

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del
derecho privado**

Luis Esteban Torres Cobo

Dr. Jaime Vintimilla, Director de Tesis

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, mayo de 2013

Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "La interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del derecho privado", presentado por el estudiante, señor Luis Esteban Torres Cobo, previo a la obtención del título de Abogado.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Luis Parraguez, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Jaime Vintimilla, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Vladimir Villalba, Informante del Ensayo Jurídico.

El grado se instauró con la presencia física del Presidente e informante del ensayo jurídico; y, vía teleconferencia con el Director del Ensayo Jurídico, quien autoriza a firmar en su nombre al Vicedecano del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, Farith Simon.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 92.66/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 93.5 /100, da la nota final de Grado de 93.08/100, equivalente a " A " la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 22 de mayo de 2013.



Dr. Luis Parraguez
Presidente del Tribunal



Dr. Vladimir Villalba
Informante



Dr. Jaime Vintimilla
Director del Ensayo Jurídico



Sr. Luis Esteban Torres Cobo

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La Interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del derecho privado”

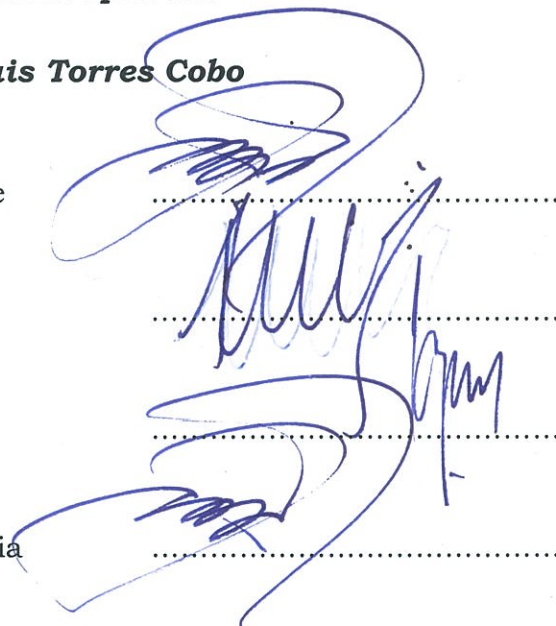
Luis Torres Cobo

Dr. Luis Parraguez
Presidente del Tribunal e Informante

X Dr. Jaime Vintimilla
Director de Tesis

Dr. Vladimir Villalba
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The signatures are written in a cursive style. The first signature is at the top, followed by the second, third, and fourth signatures below it. The signatures appear to be those of the individuals listed on the left side of the page.

Quito, 22 de Mayo de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: La interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del derecho privado

ALUMNO: Luis Esteban Torres Cobo

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

El tema es de trascendental importancia, pues muestra los evidentes peligros que un proceso de constitucionalización puede generar en un ordenamiento jurídico como el ecuatoriano donde un activismo judicial sin independencia, y aún revestido de este principio, bien podría cambiar no solamente la naturaleza del Derecho sino que nos hace correr el riesgo de incluir un principio de arbitrariedad que se confunde con el de ponderación que más bien se orienta a la defensa de la vigencia de todos los principios normas, entre ellos la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

Considero que muestra las debilidades y deficiencias del nuevo modelo constitucional y gracias a la doctrina y jurisprudencia trata de advertir algunos peligros en la manera de administrar justicia constitucional.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

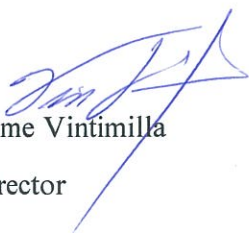
Cuenta con bibliografía actualizada y pertinente así como se apoya en jurisprudencia orientada a demostrar sus argumentos.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

Los argumentos planteados tanto fácticos, jurídicos como pragmáticos son adecuados y permite un acercamiento pleno y real del tema.

En definitiva, nos muestra como el constitucionalismo postmoderno, denominado neoconstitucionalismo, busca transformar el Derecho en base a la búsqueda de un equilibrio de poder en cualquier relación, más allá que sea pública o privada.

Es decir, el principio de autonomía de la voluntad ha dejado de pertenecer exclusivamente al Derecho privado e incluso en casis como aquellos de contratos del Estado que no sean contratación pública ha permeado también el Derecho público.



Jaime Vintimilla
Director

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación, quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley de Educación Superior.

Firma: -----

Nombre: Luis Esteban Torres Cobo

C.I.: 1803188364

Fecha: Abril de 2013

A lo más importante, la familia.

Resumen

Con la expedición de la Constitución del 2008 se consolidó, en el Ecuador, un constitucionalismo estructurado alrededor de valores y principios, con rango constitucional y con el potencial para irradiar su fuerza al sistema jurídico, de la mano de lo que se ha llamado activismo judicial. En este nuevo entorno constitucional y judicial, los jueces han logrado tener a su disposición nuevas herramientas para interpretar las relaciones contractuales entre particulares, limitando, cada vez más, la autonomía de la voluntad en los contratos privados. A este proceso de invasión de los jueces constitucionales lo he llamado constitucionalización del derecho privado de los contratos. La presente investigación tiene por objeto determinar el grado de debilitamiento del que ha sido objeto y del que puede ser objeto en lo futuro, el principio de la autonomía de la voluntad a raíz de la constitucionalización del derecho privado en el Ecuador. En este sentido, se analizan las nuevas categorías de interpretación constitucional que han sido, y seguirán siendo, los instrumentos judiciales para transformar progresivamente algunos de los fundamentos del derecho privado y de los contratos.

Abstract

With the promulgation of the Constitution of 2008, in Ecuador it was consolidated a constitutionalism structured around values and principles with constitutional status and the potential to radiate their strength to the legal system, with the help of what is called judicial activism. In this new constitutional and judicial scene, judges have gained new tools available to interpret the contractual relations between individuals, limiting increasingly party autonomy in private contracts. This process of invasion from constitutional judges is what I have called constitutionalization of the private law of contracts. The purpose of this research is to determine the degree of weakening that, the principle of party autonomy has suffered and can suffer in the future throughout the constitutionalization of private law in Ecuador. Here, we will analyze the new categories of constitutional interpretation that have been, and will remain as the legal instruments to progressively transform some of the fundamentals of private law and contracts.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION	10
1. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO PRIVADO EN EL ECUADOR DESDE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DEL 2008	13
1.1. CONSTITUCIONALISMO PRIVADO: DEBATE CONCEPTUAL	13
1.2. CONSTITUCIONALIZACION JUDICIAL DEL DERECHO PRIVADO	
1.2.1. ¿Qué es la constitucionalización?	19
1.2.2. ¿Qué derecho privado se ha constitucionalizado?	21
1.2.3. Legislación que ha fomentado la constitucionalización y el rol de los jueces	23
1.2.4. Antecedentes comparados de la constitucionalización del derecho privado	25
1.2.5. Fuerza de irradiación de la Constitución ecuatoriana del 2008	30
1.3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR	
1.3.1. La transformación del derecho privado desde el neoconstitucionalismo	39
1.3.2. Garantismo constitucional	46
2. LOS JUECES Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN EL ECUADOR	49
2.1. EL ACTIVISMO JUDICIAL: Los jueces constitucionales en el Ecuador	49
2.2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO EN EL ECUADOR	
2.2.1. Los nuevos parámetros de interpretación constitucional en el Ecuador	59
2.2.2. Valores, principios y reglas presentes en la interpretación constitucional del Derecho Privado	63
2.2.2.1. Valores constitucionales	64
2.2.2.2. Principios y reglas constitucionales	65
2.2.2.3. Principios y reglas de la justicia constitucional ecuatoriana	69
2.2.3. Superación del método de subsunción jurídica en los principios constitucionales	73
2.2.4. Abandono del silogismo jurídico en los principios constitucionales	75
2.2.5. Principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional	77
2.2.6. Principio de ponderación	81
2.2.7. Principio de interpretación literal	87
3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN ECUATORIANO	90
3.1. LA LIMITACION AL PRINICIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	
3.1.1. Aproximación al tema	90
3.1.2. La revisión de los contratos	93
3.1.3. La estructura del principio de la autonomía de la voluntad	97
3.2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN PRIVADOS	
3.2.1. El contrato de adhesión como contrato privado	100
3.2.2. Limitaciones a la autonomía de la voluntad en el contrato de adhesión	
3.2.2.1. Limitaciones civiles	103
3.2.2.2. Limitaciones constitucionales	104
3.2.2.2.1. Sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia No. 003-11-	

SCN-CC, dentro del caso No. 0093-10-CN (2011). Constitucionalidad del artículo 55 del Código Civil y 45 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor	105
3.2.3. El contrato de seguro como contrato de adhesión	108
3.2.4. El contrato de medicina prepagada. Cumplimiento del contrato por vía de la constitucionalización del derecho privado. Caso colombiano	110
3.3. LA INTERPRETACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	112
3.3.1. Libertad de contratación, autonomía de la voluntad y fijación de precios. Sentencia del Tribunal Constitucional. Resolución No. 0004-07-TC (2007	113
3.3.2. Libertad de contratación, autonomía de la voluntad y fijación de precios. Interpretación ideológica constitucional. Sentencia de la Corte Constitucional. No. 012-12-SIN-CC (2012)	119
3.4. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS PRIVADOS	124
3.4.1. Contrato de suministro de combustible. Respeto al contrato privado. Sentencia No. 038-12-SEP-CC. Caso No. 026-09-SEP	125
3.4.2. Contrato de arriendo. Cuasi contrato de comunidad. Sentencia del 22 de mayo del 2009. Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha	126
3.4.3. Interpretación literal del Código Civil. Elementos de la esencia del contrato de compraventa. Sentencia No. 029-11-SEP-CC de la Corte Constitucional	127
4. CONCLUSIONES	129
5. BIBLIOGRAFÍA	136

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Constitución del 2008, en el Ecuador se consolidó el modelo neoconstitucionalista para que los operadores judiciales recurran a valores y principios constitucionales, más allá de lo que diga la ley, para resolver controversias, inclusive aquellas relacionadas con la interpretación de contratos privados. Este modelo, que involucra grandes cambios en el rol del juez frente a la aplicación del derecho y la interpretación, más principalista y menos legalista, así como en sus prerrogativas jurisdiccionales, está generando algunos cambios en la interpretación de los contratos privados.

Los contratos privados, tanto los contratos de adhesión como los puramente privados, se basan en el principio de la autonomía de la voluntad y en el derecho a la libertad de contratación, los cuales están estrechamente relacionados entre sí. Sin embargo, las limitaciones a estos pilares del contrato privado fueron establecidas en los códigos civiles, promulgados en el siglo XIX. En este siglo y en el anterior, la legislación de defensa de los consumidores y la práctica constitucional han señalado más limitaciones al derecho a la libertad de contratación y al principio de la autonomía de la voluntad.

El Código Civil ecuatoriano, fundamentándose en su orientación liberal ante las actividades de los individuos, ha establecido pautas básicas y necesarias para que un acuerdo de voluntades surta efectos y, por ende, sea ejecutable en la vida cotidiana. Ha establecido, además, sensatas pautas para que los contratos puedan ser revisados por causas de imprevisión o desequilibrio sobreviniente entre las partes de un acuerdo, aunque la imprevisión como tal no está explícitamente consagrada en nuestra legislación.

Por su parte, el derecho de los consumidores, con una visión más cautelosa de los acuerdos de voluntades entre los privados, ha establecido reglas y restricciones a la configuración de los acuerdos para que, en los contratos de adhesión o contratos tipo, no se susciten aprovechamientos unilaterales del oferente del producto o servicio. La noción de cláusulas abusivas es parte de la legislación del consumidor.

Finalmente, las limitaciones a esos dos principios y derechos en la corriente constitucional,

se ha realizado mediante la constitucionalización de valores y principios constitucionales en el ámbito del derecho privado, específicamente del Derecho Civil y Comercial y el Derecho de los Consumidores. Tales limitaciones al principio de autonomía de la voluntad y al derecho a la libertad de contratación, basadas en la discrecional lectura de los valores y principios constitucionales, han sido desarrolladas por jueces constitucionales colocados más allá de la aplicación de la ley, bajo la idea que el juez ha dejado de ser la boca muda de la ley y ha pasado a convertirse en un creador de derecho. En el Ecuador, todos los jueces tienen ese potencial, desde aquellos en los juzgados de primera instancia hasta los poderosísimos jueces que integran la Corte Constitucional, máxima intérprete del texto constitucional.

Es así que, nuestra investigación identifica el problema de inseguridad jurídica que se podría originar si los pactos contractuales de los individuos, sustentados en los principios antes mencionados, son desconocidos, cambiados o invalidados con base en criterios constitucionales de jueces que se encuentran investidos de las prerrogativas necesarias para poder hacerlo.

Frente a esto, el interrogante que pretendemos responder en esta investigación es el siguiente: ¿a qué riesgos se encuentran sometidos el derecho a la libre contratación y el principio de la autonomía de la voluntad, pilares fundamentales del contrato privado, como consecuencia de la incorporación de nuevos parámetros de interpretación constitucional de los que disponen los jueces, a la luz de la constitucionalización del derecho privado?

En mi opinión, los riesgos, aunque existen, no son todavía mayores en el Ecuador. La jurisprudencia constitucional, sobre el tema de esta investigación, es escasa y poco coherente. Sin embargo, debido a que no es nuevo, en el derecho comparado, el debilitamiento de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad, lo probable es que, con los antecedentes constitucionales ecuatorianos, este proceso irreversible conlleve su debilitamiento sostenido. La interpretación judicial de los contratos de adhesión, hecha por la Corte Constitucional, ha dado algunas luces sobre lo que estaría por venir. El escenario neoconstitucionalista es, sin duda alguna, el contexto más poderoso para que la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad de los particulares sean fácilmente limitadas por los jueces.

Con la finalidad de aceptar o rechazar la hipótesis mencionada, la investigación ha sido dividida en tres capítulos. En el primero, analizo el advenimiento del neoconstitucionalismo en el Ecuador, así como los avances de la constitucionalización del derecho privado. Me refiero, también, al activismo judicial como instrumento de transformación del derecho privado.

En el segundo capítulo analizo, con detenimiento, el activismo judicial de los jueces ecuatorianos y las nuevas herramientas de interpretación constitucional con las que cuentan para constitucionalizar el derecho privado. Diferencio los valores, principios y reglas constitucionales que son esenciales para entender las nuevas interpretaciones de los jueces constitucionales. Y, abordo también, la transformación que ha sufrido el derecho en el Ecuador debido a la superación de métodos de interpretación como la subsunción o el silogismo jurídico por otros métodos como el de la proporcionalidad o la ponderación.

En el tercer capítulo analizo la forma en que evidencia la interpretación constitucional de la libertad de contratación y el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de derecho privado. Trato, específicamente, sobre el contrato de adhesión privado y menciono a los contratos privados que no son de adhesión. Este análisis emplea sentencias tanto de la Corte Constitucional como del extinto Tribunal Constitucional así como sentencias de casación y de otras instancias inferiores.

Es importante anotar que esta investigación busca explicar los peligros que se podrían producir mediante la constitucionalización del derecho privado en los contratos privados, en manos de jueces altamente poderosos y con amplias facultades interpretativas.

CAPÍTULO 1: EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACION JUDICIAL DEL DERECHO PRIVADO DESDE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

Al abordar el tema de los criterios de interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del derecho privado, es vital entender el desarrollo de este proceso de constitucionalización, desde la irradiación de valores y principios constitucionales, proceso que, gracias al llamado neoconstitucionalismo y de la mano del activismo judicial, ha comenzado a transformar las relaciones contractuales entre particulares. Se trata de un fenómeno jurídico nuevo que modifica las bases mismas del mercado y de los contratos, a partir de la lectura judicial de los valores y principios incorporados, en el caso ecuatoriano, por los constituyentes de Montecristi, en el 2008.

1.1.- CONSTITUCIONALISMO PRIVADO: DEBATE CONCEPTUAL

Una aproximación al tema requiere, necesariamente, un análisis de las razones que sustentan el proceso constitucional y judicial de la constitucionalización del derecho privado. La exposición más articulada y actualizada sobre este proceso la encontramos, principalmente, en el trabajo del jurista italiano Luigi FERRAJOLI, en su obra *Principia Iuris*¹, quien, al teorizar sobre el nuevo esquema constitucional surgido en las constituciones de la postguerra, ha llamado constitucionalismo privado al proceso de constitucionalización del derecho privado. FERRAJOLI emprende un largo desarrollo de los derechos fundamentales y su relación con el poder público y los poderes privados para llegar a una conclusión: la necesidad de constitucionalizar el derecho privado con el fin de precautelar derechos fundamentales de los individuos de las relaciones de poder que allí se dan.

FERRAJOLI menciona la existencia de potestades privadas y poderes económicos en el ámbito del derecho privado que no fueron contempladas por el sistema de límites y prohibiciones del modelo de estado de derecho desarrollado en la tradición liberal, en donde

¹ Cfr. Luigi FERRAJOLI. “La ‘democracia civil’. Para un constitucionalismo de derecho privado”. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia Parte VI*. Madrid: Trotta, 2011. p. 218-249

únicamente se pensó en derechos de libertad en su relación con el poder público. En este sentido, el Estado cumplía con deberes de no hacer y se ceñía a prohibiciones de lesiones e interferencias en la esfera privada de los individuos. Luego, con el estado social de derecho aparecieron ya deberes positivos de hacer por parte del Estado, en donde los mencionados “derechos sociales” debían ser satisfechos a los ciudadanos, lo que se conoció como el “estado de bienestar”. Sin embargo, estos derechos no contaban con las adecuadas técnicas para su aseguramiento ni las garantías para hacerlos efectivos no se contemplaron sino en relación al poder público.

En definitiva, en estos dos modelos únicamente se constitucionalizó el derecho público y no el derecho privado. Para FERRAJOLI, es insostenible esta concepción liberal restringida del poder, en donde sólo el Estado y la política eran el lugar del poder, y la sociedad civil y el mercado el lugar de las libertades que se deben proteger de los abusos y excesos de los poderes públicos. Concluye el autor que, dentro de una concepción tan naturalista, el “mismo código civil [...] no sería otra cosa, como escribió Vittorio SCIALOJA, que la transposición en normas jurídicas del <<estatuto fundamental de la vida social y económica de un país>>”.²

Para el jurista, esta forma de entender que no existen poderes privados, en el sentido mismo de la palabra, y que sólo se trata de libertades, en el sentido propio de la palabra, ha traído la confusión conceptual entre los derechos de libertad y los derechos de autonomía. Para él, los derechos de libertad tales como la libertad personal, la libertad religiosa y de manifestación de pensamiento, entre otros, no contemplan a los derechos de autonomía que pueden ser civiles, como la autonomía privada o de iniciativa económica, y, políticos, como de autonomía política. FERRAJOLI cree que los derechos de autonomía son en realidad poderes y los llama *derechos-poder* por lo que su ejercicio, al igual que todos los poderes en el estado de derecho, debe estar sometido a la ley. Un sometimiento legal no sólo a los límites y vínculos

² Luigi FERRAJOLI. “La ‘democracia civil’... Óp. cit., p.219. El autor cita a Scialoja, Vittorio. <<La riforma dei codici di diritto privato in Italia>> [1923] ahora en Íd., Studi giuridici, IV Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933, p. 208.

impuestos por los derechos de libertad y derechos sociales, debiendo también someterse al “mercado y a la contratación privada producidos por el ejercicio de los derechos civiles”³.

Para FERRAJOLI, en las relaciones privadas, aquellas que se desarrollan en la sociedad civil⁴, que es la esfera del derecho privado, también se dan relaciones verticales, asimétricas de potestad/sujeción, como en las relaciones entre Estado y ciudadano que se dan en el derecho público. Una asimetría de poderes que, según él, se está extendiendo y profundizando en todas las relaciones de mercado, ya que casi siempre existe una “asimetría entre las partes del contrato que se resuelve en la opresión de la parte más débil por obra de la parte económicamente más fuerte”.⁵ El jurista incluso sustenta esta tesis en el pensamiento de los economistas STIGLITZ y Guido ROSSI, quienes, en su parecer, han demostrado que esta asimetría ha deformado hoy la mayor parte de las relaciones contractuales, incluyendo las que se dan entre bancos y prestatarios, sociedades de seguros y asegurados, empresas de servicios y usuarios, empresas productoras y consumidoras, entre consejos de administración y simples accionistas.⁶ Finalmente, argumenta que la autonomía privada, que es por sí misma un poder, resulta reforzada sin reglas para los sujetos más fuertes y debilitada para los sujetos más débiles.

Este enfoque sobre las relaciones contractuales entre particulares que sustenta, en la visión de FERRAJOLI, la constitucionalización del derecho privado, entiende de manera muy pesimista las relaciones contractuales entre privados, al desconocer que puede existir una relación de mutuo beneficio para las partes. De este modo, abre la puerta para que estas relaciones se vean afectadas por la interpretación constitucional que jueces activistas hagan de las disposiciones constitucionales y civiles.

³ Id., p. 221.

⁴ Entiéndase sociedad civil como el “ámbito de la vida social organizada que es voluntaria, autogenerada, autosuficiente, independiente del Estado y vinculada a un orden legal o serie de disposiciones compartidas. Definición de Larry DIAMOND, de la Hoover Institution. Mencionado por Rodrigo BORJA. Término “sociedad civil”. *Enciclopedia de la Política*. Fondo de Cultura Económica: México. 1997. p. 894

⁵ Id., p. 249

⁶ *Ibíd.* El autor cita la obra de J. E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents* [2002], trad. Cast. De Rodríguez Braun, El malestar en la globalización, Taurus, Madrid, 2002, pp. 13-14; G. ROSSI, *Il conflitto epidémico*, cit., *passim*; D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., pp. 93-94

Ahora bien, la posición de FERRAJOLI, así como sus postulados en donde se vislumbra una recurrente crítica hacia el liberalismo, el rol del Estado y el poder político, calza dentro de un debate ya existente que sobre la revisión del contrato y las visiones “decimonónica” o “liberal-individualista” y la “social-humanista” acerca del Derecho Privado Patrimonial, básicamente del Derecho Civil y Comercial.⁷ Estas visiones, muy bien explicadas por MOSSET ITURRASPE en el caso argentino, ejemplifican aquella defensa, por parte de la visión “liberal-individualista”, de la autonomía de la voluntad del hombre, de su libertad de decir y hacer sin restricciones más que aquellas establecidas por el mismo Código Civil, como base para la imperatividad del contrato.⁸ Como menciona J. GHESTIN, “para el pensamiento libertario el principio de “dejar hacer” se complementa implícitamente con el principio de ‘dejar contratar’”.⁹ Y, por otro lado, aquella visión “social-humanista” que mira a la autonomía de la voluntad como constante sospechosa de un desequilibrio entre las partes que contratan, pidiendo un intervencionismo o “dirigismo contractual” externo a los contratantes con la finalidad de “equiparar” el desequilibrio contractual.¹⁰ Esto quizás explique muchas de las ideas de FERRAJOLI, sobre todo en las relaciones contractuales, siempre desiguales en su modo de ver.

Sin embargo, por lo general, las relaciones contractuales entre privados, entendidas como una relación en donde no existe una parte revestida de la potestad reglamentaria, se desenvuelven gracias a cooperación social de los individuos y a la maximización de sus propias satisfacciones. Es importante anotar que el mercado, donde se desarrollan todos los contratos, especialmente los privados, “es un proceso puesto en marcha por las actuaciones diversas de los múltiples individuos que entre sí cooperan bajo el régimen de división del trabajo”.¹¹ Y que,

⁷ Jorge MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS. *Responsabilidad Civil y Contratos. La Revisión del Contrato*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008. pp. 9-10

⁸ Id., p. 13

⁹ J. GHESTIN. *Traité de Droit Civil, Le contrat, formation*. LGDJ: Paris. 1988 p. 178 y ss. Citado por Jorge MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS. *Responsabilidad Civil y Contratos...Óp. cit.* Nota al pie 14. p. 14

¹⁰ Id., pp. 13-15.

¹¹ Ludwig VON MISES. *La Acción Humana*. Tratado de Economía. Madrid: Unión Editorial, 2004. Trad. Joaquín Reig Albiol. p. 314

Dentro de la sociedad, los contratos cumplen el rol fundamental de dar curso de intercambios voluntarios entre las personas, posibilitando que se destinen recursos de los usos menos valiosos a los más valiosos [...] (además,) la teoría económica nos ha enseñado que, entre otras cosas, [...] los contratos legalmente exigibles hacen que las partes cooperen, evitando comportamientos oportunistas y esa cooperación es eficiente en términos económicos.¹²

Ludwig VON MISES anota que existen dos diferentes formas de esta cooperación social: la que se da en virtud del contrato y la coordinación voluntaria y la cooperación social que se da en virtud del mando y subordinación, en otras palabras hegemónica. Agrega que:

[Cuando] y en la medida en que la cooperación se basa en el contrato, la relación lógica entre los individuos cooperantes es simétrica. Todos ellos son partes de un contrato de intercambio interpersonal. [...] Por el contrario, cuando la cooperación se basa en el mando y la subordinación, aparece uno que ordena mientras otro obedece. La relación es entonces asimétrica. [...] El vínculo hegemónico se diferencia del contractual en el grado en que la voluntad del individuo puede influir sobre el curso de los acontecimientos.¹³

Es evidente que lo mencionado por FERRAJOLI sobre la asimetría en la mayoría de las relaciones contractuales, generada por los derechos de autonomía que son en realidad *derechos-poder*, se contrapone a lo propuesto por la tradición liberal, presente, en gran medida, en los códigos civiles. Esto es lo que alimenta el debate sobre si el derecho privado, específicamente el derecho de los contratos privados, debe constitucionalizarse mediante la irradiación de principios y valores a través del activismo judicial.

Es cierto que, de modo excepcional, pueden existir ciertos desequilibrios contractuales dentro de la sociedad civil y el mercado. Algunos argumentos a favor de la revisión contractual por causas de desequilibrio contemplan a la lesión y a la imprevisión contractual¹⁴. La primera como un excesivo desequilibrio inicial, y, la segunda, como excesivo desequilibrio

¹² Felipe BAHAMÓNDEZ PRIETO. “Fallo Gasatacama: El cambio de circunstancias en los contratos. *Quo vadis?*”. *Sentencias Destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*. Chile: Libertad y Desarrollo. 2009. p. 354

¹³ Ludwig VON MISES. *La Acción Humana...Óp. cit.* p. 235.

¹⁴ Es importante anotar, como menciona PARRAGUEZ, que la llamada “teoría de la imprevisión” presente en algunas legislaciones, no ha sido reglada en el Ecuador. Teniendo únicamente una presencia doctrinaria. *Vid.* Luis PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Negocio Jurídico*. Borrador. Obra inédita. Autorizado por el autor para ser utilizada en esta investigación. p. 23

sobreveniente al tiempo del cumplimiento.¹⁵ La solución no es, en todo caso, una constitucionalización agresiva e invasiva del derecho privado, bajo las premisas planteadas por FERRAJOLI, en el caso de los contratos conocidos como sinalagmáticos y conmutativos.

Otra, por supuesto, es la situación de los contratos de adhesión, uno de los temas centrales de este trabajo. La naturaleza misma de los contratos de adhesión obliga a observar el proceso de constitucionalización desde una óptica diferente a la que se miran los contratos libremente negociados por partes iguales.

Ahora bien, debido a que el proceso de constitucionalización del derecho privado ya se ha iniciado en varios ordenamientos jurídicos así como en el Ecuador¹⁶, el debate ya no debería centrarse en discutir su posible inicio o instauración sino en proponer límites al mismo o enfoques que precautelen la validez de los contratos privados. Es imprescindible reconocer que nos encontramos en un nuevo entorno conceptual conocido como el neoconstitucionalismo, que debilita a la ley frente a la moral judicial, esto es, a la forma como los jueces leen e interpretan los valores y principios constitucionales.

En este escenario, será fundamental que la aplicación de valores y principios constitucionales no afecten la esencia misma del contrato como un acuerdo de voluntad entre las partes que participan en el mismo, y que protejan la autonomía de la voluntad y la libertad negocial, presupuestos *sine qua non* de una relación contractual. En el mercado los contratos expresan la información sobre preferencias y precios. La intervención judicial invasiva distorsiona el rol de los contratos en el mercado. Otra es la situación de los contratos en mercados intervenidos y deformados por un estatismo marcado.

¹⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE. *Interpretación económica de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 273 y ss. Cita mencionada en: Jorge MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS. *Responsabilidad Civil y Contratos. La Revisión del Contrato...* Óp. cit. p. 60

¹⁶ Vid. Luis Fernando TORRES. “Constitucionalización del derecho privado”. *Revista Debate Constitucional 2012*. Luis Fernando Torres (Ed.). Cevallos. 2012. pp. 15-49

1.2.- CONSTITUCIONALIZACION JUDICIAL DEL DERECHO PRIVADO

1.2.1 ¿Qué es la constitucionalización?

No podemos hablar sobre la constitucionalización del derecho privado sin antes explicar que se entiende por el término “constitucionalización” y si el Ecuador se encuentra o no dentro de este proceso. Como se mencionó anteriormente, la constitucionalización implica una irradiación de valores y principios contenidos en la Constitución hacia diversos ámbitos del derecho, llegando incluso al derecho privado. Al respecto, Riccardo GUASTINI propone ciertas condiciones para que se hable de la constitucionalización de un ordenamiento jurídico¹⁷, agregando que, la constitucionalización “es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado”¹⁸.

El autor italiano dice que con la satisfacción de siete condiciones un ordenamiento jurídico podrá considerarse como completamente impregnado por las normas constitucionales. La primera condición, una Constitución rígida, que se encuentre escrita y, además, protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que sus normas no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento de revisión constitucional.

La segunda, la garantía jurisdiccional de la Constitución, que involucra un control sobre las leyes para que éstas se encuentren en conformidad con la Carta Magna.

La tercera condición, una fuerza vinculante de la Constitución. Esta se refiere a que toda norma constitucional es una norma jurídica genuina, vinculante y con efectos jurídicos, ya se trate de principios generales que exigen interpretación y concretización o de disposiciones programáticas como derechos sociales que dependen de programas económicos y sociales para ser aplicados.

La cuarta, una sobreinterpretación de las disposiciones constitucionales, lo que significa que en la Constitución no queden espacios vacíos o lagunas constitucionales. En este esquema,

¹⁷ Cfr. Riccardo GUASTINI. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Bogotá, Editorial: Trotta.2003. pp. 49-73. Vid. grado de implementación de los postulados neoconstitucionalistas en el Ecuador: Salim Z Aidán. *Neoconstitucionalismo. Teoría y Práctica en el Ecuador*. Cevallos, Quito. 2012. pp. 43-52; Análisis de lo propuesto por GUASTINI en la constitucionalización del Ecuador. Marcel JARAMILLO. *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2011. pp. 53-60

¹⁸ Id., p. 50

a la Constitución se le podrán extraer “innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”.¹⁹ Esto elimina la discrecionalidad legislativa y va de la mano con la fuerza vinculante de la Constitución.

La Quinta, la aplicación directa de las disposiciones constitucionales. Esta condición es muy importante para nuestra investigación ya que, como explica GUASTINI, aquí se mira a la Constitución como un molde de las relaciones sociales. Se logra que los jueces apliquen las normas constitucionales, que contienen principios generales y normas programáticas, en cualquier controversia surgida, incluso en las relaciones entre particulares. Esto en caso de que las controversias no puedan ser resueltas en base a la ley o porque las soluciones que propone se consideran injustas.

La sexta condición se refiere a la interpretación conforme de las leyes. Muchas veces una disposición legislativa tiene dos interpretaciones, la que está de acuerdo a la Constitución y la que contradice una norma constitucional. En ésta técnica de interpretación de la ley, será el juez quien elegirá que interpretación es preferible y cual será considerada como inconstitucional, adecuando muchas veces una norma para que no sea declarada de esta forma.

