criterio, puesto que se establece que el cumplimiento del fin social del proceso judicial para garantizar el acceso a la justicia de las

personas, es una responsabilidad del funcionario jurisdiccional, no obstante, una interpretación más adecuada y menos invasiva a los demás principios del Derecho Procesal, sería la de permitir a los operadores de justicia para que, cuando se presente una situación de vulnerabilidad y una de las partes procesales requiera de una flexibilización formal, el juzgador tenga la facultad para adecuar las normas procesales para garantizar el acceso a la justicia de tal persona, mas no sería correcto que el juzgador se encargue de decidir o modificar las normas procesales de oficio.

4.1.2 Caso para el análisis:

En el caso suscitado en Argentina, bajo la denominación “C,JCC/ EN – M DEFENSA-EJÉRCITO/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, emitió una sentencia donde se pueden evidenciar los preceptos que se han analizado a lo largo de esta investigación referentes a la teoría del proceso judicial dúctil y los problemas que esta trae consigo para su aplicación práctica en un caso concreto.

En el caso en mención, el accionante quien cumplía funciones como médico de las fuerzas armadas, planteó una demanda administrativa en contra del ejército argentino, puesto que, producto de su trabajo, se expuso a una alta cantidad de rayos x que desembocó en una enfermedad llamada mieloma múltiple, de la cual derivaron otros problemas de salud que afectaron gravemente la vida digna del actor. En el año 2017, la demanda fue declarada con lugar luego de justificarse que el estado nunca garantizó las condiciones necesarias para su protección ante la exposición a rayos x y se condenó al ejército argentino a pagar un valor de 11.957.179,9 de pesos argentinos al actor.

Se interpusieron varios recursos en contra de la sentencia dictada, los cuales no prosperaron, sin embargo, la parte medular del proceso y pertinente para la presente investigación, es lo que sucedió durante la fase ejecución, puesto que, el juez a quo, al momento de iniciar con la ejecución, dispuso que el ejército argentino debía cancelar el valor indicado en un término de diez días, amparándose en el Art. 39 de la ley Nro. 26.546, el cual establece que los créditos consolidados que adeude el ejército, deben pagarse de forma efectiva e inmediata a aquellos beneficiarios mayores de 70 años o de cualquier edad que posean familiares en un grave estado de salud.

Esta disposición fue apelada por el estado argentino, alegando que la ley aplicada no está prevista para casos de esta naturaleza y que, al tratarse de normas de orden público, no puede aplicarse para los casos en los que no esté expresamente prevista su aplicación. Los jueces de segunda instancia aceptaron la apelación del estado argentino, revocaron la sentencia del juez a quo e indicaron que el ejército podía efectuar el pago hasta en un lapso de 4 años. El actor interpuso recurso extraordinario federal el cual fue negado y, ante tal negativa interpuso una queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, manifestando que la decisión adoptada no consideraba el grave estado de salud que padecía el actor, generándose una vulneración a sus derechos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció que la cuestión a resolver era determinar si las circunstancias del caso pueden enmarcarse en los casos del Art. 39 de la ley Nro. 26.546 aplicada por el juzgador de primera instancia y, por tanto, que el pago de la indemnización estatal sea inmediato o a plazos según la norma general prevista para el pago de daños y perjuicios por parte del estado. Para resolver tal controversia, se consideraron dos

puntos: el primero, el grave estado de salud del accionante y, el segundo, si efectivamente ese caso puede ser considerado como una excepción para aplicar los pagos a plazos.

La Corte Suprema consideró que, si bien el caso del accionante no está previsto formalmente como una excepción para efectuar el pago en plazos, la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentra debido a su estado de salud denota una necesidad imperante de aplicar el pago inmediato para salvaguardar su vida digna, que no puede ser enmarcada dentro de la norma general.

Ahora bien, ante esta situación sui generis en la cual no existe una norma expresa, que determine como debe resolverse la controversia, se recurrió a la aplicación de principios de orden constitucional, llegando a la conclusión de que, con el fin de proteger los derechos de una persona en situación de vulnerabilidad, debía aplicarse la norma más favorable para el accionante, y se condenó al pago de la indemnización de forma inmediata.

En este caso, como se ha analizado a lo largo de esta investigación, existe una interpretación que conlleva un ejercicio de ponderación de derechos, puesto que, si bien no existía norma expresa que permita resolver de esta manera, se consideró que se trataba de una situación excepcional que ameritaba una resolución diferente para garantizar derechos de orden superior. Sin embargo, se genera un problema de inseguridad jurídica puesto que, como bien lo indica el estado argentino en su apelación, se tratan de normas de orden público, las cuales solamente permiten aplicar lo que esta expresamente permitido.

En ese sentido, la resolución de la Corte Suprema Argentina parece un poco extrema, puesto que pudo ser modulada de otra manera. Por ejemplo, se pudo haber aplicado la norma general, no obstante, reducir de forma considerable los plazos para evitar un retardo

injustificado y así proteger los derechos del accionante, de esta manera, se estaría aplicando la norma prevista para el efecto, pero adaptando su ejecución a las circunstancias del caso.

Recordando lo mencionado sobre las formalidades que pueden ser sacrificadas, realizar una interpretación para aplicar una norma de ejecución de una sentencia distinta a la prevista, supone un gran riesgo para la seguridad jurídica, pero, por el contrario, adaptar la norma aplicable para la ejecución resulta una decisión mucho más equilibrada, puesto que, en tal caso, no se estaría violentando un principio fundamental del derecho público como en el caso analizado, sino se estaría modificando su ejecución, lo cual no genera una inseguridad jurídica de trascendencia puesto que existe la certeza de que dicha sentencia se va a ejecutar conforme la norma, aunque con ciertas modificaciones realizadas para proteger los derechos de la parte más débil.