La séptima y última condición se refiere a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Esta condición se evaluará en base al contenido de la Constitución, la postura de los jueces y la postura de los órganos constitucionales en relación con lo político, y el carácter dirimente en conflictos políticos o la utilización de la argumentación política para justificar acciones y decisiones.²⁰

Las condiciones indicadas, sirven para comprender en que terreno jurídico se encuentra el Ecuador y que diferencias le separan del “Estado Social de Derecho” descrito en la Constitución del Ecuador de 1998. Es claro que no es un proceso aislado, ya que, como expone BARBERIS, la constitucionalización afecta a todas las grandes democracias occidentales, exceptuando Inglaterra. Se da en Italia, en Estados Unidos e, inclusive, en

¹⁹ *Íd.*, p. 54

²⁰ Las condiciones de constitucionalización se encuentran descritas en su totalidad por el autor en el presente artículo. *Vid.* Riccardo GUASTINI. “La constitucionalización del ordenamiento...*Óp. cit.* pp. 49-73.

Francia.²¹ La constitucionalización en el caso ecuatoriano se ha dado desde la legislación, como se verá más adelante, y desde la jurisprudencia, asunto de interés en este trabajo.

1.2.2 ¿Qué derecho privado se ha constitucionalizado?

Ahora bien, el proceso de constitucionalización, entendido como la irradiación de valores y principios al ordenamiento jurídico, ha tenido un impacto en el derecho privado. ¿Qué se entiende, entonces, por derecho privado? La mera negación de que el derecho privado es aquel que no es derecho público no es suficiente para profundizar el proceso de constitucionalización del mismo. Es necesario, por lo tanto, entender los elementos del derecho privado y su directa vinculación con el principio de la autonomía de la voluntad. Anotamos, sin embargo, que la caracterización y estructura del principio de la autonomía de la voluntad, base fundamental de los contratos de derecho privado será analizada en el tercer capítulo de esta investigación.

Para KELSEN, la autonomía privada vista como una transacción “es un acto por el cual los individuos facultados por el orden jurídico regulan, desde el punto de vista legal, determinada relación. Trátase de un acto creador de Derecho, ya que produce deberes jurídicos y derechos subjetivos de las partes que en ella intervienen”.²² Para Luis PARRAGUEZ,

[El] principio de la autonomía de la voluntad, también llamado de la *autonomía privada*, proclama que, sin perjuicio de la función reguladora que compete por definición a la norma de derecho para fijar los marcos generales de la actuación de las personas, se reconoce a éstas la potestad de definir y reglar, en los espacios de sus particulares intereses, las operaciones jurídicas que juzguen convenientes para satisfacerlos.²³

En este sentido, VILLORO dice que el principio de la autonomía implicaría, por lo tanto:

- 1) una actividad libre e intencional del individuo;
- 2) que esté facultada y protegida por el orden jurídico;

²¹ Cfr. Mauro BARBERIS. “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”. Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*. Bogotá, Editorial: Trotta.2005.p. 262

²² Hans KELSEN. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Eduardo García Máynez (Trad.) UNAM. México. 1969, p. 162. Citado en Miguel Villoro Toranzo. *Derecho Público y Derecho Privado*. UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/99/dtr/dtr18.pdf>. (acceso:15/11/2012) p. 917

²³ Luis PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Negocio Jurídico...Op cit.* p. 19

- 3) que sea en materias diferentes de las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones de orden jurídico; y
- 4) que sea creadora tanto de la existencia como de límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas.²⁴

El principio de autonomía nos permite entender, entonces, las características propias del derecho privado, que, en varios aspectos propone Miguel VILLORO. Entre algunas de ellas, el derecho privado, en cuanto a su contenido y materia, “abarca las normas por las que se ejercita la responsabilidad de los particulares en los límites creadores que les reconoce el Estado por medio del principio de la autonomía de la voluntad”.²⁵

En cuanto a las relaciones reguladas, “serán privadas todas aquellas en que tanto el sujeto activo como el pasivo son particulares, actuando como tales”. En cuanto al criterio filosófico aplicable, “el Derecho privado está regido por la justicia de (coordinación), que es aquella especie de justicia que tiene como fin inmediato el bien de los individuos y como límite el bien común”.²⁶ Y, en cuanto a su modo de operar, que las obligaciones nacidas de la libertad responsable de los individuos sin coacción estatal, hayan sido consultadas y se haya llegado a un acuerdo.²⁷

En base a estas características del derecho privado, nuestra investigación se enfocará en la constitucionalización de las relaciones entre particulares surgidas a raíz del principio de autonomía de la voluntad, en aquellos campos jurídicos en donde esta autonomía no se ve modificada por la existencia de una legislación especial que limite, tajantemente, la autonomía de la voluntad. Debemos tener en cuenta que cada vez el Estado ha tenido un papel más activo en las relaciones económicas, hasta lo que se ha llegado a conocer como el “orden público económico” que implica obligaciones específicas a los ciudadanos en aras de orientar la

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Íd.*, p. 923

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Íd.*, p. 924

actividad contractual o con fines de protección a las partes consideradas débiles en las relaciones contractuales.²⁸

En el caso ecuatoriano, excluimos, entonces, aquellas relaciones entre particulares en el campo laboral (contratos laborales) y de competencia, por considerar que no existe una plena autonomía de la voluntad de los particulares. Se incluyen, en cambio, las relaciones entre particulares en el ámbito de los consumidores y de los contratos de adhesión, por considerarlos como acuerdos de voluntades en donde si existe el principio de autonomía de la voluntad, a pesar de no existir la base previa de negociación, tal como lo ha considerado la jurisprudencia mayoritaria en el Ecuador. El debate sobre los mismos, en especial el criterio opuesto de León Duguit, lo trataremos en el tercer capítulo.

1.2.3 Legislación que ha fomentado la constitucionalización y el rol de los jueces

En Ecuador, desde la vigencia de la Constitución del 2008, la normativa desarrollada con base en la Carta Magna se ha encargado de introducirnos de manera continuada, en la constitucionalización del derecho a través de leyes, reglamentos e, incluso, jurisprudencia constitucional. Ya en las Reglas para el Ejercicio de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición expedidas en el 2008 se establecieron los principios de la justicia constitucional dentro de los cuales se encontraban la supremacía de la Constitución, la aplicación directa e inmediata de la misma, la interpretación conforme a la Constitución y el acceso a la justicia constitucional²⁹. Estas reglas tuvieron validez únicamente para las causas ingresadas antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) expedida en el 2009³⁰.

Fue en la LOGJCC en donde se establecieron los principios de la justicia constitucional que permiten ver la dimensión de los derechos constitucionales en la justicia así como el rol

²⁸ Fabricio MANTILLA ESPINOSA. “Constitucionalización del derecho privado”. *Controversias Constitucionales*. Fabricio Mantilla Espinosa (coord.). Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2009. p. 345

²⁹ Reglas para el Ejercicio de la Corte Constitucional de Transición. Suplemento del Registro Oficial No. 466 de 13 de noviembre de 2008

³⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Disposición Transitoria Segunda. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

tan imperante de la Corte Constitucional. Además de los principios establecidos en la Constitución, esta ley incorporó, en el artículo 2 los principios de aplicación más favorable a los derechos; la optimización de los principios constitucionales; la obligatoriedad del precedente constitucional y la obligatoriedad de administrar justicia constitucional. Además, incorporó principios procesales a la justicia constitucional en el artículo 4 como: el debido proceso; la aplicación directa de la Constitución; la gratuidad de la justicia constitucional; el inicio por demanda de parte; el impulso de oficio; la dirección del proceso; la formalidad condicionada; la doble instancia constitucional; la comprensión efectiva y la economía procesal.

En el mismo artículo se incorporó el principio de motivación³¹, desarrollando debidamente lo consagrado en la Constitución, en el Art. 75, el cual impone al juez constitucional la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. Esto es, sin duda, interesante ya que pone de manifiesto la importancia de la argumentación jurídica en las decisiones judiciales, un elemento clave para comprender el rol del juez en la constitucionalización del derecho privado en el marco del neoconstitucionalismo.

En la misma ley se establecen también los métodos y reglas de interpretación constitucional (Art. 3) que analizaremos en el segundo capítulo de esta investigación cuando abordemos el tema del rol de los jueces, el activismo judicial y las nuevas categorías de interpretación en la constitucionalización del derecho privado.

El proceso de constitucionalización en el Ecuador se evidencia aún más con lo establecido en los artículos 4, 5, 6 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). Aquí, se habla también de la obligación de los jueces, fiscales, defensores públicos y demás servidores judiciales, de someterse al principio de supremacía constitucional (Art. 4), al principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional (Art. 5), a la interpretación integral de la norma constitucional (Art. 6) y al principio de tutela judicial efectiva de los derechos (Art. 23) en todas sus actuaciones judiciales.

³¹ La Corte Constitucional trató extensivamente la motivación de las decisiones judiciales en una sentencia donde concedió una acción extraordinaria de protección a un trabajador despedido. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 0025-09-EP. Publicada en el Registro Oficial del 20 de octubre del 2009.

Según las normas referidas los jueces ordinarios están armados legalmente para interpretar y desarrollar valores y principios constitucionales en la constitucionalización de la ley privada.

Es así como los servidores judiciales se convierten también en artífices del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y mediante sus actuaciones y resoluciones contribuyen a desarrollarlo. En el Ecuador, todos los jueces ordinarios están encargados de aplicar la Constitución y los jueces de la Corte Constitucional están encargados de aplicarla e interpretarla. La constitucionalización judicial del derecho privado es, por lo tanto, un tema gravitante, más aún cuando los jueces tienen a su disposición un arsenal de herramientas, llamadas métodos o reglas de interpretación, para incursionar dentro del derecho privado, acompañados de los valores y los principios constitucionales.

1.2.4 Antecedentes comparados de la constitucionalización del derecho privado

Existen antecedentes de la constitucionalización del derecho privado en otros ordenamientos jurídicos tanto desde el punto de vista legal como jurisprudencial.

En Alemania, el caso Luth (1958) marcó el cambio de paradigma dentro del derecho alemán, abriendo la puerta a que otras jurisdicciones adopten la técnica jurídica del Tribunal Constitucional alemán. Este caso, en donde por primera vez se analizó la colisión entre una norma contenida en el Código Civil Federal y un principio constitucional, tuvo especial énfasis el contraste entre reglas y principios dentro de un sistema jurídico constitucionalizado, así como el contraste entre los métodos de subsunción y ponderación. En el segundo capítulo de esta investigación profundizaremos las diferencias entre estos métodos.

En el caso mencionado, Erich Luth hizo un llamado al boicot público de las películas producidas por el cineasta Harlan a partir de 1945 al relacionarlo con la realización de filmes nazis. En primera instancia se condenó a Luth a no hacer llamado alguno por considerar que su actuación causaba un daño a Harlan. Luth planteó una queja constitucional, y, en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán ganó, ya que el Tribunal consideró que el derecho a la libertad de expresión (Art. 5.1 Ley Fundamental) del ciudadano Luth primaba

frente a la norma que prohibía causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres (Art. 826 CC Federal).³²

El Tribunal concluyó que ésta última debía ser considerada en consonancia con la primera, que era la prioridad. Para Robert ALEXY esta importante sentencia enlazó tres ideas fundamentales.³³

La primera, la idea de que los derechos fundamentales no solo tienen carácter de reglas sino también el de principios. La segunda, que estos valores o principios fundamentales no se aplican únicamente para las relaciones ciudadano-Estado sino para diversos ámbitos, resultando en un “efecto de irradiación” (Ausstrahlungswirkung) de los derechos fundamentales sobre todo el ordenamiento jurídico. Se llega a una ubicuidad de los derechos, a una omnipresencia jurídica. Y finalmente, la tercera, que se refiere a la inminente colisión entre la estructura de los valores y los principios, una colisión que sólo puede resolverse mediante una ponderación, la necesaria “ponderación de bienes” que trae la sentencia del caso Luth.³⁴

De igual manera, en el caso Soraya, el Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia BVerfGE 34, 269³⁵ de la Sala Primera de 14 de febrero de 1973 habló sobre la sujeción de los jueces a la ley y al derecho. Este caso se trató sobre la publicación de fotos de la ex-esposa del Sha de Irán, la princesa Soraya Esfandiary-Bakhtiary y su afectación al derecho a la personalidad. El Tribunal mencionó la existencia de un derecho que va más allá del derecho escrito y que corresponde al juez, mediante la actividad jurisdiccional, encontrarlo:

La tradicional sumisión del juez a la ley constituye un pilar fundamental del principio de separación de poderes y, por ende, del Estado de Derecho; sin embargo, la formulación que de este principio realiza nuestra Ley Fundamental, modifica ligeramente los términos del

³² Cfr. Robert ALEXY. “Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. núm. 11. enero-junio 2009, p 4.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Íd.*, p. 5-6

³⁵ Cfr. Jürgen SCHWABE. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. BVerfGE 34, 269]. Konrad Adenauer Stiftung. México 2009. Ed. Rudolf Huber (Ed.) http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf. (acceso: 15-10-2012) pp. 491-494

mismo, en el sentido de que la actividad jurisdiccional debe estar sometida a “la ley y el derecho” (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental). [...] de este modo, la Ley Fundamental rechaza un positivismo estricto. [...]

El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. *Frente a las normas positivas impuestas por el poder público puede, en ciertos casos, existir un “derecho” que vaya más allá de las mismas; su fuente se encuentra en el ordenamiento jurídico constitucional considerado en su totalidad, y es capaz de servir como “correctivo” del derecho escrito; encontrarlo y lograr su realización por medio de resoluciones es tarea de la actividad jurisdiccional. [las cursivas son mías]*³⁶

Es claro que en esta sentencia se observan los pilares de la constitucionalización del derecho y la gran actividad del juez en la creación del mismo en casos concretos. Asimismo, se propone que la sea la argumentación racional el vehículo que permita al juez mantenerse alejado de la arbitrariedad:

La Ley Fundamental no obliga al juez a aplicar –al caso concreto– las normas dictadas por el legislador (únicamente) dentro de los límites del significado literal posible. Una interpretación así supondría la absoluta y total carencia de lagunas del ordenamiento jurídico-positivo del Estado (cf. principio de la “plenitud hermética” del orden jurídico). [...] la actividad jurisdiccional no se agota en el mero *conocer* y *decir* las decisiones adoptadas previamente por el legislador. La tarea de la actividad jurisdiccional puede exigir especialmente: traer a la luz aquellos planteamientos valorativos del legislador que, siendo inmanentes al orden jurídico constitucional, no han sido –o sólo de manera imperfecta– plasmados en el texto de la ley escrita, y en lograr su realización por medio de sentencias. Para ello, es preciso un acto de “conocimiento valorativo” (al que tampoco han de faltarle elementos “volitivos”).

El juez debe, por tanto, mantenerse alejado de la arbitrariedad: su decisión debe descansar sobre una argumentación racional. Debe demostrar en forma clara que –en el caso concreto– la norma escrita no cumple con su función de resolver un problema jurídico de manera justa.³⁷

En Italia, fue la Corte Constitucional la que, en palabras de GUASTINI, dio inicio al proceso de constitucionalización en el ordenamiento jurídico italiano. En su primera decisión (1956), la Corte Constitucional eliminó la distinción entre normas preceptivas (inmediatamente susceptibles de aplicación jurisdiccional) y normas programáticas (normas dirigidas al legislador e inaplicables por los jueces hasta que no fueren promulgadas las leyes necesarias para concretizarlas) ya que no la consideró relevante para las controversias de legitimidad constitucional de las leyes. Se estableció que una ley era inconstitucional no sólo

³⁶ Íd. p. 493

³⁷ *Ibíd.*

cuando contradecía directamente una norma preceptiva, sino también cuando entraba en conflicto con un principio o con una norma programática. De igual forma, la Corte Constitucional se proclamó la máxima instancia al momento de decidir sobre la legitimidad constitucional de cualquier ley.³⁸

En Estados Unidos, donde la Constitución fue considerada norma de aplicación directa a principios del siglo XIX³⁹, antes que en cualquier país europeo, se ha discutido en torno a los principios y las reglas, sobre la base del pensamiento de dos grandes juristas Ronald Dworkin, defensor de la aplicación de los principios, y a H. L. Hart, defensor de la aplicación de las reglas⁴⁰. Fue Dworkin, quien en un análisis posterior del caso *Riggs vs. Palmer* (1889)⁴¹, utilizó el caso para ejemplificar la aplicación de los principios, no consagrados necesariamente en la Constitución de Estados Unidos, sobre las reglas. El caso trató la posibilidad de que un nieto de 16 años que asesinó a su abuelo envenenándolo, pueda heredarle, algo no determinado por el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York. Los hechos del caso demostraron que ésta acción fue deliberada con la intención de obtener rápidamente el disfrute de una disposición testamentaria hecha a su favor por el abuelo. El delito cometido evitaría la voluntad del abuelo, ya conocida por el nieto, de revocar la disposición testamentaria.

El enfrentamiento entre reglas y principios se dio entre aplicar la ley, que no mencionaba nada sobre la inesperada situación, o emprender la búsqueda de principios y de intereses que hagan la justicia y permitan la entrega de la herencia a otros familiares. Al final se apeló a los principios del Common Law, por el cual nadie puede beneficiarse de su propio fraude o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen. Fueron los jueces quienes apelaron a

³⁸ Cfr. Riccardo GUASTINI. “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico... *Óp. cit.*, pp. 60-61.

³⁹ Cfr. Caso *Marbury vs. Madison* sobre la Supremacía de la Constitución, *vid.* Miguel CARBONELL. “*Marbury versus Madison: regreso a la leyenda*”. Ensayo reproducido en varias publicaciones. UNAM. http://quimica.izt.uam.mx/ckfinder/userfiles/files/Marbury_versus_Madison.pdf. (acceso: 12-10-2012).

⁴⁰ Para entender el rol de las reglas en este caso, se debe leer la crítica de Luigi Ferrajoli a lo postulado por Dworkin, *vid.* Luigi FERRAJOLI “*Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista.*” *Un Debate sobre el Constitucionalismo*. Monográfico revista Doxa, núm. 34. Marcial Pons, Madrid, 2012. Nota al pie del autor No. 52.

⁴¹ Cfr. Roberto JIMÉNEZ *et al.* (trad.) “Nota Preliminar” *Riggs contra Palmer*. Tribunal de Apelaciones de Nueva York – 115 NY 506. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 11, 2007/2008, <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>. (acceso: 12-10-2012) pp. 363-374

principios generales del derecho natural de la tradición romanista (Domat) para evitar que el nieto tome la herencia del abuelo.⁴²

En Latinoamérica, la constitucionalización del derecho ha continuado en Colombia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana desde la expedición de la constitución de 1991, una constitución con evidentes implantes neoconstitucionalistas. Tal como expone el magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Jaime ARRUBLA, “[...] ante la presencia de una nueva Constitución, la legislación de Derecho privado que le es precedente, debe experimentar cambios que la pongan a tono con ella.”⁴³ Estos cambios, según el autor, se deberán producir en dos ámbitos, desde el aspecto legislativo, lo que podría denominarse como “constitucionalización legislativa del Derecho Privado”⁴⁴, y desde la interpretación de los jueces, una “constitucionalización judicial del Derecho Privado”.⁴⁵

La constitucionalización desde esta perspectiva, donde también se analizarán sentencias de constitucionalidad sobre leyes y decretos que se han referido al derecho privado, será el motivo principal de esta investigación. En relación a esto, ARRUBLA menciona también al proceso de “desconstitucionalización” del derecho privado. El cual, en sus palabras, trae varias consecuencias y parte desde la misma constitucionalización, planteándonos:

[...] que aspectos del Derecho privado de los contratos, no deben continuar al vaivén del examen de constitucionalidad, pues además de incrementar la litigiosidad y de la definición de los conflictos jurídicos con graves consecuencias para la congestión judicial, desalienta la inversión y el desarrollo económico, debido a la inseguridad jurídica que ocasiona.⁴⁶

⁴² En Estados Unidos, sin embargo, al momento de aplicar obligaciones constitucionales a particulares, se ha hecho muy complicado todavía sostener que entidades no gubernamentales puedan ser responsables por violaciones constitucionales. Lo que si se ha logrado, ha sido el juzgamiento cuando se trate violaciones a derechos civiles como en el caso *Burton vs. Wilmington Parking Authority* (1961), en donde una persona afroamericana fue excluida de un restaurante privado que funcionaba en un espacio público. *Vid.* Christopher DUNN. “Applying constitutional obligations to private actors”. *New York Law Journal*. 2009 <http://find.galegroup.com/gtx/infomark.do?&contentSet=IAC-> (Acceso: 12-01-2013)

⁴³ Jaime ARRUBLA. “La constitucionalización del derecho privado de los contratos”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado. El Debate*. Beatriz Espinosa y Lina Escobar (ed.) Pontificia Universidad Javeriana. DIKE: Bogotá 2008. p. 64

⁴⁴ En el tercer capítulo de esta investigación se mencionará el caso de un decreto que regulaba las relaciones privadas en el sector bananero y el caso de una ley que regulaba lo mismo en el sector bancario.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Íd.* p.66

ARRUBLA menciona así, uno de los grandes riesgos que representa la constitucionalidad de los contratos a la seguridad jurídica de las personas, sin conocer, muchas veces, si una disputa contractual pueda terminar en sede constitucional, en vez de ser resuelta por la vía civil.

1. 2. 5 Fuerza de irradiación de la Constitución ecuatoriana del 2008

El proceso de constitucionalización tiene un inicio claro, la existencia de una Constitución con valores y principios, desde los cuales se irradia la visión constitucional sobre el derecho privado. En el Ecuador el proceso se ha desarrollado desde la aprobación de la Constitución del 2008, redactada por la Asamblea Constituyente de Montecristi. En Alemania se inició con la Ley Fundamental de Bohn de 1949; en Italia con la Constitución de 1948; en España con la Constitución de 1978; y en Colombia con la Constitución de 1991, entre algunos casos.

Con la introducción de la Constitución del Ecuador en el 2008 apareció un Estado de derechos y justicia, más complejo que el viejo estado social de Derecho. Tal como indica ZAGREBELSKY, la sola expresión “Estado de derecho” es una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea, pues el Estado de Derecho indica un valor: la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos.⁴⁷ El Estado de derechos y justicia es un concepto más amplio.

Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA caracteriza a la Constitución del 2008⁴⁸, a partir del Estado Constitucional de derechos y justicia como un Estado en donde han cambiado, básicamente, dos aspectos que importan a nuestra investigación: los principios acerca de la ley y el sistema de fuentes. Para el jurista, el Estado constitucional, resultado de la evolución del Estado legal, “se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley”⁴⁹. Así, se ha dejado a un lado, al Estado legal, en donde el principio de legalidad permitía

⁴⁷ Gustavo ZAGREBELSKY. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional. www.tc.gob.pe/cec/themes/.../Zagrebelsky_sesion1.doc (Acceso: 12-12-2012)

⁴⁸ Cfr. Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA. “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La Nueva Constitución del Ecuador*. Juan Pablo Aguilar *et al.* (ed.) Universidad Andina Simón Bolívar. Quito 2009. p. 405-428

⁴⁹ *Íd.*, p. 406

todo acto del poder público solo si estaba determinado en la ley y todo acto privado era permitido en tanto no esté prohibido. Este aforismo legal, hasta ahora, se aprende en las escuelas de Derecho en el Ecuador, precisamente, porque se trata de un principio de hace algunos siglos.

En concordancia con los dos ámbitos que resaltamos de la caracterización hecha por ÁVILA SANTAMARÍA se encuentra la situación de los derechos. En el Estado [...] de derechos, éstos “se entienden y se interpretan a partir de la realidad en la que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio [...] (en donde) el punto de referencia ya no es exclusivamente el Estado sino el poder”⁵⁰ Y aquí se entiende a todo poder, que se encontrará limitado y vinculado por los derechos, en tanto en cuanto, pueda vulnerar o vulnerare los derechos humanos. Tal afirmación nos lleva a pensar que el autor comparte la visión de FERRAJOLI planteada en su concepto acerca del poder y de los “poderes” privados.

El autor también menciona como se manifiesta este esquema de limitaciones al poder en el texto constitucional en las relaciones entre particulares y en el abandono de las obligaciones únicamente al Estado, incorporando ahora como destinatarios a cualquier ente, persona o colectividad que esté en una relación de poder. En base al artículo 88 de la Constitución que se refiere a la acción de protección, el autor se refiere al efecto horizontal:

Si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en la situación de sumisión o subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder. En la Constitución se permite, con absoluta claridad, la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no solo cuando actúa por delegación o aquiescencia del Estado, o cuando provoca un daño a un derecho colectivo, sino en cualquier posibilidad en la que se violen derechos fundamentales.⁵¹

El segundo ámbito al que se refiere ÁVILA SANTAMARÍA es el sistema de fuentes. Por este sistema se pasa del “reinado” de la ley en el Estado liberal o legal como sustento de la seguridad jurídica a la pluralidad jurídica. Esta pluralidad jurídica, además de incorporar otras formas de hacer justicia⁵², reconoce varios derechos además del producido por el Parlamento

⁵⁰ Íd., p. 409

⁵¹ Íd. p. 410

⁵² ÁVILA SANTAMARÍA se adhiere al concepto de justicia planteado por J. Rawls, igualitarista y se opone a lo propuesto por Robert Nozick, defensor del modelo libertario, *vid.* Id. p. 413

entre los que encontramos al derecho internacional, la jurisprudencia internacional, la jurisprudencia constitucional nacional, las políticas públicas, el derecho indígena y hasta la moral crítica.

Sobre la moral enfatiza que se la considerará como fuente a través de la constitucionalización de los valores que se desprenden derechos humanos reconocidos universalmente. Incluye además, lo que se conoce como el *soft law*, que enmarca a declaraciones, resoluciones de órganos de las Naciones Unidas, normas mínimas, directrices, observaciones generales, entre otras.

Lo interesante es que el jurista se cuida, de manera especial, en no incluir dentro de esta maraña de fuentes transversales en el Estado constitucional, al derecho internacional que se refiera a relaciones entre el Estado u objetos de carácter patrimonial-comercial y a sentencias o informes de organismos internacionales que se refieran a materias comerciales o cuyo objeto no sea la protección de la persona.

Pregunto, entonces, ¿en qué quedan aquellos documentos internacionales que se refieran a temas comerciales o, específicamente, a los contratos, su interpretación y su cumplimiento?, ¿no están incluidos en el sistema de fuentes del Estado constitucional? ¿Acaso no se protege a las personas y a sus intereses en los principios sobre los contratos comerciales internacionales preparados por el Instituto Internacional para unificación del Derecho Privado UNIDROIT? De igual forma quedaría en entredicho la validez de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que a pesar de no haber sido suscrita por el Ecuador también “protege a las personas”.

Esta caracterización de la Constitución del 2008 muestra como la visión de FERRAJOLI acerca de la constitucionalización del Derecho Privado está presente en nuestro ordenamiento jurídico, el cual, mediante sentencias de la justicia constitucional, ha continuado el camino de abandonar, de una vez por todas, el viejo Estado liberal de Derecho desde donde se ha sustentado la validez y autoridad de leyes como el Código Civil en relación con el Derecho Privado.

En este sentido, y desde lo que parecen ser pequeños detalles, la jurisprudencia transformadora de la Corte Constitucional se ha referido incluso a la connotación de la palabra “social” presente en la definición del Estado en la Constitución de 1998 y en la del 2008. La Corte, en su papel de máximo intérprete de la Constitución, no ha dudado en insistir en el nuevo esquema constitucional que afecta al Ecuador en la era del neoconstitucionalismo:

[...] el principio reconocido en el artículo 1 de la Constitución de la República "El Ecuador es un Estado (...) Social", representa una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo [...] El término social en la fórmula del Estado que consta desde la reforma Constitucional de 1998, no tuvo un adecuado desarrollo jurisprudencial; sin embargo, en el presente caso se identifica el cumplimiento de un deber social por parte del Legislador, circunstancia que denotó la aplicación de la fórmula Estado de Social Derecho. Al respecto, la materialización de este principio, significa que "ahora no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo está presente para dar testimonio de la trascendencia del término.⁵³

La Corte luego se ha referido también a la incidencia del Estado Social de Derecho y el Estado de Bienestar⁵⁴ y los nuevos valores en los que el Estado constitucional democrático está fundado y que han derivado en una transformación y en una creación jurídica que interpreta el derecho de manera nueva, en donde es el juez el que se preocupará de la justicia material y de dar soluciones a los problemas:

Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una *nueva manera de interpretar el derecho*, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por *la justicia material* y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social (...) [las cursivas son mías].⁵⁵

⁵³ Corte Constitucional. Resolución No. 12 en caso No. 0012-08-TC. Registro Oficial Suplemento 641 de 24 de julio de 2009. *Vid.* La Corte menciona, en esta resolución, la experiencia colombiana sobre el mismo tema: Recoge la experiencia comparada en el desarrollo de este principio por la Corte Constitucional de Colombia (S- T 406-1992) y menciona sobre el alcance de este concepto y sobre el sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional, sino visto como norma autónoma.

⁵⁴ Sobre esta referencia al Estado Social de Derecho y al Estado de Bienestar. *Vid.* Corte Constitucional. Resolución No. 12 en el caso No. 0012-08-TC. Registro Oficial Suplemento 641 de 24 de julio de 2009.

⁵⁵ *Ibíd.*

Según FERRAJOLI, una Constitución sirve para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular mayoritaria, criterio liberal que enaltece el pensamiento contrario a los autoritarismos democráticos. Sirve, además, según él, para garantizar la convivencia política entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto.⁵⁶ La Constitución del 2008 no sólo encarna un proyecto político específico, sino que irradia ese proyecto sobre aspectos de índole familiar, económica y de libertades personales, a tal punto que mantiene una visión de fortaleza del poder público y su clara invasión en las actividades privadas de los ciudadanos ecuatorianos. La constitucionalización judicial del derecho privado es una de las consecuencias del proceso.

Según ZAGREBELSKY, las constituciones contemporáneas tienen la función de unificar el Derecho mediante la previsión de un derecho más alto, que tiene fuerza obligatoria incluso para el legislador⁵⁷. Las Constituciones se sobreponen a la ley. En esta superioridad del principio de constitucionalidad frente al principio de legalidad “la ley es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales.”⁵⁸

La Corte Constitucional ecuatoriana, en numerosas sentencias, se ha referido sobre la situación de la Carta Magna como determinadora del contenido de la ley, inclusive del derecho privado:

El artículo 1 de la actual Constitución de la República establece que "el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...", calificativo que denota a la Constitución como *determinadora del contenido de la ley*, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder, siendo los derechos de las personas, a la vez, límites del poder y vínculos, por lo que la Constitución de la República es de directa e inmediata aplicación y los derechos y garantías⁵⁹ en ella contenidos justifican el orden institucional.[las cursivas son mías]⁶⁰

⁵⁶ Cfr. Luigi FERRAJOLI. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”. Ponencia presentada en el seminario <<Cambio de paradigma en filosofía>>, Fundación Juan March, 3 al 5 de abril de 2001, Madrid. Pilar Allegue (trad.) p. 28.

⁵⁷ Gustavo ZAGREBELSKY. *Del Estado de Derecho al...Óp. cit.* p. 19.

⁵⁸ Íd., p. 20.

⁵⁹ Es importante señalar la diferencia que ha hecho la Corte Constitucional ecuatoriana sobre los derechos y las garantías constitucionales en la sentencia en la cual negó la inconstitucionalidad de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera. La CC ha manifestado que “Los primeros –derechos son aquellas facultades o valores esenciales que tiene cada persona; las segundas -garantías- son aquellos mecanismos de protección con que

Las Constituciones, en definitiva, no sólo determinan el contenido de la ley sino que inclusive, tal como entiende la CC por la influencia del neoconstitucionalismo, “no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”.⁶¹ Lo peligroso llega justo en este momento cuando se intenta ordenar estos fines y objetivos perseguidos por la Carta Magna. Aquí se llega a una encrucijada que se encuentra a varios derechos, todos, al parecer, relacionados.

Entonces, al estar condicionada la actuación del Estado a fines y principios contenidos en la Constitución ecuatoriana, desde donde se articularán las normas inferiores de todo el ordenamiento jurídico llegando incluso a aquellas que afecta el derecho privado, ¿son meramente enunciativas las normas contenidas en la constitución?

La CC, en una publicitada sentencia por el caso del canal de televisión Teleamazonas reafirmó la supremacía de la Constitución y reconoció qué tipo de normas se encuentran allí:

El sistema jurídico de un Estado puede clasificarse así: Normas constitucionales y disposiciones secundarias, esto es, las que constan en las leyes y otros cuerpos normativos. Así mismo, en cada ámbito de estos campos se distinguen las normas *sustantivas* y *las*

cuenta una persona para hacer eficaz el cumplimiento de un derecho [...] Las garantías constitucionales son mecanismos efectivos, ágiles y eficaces que tutelan la protección oportuna frente a la violación de derechos. Son de trámite privilegiado sobre cualquier otra acción o recurso legal existente”. *Vid.* Corte Constitucional. Sentencia No. 012-12-SIN-CC. Caso No. 0066-09-IN. Registro Oficial Suplemento 756 de 30 de Julio del 2012

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia No. 017-10-SEP-CC. Caso No. 0241-09-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 228 del 5 de julio del 2010. La Corte cita a Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA. "Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia" - "Constitución del 2008 en el contexto andino" - Serie "Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad" No. 3 - Ministerio de Justicia - Quito, 2008, pág. 22. *Vid.* Corte Constitucional. Sentencia No. 038-11-SEP-CC. Caso N.ro. 0732-09-EP. Registro Oficial Suplemento 595 del 13 de diciembre del 2011; Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa No. 0003-09-SIC-CC. Caso No. 0011-09-IC. Registro Oficial Suplemento 25 de 14 de septiembre del 2009; Corte Constitucional. Resolución No. 1524-2008-RA. Registro Oficial Suplemento 639 del 22 de julio del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 005-11-SEP-CC. Caso No. 0642-09-EP. Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de noviembre del 2011; Corte Constitucional. Sentencia No. 006-09-SEP-CC. Caso No. 0002-08-EP. Registro Oficial Suplemento 605 del 4 de junio del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 022-11-SEP-CC. Caso No. 0551-09-EP. Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de noviembre del 2011; Corte Constitucional. Sentencia No. 151-12-SEP-CC. Caso No. 0364-09-EP. Registro Oficial Suplemento 743 del 11 de julio del 2012; Corte Constitucional. Sentencia No. 008-11-SEP-CC. Caso No. 0686-09-EP. Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de noviembre del 2012.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia No. 006-10-SIS-CC. Caso No. 0017-09-IS. Registro Oficial Suplemento 232 del 9 de julio del 2010. La Corte cita a Miguel Carbonell. "El neoconstitucionalismo en su laberinto", en M. Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-IIIJ (UNAM), 2007, p. 10. *Vid.* Corte Constitucional. Sentencia No. 011-11-SIS-CC. Caso No. 0077-11-IS. Registro Oficial Suplemento 617 del 12 de enero del 2012; Corte Constitucional. Sentencia No. 008-10-SIS-CC. Caso No. 0028-09-IS. Registro Oficial Suplemento 232 del 9 de julio del 2010.

adjetivas. La Constitución vigente tiene de ambas. En ella se distinguen derechos para las personas, como también mecanismos para hacerlos respetar, particular que se encuadra dentro del neoconstitucionalismo. [Las cursivas son mías.]⁶²

Sobre la supremacía de la Constitución, dice:

Otro de los elementos que ubica a la Constitución vigente dentro de ese espectro constitucional es la supremacía que tiene la norma de esta naturaleza sobre las demás. Emerge de la disposición que establece que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos será de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo y judicial, de oficio o a petición de parte" -primer inciso del numeral 3 del Art. 11 de la Constitución-.⁶³

En este sentido, la Constitución ecuatoriana se convierte en la norma suprema que incorpora valores, principios y mecanismos para que éstos sean precautelados. Pero, en una Constitución que tiene 444 artículos, donde se encuentran derechos y garantías, ¿existen principios y valores que entren en colisión y determinen la importancia de unos sobre otros? La Constitución en el artículo 11 numeral 6 expresa que todos los principios y derechos son de igual jerarquía. En concordancia, la Corte Constitucional se ha referido a la importancia de cinco valores a saber, dentro de los cuales el debido proceso es la columna vertebral. La CC, citando a BERNAL PULIDO ha manifestado, que:

[De] la extensa lista de derechos fundamentales contenidos en las constituciones actuales, se podría reducir a cinco los derechos fundamentales generales, estos son: el derecho general de libertad, el de igualdad, el de protección, el de organización y el del debido proceso⁶⁴.

Ahondando en el derecho fundamental del debido proceso, la Corte Constitucional manifiesta que su importancia radica en que es un:

[Presupuesto] *para la realización de otros derechos fundamentales*, sean éstos los de libertad, o conocidos también como derechos civiles y políticos en la nomenclatura clásica, así como, los del buen vivir, o también llamados derechos económicos, sociales y culturales.

⁶² Corte Constitucional. Resolución No. 55. Sentencia No. 055-10-SEP-CC sobre el caso No. 0213-10-EP. Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de enero de 2011.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0003-09-SIC-CC. Caso No. 0011-09-IC. Registro Oficial Suplemento 25 del 14 de septiembre del 2009. La Corte cita a Carlos BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005. p. 333.

La noción doctrinaria de observar al debido proceso en su interdependencia con otros derechos fundamentales, así como de mecanismo de protección de otros derechos, se encuentra plasmada en el artículo 11, numeral 6 de la Constitución de la República [...] [las cursivas son mías].⁶⁵

Para Arturo HOYOS, a través del debido proceso "debe asegurarse a las partes oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos".⁶⁶

Sin embargo, a pesar de la importancia de derechos fundamentales como el debido proceso, a través de la constitucionalización se han cambiado, inclusive, instituciones conocidas del Derecho y de la seguridad jurídica como la cosa juzgada. En un caso donde mediante una acción extraordinaria de protección se pretendió que se desconozca la cosa juzgada de un fallo del Tribunal Contencioso Electoral (ahora Consejo Nacional Electoral), la CC accedió a ello, bajo el argumento de que al ser la Constitución la norma suprema bajo el artículo 424 de la misma, si podía desconocer la cosa juzgada de sentencias inferiores.

La CC enfatiza, nuevamente, la primacía del principio de constitucionalidad sobre el principio de legalidad.⁶⁷ Agrega que, con base al artículo 424, no existe sino únicamente una Constitución material, que debe ser aplicada por los jueces, y en este caso, desconocer la cosa juzgada en virtud de la protección de las garantías constitucionales siempre y cuando se verificase la existencia de amenazas o vulneraciones a un derecho fundamental y del debido proceso.⁶⁸ Habla de un cambio genético jurídico que, en la búsqueda de coherencia en el

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa No. 0003-09-SIC-CC dentro del caso No. 0011-09-IC. Registro Oficial Suplemento 25 del 14 de septiembre de 2009.

⁶⁶ *Ibíd.*, En la misma sentencia se menciona lo de Arturo HOYOS, y se agrega: Citado por Miguel Hernández Terán en "El Debido Proceso en el Marco de la Nueva Constitución Política, opúsculo, *"Debido Proceso y Razonamiento Judicial"*, página 13.

⁶⁷ Es importante anotar que la Corte Constitucional ha tenido contradicciones sobre la aplicación del principio de legalidad. En una sentencia que trataba sobre el contrato de suministro de combustible por parte de una empresa comercializadora con una gasolinera, la CC defendió el principio de legalidad al aplicar el Art. 76 núm. 1 de la Constitución. La sentencia se analizará en el tercer capítulo de este trabajo. *Vid.* Corte Constitucional. Sentencia No. 038-12-SEP-CC. Caso No. 0826-09-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 724 del 14 de junio del 2012.

⁶⁸ "Que, la Constitución [sea] una norma suprema del ordenamiento jurídico no es una afirmación gratuita, porque no siempre ha sido así, aunque hoy nos resulte común en el pensamiento jurídico. Los intentos del positivismo reduccionista en oprimir el concepto Constitución aún permanecen en varias posiciones que definen

ordenamiento jurídico y preservación de la condición indiscutible de los derechos fundamentales y el debido proceso, erige un guardián de la supremacía constitucional, posibilitando, como hemos demostrado, el desconocimiento de instituciones como la de cosa juzgada:

La actuación de forma uniforme y adecuada con los principios constitucionales evidencian que el derecho de nuestro tiempo posee un cambio genético; implica la subordinación de la ley al más alto estrato de la justicia, que es la Constitución y al órgano guardián de su Supremacía Constitucional como lo es la Corte Constitucional.⁶⁹

En una interesante sentencia que profundiza la constitucionalización del derecho privado, la Corte Constitucional también ha tratado el tema de la vigencia de criterios del Código Civil frente a la Constitución del Ecuador del 2008. De esta forma, la relación de la legislación civil con la Constitución también se ha visto tratada cuando se habló de sustraer de la “maraña procesalista” del Derecho Civil aquellos procedimientos para hacer efectivos algunos derechos y constitucionalizarlos, como, por ejemplo, los derechos civiles y colectivos en relación a la acción interpuesta por una persona jurídica:

Así, no es verdad absoluta que los derechos constitucionales, son sólo para las personas naturales, puesto que, además, hay otros colectivos que también gozan de los mismos.

Constitución formal y material. El Estado Constitucional no puede admitir esta diferenciación, únicamente existe Constitución en donde existe Constitución material [...] por esta razón el artículo 424 es taxativo [...] no hay excepción al artículo y debe ser aplicado directamente por los jueces y autoridades públicas [...],” queda identificado el carácter fuerte de la Constitución a ser desarrollado por las funciones del Estado y particularmente, por la Corte Constitucional. Así como evidencia la afectación a la ubicación de la primacía de la ley, que se encuentra bajo el principio de constitucionalidad, lo cual posibilita al Pleno de la Corte Constitucional intervenir en las sentencias de justicia electoral, en virtud de la protección de las Garantías Constitucionales, siempre y cuando, se verificase la existencia de circunstancias que evidencien la amenaza o vulneración de un derecho fundamental y del debido proceso.” Cita de la Resolución de la Corte Constitucional No. 1. Sentencia No. 001-09-SEP-CC. Caso 0084-09-EP. Registro Oficial Suplemento 571 del 16 de abril del 2009. La Corte cita a Rubén MARTÍNEZ DALMAU. "Supremacía Constitucional, control de constitucionalidad y reforma constitucional", Quito, *Serie de Justicia y derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad No. - 2*, Ramiro Ávila (Ed.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, p. 282

⁶⁹ Corte Constitucional. Resolución No. 1. Sentencia No. 001-09-SEP-CC dentro del caso 0084-09-EP. Registro Oficial Suplemento 571 del 16 de abril del 2009. La CC agrega: “[...] queda identificado el carácter fuerte de la Constitución a ser desarrollado por las funciones del Estado y particularmente, por la Corte Constitucional. Así como evidencia la afectación a la ubicación de la primacía de la ley, que se encuentra bajo el principio de constitucionalidad, lo cual posibilita al Pleno de la Corte Constitucional intervenir en las sentencias de justicia electoral, en virtud de la protección de las Garantías Constitucionales, siempre y cuando, se verificase la existencia de circunstancias que evidencien la amenaza o vulneración de un derecho fundamental y del debido proceso.”

Está dicho antes que el paradigma constitucional actual, comprende también los mecanismos que permitan hacer efectivos los derechos constitucionales. El legislador constituyente, recogió experiencias pasadas, introdujo en el texto constitucional los principios atinentes al ejercicio de esos derechos. Tales se encuentran en el Art. 11 de la misma. De la lectura general de estos principios puede colegirse plenamente que la aplicación de éstos no es para la invocación únicamente de las personas naturales, sino también para las otras especies.

Así, resulta evidente que el paradigma neoconstitucional ha traído consigo la sustancia de los derechos individuales y colectivos y las formas de su ejercicio, sin que por ello pueda aceptarse el criterio de que la Constitución sea un cuerpo reglamentario, puesto que, lo único que hizo *fue constitucionalizar los procedimientos para hacer efectivos los derechos y de esta manera sustraerlos de la maraña procesalista del Derecho Civil*, con lo que perdía la naturaleza de ser una acción excepcional que permita que la justicia constitucional llegue en forma rápida y oportuna a las personas afectadas con una vulneración a sus derechos.[las cursivas son mías]⁷⁰

En conclusión, se encuentran establecidas las bases jurisprudenciales y conceptuales para que los jueces ecuatorianos tomen a su cargo la transformación del derecho privado a la luz de los valores y principios constitucionales contenidos en la Constitución de Montecristi.

1.3.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR

1.3.1 La transformación del derecho privado desde el neoconstitucionalismo

El proceso de constitucionalización del derecho privado está ligado al neoconstitucionalismo. Tal como expone COMANDUCCI, los cambios jurídicos que se han experimentado en los últimos años han sido estructurales, como la constitucionalización, y doctrinales, como el neoconstitucionalismo, cambios que se sustentan mutuamente en una acción y una retroacción, favoreciendo y sustentando al otro.⁷¹

En este sentido, las bases para el desarrollo del neoconstitucionalismo aparecieron en los textos constitucionales que surgieron a partir de la Segunda Guerra Mundial, así como en los años 70 del siglo XX. Entre tales textos se destacan la Constitución española de 1978, la colombiana de 1991 y la brasileña de 1988.⁷² La Constitución ecuatoriana del 2008 es también

⁷⁰ Corte Constitucional. Resolución No. 55. Sentencia No. 055-10-SEP-CC. Caso No. 0213-10-EP. Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de enero de 2011

⁷¹ Cfr. Paolo COMANDUCCI. Constitucionalización y Neoconstitucionalismo. <http://umet.edu.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/NEOCONSTITUCIONALISMO3.pdf> (acceso: 10-10-2012)

⁷² Cfr. Miguel CARBONELL. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Miguel Carbonell (Ed.) Cevallos. Quito: 2010. p. 24-25

un texto elaborado con un perfil neoconstitucionalista al haber incorporado valores y principios desde los que los jueces puedan sobrepasar los mandatos de las reglas legales.

Gracias a ese alto contenido neoconstitucionalista, las constituciones han pasado, de regular de manera orgánica el poder del Estado y las fuentes del Derecho, a regular las relaciones entre privados a través de la incorporación de obligaciones y derechos inmediatamente exigibles. Es que, los documentos jurídicos inspirados en el neoconstitucionalismo se caracterizan por contener valores, principios y también normas que les indican a los poderes públicos, y también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer”.⁷³ El neoconstitucionalismo se convierte así en agente transformador de las constituciones y las normas inferiores que influyen en los dictados de la vida ciudadana y que llegan a las relaciones entre privados.

Para la Corte Constitucional ecuatoriana, elementos trascendentales del constitucionalismo⁷⁴ tales como la supremacía constitucional y la aplicación directa de ella, constituyen herramientas valiosas para evidenciar violaciones constitucionales y “extirparlas del ordenamiento jurídico ecuatoriano y consolidar y compatibilizar la naturaleza, característica y efectos [...] con la Carta Fundamental”⁷⁵.

Asimismo, la Corte ha mencionado que el neoconstitucionalismo pretende perfeccionar al Estado de derecho sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad, colocando a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social⁷⁶.

Ha dicho, además, que el constitucionalismo ecuatoriano tiene características propias, como en el tema de la igualdad de los derechos en la interpretación el sistema constitucionalista ecuatoriano:

⁷³Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta. 2003. p. 111

⁷⁴ La Corte Constitucional se ha referido aquí a la “ciencia jurídica del neoconstitucionalismo”.

⁷⁵ Corte Constitucional. Resolución No. 3. Sentencia No. 003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA. Registro Oficial Suplemento 644 de 29 de julio de 2009

⁷⁶ Corte Constitucional. Resolución No. 2. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. Caso No. 0005-08-AN. Registro Oficial Suplemento 566 de 08 de abril del 2009

Cabe destacar que en nuestro país todos los derechos han sido catalogados como derechos constitucionales, gozando de una igualdad jerárquica y superando atavismos de diferenciación de los derechos; por tanto, en nuestra realidad constitucional no existe una categorización de derechos fundamentales o fundamentalísimos, sino más bien todos los derechos gozan de igual jerarquía y deben ser tratados en aquel sentido por parte de los intérpretes, siendo esta una *característica propia del constitucionalismo ecuatoriano*. [las cursivas son mías]⁷⁷

Es evidente el nuevo impulso que tiene el neoconstitucionalismo sobre la figura del juez frente al derecho, más fuerte y con más capacidad de maniobra que la que tuviera en otra concepción sobre el derecho. Este impulso judicial, muchas veces desbordado, será analizado más adelante en la investigación.

El problema conceptual se origina el momento en que se pretende encontrar una sola definición de neoconstitucionalismo. Se trata, evidentemente, de un término amplio con varias acepciones tales como un tipo de Estado de Derecho o incluso una teoría del Derecho, que describe y explica las características de este modelo.⁷⁸ La literatura jurídica ha tratado de definirlo de múltiples maneras, sin embargo, ha resultado inabarcable ya que se habla de:

[...] constitucionalismo antiguo y moderno, procedimental y sustantivo, débil y fuerte, de reglas y de principios, de la Constitución como orden o como norma, como catecismo moral o como precepto jurídico vinculante, como límite o como garantía y como norma dirigente dotada de un impulso de transformación social, etc.⁷⁹

Luigi FERRAJOLI, en un ensayo reciente, ha aclarado, de manera polémica y, a la vez brillante, los dilemas del constitucionalismo, para lo cual ha recurrido al examen de las dos formas opuestas de entender el constitucionalismo: el constitucionalismo principalista, también llamado “neoconstitucionalismo” y el constitucionalismo normativo o garantista⁸⁰. Para el jurista, defensor de la segunda forma de constitucionalismo, el constitucionalismo argumentativo o principalista presenta tres aspectos diferenciadores del constitucionalismo

⁷⁷ Corte Constitucional. Resolución No. 67. Sentencia No. 067-12-SEP-CC dentro del caso No. 1116-10-EP. Registro Oficial Suplemento 728 de 20 de junio de 2012

⁷⁸ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p 101.

⁷⁹ Id., p. 107.

⁸⁰ Cfr. Luigi FERRAJOLI. “*Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista.*” *Un Debate sobre el Constitucionalismo...Óp. cit.* pp. 11-50

garantista tales como: la conexión entre Derecho y moral, la contraposición entre principios y reglas, y, el rol de la ponderación en oposición al de la subsunción.

De igual forma, identifica algunos riesgos en relación a los tres aspectos presentados anteriormente, como la suerte de dogmatismo y de absolutismo moral, un debilitamiento del rol normativo de las constituciones y del sistema de fuentes y, por último, un activismo judicial en donde se evidencia un debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho.⁸¹

En oposición, el constitucionalismo garantista que defiende FERRAJOLI:

[...] comporta el reconocimiento de una *normatividad fuerte* de las constituciones rígidas, en virtud de la cual, dado un derecho fundamental constitucionalmente establecido, de tomarse la constitución en serio, no deben existir normas que estén en contradicción con aquél, y debe existir [...] el deber correspondiente a cargo de la esfera pública. [...] normatividad fuerte, ante todo, frente a la legislación, a la que impone evitar antinomias y colmar las lagunas con leyes de actuación idóneas, y, en segundo lugar, frente a la jurisdicción, a la que le impone remover las antinomias y señalar las lagunas.⁸²

Ahora bien, esta diferenciación, muy criticada por otros juristas⁸³, resulta crucial para comprender que características presenta la Constitución ecuatoriana y entender el terreno tan abierto en el que se mueven los jueces ecuatorianos al momento de interpretar reglas, valores y principios en las relaciones entre particulares.

Ya dentro de los aspectos diferenciadores propuestos, para FERRAJOLI, la conexión entre Derecho y moral que contempla el constitucionalismo principalista o “neoconstitucionalismo”, llega a una concepción anti-liberal de constitucionalismo, en donde ciertos valores pretenden imponerse a todos, moral y jurídicamente. Así, estos valores pasan a ser objetivos y reales y que, de modo inevitable, desembocan, en un absolutismo moral y en la intolerancia a opiniones morales disidentes.⁸⁴

Según BARBERIS, uno de los principales rasgos del neoconstitucionalismo ha sido “la idea que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora

⁸¹ Íd., p. 24

⁸² Íd., p. 50

⁸³ Íd., *vid.* Ver el debate de los juristas Aguiló, Atienza, Barberis, Comanducci, etc.

⁸⁴ Íd., p. 27

principios comunes a ambos”.⁸⁵ Varios principios morales han adoptado la forma de principios constitucionales o como fundamentos del orden jurídico. Y, lo más importante aún, es que la eficacia de estas normas, ya sea como valores, principios, directrices, derechos y garantías no depende de ninguna voluntad legislativa sino que es directa e inmediata.⁸⁶

Esto nos lleva a lo planteado anteriormente por ÁVILA SANTAMARÍA respecto al sistema de fuentes en la Constitución ecuatoriana, en la cual, ya consta la moral crítica constitucionalizada como fuente para la aplicación de derechos fundamentales.⁸⁷ Queda en manos del juez constitucional, su aplicación o no dentro del ordenamiento jurídico.

Sobre su crítica a la contraposición entre principios y reglas, FERRAJOLI cree que esta distinción responde más a un estilo que a una diferenciación estructural, ya que la formulación de muchas normas constitucionales y derechos fundamentales como principios tiene implicaciones políticas. Esto, debido a que los principios enuncian los valores éticos-políticos que proclaman frente a reglas que, comparadas, resultan <<opacas>>.⁸⁸

La crítica de FERRAJOLI, autodenominado iuspositivista y defensor del constitucionalismo garantista, se extiende a los conflictos entre principios y ponderación, ya que considera que al tener en cuenta a la ponderación como único elemento de interpretación de los principios, el juez no se limita a interpretar normas del derecho positivo sino que está habilitado para crear derecho. Este poder anularía la división de poderes, buscando inclusive un peligroso y potente argumento en favor de su investidura política, bajo la “(...) elección o [...] colocación bajo la dependencia del poder ejecutivo.”⁸⁹

Esta visión sobre los jueces y su rol dentro de un proyecto político no resulta descabellada en ningún sentido. El neoconstitucionalismo tiene elementos de dos tradiciones o concepciones sobre la Constitución: la primera, que se refleja en la tradición norteamericana originaria, y, la segunda, relacionada con lo que propone FERRAJOLI, que concibe a la

⁸⁵ Mauro BARBERIS. “*Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral...*”*Óp. cit.* p. 260

⁸⁶ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...**Óp. cit.* p. 111

⁸⁷ Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA. “Caracterización de la Constitución de 2008...”*Óp. cit.*, p. 411

⁸⁸ Luigi FERRAJOLI. “*Constitucionalismo Principalista...*”*Óp. cit.*, p. 36. El autor menciona a G. Pino. *Diritti e interpretazione*, cit. 52 y 130

⁸⁹ *Íd.* p. 28

constitución como la encarnación de un proyecto político. Tradiciones en las que, el juez constitucional tiene un rol estelar y único.

En la tradición norteamericana, la garantía de la Constitución “se atribuye al más <<neutro>> de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial”.⁹⁰

Por otro lado, en la segunda tradición, se “concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política”⁹¹. Aquí:

[...] la Constitución no se limita fijar reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas mediante el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, de principios, en suma, de cláusulas materiales que necesariamente inciden en lo que (...) se llama <<agenda política>>.⁹²

Este tipo de constitucionalismo tiene una influencia muy directa del poder político, pues es éste, en su momento, el que se “encarga de hacer realidad o, muchas veces, de frustrar cuanto aparece <<prometido>> en la Constitución.”⁹³

Estas dos tradiciones se conjugan en el neoconstitucionalismo y dan paso a una función de la ley fundamental con un fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional.⁹⁴ Esto resulta en un rol preponderante de los jueces, con serios riesgos de un activismo judicial ilimitado, en donde, a través de la Constitución, “el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediablemente la última palabra se encomienda a los jueces.”⁹⁵

Tal protagonismo judicial requiere, necesariamente, de una argumentación por parte del juez diferente a la que se tenía sin el neoconstitucionalismo. La validez de las normas o de las decisiones judiciales dependen, en este nuevo modelo neoconstitucionalista, de su adecuación

⁹⁰ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 108

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Id.*, p. 109

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Id.*, p. 110

formal y sustantiva a la Constitución y, de forma más vinculante, a su “consistencia práctica con ese horizonte de moralidad que preside y se recrea en la argumentación constitucional”.⁹⁶ Es así como la argumentación se convierte en vehículo fundamental para la justificación de sentencias y decisiones judiciales.

Esta argumentación, que se analizará en el segundo capítulo, tiene, en palabras de Carlos NINO, una apelación abstracta de principios morales y demás que recogen el pensamiento del juez, y por qué no, sus propias preferencias y *escogencias* morales:

Buena parte del desarrollo del constitucionalismo consiste, efectivamente, en la apelación en abstracto o en contextos específicos, en que se cuestiona una acción o medida del poder público o de grupos privados poderosos, a un conjunto de principios de moralidad social que tienen consecuencias que “atrincheran” a ciertos intereses básicos de los individuos frente a pretensiones de otros individuos, de la sociedad en conjunto, de los poderosos.⁹⁷

Nos preguntamos entonces, ¿son los jueces constitucionales quienes encarnan los deseos de un proyecto político? ¿Qué tan separados se han encontrado los jueces ecuatorianos, especialmente los jueces constitucionales, del poder político desde la introducción de este nuevo esquema constitucional? Creemos que es complicado que los jueces tengan la independencia suficiente del poder político de turno como para no levantar sospechas en su rol de defensores de un proyecto político.

GARCÍA AMADO recoge con exactitud dos problemáticas presentes en el constitucionalismo actual: la política judicial y la pugna de “morales”⁹⁸. La política judicial se refiere a la lucha por los nombramientos de magistrados de las cortes constitucionales y tribunales superiores, y por ende, de tener magistrados afines a una determinada aplicación de valores y principios constitucionales. Y la pugna de “morales” en donde los neoconstitucionalistas no dudan en que su “moral personal coincide, al menos en lo fundamental, con la moral objetiva de la Constitución”⁹⁹, y que sus ponderaciones

⁹⁶ Id., p. 103

⁹⁷ Carlos NINO. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea: Buenos Aires. 2005. Pág. 17 -18.

⁹⁸ Antonio GARCÍA AMADO. Prólogo en Jorge ZABALA EGAS. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Edilex. Quito. 2010. p. 17-36

⁹⁹ Id. p. 22

constitucionales no son nunca erróneas. De este modo, discrepan, por lo tanto, de aquellas ponderaciones que no coincidan con las suyas.

En este sentido, el neoconstitucionalismo tiene sus variantes en cada ordenamiento jurídico en el que desarrolla. Así, crece y copa la teoría jurídica a través de la jurisprudencia constitucional influenciada por la propia moral de los jueces. La jurisprudencia, entonces, no contempla únicamente juicios morales por parte de los jueces sino valoraciones políticas.

1.3.2 Garantismo constitucional

El neoconstitucionalismo no está completo sin el garantismo constitucional que asegura un efecto de irradiación del texto constitucional hacia todo el ordenamiento jurídico. El garantismo recoge una de las más importantes orientaciones del pensamiento jurídico que motivó la formación del primer Estado de Derecho.¹⁰⁰ Según FERRAJOLI, el paradigma garantista se encarga de “formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente” y además es “uno y el mismo que el actual estado constitucional de derecho”.¹⁰¹

PRIETO SANCHÍS concluye que “el constitucionalismo no equivale sin más a garantismo, pero sí representa el único marco institucional en que éste puede realizarse” ya sea como una modalidad del Estado de Derecho que impone límites formales y sustantivos al legislador democrático, como una filosofía política y como una teoría del Derecho.(...).¹⁰² El garantismo tiene sus propias herramientas a través de las acciones constitucionales contempladas en la Constitución del Ecuador y desarrolladas en otros textos normativos, en especial, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Existen varias acciones constitucionales para diferentes situaciones jurídicas, que a pesar de sus diferencias todas tienen un mismo final: la posibilidad de intervención de la Corte

¹⁰⁰ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 104

¹⁰¹ Luigi FERRAJOLI. *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal.* P. Andrés et al. (Trad.) Trotta, Madrid, 2001, pp. 851 ss. Citado por Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 103

¹⁰² Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 106

Constitucional como máximo intérprete de la Constitución y de los derechos y principios allí contenidos¹⁰³.

En lo que respecta a esta tesina, es importante señalar que dos de estas garantías, la acción extraordinaria de protección y la acción de protección han sido los principales instrumentos mediante los cuales los jueces constitucionales han ingresado en el campo del derecho privado ecuatoriano. Con estas herramientas la Corte Constitucional se ha inmiscuido en la órbita puramente privada y ha influido en las relaciones entre particulares. No es objeto de esta tesina el análisis procesal de estas dos garantías constitucionales ni su práctica en el Ecuador, así como tampoco el análisis de la acción de tutela contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁰⁴, ni la de medidas cautelares ni la acción de incumplimiento. Sin embargo, es de fundamental importancia recalcar que la aplicación de esas garantías constitucionales le abrió a la Corte Constitucional el camino para iniciar el proceso de constitucionalización del derecho privado.

Por otro lado se produce lo que PÉREZ LUÑO llama “el desbordamiento constitucional”¹⁰⁵. En este proceso de desbordamiento constitucional, en donde cualquiera puede acceder a la Constitución directamente y permanentemente, “es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional”, existiendo un grave

¹⁰³ La Corte Constitucional, citando a Antonio PÉREZ LUÑO se ha referido a que “Las garantías constitucionales son mecanismos efectivos, ágiles y eficaces que tutelan la protección oportuna frente a la violación de derechos. Son de trámite privilegiado sobre cualquier otra acción o recurso legal existente [...] (reconociendo que existen tres bloques de garantías): Garantías normativas; jurisdiccionales e institucionales. Las garantías normativas, sostiene Pérez Luño, se presentan cuando una Constitución contiene expresos dispositivos, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar su modificación, así como velar por la integridad de su sentido y función. Aquí podemos referirnos a la fuerza vinculante de los derechos constitucionales frente a los poderes públicos e incluso los particulares; la rigidez del procedimiento de reforma constitucional que evita la fácil alteración del contenido de estos derechos, la reserva de ley según la cual el legislador es quien debe desarrollar su contenido y no el ejecutivo, así como la cláusula que exige al legislador el respeto del contenido esencial de los derechos constitucionales. Las garantías jurisdiccionales son los procesos destinados a la protección de los Derechos Humanos que se ventilan, ya sea ante el poder judicial o ante un órgano especializado, sea una Corte o Tribunal Constitucional. Mencionado en Corte Constitucional. Sentencia No. 012-12-SIN-CC. Caso No. 0066-09-IN. Registro Oficial Suplemento 756 de 30 de Julio del 2012

¹⁰⁴ Al respecto, revisar la tesina de Carolina ARROYO. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado: La aplicación inmediata de derechos fundamentales/constitucionales entre particulares y la acción de protección*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. 2011.

¹⁰⁵ Antonio PÉREZ LUÑO. *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Sevilla. 1993. Citado por Luis Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 114.

riesgo en su aplicación debido a la subjetividad valorativa que pueden tener los jueces en su aplicación.¹⁰⁶

Esta omnipresencia constitucional, también conocida como el efecto irradiación sobre el ordenamiento jurídico ha implicado varias modificaciones al clásico Estado de Derecho. Se ha provocado una fuerte re materialización constitucional que induce al legislador a regular jurídicamente materias dictadas por la Constitución¹⁰⁷, es decir, que en el constitucionalismo, se ha pasado a considerar al ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 114.

¹⁰⁷ Id., p. 12-113

¹⁰⁸ Josep AGUILÓ REGLA. *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*. Doxa 24. 2001. pp. 454 y 456. Citado por Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 114.

CAPITULO 2: LOS JUECES Y LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO EN EL ECUADOR

El proceso de constitucionalización del derecho privado en el Ecuador tiene como gran protagonista al juez constitucional dentro del marco neoconstitucionalista ecuatoriano. En este escenario, el juez se ve obligado a adaptar sus decisiones al nuevo marco, teórico y práctico, que difiere del utilizado para sustentar sus decisiones hasta antes de la vigencia de la Constitución del 2008. Estas nuevas categorías conceptuales y herramientas constitucionales permiten que utilice los nuevos parámetros de la argumentación constitucional como justificación para todas sus decisiones y resoluciones. Dado que la argumentación está vinculada a la interpretación jurídica, es fundamental, por lo tanto, conocer los nuevos métodos de interpretación constitucional para comprender, que orientación han tenido y podrán tener en el futuro, las decisiones que afecten las relaciones contractuales en el derecho privado ecuatoriano.