CONCLUSIONES

Es innegable que, con el paso del tiempo, las teorías jurídicas evolucionan según las nuevas necesidades que se presenten en la sociedad, incluyendo aquellas que surgen entorno al Derecho Procesal. Por supuesto que estas teorías buscan brindar protección a los individuos frente a esas nuevas necesidades, sin embargo, su incorporación dentro de los ordenamientos jurídicos y, consecuentemente, su aplicación práctica, siempre traerán consigo retos a los cuales deben enfrentarse para perfeccionarse poco a poco.

La teoría del proceso dúctil no es la excepción, pues se trata de una doctrina relativamente nueva y, como tal, no existe mayor detalle sobre como debería ser su aplicación, tal es así en aquellas legislaciones que se ha intentado implementar se han generado varios problemas de orden jurídico que deben ser resueltos, como se ha podido analizar en esta investigación.

La visión dúctil del Derecho Procesal, en su teoría, se presenta como un mecanismo perfecto para la protección de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad, sin embargo, en la práctica conlleva una seria de controversias que, si no son atendidas por el ordenamiento jurídico, pueden generar un efecto contrario al esperado como se ha visto en la legislación argentina, la cual seguramente deberá sufrir modificaciones para que su aplicación sea adecuada y no se permita la discrecionalidad judicial.

Evidentemente, en la administración de justicia ecuatoriana no podrían aplicarse tales preceptos, puesto que los aportes del proceso dúctil recogidos en nuestra legislación todavía son muy incipientes, siendo necesario que exista, cuanto menos, una reforma al Código

Orgánico General de Proceso o al Código Orgánico de la Función Judicial para que la aplicación de esta teoría sea viable.

La tendencia indica que efectivamente tarde o temprano se optará por aplicar esta teoría, no obstante, por más garantista de derechos que pueda parecer la misma, está claro que no puede ser adoptada de manera absoluta como un sistema o una regla general, sino que debe ser siempre para casos excepcionales, para de esta manera garantizar la existencia de un equilibrio dentro del ordenamiento jurídico entre los derechos que se pretenden proteger y los que se deben sacrificar.

REFERENCIAS:

- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Depalma.
- Alsina, H. (1965). Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial (Vol. VII). Buenos Aires: Ediar.
- Echandía, H. D. (2012). *Teoría general del proceso*. Temis.
- Posada, G. P. (2014). Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos. *Ius et Veritas*, (49), 146-161.
- Guastini, Ricardo. (2001). «La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano». En Carbonell, Miguel (2007)(ed.). Estudios de teoría constitucional. México: Fontamara. 153-183.
- Carbonell, Miguell (2011). Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (Vol. 4). Trotta.
- Peces-Barba Martínez, G. (1995). Desacuerdos y acuerdos con una obra importante: epílogo [El derecho dúctil: ley, derechos, justicia].
- Mosmann, María Victoria (2021), Derecho de las familias, editorial ConTexto.
- Cajas Córdova, A. K. (2015). *El garantismo en el constitucionalismo ecuatoriano* (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
- International Commision of Jurists. (2020). *The Courts and COVID-19*. <https://bit.ly/37AEzzb>
- Lugaro, J. A. M. (2003). Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. *denauer--*, 291.

- Araujo-Oñate, R. M. (2011). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 247-291.
- Iberoamericana, X. C. J. (2013). 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. *Revista Jurídica*, 1(1), 111-132.
- Cremades, J. J. G. (1983). La motivación de las decisiones jurídicas. In *Constitución, derecho y proceso: estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués* (pp. 161-184). Instituto " Fernando El Católico".
- Carbonell, M. (2021). Que es la seguridad jurídica. *Centro de Estudios Jurídicos Carbonell*.
- LUÑO, A. E. P. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 15.
- Llorente, F. R. (1993). El principio de legalidad. *Revista española de derecho constitucional*, (39), 9-42.
- Montes, R. I. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 15, 97-108.
- Cabanellas de Torres, G. (2001). Diccionario Jurídico Elemental (Quinta edición ed.). *Buenos Aires: Heliasta*.
- Giovannoni, Adrio, (1986) «Los Vicios Formales en la Realización del Acto Procesal». en *Estudios de Nulidades Procesales*, p. 7 5
- Zavala, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Lima: Edilex S.A. Editores.
- Calamandrei, Piero (1996). *Instituciones de derecho procesal civil, V. I, El Foro*.

- Sucunza, Matías. (2020) Legalidad procesal en el proyecto de CPCCN: ¿adaptabilidad o proporcionalidad? Interpelaciones y prospectiva para una gestión eficiente del caso y el flujo de casos. Asociación Argentina de Derecho Procesal
- Picardi, N. (1987). Processo civile (diritto moderno). Enciclopedia del diritto, 36.
- Sentencia Nro. 1313-14-EP/20. Corte Constitucional del Ecuador (2020).
- Sentencia Nro. 067-14-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador (2014).
- Sentencia Nro. 291-15-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador (2015).
- Sentencia Nro. 015-10- SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador (2010).
- Sentencia Nro. 099-15-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador (2015).
- Resolución Nro. Nro. 43-2011. Corte Nacional de Justicia (20119).