La utilización de las reglas de interpretación previstas en la LOGJCC no está reservada, exclusivamente, para los magistrados de la Corte Constitucional, órgano que tiene la condición de máximo intérprete de la Constitución. También pueden recurrir a ellas los jueces, en general, cuando aplican directamente la Constitución y cuando, en su condición de jueces constitucionales, tramitan procesos constitucionales.

2.1 EL ACTIVISMO JUDICIAL: Los jueces constitucionales en el Ecuador

Los grandes actores en el proceso de constitucionalización del derecho privado y del neoconstitucionalismo en el Ecuador han sido, sin duda, los jueces apoyados en el peligroso activismo judicial. Convertidos todos ellos, inclusive los jueces de primera instancia, en jueces capaces de velar por los derechos constitucionales de los ciudadanos y de conocer, en la práctica jurídica, las acciones encaminadas a protegerlos, han ganado una importancia insospechada en el ordenamiento jurídico, inclusive, para impulsar la constitucionalización del derecho privado, mediante la aplicación directa de la Constitución, potestad constitucional atribuida también a estos jueces inferiores. Basta con mencionar el caso en que un juez de primera instancia de la Niñez y Adolescencia conoció una acción constitucional y resolvió

condenar a una conocida empresa al pago de 90 millones de dólares¹⁰⁹, o aquel caso en donde una Sala de la Corte Suprema de Justicia, bajo argumentos constitucionales, estableció una “casación de oficio” beneficiando a una parte que ni siquiera había solicitado el recurso de casación¹¹⁰. Evidentemente, los magistrados de la Corte Constitucional se encuentran en la primera línea del proceso de constitucionalización como intérpretes de la Constitución y encargados de la Acción Extraordinaria de Protección, con la que pueden revisar sentencias de casación en materia civil, contractual y comercial.

De acuerdo con el artículo 166 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), en la administración de justicia constitucional se incluye, entre los administradores de justicia constitucional, a los juzgados de primer nivel; a las Cortes Provinciales; a la Corte Nacional de Justicia, y, por último, a la Corte Constitucional. Esto ha permitido, en algunas oportunidades, que jueces sin el conocimiento constitucional necesario para argumentar en este nuevo escenario jurídico, cometan errores además de demorar los procesos. Así han lesionado derechos de los individuos.

Estos jueces se encuentran sujetos, de acuerdo con la LOGJCC, a los principios de la justicia constitucional (art. 2) y a las reglas de interpretación constitucional (art. 3), así como a los principios de orden procesal (art 4), que, necesariamente, deben ser adoptados al momento de resolver casos concretos. Es decir, ningún juez se encuentra exento de aplicarlos en su servicio judicial cotidiano.

En este sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) también incorpora los principios que guían la actividad de todos los miembros de la Función Judicial tales como la supremacía constitucional, la aplicabilidad inmediata y directa de las normas constitucionales, la seguridad jurídica, además de la interpretación integral de la norma, entre otras. Lo interesante de este Código, es que, según Santiago ANDRADE UBIDIA, la incorporación de los principios constitucionales en este cuerpo normativo responde a la necesidad de concientizar

¹⁰⁹ Corte Provincial de Justicia del Guayas. Tercera Sala de lo Penal. Caso No. 982-10-B, del 4 de Marzo de 2011.

¹¹⁰ En este caso, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia casó, de oficio, una sentencia en donde se establecía el monto económico debido, por una expropiación hecha por el Municipio de Guayaquil a la compañía PRESIN S.A. Bajo argumentos constitucionales, la Sala resolvió a favor de la empresa a pesar de que ésta no dedujo el recurso de casación sino que se conformó con la sentencia de la Corte Provincial de Guayaquil. No dejó de ser un caso polémico ya que se cuestionó la decisión como arbitraria en contra del Municipio. *Vid.* Corte Nacional de Justicia. Casación dentro del juicio de reivindicación No. 269-2011. 27 de diciembre de 2011.

de los cambios profundos que se han suscitado en la Función Judicial, cambios que han significado “[...] el fin de los espacios de poder y [...] privilegios de grupos.”¹¹¹ Para ANDRADE UBIDIA, esta incorporación de principios tuvo en cuenta

[...] la posición exageradamente legalista de nuestros operadores jurídicos, para quienes lo único que cuenta y que sienten les obliga es lo que aparece en el texto de la ley, que se resisten a aceptar la constitucionalización del derecho y que niegan toda validez a la doctrina y a los principios elaborados por ella.¹¹²

Para el jurista, estos principios son la base de una nueva administración de justicia “profundamente humana”.¹¹³

Sobre el mismo COFJ, ÁVILA LINZÁN manifiesta, que este responde al perfil de los servidores judiciales del siglo XXI, envueltos en nuevos retos y complejidades, donde su perfil tiene que ser creativo, activista y responsable que permita una justicia transformadora.¹¹⁴ Un rol creativo, puesto que, en sus palabras, no se duda hoy en día que el juez cree derecho en sus decisiones, y el debate se ha desplazado más bien a determinar en qué medida lo hace.¹¹⁵ Y un rol activista, debido a que los servidores judiciales deben ser políticos, redescubriendo “las funciones políticas que les han sido históricamente mutiladas”¹¹⁶.

Ha sido, precisamente, el escenario constitucionalista el que ha puesto al juez en un rol que antes le correspondía al legislador y que ha desembocado en un inevitable, activismo judicial. Para FERRAJOLI, el legislador fue quien abrió la puerta para que la formación jurisprudencial sea desordenada y pierda eficiencia. El autor, explica sobre la crisis del Estado de Derecho actual, que la “*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados” del viejo Derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores desordenados, que han abierto el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial en

¹¹¹ Santiago ANDRADE UBIDIA. “Reforma Judicial y Administración de Justicia en el Ecuador de 2008”. *La Transformación de la Justicia*. Santiago Andrade *et al.* (Ed.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008., p. 8

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Id.* p. 9

¹¹⁴ Luis Fernando ÁVILA LINZÁN. “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna”. *La Transformación de la Justicia*. Santiago Andrade *et al.* (Ed.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008., p. 55

¹¹⁵ *Id.* p. 56. El autor menciona en la cita al pie No. 39, bibliografía que sustenta este acabado debate. *Vid.* Nota 39. p. 56

¹¹⁶ *Id.*, p. 57

temas administrativos o privados que generan, inexorablemente, pérdidas de certeza y de eficiencia.¹¹⁷

En el caso ecuatoriano, el camino lo iniciaron los asambleístas constituyentes ecuatorianos, quienes al redactar la Constitución vigente desde el 2008 incorporaron categorías neoconstitucionalistas y consagraron a los jueces de la Corte Constitucional, en máximos intérpretes y jueces de última instancia en cualquier proceso constitucional, pudiendo incluso, como se mencionó en el primer capítulo de esta tesina, revisar y conocer sentencias con fuerza de cosa juzgada.

Este alcance ha sido de tal magnitud que, tal como expone LAPORTA respecto al amplio margen de maniobra que el neoconstitucionalismo otorga a los jueces frente a las limitaciones que sufre el Parlamento, “la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución”¹¹⁸.

Tal como dice FERRAJOLI, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”¹¹⁹

Esta irradiación del texto constitucional en el neoconstitucionalismo desemboca en lo que algunos llaman “la omnipotencia judicial”, macada por un activismo latente, debido a que cualquier materia de regulación legal nunca se verá exenta de una evaluación judicial en base a la Constitución.¹²⁰ De esta forma, el constitucionalismo ha cambiado las relaciones entre

¹¹⁷ Luigi FERRAJOLI. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”. Ponencia...*Óp. cit.* p. 20. En el mismo sentido, ZAGREBELSKY agrega que la época actual se ha visto marcada por la “pulverización” del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal sin generalidad o de bajo grado de abstracción. Agrega que, la ley ha desaparecido en gran medida por los grupos y estratos sociales que participan en el “mercado de leyes”. El jurista italiano se refiere a este proceso como la “contractualización” de los contenidos de la ley, como un acto de creación de grupos que influyen sobre el poder legislativo. Concluye diciendo que la ley de deja de convertirse en un factor de ordenación y más bien termina expresando un desorden. *Vid.* Luigi FERRAJOLI. Pasado y Futuro del Estado de Derecho...*Óp. cit.* p. 37

¹¹⁸ F. LAPORTA. “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”. *Doxa* 22.1999. pp. 321-330, p. 322. Citado por Santiago Sastre Ariza. *La Ciencia Jurídica ante el neoconstitucionalismo. Neoconstitucionalismo(s)*. Ed por Miguel Carbonell. Trotta. España. 2003 p. 242

¹¹⁹ Luigi FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Introducción de P. Andrés, trad. de P. Andrés y A. Greppi. Trotta, Madrid, 2002, p. 26. Citado por Luis Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 115.

¹²⁰ *Id.*, p. 120

legislación y jurisdicción y se ha roto esa manera estrictamente jerárquica que existía antes. Ahora se puede hablar de una relación simétrica, en donde las decisiones del legislador siguen vinculadas al juez pero “sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último”.¹²¹

Estos presupuestos elaborados por los asambleístas constituyentes y aprobados por la ciudadanía en el 2008 se han multiplicado e inclusive han encontrado justificaciones novedosas en las leyes posteriores. Esto ha sucedido, por ejemplo, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la cual se habla sobre el liderazgo que debe tener la Corte Constitucional en la constitucionalización del sistema jurídico, político y social, así como la función controladora del proceso de producción normativa:

[...]es indispensable ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y la supremacía constitucional; Que, para el logro de tal objetivo se requiere de una nueva ley que promueva el fortalecimiento de la justicia constitucional y el *proceso de constitucionalización del sistema jurídico, político y social, para que todas las prácticas institucionales y no institucionales se ajusten material y formalmente a las exigencias que se desprenden del texto constitucional*; Que, la justicia constitucional es una herramienta eficaz e idónea para hacer realidad las exigencias del texto constitucional, para asegurar la vigencia del principio democrático y para controlar eficazmente la actividad de los poderes públicos y de los particulares;

Que, se requiere de una normativa que asegure que toda disposición jurídica sea susceptible de control judicial constitucional, que proporcione al juez herramientas conceptuales, técnicas y prácticas, y pautas concretas y específicas para examinar la constitucionalidad material y formal del proceso de producción normativa, y que promueva la participación popular dentro de dichos procesos;

Que, se requiere asegurar que todos los jueces resuelvan todos los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas constitucionales, y que *la Corte Constitucional lidere este proceso de constitucionalización de la justicia* [...] [las cursivas son más]

La Corte Constitucional del Ecuador, en muchas ocasiones, ha reiterado el hecho que los jueces en el nuevo marco constitucional neoconstitucionalista han dejado de ser únicamente la

¹²¹ *Ibíd.*

“boca de la ley”. Al respecto, y resolviendo sobre una alegación de un accionante sobre el rol “pasado” de los jueces ha dicho:

[...] implicaría que los jueces accionados deben reducir su labor a la de meros "parlantes de la ley" sin tomar en cuenta que el Ecuador transita por un nuevo paradigma de modelo constitucional, denominado "neoconstitucionalismo", el mismo que, supera aquella propuesta formalista que decía que los jueces debían ser exclusivamente la "boca muda de la ley".¹²²

¿Qué propone entonces este “paradigma de modelo constitucional” para los jueces, quienes ya no sólo son la boca muda de la ley? En nuestro criterio, sobredimensiona sus poderes, los convierte en el verdadero amo de la Constitución y de la interpretación de los sujetos que allí se encuentren, sin que medie ningún contrapeso político, más que el favor de quienes en un inicio impulsaron su nombramiento. Al respecto, la Corte Constitucional ha mencionado en numerosas resoluciones su propio rol en el nacimiento, crecimiento y consolidación del Estado Social y Democrático de los Derechos destacando a los derechos humanos como *leitmotiv*:

Con el surgimiento del neoconstitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control y la jurisdicción constitucional con una magistratura especializada, capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos constitucionales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que *nazca, crezca y se consolide el Estado Social y Democrático de los Derechos*, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales para que todos los derechos sean para todas las personas.[...][las cursivas son mías]¹²³.

¹²² Gustavo JALKH ROBEN. Ponencia del Dr. Gustavo JALKH ROBEN "Jornadas de Reflexión para Aplicar la Constitución"; ver en "Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional"; Corte Constitucional del Ecuador, Ministerio de Justicia y derechos Humanos y Consejo de la Judicatura; Quito, diciembre de 2008; pág. 18. Cita mencionada en las sentencias: Corte Constitucional. Sentencia No. 064-12-SEP-CC, Caso No. 0341-10-EP. Registro Oficial Suplemento 718 de 06 de junio del 2012; Corte Constitucional. Sentencia No. 070-12-SEP-CC.Caso No. 0874-11-EP. Registro Oficial Suplemento 695 del 3 de mayo del 2012; Corte Constitucional. Sentencia No. 001-12-SEP-CC.Caso No. 1619-10-EP. Registro Oficial Suplemento 634 de 6 de febrero del 2012; Corte Constitucional. Sentencia No. 033-12-SEP-EC. Caso No. 0293-10-EP. Registro Oficial Suplemento 718 de 6 de junio del 2012.

¹²³ Cita mencionada en: Corte Constitucional. Sentencia No. 026-09-SEP-CC. Caso No. 0126-09-EP. Registro Oficial Suplemento 54 de 26 de octubre del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 007-09-SEP-CC. Caso No. 0050-08-EP. Registro Oficial Suplemento 602 del 1 de junio del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 011-09-SEP-CC. Caso No. 0038-08-EP. Registro Oficial Suplemento 637 del 20 de julio del 2009; Corte Constitucional. No. 821-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009; Corte Constitucional. No. 0889-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 014-09-SEP-CC. Caso No. 0006-08-EP. Registro Oficial 648 del 4 de agosto del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 069-10-SEP-CC. Caso No. 0005-10-EP. Registro Oficial Suplemento 372 del 27 de enero del

De igual forma, ha destacado la “metamorfosis” del papel del juez constitucional en el constitucionalismo moderno, que pasa a ser un juez guardián de los contenidos axiológicos de la Constitución y no un mero aplicador de reglas vigentes y sometidas a métodos exclusivamente exegéticos, con el objetivo de alcanzar la justicia material:

Uno de los efectos principales que trae consigo el Estado Constitucional previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República y el constitucionalismo contemporáneo, como nueva visión de la ciencia jurídica, es lograr la metamorfosis del papel que debe desempeñar el juez constitucional. Así, por ejemplo, de ser un juez supeditado a la regla vigente y sometido a métodos de interpretación exclusivamente exegéticos, pasa a ser el guardián de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución, aquellos que propenden alcanzar la justicia material¹²⁴.

En la misma resolución, en la cual la Corte Constitucional estableció la necesidad de expedir sentencias con efectos moduladores como característica del constitucionalismo, se verificó aún más el deseo de abandonar el “viejo” Estado Liberal de Derecho y alcanzar la justicia material a través del nuevo rol de los jueces, reivindicando su papel como creadores de derecho:

Es así que con el fin de precautelar dichos contenidos materiales, generalmente plasmados en derechos constitucionales, y con el objetivo de efectuar una adecuada reparación integral en los términos previstos en la Constitución de la República, el juez constitucional debe abandonar aquellas estructuras administrativistas propias del Estado Liberal de Derecho y que se plasmaban generalmente en sentencias típicas estimatorias (aquellas que se limitan a conceder la acción en caso de garantías; y a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad sin efectos moduladores en el tiempo, espacio o modo).

2011; Corte Constitucional. Nro. 1531-08-RA. Registro Oficial Suplemento 137 del 4 de agosto del 2009; Corte Constitucional. No. 1147-08-RA. Registro Oficial Suplemento 16 del 23 de octubre del 2009; Corte Constitucional. No. 0905-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009; Corte Constitucional. No. 1446-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009; Corte Constitucional. Nro. 0008-09-RA. Registro Oficial Suplemento 137 del 4 de agosto del 2009; Corte Constitucional. No. 0925-08-RA. Registro Oficial Suplemento 122 del 13 de mayo del 2009; Corte Constitucional. No. 0870-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009; Corte Constitucional. No. 1428-09-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009; Corte Constitucional. No. 1469-08-RA. Registro Oficial Suplemento 137 del 4 de agosto del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 0005-09-SAN-CC. Caso No. 0026-09-AN. Registro Oficial Suplemento 54 del 26 de octubre del 2009.

¹²⁴ *Ibíd.*

El juez constitucional, como creador de derecho y en armonía con el constitucionalismo contemporáneo y con el Estado Constitucional, debe acoplar sus decisiones a la búsqueda de una auténtica justicia material, la misma que se podrá alcanzar únicamente a través de una adecuada reparación integral, para ello, resultará necesario que el juez constitucional inserte sus fallos en aquella categoría de sentencias atípicas o modulatorias; que eviten la reproducción de vulneraciones a derechos constitucionales en casos futuros o similares (en el caso de garantías), y que finalmente pacifique y no agrave las consecuencias negativas que ya se han podido generar en la práctica.¹²⁵

Lo citado anteriormente sirve como ejemplo para entender la manera en que los jueces constitucionales se ven a sí mismos en el constitucionalismo moderno. En nuestro criterio, la argumentación constitucional es terreno fértil para conducir hacia la incertidumbre jurídica y hacia nuevos conceptos jurídicos que pueden surgir con cada criterio del juez¹²⁶. ¿Significa esto que las decisiones de los jueces constitucionales llevarán implícitos los criterios subjetivos de cada juez? ¿Dónde se encuentra esa delgada línea entre el juez con “boca muda” y el juez creador de derecho?

Para quienes defienden el activismo judicial, éste no es más que “la voluntad de tratar la decisión judicial como un poder autónomo y creativo destinado al desarrollo económico y político de la sociedad”¹²⁷, que espera, por parte de los jueces, una transformación de la

¹²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: T - 53 / 92; T- 203 / 02; T- 493/ 05, SU- 1023/01, T/ 153/98; T- 217/ 00; T 203/ 02; T/ 025/ 04, citadas en, Pablo ALARCÓN PEÑA, "La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana", en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (ed.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad*, 2009, p. 668. Citado en: Corte Constitucional. Sentencia No. 031-09-SEP-CC. Caso: 0485-09-EP. Registro Oficial Suplemento 98 del 30 de diciembre del 2009.

¹²⁶ Según Santiago SASTRE, en el neoconstitucionalismo no todos los juicios de valor llevan al ámbito incontrolable de la subjetividad. Esto debido a que no que se deben colocar todos los juicios de valor en un mismo plano. Existen juicios de valor tales como los que tienen un fuerte componente descriptivo, los que expresan valoración de un determinado grupo social, aquellos que justifican o aceptan ciertas decisiones y aquellos juicios en los que se propone algo. Y que las características del Estado constitucional contemporáneo han propiciado que a veces la dicotomía tan esencial como la de describir y prescribir no sea tan contundente o clara, pero no conlleva a la subjetividad. *Vid.* Santiago SASTRE. *La Ciencia Jurídica ante el neoconstitucionalismo. Neoconstitucionalismo(s)*. Ed por Miguel Carbonell. Trotta. España. 2003. p. 254

¹²⁷ Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia jurídica de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”, en Bonaventura De Sousa Santos, *“Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia” El caleidoscopio de la justicia en Colombia. Análisis socio jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 118. Mencionado por Luis Fernando ÁVILA LINZÁN. “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna...*Óp. cit.* p. 57

sociedad mediante una actividad judicial que sea “subsidiaria a la movilización y demandas sociales”¹²⁸

Estos riesgos los ha evidenciado Fabián CORRAL al referirse a lo que él llama la teoría de lo “metajurídico” como quiebre de la seguridad jurídica. Según él, la situación de la justicia a partir, especialmente, de la Constitución del 2008, se ha convertido en un caos ya que aquí es donde adquirió “connotaciones ideológicas” el abandono de la legalidad por parte del poder, de los jueces y de las autoridades. En pro de principios constitucionales puros y duros se inobservó la legalidad de las reglas y de los procesos y se generó una especie de “recreo de la legalidad”. Aquí “empezó a proliferar la arbitrariedad, la discrecionalidad, el abuso de las acciones constitucionales y una situación de inseguridad jurídica nunca antes registrada”.¹²⁹ Sobre los jueces, CORRAL dice que “se ha venido consolidando un ambiente de que “todo vale”, que no existe la cosa juzgada, que la competencia de los jueces no opera cuando el “hábil” encuentra el camino corto de las medidas cautelares, y cuando el juez de Tránsito resuelve igual un tema de propiedad intelectual que una disputa laboral”.¹³⁰

Además, luego de una lectura de los fallos de la Corte Constitucional ecuatoriana, se puede concluir la gran presencia de doctrina jurídica más que de interpretación de las normas constitucionales, lo que no hace sino contribuir al “todo vale”. Tal como menciona Farith SIMON sobre los fallos de la Corte Constitucional, éstos

[...] se suelen centrar prioritariamente en la doctrina, por sobre las normas constitucionales. Se acumulan citas de autores como si fueran trabajos de carácter académico, muchas son parciales o sin análisis del alcance, contexto o ideología detrás de esas ideas o definiciones asumidas como propias.¹³¹

¹²⁸ Perfecto Andrés IBÁÑEZ, “Legalidad, jurisdicción y democracia”. *Poder Judicial y democracia. Jueces demócratas o democracia de los jueces*. Bogotá: Fundación para la Investigación y la Cultura FICA. 2005. p. 28. Mencionado por Luis Fernando ÁVILA LINZÁN. “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna... *Óp. cit.* p. 57

¹²⁹ Fabián CORRAL. “Lo “metajurídico” y el caos”. Artículo de Opinión. Diario El Comercio. 7 de febrero del 2013. p. 11

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ Farith SIMON. “La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana” (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”). *Revista Iuris Dictio* No. 13. Publicación del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. 2010. p. 9-10

SIMON se refiere, entre otros casos, al tratamiento que dio la Corte Constitucional ecuatoriana al derecho de propiedad, reconocido por la Constitución del 2008 (Art. 321 y Art. 66 núm. 26). En la sentencia que analiza el autor¹³², la Corte, luego de citar la diferenciación de Ferrajoli acerca de “derechos fundamentales” y “derechos patrimoniales”, negó una acción extraordinaria de protección que se refería a una disputa sobre un bien inmueble. La Corte concluyó que, al tratarse el asunto de fondo sobre derechos de posesión y el derecho de propiedad, estos no eran derechos fundamentales y por lo tanto no existía una violación de derechos constitucionales susceptibles de ser ventilados por la vía constitucional. La Corte al parecer se “olvidó” de que el artículo 94 de la Constitución “no deja dudas de que la acción extraordinaria de protección cubre a todos los derechos constitucionales, es decir se incluye al derecho de propiedad [...]”¹³³

Así, la CC ha manifestado lo siguiente:

[...] el derecho constitucional a la propiedad, entendido como la posibilidad de que todas las personas puedan llegar a ser propietarios, reúne las cuatro características; que Ferrajoli, atribuye a los derechos fundamentales. Sin embargo, el derecho constitucional a la propiedad se manifiesta en derechos infraconstitucionales de carácter patrimonial o real, sobre los cuales el legislador o la administración tienen una libertad de configuración mucho más amplia, libertad que se extiende a los particulares a través de la autonomía ejercitada en los contratos.¹³⁴

Es importante mencionar esta apreciación puesto que, bien podría la Corte Constitucional, en un futuro, tratar al derecho a la libertad de contratación (Art. 66 núm. 16) de alguna forma que no permita a las personas denunciar su violación en sede constitucional. Como vemos, si ya la Corte Constitucional dio un tratamiento especial al derecho a la propiedad, podría hacer

¹³² Cfr. Análisis de Farith SIMON sobre sentencia: Corte Constitucional. Caso No. 0177-09-EP del 11 de marzo del 2010. Id., p. 27-28

¹³³ Id., p. 28. Aclaremos, sin embargo, que a pesar de que la Corte Constitucional le ha dado este tratamiento al derecho constitucional a la propiedad, en varias sentencias sí lo ha precautelado y lo ha defendiendo. Algunas de ellas han llegado a la Corte Constitucional bajo el argumento de la vulneración al debido proceso. Esto ocurrió en un caso en donde, un auto de adjudicación emitido por un juez, dispuso el remate y la entrega de un bien inmueble con linderos y superficies ausentes y no concordantes con las que constaban en el acta de embargo. Aquí, la Corte Constitucional inclusive se refirió a lo dicho por la CIDH sobre el derecho a la propiedad, con la finalidad de defenderlo. *Vid.* Corte Constitucional. Sentencia No. 011-11-SEP-CC. Caso No. 0480-09-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 555, el 13 de octubre del 2011.

¹³⁴ Corte Constitucional. Causa No. 0162-09-EP. Mencionado por Richard Honorio GONZÁLEZ DÁVILA. *La acción de protección frente a...* *Óp. cit.* p. 30

lo mismo con el derecho a la libertad de contratación sustentándose en alguna doctrina de su gusto.

A continuación se presentarán los nuevos criterios de interpretación constitucionales a los que tiene que acoplarse este nuevo juez constitucional creador de derecho. Este análisis de esos criterios tiene como finalidad la de comprender que al momento de argumentar sobre la violación o no de derechos fundamentales en un caso concreto, el nuevo juez tiene varias posibilidades de maniobra jurídica para imponer juicios de valor y planteamientos puramente subjetivos. En el tercer capítulo de esta tesina veremos cómo esos nuevos criterios han incidido en la interpretación de contratos de derecho privado en la jurisprudencia ecuatoriana y en otras jurisdicciones.

2.2 LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO EN EL ECUADOR

2.2.1 Los nuevos parámetros de interpretación constitucional en el Ecuador

Es evidente que con el neoconstitucionalismo varios de los métodos y técnicas para explicar, entender y resolver los problemas jurídicos han cambiado. Ahora nos encontramos frente a principios, reglas y valores constitucionales que implican nuevas maneras de aplicar el derecho por parte de los jueces y el abandono a categorías tradicionales como la subsunción o el silogismo jurídico. Este cambio lo explica muy bien PRIETO SANCHÍS cuando describe a esta nueva teoría frente a lo que pasaba antes:

[...] más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.¹³⁵

¹³⁵ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, p. 117. El autor agrega como nota al pie de este párrafo: “Resumo aquí la caracterización más o menos coincidente que ofrecen distintos autores como R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., pp. 159. ss.; G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., pp. 109 ss.; R. Guastini, <<La constitucionalización del ordenamiento

La nueva teoría neoconstitucionalista deviene también en una nueva teoría de la interpretación, abierta a exigencias de justificación o argumentación que el positivismo nunca exploró o pudo prever.¹³⁶ En este marco constitucional “es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional”¹³⁷ PRIETO SANCHÍS agrega que detrás de cada precepto legal siempre habrá una norma constitucional que influya de alguna manera en el mismo, ya sea confirmándolo o contradiciéndolo y enumera varios conceptos que tendrán alguna relevancia constitucional.

Esto ha obligado a los jueces a adaptarse a nuevos criterios de interpretación. Tal como menciona CARBONELL:

[...] los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro personae, etc.¹³⁸

En este sentido, la Corte Constitucional se ha referido a esta nueva interpretación constitucional en una extensa sentencia interpretativa¹³⁹ sobre los artículos 114, 130, 146 y

jurídico: el caso italiano>>, cit., pp. 153 ss. Puede verse también mi *Constitucionalismo y positivismo*, cit., pp. 15 ss”.

¹³⁶ Id., p. 118

¹³⁷ Id., p. 119

¹³⁸ Miguel CARBONELL. *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales..Op cit.* p. 25. Citado por Marcel Jaramillo. *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho... Óp. cit.* p. 64

¹³⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0020-09-IC. Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre del 2010. La Corte menciona: “En primer lugar, es preciso aclarar que la interpretación de la Constitución es una labor permanente de la Corte Constitucional en el desarrollo de todas sus competencias constitucionalmente atribuidas, puesto que las diferentes funciones de la propia Corte, solamente son posibles interpretando la norma fundamental en todo su contexto y para cada caso en donde tenga que aplicarse la misma. "No es que la Corte tiene por un lado una supuesta labor de interpretar la Constitución, y por otro lado otras competencias o funciones. Por el contrario, todas estas otras funciones son posibles solo interpretando la Constitución" Esta es una cita que menciona la Corte de Agustín GRIJALVA. "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional". *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*. Santiago Andrade (Ed.) et al. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 275.

148 de la Constitución en referencia a la “muerte cruzada¹⁴⁰” constitucional entre el Presidente de la República y la Asamblea Nacional. Aquí, la Corte manifestó que las características de la interpretación constitucional eran sin duda la de optar por una posible interpretación de entre muchas¹⁴¹, en donde la “la interpretación jurídica es el género, en tanto que la interpretación constitucional es la especie, y se diferencia esta última de la primera por su objeto, sus finalidades, por el intérprete, etc.”¹⁴². La labor de interpretación surge cuando no se vislumbra una posible solución clara frente a un problema jurídico constitucional, e involucra, siempre, una interpretación de la Constitución por parte de los jueces cuando ésta sea aplicada a casos concretos.

Citando a Konrad HESSE¹⁴³, la CC menciona que esta interpretación constitucional puede darse de dos maneras, interpretando la Constitución cuando se tiene que aplicar una “norma constitucional de forma directa e inmediata sin confrontarla con otra norma de rango inferior”, o una interpretación “desde la Constitución cuando tenemos que resolver un problema jurídico en atención a una norma de rango inferior confrontándola con el texto constitucional”. En ambos casos, se llegará a un resultado correcto a través de un procedimiento racional que no signifique una simple resolución judicial¹⁴⁴.

La CC agrega que,

Si la finalidad de toda interpretación constitucional es extraer el sentido de la norma para aplicarlo a un caso en concreto permitiendo la actuación práctica del ordenamiento constitucional en su integridad, expandiendo al máximo la fuerza normativa del texto constitucional -una suerte de constitucionalización del ordenamiento jurídico ordinario- eligiendo la solución correcta al caso desde el punto de vista de la norma fundamental; defendiendo la fórmula política contenida en el sistema constitucional, y además propender a la integración del ordenamiento constitucional, la conclusión del intérprete, para el caso en

¹⁴⁰ Facultad de disolución de la Asamblea Nacional a cargo del Presidente de la República y posibilidad de destitución del Presidente de la República, que puede ejercerse por una sola vez dentro de los tres primeros años del mandato presidencial en el primer caso, y dentro de los tres primeros años del período legislativo en el segundo caso. Casos en los cuales, no podrá volver a utilizarse este mecanismo en lo que reste del periodo anterior, ya que se está culminando un periodo anterior y no iniciando uno nuevo.

¹⁴¹ Arturo HOYOS. *La interpretación constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 2. Citado por la Corte Constitucional en ibíd.: Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0020-09-IC

¹⁴² Ibíd.

¹⁴³ Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 37. Citado por la Corte Constitucional en ibíd.: Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa. No. 0020-09-IC

¹⁴⁴ Ibíd.

análisis -la Corte Constitucional- hará uso de una elección motivada que se funda en razones suficientes frente a otras interpretaciones que se puedan derivar del texto constitucional a ser interpretado.¹⁴⁵

La CC describe a la interpretación constitucional como aquella actividad mediadora entre un caso real y la norma que “es siempre necesaria cuando de aplicar un texto se trata o simplemente cuando se pretende ejercer un derecho por parte de los administrados, así como también para adecuar sus comportamientos a los mandatos constitucionales.”¹⁴⁶

Ahora bien, la CC también reconoce que existen problemas a los que se enfrenta la interpretación constitucional al momento de interpretar las normas constitucionales, entendiéndose como normas a los principios y reglas que componen los sistemas jurídicos constitucionales, originados debido a que las normas “son generalmente normas téticas, abstractas, ambiguas y abiertas que presentan de modo fragmentario una obligación jurídica”.¹⁴⁷

Esta labor interpretativa del juez requiere nuevos razonamientos jurídicos, según la CC, fundados en la finalidad objetiva de la norma y la solución más justa dentro del contexto regulador de la norma y dentro del orden político y social adoptado en la Constitución. Aquí, los cuatro métodos de interpretación de las normas jurídicas propuestos por Savigny (gramatical, histórico, el lógico y el sistemático) resultan insuficientes debido a la gran cantidad de principios y valores que componen los textos constitucionales actuales, los mismos que no tienen una condición fáctica específica. Sin embargo, agrega la Corte, esa insuficiencia de los métodos de interpretación propuestos por Savigny, no son válidos o innecesarios en la interpretación constitucional, esto debido a que:

[...] en la interpretación constitucional, no importa el rigor del método, ni es forzoso el uso de uno solo, porque siendo la Constitución un instrumento de gobierno, un mecanismo para asegurar el respeto y promoción de la dignidad de la persona y un cause por el que ha de deslizarse la acción del Estado para la consecución del bien común, su interpretación debe servir a estos propósitos, con cualquier método[...]¹⁴⁸

¹⁴⁵ La Corte Constitucional cita lo planteado por Arturo HOYOS. *La interpretación constitucional...Óp. cit.* p. 13. Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa. No. 0020-09-IC

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa. No. 0020-09-IC

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ Julio CÉSAR TRUJILLO. *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, 2da edición, Quito, 2006, p. 158. Citado por la Corte Constitucional en *ibíd.*

En este caso concreto, la CC utilizó el método de interpretación literal de la norma constitucional para resolverlo, sin utilizar otros métodos “modernos” de interpretación, como llama al método evolutivo, al sistemático, al tópico, y a herramientas como la ponderación constitucional o el test de razonabilidad o proporcionalidad.¹⁴⁹

2.2.2 Valores, principios y reglas presentes en la interpretación constitucional del Derecho Privado.

En la interpretación constitucional se menciona constantemente la existencia de valores, principios y reglas constitucionales que se mezclan en la labor interpretativa del juez. Sin embargo, su diferenciación resulta complicada debido a las abundantes disposiciones, de todo tipo, que tienen los textos constitucionales, especialmente la Constitución del Ecuador, que, además, de valores, principios y reglas incorpora políticas públicas específicas a ser ejecutadas por el Estado. Como se anotó previamente en el primer capítulo de esta investigación, es evidente que el neoconstitucionalismo ha incorporado a los principios constitucionales dentro de la labor interpretativa del juez, que ahora, en su labor de constitucionalizar el derecho privado, los ha irradiado a todas las normas inferiores. Sin embargo, ¿cómo se caracteriza un valor, un principio o una regla constitucional? ¿Se encuentran únicamente en los textos constitucionales o también en cuerpos legales como el Código Civil? ¿Qué valores, principios y reglas encontramos actualmente en la interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del Derecho Privado?

En este escenario neoconstitucionalista en que nos desenvolvemos actualmente, la CC, ha mencionado que:

[El] Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado. El constitucionalismo tradicional era, sobre todo, una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método.¹⁵⁰ (Contenido material del

¹⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa. No. 0020-09-IC

¹⁵⁰ Alfonso GARCÍA FIGUEROA. “La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo”, en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* España, Editorial Trotta, 2003, p. 165. Citado por la Corte Constitucional en: Corte Constitucional. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. Caso No. 0005-08-AN. Registro Oficial Suplemento 566 del 8 de abril del 2009. En esta sentencia, la Corte Constitucional analiza si una interpretación constitucional del Procurador General del Estado ecuatoriano, donde éste realizó un juicio de ponderación entre preceptos

constitucionalismo que) [...] encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Así, dentro de una adecuada interpretación constitucional, las reglas deben ser interpretadas siempre a la luz de los principios y valores previstos en la Constitución. Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura (normas téticas), torna necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de Derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales¹⁵¹

2.2.2. 1 Valores constitucionales

Definir lo que se entiende por valor constitucional es complicado teniendo en cuenta su vinculación a los principios, también constitucionales. Sin embargo, para aclarar su diferenciación, Robert ALEXY¹⁵² ha considerado la “división de conceptos prácticos” de VON WRIGHT¹⁵³. VON WRIGHT divide a los conceptos prácticos en tres grupos: conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos. Los conceptos deontológicos son aquellos que se refieren a un mandato o un deber ser, que pueden ser, verbigracia, un mandato, una prohibición, un permiso o un derecho a algo. Por otro lado, los conceptos axiológicos se refieren a aquello que en varios criterios se cataloga como “bueno”. Es aquí en donde algo es visto como bello, democrático, liberal o social. Los conceptos antropológicos se refieren, en cambio, a los de voluntad, interés o necesidad, entre otros¹⁵⁴.

Para entender la diferenciación decisiva entre un principio y un valor, ALEXY menciona que “los principios son mandatos de un determinado tipo, a saber, mandatos de

constitucionales sobre prohibir la importación de vehículos de hasta tres años de fabricación a favor de la población discapacitada y sus derechos, fue constitucional o no lo fue.

¹⁵¹ Carlos BERNAL PULIDO, “La Racionalidad de la Ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.44. Citado por la Corte Constitucional en: Corte Constitucional. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. Caso No. 0005-08-AN.

¹⁵² Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Carlos Bernal Pulido (Trad.) Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 118.

¹⁵³ G. H. v. WRIGHT, *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1963. [traducción castellana de Roberto J. Vernengo, *La Lógica de la preferencia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria Buenos Aires, 1967 pág. 7. Mencionado por Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 118.

¹⁵⁴ Una explicación más detallada de los conceptos antropológicos la encontramos en la nota 162 del libro de Robert ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales...Óp. cit.* p. 119

optimización”¹⁵⁵ Esto, por lo tanto, los hace pertenecer al ámbito de lo deontológico. En cambio, los valores se “adscriben al nivel axiológico”¹⁵⁶, comprendidos ya sea como algo que “tiene un valor y algo que es un valor”¹⁵⁷ donde ya nos encontramos con la existencia de juicios de valor (clasificatorios, comparativos y métricos) y criterios de valoración *per sé*, susceptibles de ser ponderados¹⁵⁸. ALEXY concluye que la diferencia entre principios y valores se reduce a que “lo que en modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva”.¹⁵⁹

Tomando en cuenta esta diferenciación podríamos concluir que, la Constitución del Ecuador, en referencia a los valores que atienen a los contratos privados, reconoce la <<libertad¹⁶⁰>>, la <<igualdad>> y la <<seguridad>>, entre otros. Y reconoce principios como la <<libertad de contratación>> contenida en el numeral 16 del Art. 66.

Es importante anotar, sin embargo, las confusiones que se pueden originar por la semántica utilizada en la Constitución. Por ejemplo, el numeral 15 del Art. 66 de la Constitución establece que “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, *conforme* a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.” De aquí podríamos inferir que lo que en realidad son valores constitucionales, tales como la libertad, la solidaridad y la responsabilidad, se mezclan en una norma constitucional y adquieren una categoría de principios. En tanto, la solidaridad o la responsabilidad¹⁶¹ se convierten en valores a respetar al momento de desarrollar actividades económicas, sean éstas individuales o colectivas, convirtiéndose en mandatos de optimización a ser respetados.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Id.* p. 120

¹⁵⁸ ALEXY se refiere a estos tipos de juicios de valor y plantea ejemplos. *Vid.* *Id.* p. 120-134.

¹⁵⁹ *Id.* p. 125

¹⁶⁰ La Constitución ecuatoriana menciona la palabra “libertad” en 72 oportunidades.

¹⁶¹ La responsabilidad social y ambiental, en nuestro modo de ver, constituyen principios en tanto engloban un mandato de optimización.

2.2.2. 2 Principios y reglas constitucionales

El constitucionalismo moderno también ha puesto en el debate los principios y las reglas constitucionales. Como hemos mencionado en esta investigación, la Corte Constitucional ecuatoriana ha mencionado en reiteradas ocasiones el paso de un derecho legalista, marcado por reglas, a uno marcado por principios constitucionales. En este sentido, Jaime BASSA ha dicho que “la constitucionalización tanto de los derechos como de los principios significa la completa superación del Estado de Derecho legislativo, constatándose la diferencia entre reglas y principios.”¹⁶² Otros juristas han hablado también del paso del derecho por reglas al derecho por principios.¹⁶³ ¿Significa esto que se han abandonado completamente las reglas y toda controversia resulta, inevitablemente, en una controversia de principios? En parte si, ya que cualquier controversia jurídica, incluso en el ámbito de los contratos entre privados, podría llegar a manos de los jueces, quienes al aplicar la Constitución en sus decisiones se encontrarán, necesariamente, con una multitud de principios que ponderar y aplicar en un caso concreto.

Es fundamental, en primer lugar, diferenciar a un principio de una regla y luego analizar los conflictos entre principios constitucionales. A diferencia de los valores, tanto las reglas como los principios son normas porque establecen lo que es debido, ya que

[...] ambos pueden ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente¹⁶⁴.

Se trata, por lo tanto de dos tipos de normas que tienen que ser distinguidas. La distinción entre reglas y principios tiene algunos criterios encontrados¹⁶⁵. Existen aquellos que no admiten una diferenciación por la pluralidad de normas y principios, aquellos que miran una

¹⁶² Jaime BASSA MERCADO. *El Estado Constitucional de Derecho*. 2da. ed. Santiago: Legal. Publishing, 2009, p. 102. Citado por Marcel Jaramillo. *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de... Óp. cit.* p.53

¹⁶³ Vid. Claudia ESCOBAR. “Del derecho por reglas al derecho por principios”. *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*. Min. Justicia, Quito, 2010. pp. 207-253

¹⁶⁴ Robert ALEXANDER. *Teoría de los Derechos Fundamentales... Óp. cit.* pp. 64-65

¹⁶⁵ Revisar la crítica de Luigi Ferrajoli a la diferenciación entre reglas y principios. Vid. Luigi FERRAJOLI. *Un debate sobre el neoconstitucionalismo... Óp. cit.* pp. 31-41

distinción gradual, en donde se observa el grado de generalidad de las normas, y aquellos que ven la distinción entre normas y principios por su diferencia cualitativa.¹⁶⁶ Es precisamente la distinción cualitativa de las normas las que nos permite diferenciar los principios de las reglas. Esto se evidencia, como dice ALEXY, ya que

[...] los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. [...] Toda norma es o bien una regla o un principio.¹⁶⁷

Frente a esto, el principio constitucional sobre la libertad de contratación, reconocido y garantizado por la Constitución se diferenciaría, por ejemplo, de la regla contenida en el art. 1461 del Código Civil¹⁶⁸ que establece condiciones expresas para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. En este caso, el principio constitucional sobre la libertad de contratación no podría ser realizado si quien se obligara por un acto de voluntad sea alguien no legalmente capaz, como establece la primera condición del artículo 1461 del Código Civil. Es decir, aquí el principio constitucional no encontraría posibilidades jurídicas y reales existentes para ser cumplido en mayor grado.

Fuera de este escenario, y retomando la cantidad de principios constitucionales contenidos en el texto constitucional, ¿cómo se resolvería un problema en el neoconstitucionalismo frente a varias normas y principios que pueden entrar en colisión?

Es fundamental anotar aquí que nos referimos a principios constitucionales, es decir principios reconocidos en la Constitución como tales. Es problemático tomar en cuenta aquellos que sin ser constitucionales han sido pilar fundamental de la historia jurídica y se los ha llegado a conocer como principios generales del Derecho. Según PRIETO SANCHÍS, “una de las

¹⁶⁶ Cfr. Robert ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, pp. 66-67.

¹⁶⁷ Id. pp. 67-68

¹⁶⁸ Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

características del neoconstitucionalismo es que los principios predominan sobre las reglas” y agrega que estos principios son diferentes a los tradicionales principios generales del Derecho.¹⁶⁹

Sobre la aplicabilidad de múltiples principios constitucionales y su colisión al momento de ser aplicados se ha presentado un gran debate. Este ejercicio jurídico se pone en evidencia cuando los principios constitucionales chocan entre ellos, ya que conflictos internos entre ellos se resolverían mediante el método de ponderación, diferente al que se aplicarían entre reglas en conflicto¹⁷⁰. Ya no se trata de ver si una de las normas no es válida frente a la otra, o si existe una excepción a la otra como en el criterio de especialidad, sino en ponderar dos principios que siguen siendo simultáneamente válidos para solucionar un problema en concreto.¹⁷¹

Esta colisión nos lleva al escenario de la interpretación de los principios, teoría que también presenta un gran debate filosófico, y en donde se mira que no existe teoría alguna que sea únicamente fundada o alentada en el neoconstitucionalismo, o alguna que no lo tome en cuenta. Existen defensores de la unidad de solución correcta (paleopositivismo) tales como Dworkin, de la discrecionalidad débil como Alexy o de la discrecionalidad fuerte tales como Guastini o Comanducci. Las tesis de Kelsen y Hart también están relacionadas debido a su discrecionalidad moderada.¹⁷²

Ahora bien, ¿la cantidad de principios constitucionales a interpretar es algo positivo o algo negativo? Según PRIETO SANCHÍS, el problema es la inexistencia de una teoría de la argumentación especialmente refinada que pueda compensar el déficit de determinación de los principios, que si bien son inconcretos nos presentan, a través de normas sustantivas en la Constitución, pautas o estándares normativos en donde antes solo existía discrecionalidad o indeterminación ahora existe una “(...) pre-determinación de los contenidos indeterminados

¹⁶⁹ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, p. 126

¹⁷⁰ Robert Alexy menciona las posibles soluciones a reglas en conflicto. *Vid.* Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales...Óp. cit.* pp. 69-70

¹⁷¹ *Id.*, pp. 81 ss. Mencionado por Luis Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, p.126

¹⁷² Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, p. 130

(...) [en donde el] Tribunal Constitucional se convierte, en su labor de concretización de su alcance, de modo específico, en el señor de la Constitución”¹⁷³

La problemática acerca de los métodos de interpretación que se han implementado frente a principios en el neoconstitucionalismo implica una mayor ponderación y una menor subsunción¹⁷⁴, debido a que las Constituciones han incrementado en cantidad las normas que se llaman principios, y esto presenta nuevos desafíos en la interpretación.¹⁷⁵ Será entonces, como ha mencionado la Corte Constitucional, facultad del Pleno de la Corte Constitucional, a partir de la ponderación de derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso.¹⁷⁶

Ahora bien, el mayor problema surge cuando nos enfrentamos a una variedad de principios que no sólo están presentes en la Constitución sino en otros instrumentos jurídicos, en nuestro caso particular por motivo de este estudio, en el Código Civil. Varios principios ya se encontraban presentes en leyes antes de que fueran incorporados a la Constitución, muchos de ellos han sido expresados de manera explícita en el texto constitucional cuando en realidad se encontraban de manera implícita a través de varios principios generales del Derecho.¹⁷⁷

Tal como explica PRIETO SANCHÍS, “las pautas normativas que suelen recibir el nombre de principios, como la libertad o la igualdad, estaban y siguen estando presentes en la leyes en forma de apelaciones al orden público, a la moralidad, a la equidad, etc.; y no creo que a primera vista se adivinen diferencias en la forma de aplicación de todas estas pautas”.¹⁷⁸

Sin embargo, en el caso de los contratos en el Ecuador, cabe preguntarnos si un principio general del Derecho tal como “el principio de la autonomía de la voluntad” se encuentra en

¹⁷³ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales*. trad. De J. Ll Requejo e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993. pp.135 ss. Citado por Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, p. 131

¹⁷⁴ Sobre el paso del modelo de la subsunción al de la ponderación como resultado del cambio entre positivismo y post-positivismo. *Vid.* Josep AGUILÓ REGLA. “Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho 30. 2007. pp. 665-675

¹⁷⁵ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, p. 131

¹⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. Caso No. 0005-08-AN. Registro Oficial Suplemento 566 del 8 de abril del 2009.

¹⁷⁷ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, pp. 129-130

¹⁷⁸ *Id.*, p. 130

realidad contenido en el derecho reconocido en la Constitución a la libertad de contratación. ¿No se refieren acaso a distintos ámbitos de los contratos?

2.2.2. 3 Principios y reglas de la justicia constitucional ecuatoriana

Luego de analizar los valores, los principios y las reglas constitucionales, es fundamental, para entender el proceso de constitucionalización del derecho privado, examinar aquellos principios de la justicia constitucional y aquellos métodos y reglas de interpretación judicial que son mandatorios para los jueces ecuatorianos, esto es, para los operadores de justicia que deciden, entre otros temas del derecho privado, sobre los contratos.

La Constitución establece, en el art 11, algunos de los principios por los cuales se deberá orientar la protección de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Establece, por ejemplo, que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (numeral 4), o que, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (numeral 5). De igual manera menciona la justiciabilidad plena de los derechos, sin que se pueda alegar falta de norma jurídica para su violación o desconocimiento (numeral 3). Sobre el contenido de los mismos prescribe que se desarrollarán de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas (numeral 8). Con una orientación iusnaturalista la Constitución reconoce los “derechos derivados de la dignidad humana” de las personas que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento (numeral 7).

Sin embargo de lo prescrito por la Constitución, un alcance más específico de las guías que deben seguir los jueces constitucionales se encuentra en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)¹⁷⁹. Es aquí donde se plantean los principios de la justicia constitucional, los métodos y reglas de interpretación constitucional y los principios procesales que orientan la acción de los jueces. Por la relevancia para el análisis de esta investigación los reproducimos a continuación:

¹⁷⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 del 22 de octubre del 2009

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

1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.
2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.
3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.
4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.
2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.
3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.
4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.
5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.
6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.
7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.
8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere

necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

1. Debido proceso.- En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Aplicación directa de la Constitución.- Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
3. Gratuidad de la justicia constitucional.- El acceso y el servicio de la administración de justicia constitucional es gratuito, sin perjuicio de la condena en costas y de los gastos procesales a que hubiere lugar de conformidad con el reglamento que la Corte Constitucional dicte para el efecto.
4. Inicio por demanda de parte.- Salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por demanda de parte.
5. Impulso de oficio.- La jueza o juez tiene el deber de impulsar de oficio los procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión, salvo en los casos expresamente señalados en esta ley.
6. Dirección del proceso.- La jueza o juez deberá dirigir los procesos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia.
7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.
8. Doble instancia.- Los procesos constitucionales tienen dos instancias, salvo norma expresa en contrario.
9. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.
10. Comprensión efectiva.- Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.
11. Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:

- a) Concentración.- Reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas, en el menor número posible de actuaciones y providencias. La jueza o juez deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales.
- b) Celeridad.- Limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias.
- c) Saneamiento.- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen.

12. Publicidad.- Los procedimientos previstos en esta ley serán públicos, sin perjuicio de las medidas especiales que tome la jueza o juez para preservar la intimidad de las personas o la seguridad del Estado.

13. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

14. Subsidiaridad.- Se tomarán en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional.

Es importante mencionar que otros métodos de interpretación constitucional como el del contenido esencial o núcleo duro de los derechos, que resulta de una combinación de los métodos de interpretación teleológicos y sistemáticos¹⁸⁰ han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional y no se encuentran descritos en la ley. Su incorporación al espectro jurídico ha sido dada a través de las interpretaciones de los jueces constitucionales.

2.2.3 Superación del método de subsunción jurídica en los principios constitucionales

Los criterios de resolución de antinomias, el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad se suele considerar que ya no son operativos en la esfera del juez constitucional. Tampoco la técnica de la subsunción es aplicable a principios y derechos constitucionales, debido a que:

[...] un mismo caso resulta subsumible en dos derechos o principios tendencialmente contradictorios, como ocurre con la libertad de expresión y el derecho al honor, con la libertad en general y la seguridad colectiva o con el derecho de propiedad y los derechos sociales.¹⁸¹

Este proceso genera que no exista tema alguno en el que la complicada telaraña constitucional no tenga algo que decir, a través de los jueces, inclusive en el mínimo acto administrativo o en cualquier relación entre privados.¹⁸²

Debido al amplio margen de actuación que dejan los preceptos constitucionales, en donde el razonamiento lógico formal dice muy poco acerca de la aplicación de los principios, el

¹⁸⁰ Sobre este método de interpretación constitucional. *Vid.* Corte Constitucional. Sentencia No. 068-12-SEP-CC. Caso No. 1183-11-EP. Registro Oficial Suplemento 695 del 3 de mayo del 2012.

¹⁸¹ Luis PRIETO SANCHÍS. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales...Óp. cit.*, p. 127

¹⁸² *Id.*, p. 128

método de subsunción se queda sin piso. Es por eso que criterios como el jerárquico, el cronológico y el de especialidad dan paso a la operación argumentativa de la ponderación¹⁸³.

La Corte Constitucional se ha referido al abandono del método de subsunción al mencionar que esto responde a una nueva tendencia:

Es así que de conformidad con el Estado Constitucional, con el nuevo papel que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional, bajo una nueva tendencia de ver o entender el derecho y con la búsqueda de un auténtico derecho jurisprudencial que vaya más allá de una mera subsunción de reglas vigentes y que se preocupe por los contenidos materiales o axiológicos¹⁸⁴

Según la Corte Constitucional, el abandono de la subsunción jurídica responde a una diferencia fundamental entre la Constitución de 1998 y Constitución del 2008, ya que antes el papel de los operadores jurídicos tenía un carácter positivo, que reducía sus funciones en ser boca de la ley mediante un “proceso exegético de subsunción o deducción de reglas.”¹⁸⁵ Para la Corte, en esta sujeción del juez únicamente a la ley, y su labor como aplicador de la ley “se restringía[n] derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios pasaban a un segundo plano”¹⁸⁶. Ahora, por el contrario, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que ha establecido la supremacía de la Constitución sobre cualquier poder, ley o acto, ha colocado “a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad jurídica, política, económica y social”¹⁸⁷.

El método de subsunción jurídica, ni siquiera reconocido en los métodos de interpretación constitucional se hace insostenible en el contexto jurídico actual. Esto, como anotó la Corte Constitucional anteriormente, ha ocurrido, en gran parte, por la dimensión de los contenidos materiales y axiológicos que tiene la Constitución. Lo sucedido con la subsunción marca una

¹⁸³ Santiago SASTRE ARIZA. *La Ciencia Jurídica ante el neoconstitucionalismo...Óp. cit.* p. 241-242

¹⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia. No. 031-09-SEP-CC. Caso No. 0485-09-EP. Registro Oficial Suplemento 98 del 30 de diciembre del 2009.

¹⁸⁵ Corte Constitucional. No. 1418-2008-RA. Registro Oficial Suplemento 21 del 27 de noviembre del 2009

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Ibíd.*

evolución del Derecho, que, en palabras de la CC ha sufrido cambios sustanciales debido a una supremacía distinta de valores y a un nuevo rol del juez constitucional:

[...] el Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado inspirado por una supremacía distinta de valores. Este nuevo orden constitucional le permite al Juez constitucional pensar, sentir, argumentar, interpretar, evaluar, comparar, ponderar, respecto al caso concreto, a fin de que la decisión sea aceptable en derecho y justicia, tanto más cuando el Art. 1 Carta Nacional del Estado evidencia la influencia del neoconstitucionalismo, entendiendo como tal, que la Constitución no se limita únicamente a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que, la actuación del Estado, sus instituciones, organismos y dependencias están para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, es decir, los funcionarios públicos tienen el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común[...]¹⁸⁸.

Ahora bien, es importante anotar que el método de subsunción jurídica, si bien no es aplicable a principios y reglas constitucionales, es impensable sostener que no es válido para normas inferiores, que no son ambiguas sino claras y taxativas. Es que la subsunción jurídica, entendida como la obtención de una proposición jurídica individualizada a partir de una proposición jurídica general¹⁸⁹ y relacionada con el silogismo jurídico es fundamental para la operatividad de normas inferiores, que en la mayoría de casos son absolutamente específicas.

En tal virtud, los jueces inferiores, al menos en el Ecuador, no están facultados legalmente para abandonar la subsunción, cuando deciden casos sometidos a su consideración, a menos que se encuentre, de por medio, la aplicación de alguna norma constitucional. EL COFJ les obliga a justificar sus decisiones, sin desconocer la validez de la subsunción. Es interesante, entonces, examinar la forma como la CC constitucionaliza el derecho privado a partir de decisiones judiciales adoptadas por los jueces ordinarios sobre la base de la subsunción.

2.2.4 Abandono del silogismo jurídico en los principios constitucionales

¹⁸⁸Ibíd.

¹⁸⁹ Herman PETZOLD. “Subsunción, hermenéutica y argumentación en derecho”. Ponencia Jurídica. Congreso Nacional de Filosofía (Puerto Ordaz, Venezuela, 27-30 septiembre de 2005). [www.http://carloscolmenares.com/userfiles/SUBSUNCION%20%20HERMENEUTICA%20Y%20ARGUMENTACION%20EN%20DERECHO.pdf](http://carloscolmenares.com/userfiles/SUBSUNCION%20%20HERMENEUTICA%20Y%20ARGUMENTACION%20EN%20DERECHO.pdf) (acceso: 15-01-2013).

Así como el método de subsunción jurídica resulta inaplicable para interpretar los principios, derechos y valores constitucionales, lo mismo sucede con el silogismo jurídico. En este sentido, el silogismo ha ido perdiendo vigencia hasta lo que muchos han llamado como su “agonía”.¹⁹⁰ El silogismo jurídico, que condiciona la deducción y argumentación del juez constitucional en un escenario en donde “la premisa mayor, le es dada por la norma por aplicar al caso, [...] la premisa menor [...] por el hecho relevante y la conclusión por la aplicación al caso sub-examine”¹⁹¹ no es posible cuando se trata de principios constitucionales. Como anota ZABALA EGAS,

[Con] los principios los jueces no pueden aplicar el método silogístico dada su indeterminación y su generalidad, pues, estas características no los hacen apropiados para que sirvan de premisa mayor para resolver un caso. Más bien se utilizan para justificar la utilización de argumentos para justificar la elección de la premisa normativa del silogismo. Es que de los principios hay que extraer las reglas implícitas que contienen, escoger una de ellas y convertirla en premisa normativa para resolver el caso.¹⁹²

Existe mucho margen en la creación de la premisa mayor y la premisa menor, quitándole credibilidad al silogismo. Ha sido entonces esta gran discrecionalidad “para escoger los hechos relevantes en un caso y para definir el contenido de la Constitución los que han creado una presión igualmente grande para encontrar nuevas aproximaciones y formas de argumentar”.¹⁹³ En este camino es donde se configuran las nuevas categorías argumentativas en el constitucionalismo ecuatoriano, ya que, como agrega CEPEDA, “por eso están ingresando en nuestra cultura constitucional, o tomando fuerza, conceptos como balancear, ponderar,

¹⁹⁰ Manuel José CEPEDA E. *El Derecho a la Constitución en Colombia (Agonía del Silogismo y Activismo Judicial)*. REDC 44. 1995. pp. 161-168.

¹⁹¹ Roberto MEISEL. “El Silogismo Jurídico y la Jurisprudencia constitucional”. Revista Justicia. Universidad Simón Bolívar No. 11. 2006. <http://portal.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/justicia/index.php/justicia/article/viewFile/36/37>(acceso 12-01-2013). p. 94.

¹⁹² Jorge ZABALA EGAS. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica...Óp. cit.* p. 438

¹⁹³ Manuel José CEPEDA E. *El Derecho a la Constitución en Colombia...Óp. cit.* p. 161

sopesar y armonizar” lo que ha derivado en un cambio en la argumentación que ha introducido la creciente importancia de los juicios de razonabilidad y proporcionalidad.¹⁹⁴

La Corte Constitucional se ha referido a estas nuevas categorías argumentativas que no contemplan la aplicación silogística de la norma y que debe buscar aquella interpretación que mejor sirva a la *mejor* defensa de los derechos constitucionales:

[...] el juez constitucional, en su labor hermenéutica, tiene mandatos definidos entre los cuales destaca la decidida protección de los derechos fundamentales. Para cumplir su función, el juez constitucional no debe mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que las normas constitucionales, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos.

El juez constitucional debe esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la mejor defensa de los derechos constitucionales. La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos. Como bien lo dice Robert Alexy: los jueces constitucionales ejercen una "representación argumentativa"¹⁹⁵.

2.2.5 Principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional

Entre algunos de los principios que debe seguir el juez constitucional en la interpretación de los principios, derechos y valores constitucionales se encuentra el principio de proporcionalidad. Este principio, reconocido en el artículo 3, numeral 2 de la LOGJCC que reproducimos anteriormente, establece que:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias¹⁹⁶, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente

¹⁹⁴ Id., pp. 161-162

¹⁹⁵ Cita mencionada en: Corte Constitucional. Sentencia No. 026-09-SEP-CC. Caso No. 0126-09-EP. Registro Oficial Suplemento 54 del 26 de octubre del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 007-09-SEP-CC. Caso No. 0050-08-EP. Registro Oficial Suplemento 602 del 1 de junio del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 011-09-SEP-CC. Caso No. 0038-08-EP. Registro Oficial Suplemento 637 del 20 de julio del 2009; Corte Constitucional. No. 821-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009; Corte Constitucional. No. 0889-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 014-09-SEP-CC. Caso No. 0006-08-EP. Registro Oficial 648 del 4 de agosto del 2009; Corte Constitucional. Sentencia No. 011-09-SEP-CC. Caso No. 0038-08-EP. Registro Oficial Suplemento 637 del 20 de julio del 2009; Corte Constitucional. No. 865-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

¹⁹⁶ De acuerdo a la LOGJCC, la solución de antinomias se refiere a que Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior (Art 3, numeral 1).

válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

Este principio de la justicia constitucional ecuatoriana o “estructura argumentativa”¹⁹⁷ también denominada test de razonabilidad o juicio de ponderación, es posible llevarla a cabo cuando se

[...] persiga un fin constitucionalmente legítimo; [...] constituya un medio idóneo para alcanzarlo; [...] sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; [...] (y) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida [...].¹⁹⁸

Según la doctrina jurídica, esta estructura del principio de proporcionalidad, a su vez dividida en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se aplica en aquellos casos en que existe un conflicto entre un principio o norma constitucional y una norma o medida pública, como por ejemplo, cuando el derecho a la manifestación se ve restringido por la norma que ordena la preservación del orden público.¹⁹⁹ Si bien un gran sector de la doctrina ha relacionado el principio de proporcionalidad con el principio de ponderación, del que hablaremos más adelante, LOPERA MESA menciona que algunos de estos autores se han cuidado de no decir que son conceptos equivalentes²⁰⁰. Al ser la ponderación un género que engloba varias especies, el juicio de proporcionalidad en donde se ponderan, concretamente, los costos de una medida para los derechos ciudadanos y los beneficios que de ella resultarían para el interés general, resultan en un supuesto de aplicación de la ponderación²⁰¹

¹⁹⁷ Gloria LOPERA MESA. “La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado. El Debate*. Beatriz Espinosa y Lina Escobar (ed.) Pontificia Universidad Javeriana. DIKE: Bogotá 2008. p. 303

¹⁹⁸ Gloria LOPERA MESA. “La aplicación del principio...*Óp. cit.* p. 303. Jorge ZABALA EGAS recoge un análisis específico de algunas de estos presupuestos del principio de proporcionalidad. *Vid.* Jorge ZABALA EGAS. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica...Óp. cit.* pp. 384-387.

¹⁹⁹ Jorge ZABALA EGAS. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica...Óp. cit.* pp. 383

²⁰⁰ LOPERA MESA menciona a autores como Carlos Bernal Pulido, Nicolás González-Cuellar, Javier Barnes, entre otros. *Vid.* Nota al pie de Gloria LOPERA MESA. “La aplicación del principio... *Óp. cit.* p. 307

²⁰¹ Javier BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad”. *El principio de proporcionalidad. Cuadernos de Derecho Público* 5. 1998. p. 507. Mencionado por Gloria LOPERA MESA. “La aplicación del principio...*Óp. cit.* p. 308

Cabe anotar que, juristas como Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, consideran que el principio de proporcionalidad “se contrapone y paradójicamente se complementa con el principio de legalidad.”²⁰² Contraposición que se da, en primer lugar, cuando en el “sistema jurídico se presentan antinomias entre la ley y la Constitución, y permite al juez sospechar de la ley y hasta inaplicarla”²⁰³, y complementación en el momento en que “tanto [...] legisladores y [...] jueces tienen la obligación de materializar el principio de legalidad [...] (creando) leyes adecuadas a la Constitución [...] (y dictando) sentencias adecuadas también a la Constitución”.²⁰⁴

Ahora bien, la aplicación del principio de proporcionalidad en las relaciones entre particulares también ha presentado un debate entre quienes creen que este principio debe ser aplicado a todos los conflictos en los que intervengan principios constitucionales (aplicación amplia), y aquellos que piensan que este principio “sólo es aplicable al control de las limitaciones a derechos provenientes de los poderes públicos”, fuera de la cual se debería aplicar la ponderación²⁰⁵ (aplicación restringida).

Los conflictos entre derechos fundamentales de dos particulares, sostiene BERNAL PULIDO, quien defiende la aplicación amplia del principio de proporcionalidad,

[...] ostentan la misma estructura que las intervenciones del Estado en los derechos y..., por tanto, en este campo también debe aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio. En estos casos, existe un acto de un particular, que constituye una intervención en el ámbito prima facie de un derecho fundamental de otro particular. Al enjuiciar el caso, el juez ordinario, y luego el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo, han de establecer, si el acto de intervención del particular constituye el ejercicio de una posición prima facie adscrita a otro derecho fundamental, garantizado por la Constitución. Este es el juicio de idoneidad. Posteriormente, han de indagar si este derecho fundamental puede ser ejercitado con la misma eficacia, por conducto de una medida menos restrictiva del derecho fundamental del afectado-juicio de necesidad-. Y por último, en caso de que la intervención supere los juicios de idoneidad y necesidad, se ha de corroborar que las ventajas que el acto enjuiciado reporta para quien lo haya acometido desde el punto de vista de su derechos fundamental, logran

²⁰² Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA. “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 308

²⁰³ Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA menciona que esto pasa incluso en materia penal, dentro de lo cual se enmarca su ensayo.

²⁰⁴ Id., p. 308

²⁰⁵ Gloria LOPERA MESA. “La aplicación del principio...*Óp. cit.* pp. 308-309

superar las desventajas que se causan al titular del derecho fundamental objeto de la intervención.²⁰⁶

Como podemos observar, esta aplicación amplia del principio de proporcionalidad en las relaciones entre privados, y no, únicamente, en las relaciones ciudadanos-Estado, tal como establece la aplicación restringida, se conecta con la aproximación conceptual de las relaciones y derechos-poder mencionada al inicio de esta tesina. Allí se evidenció que, tratadistas como Luigi FERRAJOLI, basados en teorías económicas que sustentan una postura de asimetría en las relaciones contractuales, miran con buenos ojos la intrusión de la Constitución en las relaciones entre privados.

La misma visión comparte LOPERA MESA sobre la propiedad y las relaciones contractuales. LOPERA MESA menciona que en el conflicto de algunos derechos fundamentales tales como las libertades artísticas, de conciencia religiosa o el libre desarrollo de la personalidad, es complicada la aplicación de juicios de legitimidad del fin, de idoneidad y necesidad que son parte de la estructura del principio de proporcionalidad. En cambio, en los conflictos que involucran derechos en donde adquiere una importancia especial el componente social tales como el derecho de propiedad o de libertad de empresa, cobran plena vigencia y justificación las interrogantes sobre la legitimidad de los fines perseguidos y la idoneidad y “necesidad de las formas de ejercicio del derecho para alcanzar tales fines [...]”²⁰⁷

Agrega la autora que, la utilización íntegra del principio de proporcionalidad adquiere mayor relevancia en las relaciones asimétricas presentes en algunos ámbitos de las relaciones privadas, que se dan por una desigual distribución del poder entre las partes. El principio de proporcionalidad sería entonces, la herramienta para limitar y racionalizar el ejercicio de los poderes privados así como lo hace en la limitación del ejercicio del poder estatal.²⁰⁸

En este sentido, la autora menciona algunas decisiones del Tribunal Constitucional español que recogen este planteamiento. Menciona, por ejemplo, un caso (STC 99/1994) en donde

²⁰⁶ Carlos BERNAL PULIDO. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005. pp. 566 y ss. Citado por Gloria Lopera Mesa. “La aplicación del principio... Óp. cit. pp. 310-311

²⁰⁷ Gloria LOPERA MESA. “La aplicación del principio... Óp. cit. pp. 320-321

²⁰⁸ Id. p. 321.

mediante el principio de proporcionalidad se controló a un empleador privado que despidió a un trabajador por negarse a promocionar un producto en televisión. Aquí, el empleado alegó el derecho a su propia imagen y que la exigencia del empleador no constituía parte del objeto del contrato ni resultaba necesario para lograr el legítimo interés empresarial.²⁰⁹ Estos test de razonabilidad y proporcionalidad también fueron empleados en otro caso en donde se determinó que la restricción al ejercicio de la profesión determinada por una asociación médica a sus integrantes, por medio de la cual éstos no podían trabajar con entidades que no habían suscrito un convenio con la asociación, se enmarcaba dentro del derecho a la libertad de la asociación para auto-restringir su práctica y la legitimidad del fin buscado.²¹⁰ Entendemos que, para que se concrete esa pertenencia de los médicos a la asociación, debió mediar un convenio o contrato privado en donde se establecieron obligaciones a las partes.

2.2.6. Principio de ponderación

Adicionalmente al principio de proporcionalidad establecido en la LOGJCC, se encuentra la ponderación. La ponderación, prevista dentro de los métodos y reglas de interpretación constitucional en el numeral 3 del artículo 3 establece que:

Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Como mencionamos anteriormente, muchas veces existe una confusión conceptual al momento de diferenciar a la ponderación del principio de proporcionalidad por sus similitudes semánticas. Sin embargo, a diferencia del principio de proporcionalidad, la ponderación es definida como “una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método opuesto a la subsunción, una forma de fundamentar decisiones en derecho y el resultado que dichas decisiones contienen”²¹¹ En este

²⁰⁹ Id. Pie de página 29. pp. 321-322

²¹⁰ Id. p. 324

²¹¹ Carlos BERNAL PULIDO. *El Principio de proporcionalidad...Óp.* Cit. p 563. Mencionado por Gloria Lopera Mesa. “La aplicación del principio...*Óp. cit.* p. 307

sentido, la ponderación se completa con el juicio de proporcionalidad “que es necesario tanto para los actos normativos de los poderes públicos que limitan derechos fundamentales como para los actos o conductas de los particulares”²¹² Para ZABALA EGAS, para que pueda haber ponderación,

[...] todas las decisiones limitativas de derechos deben basarse en principios que persiguen el cumplimiento de fines acordes con la Constitución (*Fin legítimo*) y que encuentran obstáculos o interferencias en actos o conductas que obedecen a principios que sirven a fines también constitucionales (*Fin legítimo*).²¹³

La Corte Constitucional ecuatoriana ha mencionado, en reiteradas ocasiones, que para resolver los conflictos de ponderación es necesaria la “ley de la ponderación” y la fórmula del peso propuesta por Robert ALEXY²¹⁴. Por ejemplo, en una sentencia²¹⁵ en donde la Corte analizó la interpretación constitucional hecha por el Procurador General del Estado ecuatoriano sobre la prohibición de importación de vehículos de hasta tres años de fabricación a favor de la población discapacitada, la Corte aplicó la “ley de la ponderación”. En ese caso, la Corte se preguntó si era justificable la restricción del derecho a exenciones en el régimen tributario respecto a automóviles ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años de fabricación, a favor de la población discapacitada, en beneficio del ejercicio de derechos al medio ambiente y del consumidor. Citando a ALEXY, la Corte incorporó en su análisis ponderativo la fórmula del peso y la problemática a partir de la disposición constitucional ecuatoriana de que todos los principios y derechos tienen igual jerarquía (Art. 11 numeral 6) que se tradujo en que:

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina "ley de la ponderación" y que se puede formular de la siguiente manera: (...) Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro²¹⁶.

²¹² Jorge ZABALA EGAS. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica...Óp. cit.* p. 384

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ Vid. Robert ALEXY. “La fórmula del peso”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-42

²¹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. 002-09-SAN-CC.Caso 0005-08-AN. Registro Oficial Suplemento 566 del 8 de abril del 2009

²¹⁶ Robert ALEXY, “La Fórmula del Peso”. *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación...Óp. cit.* p. 15.

Para ello, es necesario, en primer término, definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Posteriormente, en un segundo paso, se definirá la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Vale recalcar que el grado de afectación de los principios en el caso concreto, no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado peso abstracto de los principios relevantes, que presupone una jerarquización de derechos, no obstante el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República, señala expresamente, (...) El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía. Por consiguiente, la variable de peso abstracto no es aplicable en el caso ecuatoriano, y debe ser suprimida de la fórmula del peso. Más allá de las variables planteadas, existe una tercera a tomar en cuenta, aquella relacionada con las apreciaciones empíricas, relacionadas a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes.²¹⁷

Este análisis de la fórmula del peso y la ponderación de ALEXY también ha sido aplicado por la Corte Constitucional ecuatoriana en casos que han enfrentado los derechos constitucionales de personas catalogadas como grupos vulnerables y de atención prioritaria por parte del Estado. Esto se dio cuando la Corte ponderó los derechos de un menor (niños y adolescentes) frente a los derechos de una persona con discapacidad en un caso en el que mediaba la pensión alimenticia debida a los niños²¹⁸. Se ponderaron, por una parte, el derecho a la vida de la menor a través de la dotación de la pensión alimenticia frente al derecho a la dignidad de las personas discapacitadas, que podría atentarse con la libertad ambulatoria de una persona con discapacidades.

El análisis ponderativo de la Corte se encaminó a determinar si la decisión de la Corte Provincial de Imbabura, en donde se ordenó el pago de las pensiones alimenticias al señor Pandi²¹⁹, discapacitado, resultaba justa y consecuente con la realidad de los involucrados, dos personas catalogadas por la Constitución como grupos vulnerables. En este examen de ponderación, la Corte Constitucional estimó que el criterio de subsunción normativa en cuanto

²¹⁷ Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 002-09-SAN-CC.Caso 0005-08-AN. Registro Oficial Suplemento 566 del 8 de abril del 2009

²¹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC; caso No. 0005-08-AN. Citado en la sentencia No. 067-12-SEP-CC. Caso No. 1116-10-EP. Registro Oficial Suplemento 728 del 20 de junio del 2012.

²¹⁹ Segundo Ángel Pandi Toalombo.

a la especialidad o jerarquía de normas de carácter infraconstitucional efectuado por la Corte inferior no bastó para interpretar adecuadamente el caso.

La CC menciona que fue necesaria una interpretación integral del texto constitucional que interrelacione los hechos fácticos y las peculiaridades del caso con las disposiciones normativas constitucionales. Al ser este caso, uno en donde existían reglas constitucionales que protegían tanto a la niña como al señor discapacitado, el método exegético de subsunción de reglas no debía haber sido aplicado. A pesar que la Corte Provincial aplicó la ley, la CC agrega que “incluso la interpretación que se realice a las disposiciones normativas de carácter legal debe realizárselas observando la Constitución de la República.” Más aun cuando, las disposiciones de carácter constitucional que protegen a los dos sujetos involucrados, por tratarse de miembros de grupos vulnerables, tienen igual jerarquía normativa (Art. 11 numeral 6). Lo cual se tiene que resolver a través de un ejercicio hermenéutico del método de ponderación²²⁰. Esto nos permite observar como el método de ponderación se convierte en el método por excelencia para resolver controversias entre principios, y por ende, para resolver cualquier disputa jurídica, ya que como se mencionó anteriormente, cualquier disputa jurídica puede llegar a ser una disputa constitucional.

En otro interesante caso que involucró a personas consideradas como vulnerables, la Corte Constitucional privilegió el derecho a la propiedad privada en conexión con el derecho a una vivienda y vida digna de dos personas de la tercera edad frente a la expropiación de su lote de terreno por parte un municipio para la construcción de una cancha de fútbol. A pesar de no utilizar expresamente el método de ponderación, la CC consideró que la expropiación no tomó en cuenta que el terreno expropiado constituía el método de congrua sustentación de los ancianos y afectó así sus derechos constitucionales²²¹.

Es importante anotar, sin embargo, que las disputas de principios constitucionales que derivan en una ponderación de principios, y que atañen, incluso al Derecho Privado, no han sido recientes o únicamente aplicadas en el Ecuador. Ya en países como Alemania, la

²²⁰ Id.

²²¹ La Corte Constitucional resolvió una acción de amparo ya que se trataba de un caso presentado antes de la vigencia de la Constitución del 2008. *Vid.* Corte Constitucional. No. 1487-2007-RA. Registro Oficial Suplemento del 23 de octubre del 2009.

ponderación de principios y derechos constitucionales se ha visto inmersa en emblemáticos casos como el del caso Luth o el de la princesa Soraya. Otro caso en donde, con base en el método de ponderación se analizaron disposiciones de leyes inferiores que recogían principios constitucionales fue el de la Princesa Carolina de Mónaco²²². Este caso se trató sobre la publicación de fotografías de la vida privada y cotidiana de la Princesa Carolina de Mónaco en una serie de reportajes periodísticos.

En el mismo, la princesa presentó una demanda exigiendo que se retiren los ejemplares de la revista *Freizeit Revue y Bunte* de 1993 por la publicación de dichas fotografías, demanda que ganó en Francia, logrando el retiro de la publicación, pero que fue negado en las primeras instancias en Alemania debido a que en este país no existía un derecho a exigir la suspensión de una publicación. En la publicación se mostraban fotografías de la princesa y de sus hijos. La ponderación se dio entre el derecho a la personalidad, invocado por la princesa y consagrado en la Ley Fundamental alemana²²³, y el del interés público por la información recogido en la Ley de Derechos de Autor²²⁴.

En sentencia, a pesar de que el Tribunal Constitucional alemán revocó la sentencia del Tribunal Federal alemán que permitió la publicación de las fotos debido a que en algunas fotos aparecía la Princesa con sus hijos, y estos tenían una protección especial (art. 6 Ley Fundamental), introdujo novedosos conceptos sobre los derechos fundamentales y su incidencia en el derecho privado y la necesaria ponderación. Dijo por ejemplo, que:

La interpretación y aplicación de las disposiciones del derecho civil, de conformidad con la Constitución, es asunto de los tribunales civiles. Éstos, sin embargo, deben tener en cuenta *el significado y la envergadura de los derechos fundamentales que aplican en sus decisiones, de manera tal que se mantenga su significado también en el plano de la aplicación* ²²⁵ [...] Para esto se requiere una *ponderación* entre la protección de los derechos fundamentales controvertidos –que se debe llevar a cabo en el marco de las características de las disposiciones del derecho civil susceptibles de interpretación– y las especiales circunstancias

²²² Cfr. Jurgen SCHWABE. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...Óp. cit.* pp. 72-85.

²²³ Artículo 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental de Alemania.

²²⁴ §§ 22 y 23 de la Ley de Derechos de Autor sobre los trabajos del arte pictórico y fotografías, del 9 de enero de 1907 (RGBl pág. 7; Ley de Propiedad Artística –KUG–). Citado por Jurgen SCHWABE.

²²⁵ (cf. BVerfGE 7, 198 [205 y ss.] jurisprudencia reiterada). Citado por Jurgen SCHWABE.

del caso²²⁶[...] Como quiera que la controversia jurídica, a pesar de la influencia de los derechos fundamentales, sigue siendo de derecho privado, y su solución –con fundamento en la interpretación de los derechos fundamentales– se encuentra en el derecho privado, el Tribunal Constitucional Federal se limita a examinar si el tribunal civil ha tenido en cuenta suficientemente la influencia de los derechos fundamentales²²⁷ [...] Tampoco es de su competencia establecer cómo ha debido decidir el tribunal civil la controversia²²⁸ [...] ²²⁹

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional consideró que en el análisis realizado por el Tribunal Federal, se omitió considerar el derecho fundamental a la libertad de prensa contenido en la Ley Fundamental²³⁰ en relación con los artículos de la Ley de Derechos de Autor que precautelaban el interés público por la información, y, únicamente se tomó en cuenta el derecho a la personalidad, cuando se debió considerar a los dos derechos. El Tribunal Constitucional estimó que, el no considerar correctamente los derechos fundamentales necesarios para el ejercicio de interpretación jurídica, así como el valorar erróneamente el ámbito de protección de los mismos afectaron la ponderación:

La violación de un derecho fundamental, que lleva a la impugnación de las decisiones atacadas, se da no sólo en el hecho de haber omitido los derechos fundamentales que se deben tener en cuenta para la interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales del derecho privado, sino también cuando el ámbito de protección del derecho fundamental a tener en cuenta se determina de manera errada o incompleta, o su importancia se valora de manera incorrecta, de modo tal, que la ponderación de las posiciones de ambas partes en el marco de la reglamentación del derecho privado se ve afectada por tal motivo²³¹, y la decisión cae en ese error. ²³²

Este riesgo que el Tribunal Constitucional menciona al momento de realizar un juicio de ponderación es precisamente uno de los riesgos que llevarían a la inseguridad jurídica en sistemas como el ecuatoriano. Por último, el Tribunal Constitucional también se refirió a la posibilidad de que, en el caso en mención, hubiese existido un contrato de exclusividad para la

²²⁶ (cf. BVerfGE 99, 185 [196]; jurisprudencia reiterada). Citado por Jurgen SCHWABE.

²²⁷ (cf. BVerfGE 18, 85 [92 y ss.]). Citado por Jurgen SCHWABE.

²²⁸ (cf. BVerfGE 94, 1 [9 y ss.]). Citado por Jurgen SCHWABE.

²²⁹ Id. p. 80

²³⁰ Artículo 5, párrafo 1, núm. 2 de la Ley Fundamental de Alemania.

²³¹ (cf. BVerfGE 95, 28 [37]; 97, 391 [401]). Citado por Jurgen SCHWABE

²³² Id. p. 80

difusión de las fotos, y como esto cambiaría la protección de la esfera privada de una persona.

Al respecto la Corte menciona que:

La protección de la esfera privada respecto del conocimiento público desaparece también cuando alguien se muestra de acuerdo con que se hagan públicos determinados asuntos que, por lo general, tienen el carácter de privados; tal es el caso, por ejemplo, cuando la persona celebra un *contrato de exclusividad* para que se hagan informes o reportajes sobre su vida privada. La protección constitucional de la esfera privada [...] consagrada (en) la Ley Fundamental, no se garantiza en interés de la comercialización de la propia persona. En realidad, a nadie se le impide abrir su vida privada de esta forma. Pero, en tales casos, la persona no puede invocar simultáneamente la protección de la esfera privada que se encuentra apartada del público. La expectativa de que el público no conozca –o no en su totalidad– asuntos o conductas pertenecientes al ámbito privado, debe por tanto ser expresada consistentemente y de forma tal que se extienda a cada situación. Esto es válido también cuando se hubiere dado aprobación para informar sobre determinados acontecimientos de la propia esfera privada y posteriormente se quiera revocar dicha determinación. [Las cursivas son más]²³³

Finalmente, ante la estructura y la aplicación que ha tenido hasta ahora la ponderación en el Ecuador, y con base en su desarrollo en otras jurisdicciones, es vital, como menciona Jaime VINTIMILLA,

[...] evitar que la ponderación se transforme en un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales, porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe proceder a otro en un caso concreto[...] (más aún, cuando) de lo que se puede advertir, los jueces no ponderan sino que escogen los principios *ad libitum* o *a piacere* sin consideración de los derechos de los ciudadanos, muchas veces, bajo presión política, omitiendo los fines de los principios y los valores constitucionales.²³⁴

2.2.7 Principio de interpretación literal

Junto con el principio de proporcionalidad y el de ponderación encontramos también al principio de interpretación literal. El principio de interpretación literal se encuentra reconocido como método y regla de interpretación constitucional en el numeral 7 del artículo 3 de la LOGJCC. Aquí se establece que “cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor

²³³ Id. p. 78

²³⁴ Jaime VINTIMILLA Saldaña. “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano”. Revista Iuris Dictio No. 13. Publicación del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. 2010. p. 57

literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación”. Este principio recoge lo contemplado en el Art. 427 de la Constitución que establece que:

“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

A pesar de que la Corte Constitucional ha abandonado métodos como el de la subsunción o el silogismo jurídico, no ha pasado lo mismo con la interpretación literal de las normas constitucionales. En este sentido la CC²³⁵ ha manifestado que la interpretación literal no tiene que ser descartada o desechada del ordenamiento jurídico, ya que

[...] toda interpretación ha de comenzar por una interpretación literal o gramatical de la norma, tratando de entenderla tal cual como se desprende de su lectura, luego para conectarla con el resto de normas integrantes de la Constitución y del sistema jurídico, y posteriormente indagando en lo que podría denominarse el legislador histórico, buscar los fines que persigue la norma sin descuidar los diferentes métodos y principios propios de interpretación constitucional que sirven al intérprete constitucional.²³⁶

En esta sentencia interpretativa, la CC aplica una interpretación literal a pesar de la ambigüedad de las disposiciones constitucionales (que la CC admite), ya que concluye que “para el caso de la interpretación en el caso de las reglas de rango constitucional, es válida también una interpretación literal dentro de un contexto armónico del texto fundamental”²³⁷

²³⁵ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia interpretativa No. 0020-09-IC. Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre del 2010

²³⁶ Id.

²³⁷ La Corte Constitucional, sobre la aplicación del método en las reglas y los principios constitucionales agrega que “las reglas operan dentro de un esquema de todo o nada; si los hechos previstos en una norma se confirman, o bien la norma-regla es válida y por lo tanto el resultado que prevé la misma debe ser aplicado como una consecuencia lógica; o bien es inválida y por lo tanto no presenta ninguna consecuencia para el caso. Los principios, por su lado, no siguen una lógica del todo o nada; los principios no establecen un vínculo directo entre los hechos y la conclusión jurídica (1), constituyen en realidad mandatos de optimización, como lo sostiene Robert Alexy, que sirven de parámetros de interpretación; así, “mientras las reglas exigen fundamentalmente una interpretación literal, por cuanto su contenido se agota en su formulación lingüística, la interpretación de los principios requiere identificar y comprender a plenitud su finalidad y valores inmanentes, más allá de su consagración positivista...”(2). (1) Cita de César RODRÍGUEZ, *La decisión judicial*, El debate Hart-Dworkin, Colombia, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 1ra edición, 1997, pp. 49-50. (2) Cita de Claudia Escobar, “El rol de las reglas en la era de los principios” en *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2010, p. 216. Mencionado por la Corte Constitucional en: Sentencia Interpretativa No. 0020-09-IC.Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre del 2010.

La Corte concluye, así, que “la interpretación literal consiste en atribuirle a un enunciado normativo un significado prima facie conforme las reglas semánticas y sintácticas de la lengua”²³⁸. Luego diferencia la interpretación literal originalista, es decir, aquella que mira a las reglas semánticas y sintácticas vigentes al momento de expedirse el texto constitucional y la interpretación literal evolutiva, de las reglas presentes al momento de interpretar el texto constitucional. De este modo, la CC argumenta que al ser la norma una expresión gramatical es necesaria una “primera interpretación literal de la misma en el contexto constitucional que se funda en una persuasión y justificación razonada con la finalidad de evitar la indeseable arbitrariedad judicial”²³⁹.

²³⁸ Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0020-09-IC. Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre del 2010

²³⁹ *Ibíd.*

CAPITULO 3: LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACION ECUATORIANO

Luego de haber analizado el proceso de constitucionalización del derecho privado en el Ecuador, desarrollado desde la perspectiva del neoconstitucionalismo con la utilización de las nuevas herramientas de interpretación constitucional en manos de jueces altamente poderosos, es fundamental ver cómo éstas han sido aplicadas en las decisiones judiciales en el ámbito de los contratos privados en el Ecuador. En este capítulo entenderemos como contratos de derecho privado a aquellos contratos entre particulares, sean éstos contratos de adhesión o no.

Es importante mencionar que la apreciación de los jueces ecuatorianos sobre los contratos, la libertad de contratación o la autonomía de la voluntad, no se encuentra únicamente en sus pronunciamientos sobre garantías constitucionales tales como la acción de protección o la acción extraordinaria de protección, sino inclusive en otras vías de interpretación judicial como la acción de constitucionalidad de las leyes. También es fundamental anotar la poca evolución que ha tenido la jurisprudencia ecuatoriana, a diferencia de la jurisprudencia colombiana, en la constitucionalización de disputas contractuales privadas. Como hemos recalado durante toda la investigación, este es un proceso que no ha despegado totalmente en el Ecuador, pero que cuenta con todas las herramientas jurídicas para hacerlo.

3.1 LA LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

3.1. 1 Aproximación al tema

Como se mencionó en la “aproximación al tema” propuesta en el primer capítulo de esta investigación, la constitucionalización del derecho privado y de las relaciones que allí se desarrollan por los particulares, se fundamenta, principalmente, en la necesidad, que miran algunos juristas, de limitar la autonomía de la voluntad en aras de proteger a las partes débiles de las relaciones contractuales que les puedan ser perjudiciales. Para juristas como FERRAJOLI,

la constitucionalización del derecho privado ha buscado precautelar los derechos fundamentales de los individuos de las relaciones de poder contractual que se dan en este ámbito. Recordemos que, para FERRAJOLI, los derechos de autonomía, como la autonomía privada o el derecho a la iniciativa económica, son “derechos-poder”, es decir, derechos que, en realidad, son poderes, y que, por ende, necesitan ser limitados así como se limita al poder público en su relación vertical, asimétrica de potestad/sujeción, en las relaciones entre el Estado y el ciudadano. En otras palabras, la presunción de la posible asimetría contractual abre la puerta para que la autoridad pública regule, por la vía de la interpretación judicial o por la vía legal, relaciones contractuales estrictamente privadas.

Juristas como él, que aseguran la necesidad de constitucionalizar las relaciones contractuales que se dan en el derecho privado, ven a los contratos como los vehículos de la potencial opresión de los más fuertes sobre los débiles, ya que creen que casi siempre la parte económicamente más fuerte toma ventaja de la más débil para su beneficio unilateral. Además de cuestionar la completa autonomía de la voluntad presente en las relaciones contractuales entre privados, el debate se ha dirigido a cuestionar la libertad de contratar en los contratos llamados de adhesión²⁴⁰. Es así como, en contratos como el de seguro, préstamo o aquellos que involucran la prestación de un servicio al público, se ha cuestionado y limitado la autonomía de la voluntad.²⁴¹

Es fundamental reconocer que las limitaciones al principio de autonomía de la voluntad, pilar de las relaciones de derecho privado, no comenzaron a partir de las constituciones llamadas neoconstitucionalistas y de sus posteriores procesos de constitucionalización, ni siquiera en el Ecuador. Este proceso de limitación se inició hace tiempo desde el propio derecho civil y desde doctrinas que procuraron su limitación. Sin embargo, ha sido y es, actualmente, el proceso neoconstitucionalista mediante la de irradiación de principios y

²⁴⁰ Estas situaciones de “desequilibrio” contractual han sido analizadas incluso en el contexto de los contratos internacionales. Vid. Sandra Eliana CATANO. *Ejercicio de la autonomía privada en el contexto de la transnacionalización de capitales*. Trabajo de Investigación Maestría en Derecho. Universidad de Antioquia. Medellín: 2009. pp. 62-66

²⁴¹ La Corte Constitucional, en una sentencia que trató sobre contratos de seguros celebrados entre una aseguradora y la Prefectura de Bolívar, dijo que el negocio de seguros constituía un servicio público impropio, que puede prestarse por particulares, siempre y cuando éstos cumplan con la Ley y los principios constitucionales de obligatoriedad, eficiencia, responsabilidad y demás, establecidos en el Art. 314 de la Constitución del 2008. Vid. Corte Constitucional. Sentencia No. 106-12-SEP-CC. Caso No. 1674-11-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 764 del 14 de junio del 2012.

valores constitucionales a cargo de los jueces, el escenario más propicio para que estas intenciones se cristalicen. Como menciona el mismo FERRAJOLI, a través de la constitucionalización del derecho privado se deben limitar y controlar los poderes privados que existen en las relaciones horizontales, ya que la clásica previsión de la prohibición de la “causa ilícita” no es suficiente:

No hay ninguna razón, un vez excluida su confusión con las libertades, para que estos poderes (se refiere a los privados) no estén sujetos a la ley [...] y subordinados a la tutela de los derechos fundamentales y de los intereses públicos y generales, mucho más allá de la clásica y genérica previsión de la prohibición de <<causa ilícita>> por ser <<contraria>>, como dice el artículo 1343 del Código Civil italiano, <<a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres>>. También los poderes privados, al igual que los públicos, deben en suma ser reconocidos, según el paradigma hobbesiano, como <<artificios>> o <<convenciones>>, es decir, como <<criaturas>> de derecho positivo sometidas a la carga de la justificación y de la legitimación, tanto formal como sustancial. Y también su minimización equivale a la maximización de las libertades, y consiguientemente de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se basa el estado democrático de derecho.²⁴²

Como mencionamos también en la aproximación al tema, esta investigación no ha procurado discutir la instauración de la constitucionalización del derecho privado y, por ende, de los contratos privados, sino presentar el escenario en el que el proceso se ha desarrollado en el Ecuador, todavía prematuramente, y alertar sobre su posible expansión, con el fin de precautelar la fuerza y la autonomía de los contratos privados. Es que, ahora, con jueces capaces de interpretar principios y valores constitucionales y adecuarlos a casos concretos, cualquier disputa contractual podría caer en sus manos y cambiar lo que los individuos, dentro de establecido por el Código Civil y sus propias intenciones y expectativas, han pactado en un contrato.

Como se habrá desprendido de la investigación propuesta, nuestra preocupación reside en el posible debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad negocial, pilares cruciales de las relaciones contractuales. Tal debilitamiento se produjo, sutilmente,

²⁴² Luigi FERRAJOLI. “*La ‘democracia civil’...Óp. cit.*, p.227. En el caso ecuatoriano se trataría del Art. 1483 del CC, que establece que “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

desde la expedición de la Constitución del 2008, la cual dejó de establecer, como sí lo hacía la Constitución de 1998 en el artículo 97 numeral 8, entre los deberes de los ciudadanos el de “decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada”.²⁴³

Sin embargo, la constitucionalización del derecho privado no se ha dado únicamente por iniciativa de los jueces comunes y de los ahora jueces constitucionales. También ha tenido una vertiente legislativa por parte de congresos y de ejecutivos. Este es el caso de legislaciones relacionadas con sectores considerados como estratégicos o sectores que se han considerado con protección especial, legislaciones que también han tenido un impacto directo sobre los contratos, y que las mencionaremos en esta tesis, ya que su constitucionalidad fue reconocida por los jueces constitucionales.

3.1. 2 La revisión de los contratos

Como se mencionó en el primer capítulo, existen visiones encontradas sobre la prevalencia de la autonomía de la voluntad como base para la imperatividad de los de los contratos privados. Frente a la visión “liberal-individualista” que la defiende con ímpetu, se encuentra la visión “social-humanista”, que desconfía de la voluntad de los contratantes y abre la puerta para que un tercero externo la evalúe y corrija las situaciones que, en su parecer, son injustas. Esta caracterización de la autonomía de la voluntad la presenta muy bien el tratadista Jorge MOSSET ITURRASPE en el caso argentino²⁴⁴, en donde, a pesar de mostrar su personal antipatía a la visión “liberal-individualista”, nos muestra cómo han convivido estas dos visiones dentro de ese ordenamiento jurídico por medio de la doctrina y jurisprudencia nacional. Sin embargo, también nos muestra cómo, paulatinamente, ha ido debilitándose la visión “liberal-individualista” en el contexto jurídico. Al igual que MOSSET ITURRASPE, Luis PARRAGUEZ se refiere a la visión “liberal individualista” y la autonomía de la voluntad que se insertó en todas las instituciones del Estado, y principalmente, en el Código Civil napoleónico:

²⁴³ Constitución de 1998. Art. 97 núm. 8.- “Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley: 8. Decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada.” No creemos que lo establecido en el Art. 83 núm. 2 de la Constitución del 2008 signifique lo mismo. Allí se establece, con base en principios indígenas que, será un deber de los ecuatorianos: “Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar.”

²⁴⁴ Cfr. Jorge MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS. “*Los argumentos a favor de la revisión...Óp. cit.* pp. 9-135

El grito burgués de libertad penetró en todas las instituciones del Estado. En el plano particular del derecho privado esa aspiración libertaria quedó plasmada en el principio de la *autonomía de la voluntad* y el respeto irrestricto a una propiedad privada proclamada con entidad natural, inalienable y desmesurada, que modelaron el carácter del Código Civil napoleónico y su influencia decisiva en los procesos de codificación del siglo XIX. Al analizar este concepto de propiedad emergido de la Revolución Francesa, De los Mozos²⁴⁵ lo pondera con entusiasmo como un «instrumento eficaz de renovación y de modernización social, gracias al cual, y en un concierto de factores ideológicos y sociales a los que pertenece, la sociedad humana conoce una época de desarrollo y de progreso económico como anteriormente no se podía sospechar. De este modo el concepto de propiedad, se convierte, junto con la libertad y la igualdad, y en coincidente desarrollo con la autonomía privada y con la libertad de mercado, en uno de los pilares de la nueva *sociedad civil* [...]».²⁴⁶

No resulta útil, en este capítulo, referirnos, en extenso, a la visión “liberal-individualista” de la autonomía de la voluntad, debido a que ha sido la visión “social-humanista” la que ha abierto la puerta a la constitucionalización del derecho privado, específicamente de los contratos, y desde donde han sido y seguirán siendo los jueces los que evalúen la justicia e igualdad presentes en la autonomía de la voluntad expresada por los individuos en el contrato²⁴⁷.

MOSSET ITURRASPE menciona que, la visión “social-humanista” sobre el Derecho Privado se ha cristalizado en el intervencionismo o “dirigismo contractual”, por medio del cual la dirección de la voluntad negocial ha venido desde personas extrañas al contrato y ha respondido, en su criterio, a “necesidades o exigencias de la sociedad civil o del mercado y su ámbito se ha limitado a temas o cuestiones de extrema sensibilidad, capaces de afligir o conmover a sectores numerosos de la población”²⁴⁸. El jurista argentino menciona que muchas

²⁴⁵ José Luis DE LOS MOZOS. “La propiedad”. Artículo publicado en Nueva enciclopedia jurídica, tomo XX. Barcelona, Editorial Fco. Seix. S.L. 1993. p. 923. Citado por Luis PARRAGUEZ RUIZ. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Derechos Reales. Vol. I. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja. 2005. pp. 122

²⁴⁶ Luis PARRAGUEZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Derechos Reales...Óp. cit.* pp. 121-122

²⁴⁷ MOSSET ITURRASPE menciona algunos de los criterios que juristas como Raymundo Miguel Salvat sostuvieron en defensa de la visión “liberal-individualista”. Entre éstos, Salvat sostuvo que “Las convenciones o estipulaciones del contrato, al menos como regla, deben prevalecer sobre las disposiciones de la ley y, con mayor razón, de los usos y costumbres en los casos en que ellos tienen valor legal [...] los jueces y tribunales carecen de facultades para limitar o rectificar el alcance de las convenciones o estipulaciones del contrato, so pretexto de ser ellas contrarias a la equidad o a la justicia [...] el principio de la autonomía de la voluntad ha sido y es también la fuente de progresos incalculables en el orden económico. Vid. Jorge MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS. “Los argumentos a favor de la revisión...Óp. cit. pp. 12-13

²⁴⁸ Id., p. 14

de las justificaciones para que el Estado intervenga en los contratos han sido coronadas por la expresión “emergencia”, y que, entre los precedentes argentinos, se encuentran la intervención en el mercado inmobiliario en la Argentina a comienzo de los años veinte del siglo anterior, en aras de satisfacer el exceso de demandas y escasez de ofertas, la intervención en los precios para evitar la especulación, o en las hipotecas.²⁴⁹ La doctrina judicial argentina reiteraría más tarde que:

[...] es legítima la intervención estatal en los contratos ya celebrados, modificando el alcance de las obligaciones asumidas por las partes [...] (o que) debe tenerse en cuenta que las disposiciones constitucionales imponen el ejercicio funcional de las prerrogativas jurídicas, sin lo cual la interpretación de las normas podría resultar inconstitucional.²⁵⁰

Ahora bien, la “emergencia” de intervenir en la autonomía de la voluntad y en los contratos no ha representado en su totalidad las “necesidades o exigencias” de la sociedad civil o del mercado argentino. Como menciona CRIVELLI, “desde los albores de nuestra historia constitucional, los argentinos hemos recurrido a la emergencia constitucional, la mayoría de las veces con falsos motivos, o sin verdaderas causas que lo justificaran”²⁵¹. Cabe resaltar que, desde el 2007, en el Ecuador, mediante una legislación de emergencia y actos gubernamentales también sustentados en emergencias se han intervenido varios sectores de la economía. En la contratación pública las emergencias han estado a la orden del día para exonerar de licitaciones y concursos a las contrataciones estatales²⁵².

En concordancia con lo mencionado por MOSSET ITURRASPE, Luis PARRAGUEZ²⁵³ identifica algunas limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad. Se refiere, por ejemplo, al equilibrio contractual y al orden público así como a la teoría de la imprevisión, no reglada en el derecho civil ecuatoriano. Sobre el orden público, menciona que la autonomía de

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ *Id.*, pp. 14-15

²⁵¹ Julio César CRIVELLI. *La emergencia económica permanente*. Buenos Aires: Ábaco. 1998. Citado por Jorge MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS. “*Los argumentos a favor de la revisión...Óp. cit.* Nota al pie 15. p. 14

²⁵² “Contraloría objeta declaratorias de emergencia de 63 entidades”. Diario El Universo. 24 de octubre del 2011. <http://www.eluniverso.com/2011/10/24/1/1355/contraloria-objeta-declaratorias-emergencia-63-entidades.html> (acceso: 02-01-2013)

²⁵³ Luis PARRAGUEZ Ruiz. *Manual de Negocio Jurídico...Óp. cit.* p. 23

la voluntad debe estar subordinada al mismo, que es una “categoría de gran amplitud que se articula con el interés general de la sociedad y en la que encuentran acogida tanto las exigencias y prohibiciones que expone la ley, como los requerimientos de la moral y las buenas costumbres”.²⁵⁴

La intervención del Estado en los contratos, y la interpretación de los jueces constitucionales sobre decretos o acuerdos ministeriales que afectan la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación o el acuerdo de precios, no han sido ajenas en el Ecuador. En una sentencia que se tratará más adelante, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de una ley que limitaba la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación y el libre acuerdo de precios entre los exportadores y los productores de banano. En otra sentencia, también tratada más adelante, y que afectó al sector bancario, la Corte Constitucional, declaró también la constitucionalidad de una ley que limitaba los mismos derechos constitucionales, fijaba precios y, además, establecía la gratuidad de algunos servicios bancarios. Si bien en esas sentencias no se expresó la “emergencia” de intervenir en dichos negocios, sí se manifestó la necesidad de intervención debido a su carácter de “desigualdad” en las relaciones de las partes que participaban en la contratación.

Así también, el debate sobre la autonomía de la voluntad y sus limitaciones ha tenido repercusión en varios ordenamientos jurídicos como los de Italia y Colombia. En Italia por ejemplo, el debate sobre la “búsqueda de equilibrio, con base en la justicia conmutativa, por una parte, y la intervención de la legislación especial sobre el contenido del contrato, con invocación de la justicia conmutativa, por la otra parte”²⁵⁵, ya se desarrolló entre 1960 y 1970. En Colombia, en cambio, a raíz de la expedición de la Constitución de 1991, el desarrollo jurisprudencial sobre la autonomía de la voluntad, los contratos privados y su interpretación

²⁵⁴ Ibíd. PARRAGUEZ menciona, al respecto, que “En lo que toca a los primeros -los mandatos legales- en el orden público se comprenden los elementos esenciales del negocio, definidos por el artículo 1460, y sus requisitos de validez, anunciados en el artículo 1461: capacidad de las partes, voluntad libre de vicios, objeto y causa lícitos, y la observancia de las solemnidades esenciales, aspectos todos que resultan intocables para la voluntad de los particulares. En cuanto a las segundas -limitaciones que imponen la moral y las buenas costumbres- muchas de ellas han sido subsumidas en la casuística legal del objeto o de la causa ilícitos, y transformadas, por tanto, en hipótesis legales de invalidez. Tal ocurre, por ejemplo, con el artículo 1482 que declara con objeto ilícito la venta *de láminas, pinturas y estatuas obscenas*; y con el inciso final del artículo 1483 que sanciona como hipótesis de ilicitud de la causa la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral.”. p. 23

²⁵⁵ M. BESSONE. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano. 1969. Citado por Jorge MOSSET ITURRASPE y Miguel PIEDECASAS. “*Los argumentos a favor de la revisión... Óp. cit.* Nota al pie 16. p. 15

constitucional, ha sido abundante. El proceso de constitucionalización de los contratos ha sido de tal magnitud que no es, para nada, comparable con el proceso que, reitero, recién se inicia en el Ecuador.²⁵⁶

Basta con mencionar la constitucionalización, en el caso colombiano, de principios como el de buena fe en todas las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas²⁵⁷, que en no ha sido constitucionalizado ni en la Constitución de 1998 ni en la del 2008 en el Ecuador. Sin embargo, ese proceso con mayor evolución que el ecuatoriano también ha traído problemas y contradicciones. Javier TAMAYO, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, no desconoce el proceso de constitucionalización pero menciona que el concepto de “constitucionalización del derecho” se ha convertido en el ingrediente de mayor confusión e inseguridad jurídica en su país²⁵⁸. TAMAYO cree que la constitucionalización del derecho privado se ha devenido en Colombia en un sofisma.

3.1. 3 La estructura del principio de autonomía de la voluntad

Es fundamental referirnos al principio de la autonomía de la voluntad, que, juntamente con el principio de la buena fe nutren al negocio jurídico, y, por ende, a los contratos privados. PARRAGUEZ identifica como una de las expresiones más notables del principio de la autonomía de la voluntad a la libertad negocial.²⁵⁹ Sintetiza a la libertad negocial en dos aspectos: “a) las personas son tan libres para celebrar negocios jurídicos, decidir su oportunidad y con quien lo hacen, como para no hacerlo (*libertad de conclusión*); y b) lo son también para convenir las

²⁵⁶ Vid. Javier TAMAYO JARAMILLO. “La Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia”. <http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/12%20LA%20CONSTITUCIONALIZACION%20DEL%20DERECHO%20PRIVADO%20en%20Colombia.pdf> (acceso: 12-12-2012); Jaime Alberto ARRUBLA. “Las transformaciones en los contratos a partir del Código de Napoleón”. Revista de la Corte Suprema de Justicia de Colombia No. 18. Bogotá, D. C., Colombia – Octubre 2004; Richard Honorio GONZÁLEZ DÁVILA. *La acción de protección frente a particulares*. Tesis Maestría en Derecho Constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar. 2010

²⁵⁷ Art. 83.- “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllas adelanten ante éstas”. Mencionado por Jaime Alberto ARRUBLA. “Las transformaciones en los contratos a partir del Código de Napoleón...*Óp. cit.* p.

²⁵⁸Diego LÓPEZ MEDINA. 2002, *Interpretación Constitucional*. Editado por el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. Primera edición, p. 43 s.s. Citado por Javier TAMAYO Jaramillo. “La Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia...*Óp. cit.* p. 1

²⁵⁹ Luis PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Negocio Jurídico...Óp. cit.* p. 24

condiciones de los negocios que celebran (*libertad de configuración interna*)”.²⁶⁰ Entendiendo así a la libertad de conclusión, el autor menciona varias circunstancias en que esta libertad de concluir contratos con cualquier persona tiene restricciones.²⁶¹ Menciona, por ejemplo, las limitaciones que impone el Código Civil en el caso de venta de bienes de un pupilo o en la limitaciones que se imponen al propietario fiduciario sobre el bien que tiene fiduciariamente; aquella prohibición de contratación entre cónyuges, etc. Asimismo, menciona las limitaciones que impone la Ley de Compañías para la constitución de compañías, en la que media la autorización de un ente externo como la Superintendencia de Compañías, además de las limitaciones que impone la Ley de Inquilinato sobre los arriendos o la opción preferente del inquilino de comprar el inmueble alquilado si ha cumplido algunas condiciones, etc. PARRAGUEZ menciona que estas restricciones son simplemente moderaciones y no lesiones al principio de libertad negocial, basadas en la ética, la equidad y las buenas costumbres.²⁶²

Sobre el segundo aspecto de la libertad negocial, la libertad de configuración interna, también existen limitaciones que tienen que ver con la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Esta “potestad que el ordenamiento otorga a los particulares para decidir o convenir, según el caso, los contenidos de los negocios que celebran, en consonancia con sus legítimos intereses”²⁶³, no prevista expresamente en el Código Civil ecuatoriano aunque mencionada indirectamente, también encuentra limitaciones legales, de orden público y morales.²⁶⁴

La ley impide, como se desprende el Art. 1460 del Código Civil, que las partes alteren los llamados elementos de la esencia del contrato, con la consecuencia de que no se produzcan los efectos jurídicos buscados o que el contrato degenere en otro. También obliga a que en ciertas circunstancias, como en los contratos para constituir compañías de consultoría, se adopte un determinado tipo negocial para que un negocio jurídico pueda llevarse a cabo.²⁶⁵

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Cfr. Id.*, p. 24-25

²⁶² *Id.*, p. 25

²⁶³ *Id.*, p. 26

²⁶⁴ *Ibíd.*

²⁶⁵ *Id.*, p. 27

Por otro lado, las limitaciones fundadas por razones de orden público se encuentran expresamente establecidas en el Código Civil, cuando se declara, en el artículo que se refiere al objeto ilícito, que este existirá en todo lo que contravenga al Derecho Público Ecuatoriano, o, lo prescrito en el Art. 1481, que prohíbe el pacto sobre condonación del dolo futuro.²⁶⁶

Por último, aquellas restricciones a la libertad de configuración interna fundadas en la moral y las buenas costumbres, se dan cuando lo convenido choca con “las “buenas costumbres, es decir, contra las reglas morales reconocidas por la comunidad jurídica”.²⁶⁷ PARRAGUEZ menciona como algunos ejemplos, como el

Pactar una contraprestación pecuniaria para conductas que deben observarse por deber jurídico o moral,[...] el abuso de la buena fe de la contraparte o de su situación de debilidad material o psicológica, la ruptura grosera del equilibrio contractual o de la economía del negocio, el empobrecimiento y el enriquecimiento injustos, etc., son hipótesis atentatorias a la moral y las buenas costumbres. Con fundamento en estos valores el inciso primero del artículo 1479 prohíbe los pactos sobre sucesión futura (*El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede (ser) objeto de una donación o contrato, aún cuando intervenga el consentimiento de la misma persona*) y el artículo 1832 no permite la estipulación en la cual una o ambas partes renuncian al ejercicio de la acción rescisoria por lesión enorme (*Si se estipulare que no podrá (intentarse) la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación...*)[...]²⁶⁸

Finalmente, luego de entender la estructura del principio de la autonomía de la voluntad, nos podemos dar cuenta como sus limitaciones y restricciones no son nuevas en el Código Civil. Asimismo, como estas limitaciones se encuentran dispersas en varios negocios jurídicos y en varias formas de contratación, lo que agrega complejidad a las limitaciones que puedan venir desde el ámbito constitucional.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ Karl LARENZ. *Derecho de Obligaciones*, Tomo I. Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1958. p. 75. Citado por PARRAGUEZ en *Ibíd.*

²⁶⁸ *Id.*, p. 27-28

3.2 LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN PRIVADOS

3.2.1 El contrato de adhesión como contrato privado

Han sido los contratos de adhesión aquellos en donde se ha mencionado la presencia de posiciones de desigualdad entre las partes y, que, por ende, han dado lugar a la protección de la parte más débil. A pesar de que existen posturas que no creen que los contratos de adhesión tengan una verdadera autonomía de la voluntad, la posición mayoritaria, incluso de la jurisprudencia ecuatoriana antes de la expedición de la Constitución del 2008, ha sido reconocer la autonomía de la voluntad como una de sus características.

Jaime ARRUBLA menciona la posición minoritaria manejada por León DIGUIT, contraria a que los contratos de adhesión sean verdaderos contratos, ya que

Duguit no ve más que una sola declaración de voluntad. En su opinión, no estamos frente a un contrato clásico. No existen dos voluntades en presencia una de otra que entran en contacto y se ponen de acuerdo. Las dos voluntades no se conocen y no pactan por un acuerdo las condiciones del pretendido contrato. Tenemos una voluntad que, en efecto, ha establecido un estado de hecho de orden general y permanente, y otra voluntad que quiere aprovecharse de ese estado de hecho.²⁶⁹

Además, como se verá más adelante, la jurisprudencia ecuatoriana ha considerado a los contratos de adhesión como verdaderos contratos, en donde se encuentra presente la autonomía de la libertad. Este criterio ha sido mayoritariamente expuesto por la ex Corte Suprema de Justicia (CSJ), actualmente denominada Corte Nacional de Justicia (CNJ).

Es importante anotar, sin embargo, que la denominación que se ha dado a este tipo de contratos al llamarlos de “adhesión”, tanto por la jurisprudencia ecuatoriana como por la legislación y la Ley Orgánica de Protección al Consumidor, no es absolutamente correcta dentro de la doctrina internacional. En efecto, la masificación de los contratos de adhesión ha traído al espectro jurídico otras derivaciones contractuales tales como los llamados *negocios estándar o tipo; condiciones generales o cláusulas de contratación; contratos preestipulados,*

²⁶⁹ León DUGUIT. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. Ed. F. Beltrán. Madrid 1920. Págs. 142. Citado por Jaime Alberto ARRUBLA. “Las transformaciones en los contratos a partir del Código de Napoleón...*Óp. cit.* p. 12.

etcétera, en donde los contratos de adhesión entendidos de manera clásica, no tienen cabida.²⁷⁰ Así, encontramos en la jurisprudencia ecuatoriana únicamente ciertas menciones a las condiciones generales presentes en algunos contratos de adhesión, sin que se las diferencie explícitamente.²⁷¹ Lo que si encontramos, en consonancia con lo que está sucediendo internacionalmente, es la presencia cada vez más fuerte de un tercero que determine lo que se estipulará en este tipo de contratos, manifestando una presencia estatal creciente en las cláusulas contractuales.

En un fallo de la CSJ (2001), al referirse al contrato de seguro, se reconoció, por ejemplo, que a pesar de que en los contratos de adhesión no se contempla la fase de negociación, puesto que las cláusulas son prefijadas por una parte, esto no le quita el carácter contractual al contrato de adhesión, debido a que la discusión no es la esencia del contrato sino que lo esencial es el acuerdo de voluntades:

La formación normal de un contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Este esquema típico de contrato tiene una modalidad que es el contrato de adhesión, en el cual la fase de negociación del contrato ha quedado eliminada, puesto que una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal suerte que a la otra no le queda otra

²⁷⁰ Cfr. Luis PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Negocio Jurídico...Óp. cit.* p. 64-67

²⁷¹ Sobre el contrato de seguro, por ejemplo, la jurisprudencia ecuatoriana ha mencionado lo siguiente: "Por su parte Juan Carlos Rezzónico hace las siguientes observaciones: "Si hay un contrato en que las CNG (cláusulas negociables generales) son de utilización sin excepciones, es el contrato de seguro. Esta idiosincrasia permite una observación característica a muchos elementos de las CNG y en general al tráfico de masa y deriva del desenvolvimiento del contrato de seguro... Téngase presente, ante todo, que el procedimiento de formación del contrato de seguro es singular: hay una integración sucesiva, un eslabonamiento de actos... El cliente, por medio comúnmente del agente de seguros, llenará un impreso que la ley llama propuesta y que también se suele llamar solicitud (esta palabra nos evita ingresar al eventual punctum dolens de su esencia) que suscribirá teniendo a la vista (o no) las CNG, y que la compañía asegura poder admitir.- Surgirá, en definitiva, la relación de seguro instrumentada a través de las condiciones establecidas en la póliza. Se distinguen entonces las condiciones particulares o cláusulas especiales, que -al decir de Salandra- constituyen el contenido contractual específico, relativo al contrato en cuestión... En cuanto a las CNG, Salandra las caracteriza como *condizioni generali di póliza* comúnmente muy elaboradas para aplicar a todos los contratos relativos a un riesgo dado. A este respecto señala Zavala Rodríguez que las pólizas consignan condiciones generales aplicables a todos los riesgos de la misma índole, como seguro contra robo, contra la infidelidad de los empleados, etc.; son cláusulas generales impresas, aprobadas por la Superintendencia de Seguros, que facilitan la contratación del seguro y permiten la uniformidad de los derechos y obligaciones de las partes, lo cual es una ventaja en este contrato que es un contrato de intereses o de riesgos en masa basado en la solidaridad" (Contratos con cláusulas predisuestas, Buenos Aires, ASTREA, 1987, páginas 118-120)". *Vid.* Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 261. Registro Oficial 262 del 29 de enero del 2004.

libertad que la de dar su consentimiento o rechazar el contrato. La doctrina predominante, le reconoce carácter contractual; la circunstancia de que no haya discusión de las cláusulas, que una de las partes puede aceptar o rechazar, no elimina el acuerdo de voluntades, porque la discusión no es la esencia del contrato, lo esencial es que las partes estén de acuerdo con la oferta o que exista una declaración de voluntad común. [...]²⁷²

En el mismo sentido, la CNJ ha manifestado que este acuerdo de voluntades se ha dado en una situación de desequilibrio de las partes, que de igual manera han configurado un contrato que se perfecciona al momento de aceptar el predisponente la oferta formulada por el oferente:

[La] proliferación de este tipo de contratos, denominados de adhesión y que incluyen condiciones generales, ha planteado una ardua discusión jurídica y ha obligado al Legislador a dictar normas reguladoras específicas sobre todo para evitar la comisión de eventuales abusos. Stiglitz y Stiglitz al estudiar el tema consideran que efectivamente estos contratos surgen dentro de una situación de evidente desequilibrio en el poder de negociación que caracteriza la actual realidad económico-social, y que este desequilibrio "ha generado nuevas técnicas o formas contractuales predisuestas, en las cuales el contrato de adhesión juega un rol protagónico por la cantidad de negocios que pertenecen a su categoría. La estructura del contrato se mantiene inalterable. Como quiera que sea, el consumidor emite una oferta sobre la base de una fórmula general e inmutable que le provee el predisponente, y a ella le sucede la aceptación.

La naturaleza íntima del contrato no se modifica.- Lo expuesto significa que la modalidad de la formación del acto consistente en la adhesión a un contenido predeterminado con anterioridad y no discutido previamente, no priva al negocio de su naturaleza contractual, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten... Las conclusiones desarrolladas atrapan aun la hipótesis de aquellas condiciones generales que requieren ser aprobadas por las autoridades administrativas de control. Son aquellos supuestos en que hay un interés público comprometido en la actuación de la empresa predisponente, por lo que el Estado ejerce un particularmente intensificado poder de policía...

En suma, nos hallamos frente a un contrato que alcanza a perfeccionarse al aceptar el predisponente la oferta formulada por el oferente y que contiene el texto predispuesto por el primero. O sea que el adherente emite su propuesta, de conformidad con las condiciones preestablecidas, y que no consienten tratativas previas, sino solo adhesión a los términos de una única, primera y última oferta, creada con la exclusiva y excluyente intervención del predisponente.

De tal manera que la propuesta se enuncia sobre la base del esquema negocial preestablecido por la contraparte, o en su defecto no se contrata..." y más adelante explican por qué consideran oferente al que solicita el servicio, es decir al consumidor: "En consecuencia, de lo hasta aquí expuesto cabe concluir que la circunstancia de que corrientemente los formularios impresos de ofertas los facilite o distribuya el predisponente, no implica que sea de éste de quien parta la oferta, y que con la declaración de voluntad unilateral y recepticia del adherente se perfecciona el contrato. Importa, lisa y llanamente, por parte del primero una invitación a proponer dirigida al segundo, hecha para facilitarle la

²⁷² Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539. Quito, 24 de mayo de 2001. La cita es reproducida también en: "Pago de seguro". Expediente de Casación 204 Registro Oficial 364 del 9 de julio del 2001. Juicio Verbal sumario No 65 – 2001. Lady María Solórzano Loo vs. Sul América Compañía de Seguros del Ecuador CA.

redacción de su propuesta, y que alcanza relevancia jurídica como elemento de interpretación del contrato definitivo.²⁷³

Sin embargo, en una postura diferente, aunque minoritaria, la CNJ también ha considerado que al no existir una voluntad común en el contrato de adhesión, este contrato tiene que ser sometido a una exégesis especial, donde el juez supla aquellas cláusulas que la parte más fuerte pudiera omitir y con esto perjudicar a la parte más débil, como en el contrato de seguro:

La jurisprudencia sensible somete los contratos de adhesión a exégesis especial. Aunque, no resulta posible interpretar una voluntad común, puesto que esa voluntad no existe, los jueces suplen en el contrato cláusulas que no habían sido aceptadas por el más fuerte, pero que protegen al más débil, como las obligaciones de garantía, el relevo de cláusulas de irresponsabilidad y la nulidad de otros con sentido lacónico²⁷⁴. Igualmente expresa la Enciclopedia Jurídica OMEBA, "la jurisprudencia ha podido mitigar o evitar en ciertos casos particulares la aplicación de algunas cláusulas insertas en exclusivo provecho del contratante económicamente fuerte (Tomo IV, Pág. 250), y, con relación al contrato de seguros, también consigna: "sus inevitables lagunas ante la complejidad de riesgos y situaciones, modalidades de los siniestros, llevan a interpretarlo según las normas de la equidad"²⁷⁵.

3.2.2 Limitaciones al principio de autonomía de la voluntad en el contrato de adhesión

3.2.2.1 Limitaciones civiles

El principio de la autonomía de la voluntad, pilar fundamental de la contratación privada y reconocido por el Código Civil, ha tenido limitaciones a lo largo del tiempo que han residido en la ley. Sería incorrecto pensar que un acuerdo de voluntades, como lo es un contrato privado, se pueda configurar sin mirar a lo que establece el propio Código Civil, o a las condiciones que se imponen en el artículo 1461 para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad²⁷⁶. Al considerar que no siempre lo libremente convenido es

²⁷³ Rubén S. STIGLITZ y Gabriel A. STIGLITZ, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985. pp. 69-72. Citado por la Corte Suprema de Justicia en Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539. Quito, 24 de mayo de 2001. Mencionado también en: "Pago de póliza". Expediente de Casación 261 Registro Oficial 262 del 29 de enero del 2004. Juicio verbal sumario No. 141-2003. José Luis Orellana Salcedo vs. Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.

²⁷⁴ La Corte cita el Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual Guillermo CABANELLAS. p. 343

²⁷⁵ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2320 (Quito, 21 de noviembre de 2001).

²⁷⁶ Código Civil. Art.1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1 Que sea legalmente capaz; 2 Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no

justo, el CC ya ha limitado a la autonomía de la voluntad a lo que establece la ley, y ha puesto al juez en el papel de “guardián” de la equidad de los contratos. Al respecto, la CSJ ha mencionado que:

[...] el artículo 1588²⁷⁷ del Código Civil sienta la regla de que las convenciones hechas en los contratos tienen tanta fuerza obligatoria como la ley misma. Se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, pero no siempre lo libremente convenido es justo, por eso el artículo 1589²⁷⁸ del Código Civil, confiere al juez la responsabilidad de desempeñar el papel de guardián de equidad de los contratos, y establece pautas de limitación a la autonomía de la voluntad, entre cuyas limitaciones se halla la ley. Por consiguiente, las estipulaciones contractuales carecen de fuerza obligatoria si son contrarias a las normas legales imperativas, pues la característica de estas es que no pueden ser dejadas sin efecto en los contratos [...]²⁷⁹

En la misma sentencia, la CNJ mencionó también que este “dirigismo contractual”, limitador de la autonomía de la voluntad, se ha impuesto para restablecer la igualdad entre las partes contractuales e impedir un desbalance de la equidad que debe presidir a todo contrato bilateral:

La experiencia social ha puesto de manifiesto que no es posible dejar librado ciertos contratos al libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes sin perturbar la pacífica convivencia social; de allí que el dirigismo contractual se haya impuesto para solucionar graves problemas que afronta el interés público: restablecer la verdadera igualdad entre las partes, permitir un ajuste de las relaciones jurídicas a las circunstancias económicas, impedir que una de las partes imponga a la otra contraprestaciones excesivas o exorbitantes, claramente contrarias a la equidad que debe presidir a todo contrato bilateral.²⁸⁰

3.2.2.2 Limitaciones constitucionales

A través del conocimiento de acciones por parte de los jueces constitucionales también se han dado limitaciones constitucionales a la autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión. En las resoluciones que presentaremos a continuación, los jueces constitucionales han interpretado la autonomía de la voluntad y las relaciones contractuales al resolver sobre la

adolezca de vicio; 3 Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4 Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

²⁷⁷ Actual Art. 1561 del Código Civil. Codificación.

²⁷⁸ Actual Art. 1562 del Código Civil. Codificación.

²⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución del recurso de casación. 24 de mayo del 2001. Fallo publicado en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539

²⁸⁰ *Ibíd.*

constitucionalidad de una norma. Sus decisiones no han sido, precisamente, al conocer una acción entre particulares. Sin embargo, el efecto de este reconocimiento ha tenido un impacto directo en las relaciones contractuales privadas.

3.2.2.2.1 Sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia No. 003-11-SCN-CC, dentro del caso No. 0093-10-CN²⁸¹. Constitucionalidad del artículo 55 del Código Civil y 45 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

La Corte Constitucional, en una sentencia del 2011²⁸², en donde el Dr. César Ugalde Arellano, Juez Primero de lo Civil de Cuenca, consultó la constitucionalidad del artículo 55 del Código Civil y el artículo 45 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor²⁸³, se refirió a la autonomía de la voluntad y a sus límites frente a mandatos constitucionales. En los antecedentes del caso, se encuentra que éste inició cuando el señor Segundo Floresmilo Muñoz Urgilés, gerente y representante legal de la Casa del Electrodoméstico "Electroéxito S. A.", propuso una demanda ejecutiva en contra del ciudadano Ángel Eduardo López Solórzano, acción que por sorteo de ley correspondió conocer al Juez Ugalde. En la demanda, el actor incluyó un pagaré a la orden²⁸⁴ de la empresa que representaba, suscrito por el demandado, título ejecutivo en el cual se advertía que el deudor, si bien tenía su domicilio en la ciudad de Santo Domingo, se comprometía a pagar la deuda contraída en dicho cantón, o "en el lugar que fuere reconvenido", lo que implicaba una expresa renuncia de domicilio.

El Juez Ugalde, al ver que la parte demandada tenía su domicilio en el cantón Santo Domingo, mediante auto se declaró incompetente para conocer la causa y dispuso la

²⁸¹ Publicada en el Registro Oficial Suplemento 396 del 2 de marzo del 2011.

²⁸² Corte Constitucional. Sentencia No. 003-11-SCN-CC, dentro del caso No. 0093-10-CN. Registro Oficial Suplemento 396 del 2 de marzo 2011

²⁸³ Art. 45.- "De conformidad con el artículo 43 de la ley, en los contratos de adhesión serán nulas las cláusulas y estipulaciones prohibidas en los numerales del 1 al 9 de dicho artículo; sin embargo, estas disposiciones no se interpretarán como una limitación a la autonomía privada en los contratos mercantiles y civiles en los cuales no intervengan consumidores finales, o en aquellos contratos en que por su naturaleza, las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance y contenido".

²⁸⁴ El valor del pagaré era de \$ 707,17.

devolución de la documentación y el archivo de la misma²⁸⁵. Ante esta providencia, el actor manifestó la renuncia expresa a su domicilio por parte del deudor, quien se comprometió a cancelar la deuda en el lugar en que fuere reconvenido, por lo que solicitó al juez la calificación de la demanda. El juez, por su parte, explicó que en las garantías del debido proceso establecidas en el texto constitucional se establece la necesidad de ser juzgado por jueza o juez independiente, imparcial y competente, añadiendo que, el Art. 55²⁸⁶ del CC, que se refiere a lo que la doctrina ha denominado "domicilio contractual" y que se ha pactado en el pagaré acompañado a la demanda, ha obligado al accionado a renunciar a su domicilio natural para litigar en una jurisdicción distinta.

Para el juez, el artículo 55 del Código Civil permitía aprovecharse de la parte débil en la relación contractual, obligándola a renunciar a su domicilio natural y a sujetarse al domicilio de la parte fuerte, práctica común en los "contratos de adhesión", presentes en el medio. Ante esto, el juez consultó la constitucionalidad de las normas contenidas en el artículo 55 del Código Civil y del artículo 45 del RGLODC, normas que, a criterio del juez, vulneraban el derecho consagrado en el artículo 76, numeral 7, literal k del texto constitucional, esto es, ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Para el juez Ugalde,

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor resalta que los contratos de adhesión implican una restricción a la libertad contractual y se caracterizan por contener una oferta o propuesta preparada por una de las partes, a la que la otra se adhiere, mecanismo muy usado en la suscripción de letras de cambio y pagarés, que son redactados unilateralmente y sin que la parte obligada tenga oportunidad de discutir su contenido, siendo usual que se le exija renunciar a su domicilio para el supuesto de un eventual juicio originado por dicho contrato, incluso limitando los medios de defensa utilizados en juicio a través de excepciones dilatorias o perentorias, apartándose del derecho y violentando normas constitucionales, ya que el derecho procesal es de orden público.

Por ello considera que el artículo 55 del Código Civil es contrario a la Constitución de la República, y que cuando se observe una cláusula en un documento contractual, letra de cambio o pagaré, para efectos judiciales, la estipulación de domicilio contractual se debe tener como no escrita.

Los artículos 55 del Código Civil y 45 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor restringen los derechos de los ciudadanos, al establecer en los

²⁸⁵ "De conformidad con el Art. 76 N. 7 literal K en relación con los arts. 424, 425 y 426 de la Constitución de la República se observa que la parte demandada, tiene su domicilio en el cantón Santo Domingo, en consecuencia el suscrito Juez no es el competente para conocer la presente causa, en relación con el Art. 24 del C. de P. Civil"

²⁸⁶ Art. 55 CC: "Se podrá en un contrato establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato"

contratos, pagarés y letras de cambio, cláusulas de sujeción, por parte del obligado, al domicilio de la parte accionante, sometiéndoles a una jurisdicción distinta, violando la garantía del denominado "juez natural".

La Corte Constitucional, al referirse al caso, y ante la consideración del juez Ugalde, sobre que la obligación jurídica del demandado derivaba de los denominados contratos de adhesión, que constaba acreditada en el pagaré adjunto, documentos "que son redactados unilateralmente y sin que la parte obligada tenga oportunidad de discutir su contenido", se refirió así a los contratos de adhesión:

El contrato de adhesión ha sido definido doctrinariamente como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes, de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas, de tal suerte que este último no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente [...]

Los contratos de adhesión han generado varios problemas jurídicos que han hecho surgir también algunas formas de soluciones: Por lo general se admite su validez, ya que cualquier otra opción provocaría la paralización del mercado, por lo que se entiende que el contrato de adhesión es una necesidad, aunque se tiene en cuenta la especial debilidad del consumidor, a quien se protege por otras vías (legal, jurisprudencial, etc.). Entre las formas de protección están la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno derecho, y a través de la vigilancia de las instituciones públicas a la actuación de las empresas. En algunos casos, la comercialización de productos esenciales se regula directamente mediante normas imperativas, de forma que el Estado suplanta el consentimiento de las partes y lo sustituye por una relación jurídica regulada previamente de forma equilibradas.

Para la Corte Constitucional, la obligación del accionado se derivaba de un contrato jurídicamente válido, ya que el pagaré suscrito por el accionado, que era un formulario impreso empleado unilateralmente por Electroéxito S. A, no se encontraba en lo supuesto por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que establece los requisitos que debe contener un contrato de adhesión para su plena validez, y tampoco dentro de las cláusulas que están prohibidas en los contratos de adhesión en el artículo 43 *ibídem*²⁸⁷.

²⁸⁷ “Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: 1) Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; 2) Impliquen renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio; 3) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4) Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento; 5) Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; 6) Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o

De igual forma, la Corte Constitucional consideró que el artículo 55 del Código Civil no vulneraba derechos constitucionales debido a que establecía la posibilidad de que las partes contratantes, de común acuerdo, pudieran establecer un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales; a partir de lo cual se puede determinar cuál es el juez competente para conocer y resolver alguna acción judicial derivada de la relación contractual pactada.

Por otra parte, sobre el otro artículo impugnado, el artículo 45 del RGLODC, dijo que:

[...] dicha norma establece que en los contratos de adhesión, serán nulas las estipulaciones y cláusulas contenidas en los numerales del 1 al 9 del artículo 43 de la Ley (lo que garantiza la protección de los derechos de los consumidores), sin que ello se entienda como limitación de la autonomía privada en los contratos civiles y mercantiles en los que no intervengan los consumidores finales, o en los contratos en que, por su naturaleza, las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance y contenido.

Es evidente que en una relación contractual, las partes tienen la facultad de acordar libremente las estipulaciones que estimen convenientes a sus intereses, teniendo presente que las mismas no pueden ser contrarias a la moral, las buenas costumbres y que no se hallen en contradicción con los mandatos constitucionales. Se garantiza en la norma impugnada la protección de los derechos de los consumidores, precisamente nulitando las cláusulas o estipulaciones contractuales lesivas a esos derechos. Por tanto, la norma contenida en el artículo 45 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no transgrede ninguna disposición constitucional.

3.2.3 El contrato de seguro como contrato de adhesión privado

Ahora bien, dentro de los contratos de adhesión que la doctrina ha mencionado recurrentemente se encuentra el contrato de seguro. Este contrato ha sido reconocido por la doctrina como un contrato de adhesión en donde se cumple, precisamente, una limitación a la autonomía de la voluntad con base en la ley. Esta limitación se refiere al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros de las condiciones de la póliza de seguro. Sin embargo, recalamos, la doctrina lo ha reconocido como un contrato de derecho común, de adhesión, y

revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor; 7) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles 8) Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y, 9) Cualquier otra cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres. Lo determinado en el presente artículo incluye a los servicios que prestan las instituciones del Sistema Financiero. [...]"

privado en donde existe un acuerdo de voluntades, ya que no se trata de un contrato administrativo.²⁸⁸

Al respecto, la CSJ ha dicho sobre el contrato de seguro que:

[Se] caracteriza, por tanto, el contrato de seguros, como conmutativo, aleatorio, documental, principal y de adhesión, por ser bilateral oneroso, y que, tiene por objeto una obligación condicional, positiva, debido a que debe acontecer el riesgo asegurado, o acontecimiento o suceso incierto, redactado en términos inteligibles, siendo eminentemente causal, ya que no depende en exclusivo de la voluntad del solicitante, beneficiado ni asegurador.²⁸⁹

Además, citando a BAEZA PINTO, la CSJ ha reafirmado esta apreciación sobre el contrato de seguro:

El contrato de seguro es, por lo tanto, bilateral, porque ambas partes se obligan recíprocamente ab initio; es además oneroso porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; es conmutativo porque la prima que paga el asegurado se mira como equivalente del riesgo que asume el asegurador; puede ser un contrato principal, o uno accesorio en los casos que tiene por objeto caucionar el cumplimiento de una obligación principal; es, en términos generales, un contrato de adhesión; y, es un contrato de ejecución o tracto sucesivo porque las obligaciones de las partes se cumplen de manera continuada.²⁹⁰

Ahora bien, las limitaciones legales a la autonomía de la voluntad o ese “dirigismo contractual” que mencionó anteriormente la CNJ en los contratos de adhesión, se generan por parte de la ley al momento de limitar la autonomía de la voluntad en las cláusulas generales del contrato. Las mismas que son establecidas por ley, por la Superintendencia de Bancos, y que únicamente permiten un cierto radio de autonomía de la voluntad en las condiciones particulares del contrato, en concordancia imperativa con las cláusulas generales:

Esta es la justificación para que el dirigismo contractual se haga ostensible en el artículo 39 de la Ley General de Compañías de Seguros, que da a las cláusulas, condiciones o estipulaciones generales aprobadas por la Superintendencia de Bancos fuerza imperativa, y deja poco juego a la libertad contractual, que se traduce en las cláusulas, condiciones o

²⁸⁸ Vid. “El contrato de seguro no es contrato administrativo”. Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución del recurso de casación. 23 de enero del 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2342.

²⁸⁹ Fallo del 21 de noviembre de 2001. Publicado en la Gaceta Judicial, año CII, Serie XVII, No. 8, pág. 2320.

²⁹⁰ Sergio BAEZA PINTO. *El Seguro*. Editorial Jurídica de Chile. 1994. pp. 32-33. Citado por la Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 192. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 366 del 24 de junio del 2008. No. 192-2007

estipulaciones adicionales, llamadas "condiciones particulares;" las que tienen que enmarcarse necesariamente en las condiciones generales. En esta virtud, si hay contradicción entre las condiciones particulares y las generales, en perjuicio de la parte asegurada, prevalecerán estas últimas. Este dirigismo contractual jurídico ha quedado perfectamente precisado en el Reglamento a la Ley General de Seguros, publicado en el R.O. 342 de 18 de junio de 1998, cuyo artículo 49 dice: "Las pólizas de seguro deben contemplar las disposiciones del artículo 25 de la Ley General de Seguros (equivalente al Art. 39 de la Ley General de Compañías de Seguros citada anteriormente) y el Decreto Supremo No.- 1147. Cualquier condición en contrario deberá ir en beneficio del asegurado mas no del asegurador, bajo pena de nulidad de la estipulación respectiva. Esta nulidad no afectará los derechos del asegurado".²⁹¹

La Corte Constitucional reiteró que el contrato de seguro conllevaba un servicio de orden público a cargo de la empresa aseguradora. Sin embargo, al tratar sobre el reclamo de la entidad asegurada, no desnaturalizó la esencia del contrato de seguro.

3.2.3 El contrato de medicina prepagada. Cumplimiento del contrato por vía de la constitucionalización del derecho privado. Caso colombiano.

Dentro de los contratos de adhesión se encuentra también el contrato de medicina prepagada. Aunque en la jurisprudencia ecuatoriana no se ha tratado este tipo de contrato de adhesión, la Corte Constitucional colombiana si lo ha hecho y ha implementado, justamente la constitucionalización del derecho privado, para resolverlo. Sin embargo, como menciona TAMAYO, quien comenta el caso en mención, bien pudieron aplicarse disposiciones del Código Civil y no disposiciones constitucionales para resolverlo. TAMAYO explica que,

(En la) Sentencia T- 662 de 200614, la Corte dice aplicar la constitucionalización del derecho privado a un contrato de medicina prepagada. Sin embargo, no hay tal, y lo que ocurrió simplemente fue que la Corte en fallo de tutela, interpretó la intención de las partes en la ejecución del contrato. En efecto, un afiliado a una entidad de medicina prepagada requería una prótesis y una intervención quirúrgica en un oído. La entidad de medicina prepagada objetó estas prestaciones porque las prótesis estaban excluidas al igual que los tratamientos realizados por médicos ajenos a dicha institución. La Corte en su sentencia negó al demandante su pretensión al pago de la prótesis, que era lo más necesario y lo más costoso, pese a que era indispensable para recuperar el sentido del oído, pero concedió la prestación relativa a la intervención quirúrgica para colocar la prótesis, bajo el argumento de que en una primera intervención en el otro oído realizada por un médico ajeno a la institución, había sido

²⁹¹ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539. 24 de mayo de 2001

reconocida y que en consecuencia, dicha institución había creado en el paciente la creencia de que podía acudir al mismo médico para la segunda operación.

Luego la Corte dice aplicar la constitucionalización del derecho privado y termina por conceder al paciente la prestación correspondiente a la intervención quirúrgica porque ésta era necesaria para garantizar el derecho fundamental del paciente a su salud. Como dije, en este caso habría existido constitucionalización del contrato si también se hubiera condenado a la entidad de medicina prepagada al pago de la prótesis, pues ésta era igualmente importante para recuperar el oído del paciente, porque sin la prótesis, la operación es imposible. Y si se trataba de salvar la integridad física del paciente lo lógico habría sido conceder las dos prestaciones. Pero como sobre esa prestación no existía interpretación equívoca del contrato, la Corte no la aplicó. Solo lo hizo en relación con la operación.

Pero eso realmente no es constitucionalización del contrato sino interpretación de la intención de las partes al contratar, problema resuelto por el Código Civil cuando establece que el juez al interpretar el contrato se atendrá a la intención de las partes, más que al sentido literal de las palabras. Cuando se incumple un contrato, que fue lo que ocurrió con la intervención quirúrgica, el juez obliga al deudor incumplido sin que haya que recurrir al pretexto de la constitucionalización del mismo. La constitucionalización se presentaría cuando sin existir incumplimiento del contrato, el juez ordena la prestación porque de no hacerlo se afectan los derechos fundamentales del paciente acreedor.²⁹²

La opinión de TAMAYO, como podemos ver, cuestiona la utilización de los derechos fundamentales como el de la salud, para resolver un caso que se pudo haber resuelto aplicando el Código Civil. TAMAYO se refiere a uno de los métodos de interpretación de los contratos, como la interpretación de la intención de las partes, como el medio idóneo para resolver el caso antes mencionado. Bien se pudo, en este contrato de adhesión, haber obligado a que se cumpla el contrato por la vía civil y no en base a la constitucionalización del ordenamiento jurídico, de manera innecesaria.

Se ha mencionado este caso, por su relevancia para nuestro estudio, a pesar de que se trata de la jurisprudencia de otro país, en donde recalamos, el proceso ha despegado de manera continuada.

²⁹² Corte Constitucional colombiana. Sentencia N. T- 662/06. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar. p. 12 s.s. Copia tomada directamente de la Corporación. Citado por Javier TAMAYO. La constitucionalización...Op. cit. p. 12

3.3 LA INTERPRETACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La interpretación de la libertad de contratación y del principio de autonomía de la voluntad en los contratos también ha sido revisada, por parte de los jueces constitucionales, en sentencias de constitucionalidad de leyes y decretos. Por ejemplo, y aparte de los casos que se tratarán a continuación, conviene mencionar la demanda de inconstitucionalidad²⁹³ planteada por un grupo de rotulistas en contra de un Acuerdo Ministerial por el cual se establecía la exclusividad de la explotación publicitaria de la carretera Panamericana a la empresa PANAVIAL S.A. Mediante ese decreto, se dispuso que los rotulistas que quisieran colocar vallas publicitarias no podían hacerlo directamente con los dueños de los predios colindantes a la vía y negociando libremente el precio, sino que debían hacerlo cumpliendo con un pago a favor del Estado pero a través de las empresas concesionadas. Asimismo, se establecía el canon de arrendamiento que se reconocería a los dueños de las propiedades. Allí, el Tribunal Constitucional consideró que no existían violaciones a las garantías constitucionales como la libertad de empresa, de contratación y de no confiscación, como argumentaban los accionantes.

En las sentencias que se analizarán a continuación, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Constitucional, trataron leyes que limitaban la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación de sujetos privados en dos sectores, el del banano ecuatoriano y el bancario. En ellas, frente a las similares pretensiones de los accionantes afectados sobre la afectación a la libertad de empresa, autonomía a la voluntad y la fijación de precios, los jueces defendieron la intervención estatal con el fin de proteger a los más débiles en la relación contractual.

²⁹³ Cfr. Tribunal Constitucional. Caso. 0024-06-TC. Registro Oficial Suplemento 127. 16 de julio del 2007

3.3.1 Libertad de contratación, autonomía de la voluntad y fijación de precios. Sentencia del Tribunal Constitucional. Resolución No. 0004-07-TC. (2007).

El TC ecuatoriano, en el 2007, y antes de convertirse en la Corte Constitucional de Transición se refirió también, dentro de una demanda de inconstitucionalidad²⁹⁴ sobre el fondo de los artículos 1²⁹⁵, 2, 4 y 7 de la Ley para Estimular y Controlar la Producción y

²⁹⁴ Cfr. Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución No. 0004-07-TC. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 133 del 24 de julio del 2007. Juez ponente (Patricio Pazmiño Freire, Roberto Bhrunis Lemaire, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Ezequiel Morales Vinueza, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Ruth Seni Pinargote (no presente).

²⁹⁵ Artículo 1: "La Función Ejecutiva a través de un Acuerdo Interministerial dictado por los Ministros de Agricultura y Ganadería y, de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, fijará en forma periódica y en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el precio mínimo de sustentación que, de modo obligatorio deberá recibir el productor bananero (al pie del barco), por parte de toda persona natural o jurídica que comercialice, por cualquier acto o contrato de comercio permitido por la Ley, los distintos tipos autorizados de cajas conteniendo banano de exportación. También fijará los precios mínimos referenciales (FOB) a declarar por parte del exportador. Para este fin, el Ministerio de Agricultura y Ganadería organizará mesas de negociación, cada tres meses, en las que participarán representantes de los productores y exportadores con los dos Ministros de Estado, para establecer dichos precios de manera consensuada. De no lograr establecer precios mínimos de mutuo acuerdo los dos Ministros, en un plazo de siete días, procederán a fijar los mismos sobre la base del costo promedio de producción nacional. El precio mínimo de sustentación es el equivalente al costo de producción promedio nacional, más una utilidad razonable de cada uno de los distintos tipos autorizados de cajas conteniendo banano de exportación. Se fijará en dólares de Estados Unidos de Norteamérica. Para asegurar el pago del precio mínimo de sustentación que el exportador o intermediario está obligado a pagar al productor, aquel deberá, indistintamente, rendir caución sobre dicho precio mínimo, con vigencia mínima de treinta días. Dicha caución podrá consistir en una póliza de seguro, en una garantía bancaria o mediante cheque certificado a favor del productor que se depositará en custodia en el Departamento Financiero de la Subsecretaría correspondiente, previo al embarque. Independientemente de las sanciones a que haya lugar, el Ministerio, una vez determinado el incumplimiento, solicitará al garante que se ejecute en forma inmediata la garantía a favor del productor"

Artículo 2: "*Queda terminantemente prohibido que persona alguna, sea directamente o por interpuesta persona, pague al productor un valor menor que el precio mínimo de sustentación fijado de acuerdo con el artículo 1 de esta Ley, utilizando cualquier mecanismo o procedimiento para no cumplir con sus disposiciones.* La calificación de la fruta se la hará única y exclusivamente en la finca de producción y no será motivo de una posterior en el puerto de embarque" Artículo 4: "En caso de establecerse que la persona natural o jurídica inspeccionada hubiere evadido o incumplido el pago del precio mínimo de sustentación, el Subsecretario correspondiente, con el informe de inspección respectivo y después de oír verbal y sumariamente a la parte interesada, aplicará una multa equivalente de veinticinco a cincuenta veces el monto de la evasión o incumplimiento y dispondrá en todos los casos la reliquidación y pago en devolución a los productores, del monto de lo no pagado. En caso de reincidencia, el Subsecretario correspondiente podrá disponer la suspensión de exportar por quince días. En el evento de que se incurriese por tercera ocasión en la prohibición prescrita en el artículo 2 de la presente Ley, el Subsecretario correspondiente ordenará la prohibición de exportar banano ecuatoriano, plátano (barraganete) y otras musáceas afines destinadas a la exportación, bajo la marca o marcas utilizadas por el incumplido, por el plazo de sesenta días. Si se reiterase en dicha prohibición, se aplicarán todas las sanciones establecidas en el presente artículo".

Artículo 7: "Prohíbese y se tendrá como no escrita en cualquier forma de renuncia que pudiera estipularse entre productores y exportadores de banano, plátano (barraganete) y otras musáceas afines, destinadas a la exportación, y que originándose en una causa ilícita signifique, de cualquier manera, una disminución efectiva del derecho del

Comercialización del Banano, Plátano (Barraganete) y otras Musáceas afines destinadas a la Exportación²⁹⁶, a los contratos y al derecho a la libertad de contratación, reconocida también por la Constitución de 1998 en el artículo 23 numeral 18. La demanda fue presentada por el Director Ejecutivo de la Asociación de Exportadores de Banano del Ecuador y por su Procurador Común, en representación de la asociación que agrupaba a varios exportadores bananeros importantes del Ecuador y a más de mil ciudadanos que respaldaron la demanda con sus firmas. En el texto, se demandaba la inconstitucionalidad de la ley en mención, por ser atentatoria a las normas constitucionales sobre el sistema económico²⁹⁷.

En el tema que nos concierne, los accionantes argumentaron que la ley, que buscaba “estimular y controlar la producción de banano y corregir “erróneamente” las supuestas distorsiones del mercado bananero” vulneró el derecho constitucional a la libre competencia económica al afectar el bienestar de los consumidores, al fijar el precio mínimo de sustentación y un sistema uniforme para los productores de banano con la finalidad de que así se los protegería de “cualquier práctica distorsionante de los exportadores locales de banano”. Los exportadores argumentaron que el mencionado “precio de sustanciación²⁹⁸” que incorporaba además entre sus variables al “costo de producción promedio nacional” no eran factibles, económicamente, debido a que, con mucha razón, las diversas unidades de producción, cada cual con características distintas, desde el punto de vista de las áreas de producción, no podían determinarse en un solo precio, ya que cada una incidía distinto en el costo final del producto.

En la demanda también se mencionó el riesgo para otras industrias como la de la construcción, hotelería, del cemento o la de exportación de maíz, papa, flores, etc. de que se establezca el concepto de “utilidad razonable” por parte de la ley. En la mencionada ley, se

productor a recibir cuando menos el precio mínimo de sustentación por caja de banano, plátano (barraganete) y otras musáceas afines, destinadas a la exportación. Prohíbese que en las liquidaciones de pago de las cajas de banano para exportación consten descuentos no autorizados por el productor. El exportador que violare esta disposición será sancionado por el Subsecretario correspondiente, con la multa equivalente al quinientos por ciento (500%) de los valores indebidamente descontados, de lo cual se devolverá al productor el valor correspondiente"

²⁹⁶ Ley publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 315 de 16 de Abril de 2004.

²⁹⁷ Título XII (del sistema económico) artículos 242 al 244.

²⁹⁸ El precio de sustentación es el equivalente al costo de producción promedio nacional, más una utilidad razonable de cada uno de los distintos tipos autorizados de cajas conteniendo banano de exportación

establecía que sobre el "promedio nacional del costo de producción", que no había sido fijado por el Estado en dicho momento, se fijaba una "utilidad razonable" lo que da como resultado el "precio mínimo de sustentación" que es el que tiene que pagar el exportador al productor bananero. El accionante mencionó el gran problema que significaba el de definir qué era un precio "razonable" y las contradicciones con el Estado social de mercado, reconocido en ese entonces por la Constitución de 1998, ya que "la misma utilidad de unidad de producción puede ser en un caso excesiva, en relación al capital involucrado, y en otro caso resultar exigua, en consideración de la misma razón." Para los accionantes, la fijación de una "utilidad razonable", era un claro intervencionismo estatal, distorsionaría gravemente la economía y el régimen económico del país.

Para los accionantes, esta intervención del Estado fijando precios estaría garantizando una utilidad razonable siempre para el productor bananero, que siempre tendrá ganancias o pérdidas, como es lo lógico en cualquier operación comercial. En este caso, en cambio, es protegido en todo momento por el Estado, en cambio el exportador bananero si tiene este riesgo por estar sujeto a los precios fijados por el mercado en el comercio mundial. Para los accionantes la fijación de este precio razonable responde a criterios políticos clientelares. El precio en el contexto internacional, precio con características dinámicas que responde a la oferta y demanda mundial, no se fija por ningún país o economía.

Entre los derechos constitucionales vulnerados, los accionantes mencionaron el derecho a la libertad de contratación (Art. 23 numeral 18) ya que la ley, al fijar los precios a través del "precio mínimo de sustentación" irrumpe con la vigencia de este derecho, ya que para ellos, la libertad de contratación se entiende como el derecho a "ejercer el libre albedrío de conformidad con lo que manda la ley" especialmente aquellos en que se consagran el sistema de economía social de mercado que impulse la competencia y que respondan al principio de eficiencia(Art. 242) entre otros.

Los productores de banano se refiere también a la afectación al principio de la autonomía de la voluntad, en lo que se refiere a la forma de pago del precio, "ya que los productores y exportadores de banano son tratados con desigualdad ante la Ley frente a otras actividades económicas, lo que deviene en absoluta injusticia."

Los conceptos de economía y libertad de contratación son también mencionados en la contestación del secretario jurídico de la Presidencia, Alexis Mera, cuando sostiene que el control del Estado, incluso del precio a que deberá comercializarse el banano, responde a la misma constitución, la cual incorpora la palabra “social” dentro del estado social de derecho. Menciona que esto obliga al Estado a respetar y expedir normas constitucionales que deben ser cumplidas por los órganos del poder público, las personas naturales y jurídicas, ya que la “La fuerza normativa de la Constitución no puede ser eludida en ninguna circunstancia, ya que sus normas prevalecen sobre las demás, sean éstas referentes al derecho público o al derecho privado.”

En su contestación se muestran las utilidades del sector exportador de banano desde el año 2000 hasta el 2006 y como éstas han sido favorables para el sector exportador. Manifiesta que la ley responde a la necesidad de se regule un sector que necesitaba la intervención del Estado.

El TC de ese entonces, que después se convirtió en Corte Constitucional de la Transición, argumentó con razonamientos parecidos a los que se ha referido la CC sobre el cambio de era. Lo hizo resaltando los valores del Estado social de Derecho frente al Estado de Derecho. En este sentido, y para justificar el contenido de la mencionada Ley que influía directamente en los contratos celebrados entre los productores y los exportadores de banano dijo lo siguiente:

El surgimiento del constitucionalismo social con las constituciones de Weimar (1919) y la actual constitución alemana, La Ley Fundamental de Bonn de 1949, también generó un nuevo enfoque del Estado de Derecho. Se constató justamente que éste último, al estatuir una igualdad formal ante la ley produce desigualdades económicas. Así, el aparente paraíso del Estado de Derecho ocultaba profundas contradicciones. Hermann HELLER percibió con claridad esa situación y planteó la transición del Estado Liberal (de Derecho) al Estado Social de Derecho. Esa concepción helleriana del Estado Social de Derecho que recoge nuestra Constitución plantea la viabilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público.”. Nuevamente se refiere al criterio de debilidad al hablar que “el económicamente débil procura, a través de una nueva legislación, "trabar" al económicamente poderoso y obligarlo a conceder mayores prestaciones²⁹⁹

²⁹⁹ Hermann HELLER. "Escritos Políticos", Alianza Universidad, Madrid (1985). Citado en la sentencia.

Luego, la CC, se refiere a que, con base en el principio de razonabilidad y de equidad, el sector del banano, debe ser regulado al tener fundamental importancia en la economía ecuatoriana:

Nuestra Constitución (la de 1998) es muy clara al establecer que el Ecuador es un "Estado Social de Derecho", por ende se debe tomar en cuenta, el principio de razonabilidad, es decir, la organización estatal debe tender a la integración y no a la estratificación de la sociedad; y el principio de equidad, ya que la igualdad entre desiguales, es meramente conjetural. Esta tendencia ya se ha visto en el resto de Constituciones como de Colombia en su Art.1, Paraguay Art.1, Alemania Art. 28, y España Art. 92. Por esto, dentro del concepto de "social" están incluidos los sectores productivos, en el que lógicamente cuenta el del banano que constituye uno de los pilares fundamentales de la economía ecuatoriana -siendo la segunda fuente mayoritaria de ingresos del país luego del petróleo- y que vincula alrededor de dos millones de personas, directa o indirectamente, cuestión adicional que impone al Estado la obligación de regularlo y de este modo evitar las distorsiones que puedan presentarse en el libre mercado.

El TC adoptó, ya en ese entonces, la postura de desigualdad en las relaciones comerciales como se habló al inicio de esta investigación, aunque en aquella ocasión basado en el mismo Estado social de Derecho y sobre el derecho de consumo. Citando a Alfred PFALLER³⁰⁰, el Tribunal Constitucional dice que

Mientras que el mercado en principio siempre tiene la razón cuando se trata de la asignación de recursos, incluyendo el factor trabajo, esto no es igualmente válido con respecto a la asignación definitiva de derechos de consumo. Si el mercado concede un ingreso muy por debajo del promedio a determinados actores, la concepción de la economía social de mercado no se da por satisfecha con estas circunstancias, sino las considera motivo para una corrección estatal... El Estado puede, mediante incentivos, estimular este proceso e incluso imponerlo por ley, dentro de ciertos límites.

Además, sobre el derecho a la libertad de contratación, en consonancia con la autonomía de la voluntad, el TC dice que no existe violación a la libertad de contratación ya que en la ley se establecen "mesas de negociación" cada tres meses. Para el Tribunal Constitucional, la libertad de contratar, denominada también libertad de conclusión, se la define como la

[...] potestad que se concede a cada persona de contratar o no y, en caso de hacerlo, para elegir la persona del otro contratante.³⁰¹

³⁰⁰ Alfred PFALLER. "El concepto de la economía social del mercado y la nueva "de-civilización del capitalismo en Europa", Ed. Friedrich Ebert Stiftung (Elec.), Bonn, 1997. Citado en la sentencia.

³⁰¹ Manuel DE LA PUENTES Y LAVALLE. *El Contrato en General*, Tomo I, página 272. Citado en la sentencia.

“En otras palabras, la libertad de contratar otorga a los particulares el derecho de decidir cuándo, cómo y con quién contratar [...]” La libertad de contratar está, naturalmente, en función de la libertad y del derecho de los demás. Desconocer esta realidad equivale a negar la calidad ontológica del ser humano, lo que significaría sostener, erradamente, que existen derechos subjetivos absolutos³⁰².

Por otro lado la libertad contractual o libertad de configuración interna, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás. Sin perjuicio de aquello el orden público tiende a evitar que el económicamente débil sea víctima de explotación u opresión por el ejercicio abusivo o desmesurado de la libertad contractual que el empresario o proveedor de bienes y servicios puede generar a través de cláusulas denigrantes o vejatorias o términos contractuales abusivos contra los consumidores o usuarios; por lo cual el Derecho -Ley en la especie- debe proteger al contratante económicamente débil frente a los abusos del económicamente fuerte que puede encontrar en el contrato un instrumento de opresión y explotación. Los principios del orden público económico exigen que en toda relación económica se proteja a la parte más débil del contrato [...]

"La idea del débil contractual no es una creación nueva, es un axioma que tiene su origen en el Derecho Romano. Así en el Digesto Labelón y Paulo sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor"³⁰³.

Por lo tanto, *esta Sala considera que las partes contractuales no se encuentran como elementos neutros o formalmente iguales; es imperativo y necesario que se regule la relevancia jurídica del "status" contractual de los contratantes y la figura del débil contractual, como límite de la libertad contractual, lo cual en la especie se refleja en la situación jurídica de los productores de banano, que al no mantener la vigencia de las normas que rigen su precio y estabilidad económica, equivaldría a eliminar la igualdad que tanto busca la propia Constitución; además de que este principio permite una concertación que de modo alguno se contrapone a la libertad de contratación contenida en el numeral 18 del artículo 23, por aquello del precio mínimo de sustentación.*

Es importante anotar que, ya en el 2002, existió una resolución del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de un Decreto Ejecutivo³⁰⁴, mediante el cual, el Presidente, conjuntamente con los ministros de agricultura y ganadería y de comercio exterior, industrialización y pesca, crearon un fideicomiso bananero para fijar los precios de las cajas de banano:

Se crea el Fideicomiso Bananero para que exista la fijación de un mecanismo único de pago de las cajas adquiridas al precio mínimo de sustentación vigente sin descuento alguno al

³⁰² Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Contrato y Mercado*. 1a Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima 2000, página 5. Citado por la sentencia.

³⁰³ Opinión de Soto Coaguilla. Citado en la sentencia.

³⁰⁴ Resolución del Tribunal Constitucional. “Precio mínimo de sustentación”. Caso Nro. 041-2001-TC. Registro Oficial 492 de 11 de enero del 2002.

productor que atentaba contra la autonomía de la voluntad en relación a la forma de pago del precio, siendo los exportadores y productores de banano tratados con desigualdad ante la ley frente a otras personas.

El Tribunal Constitucional consideró que:

[Del] análisis del contenido del Decreto Ejecutivo impugnado se desprende, en primer lugar, el establecimiento de un fideicomiso de carácter obligatorio para los exportadores y los productores del banano, lo cual contraría la naturaleza jurídica del fideicomiso el cual es fruto de un acuerdo de la voluntad de las partes y por ello reviste las características de un contrato donde prevalece la autonomía de la voluntad; Que, en segundo lugar, el impugnado Decreto eleva al fideicomiso bananero a la categoría de un mecanismo único, lo cual no es aceptable jurídicamente pues limita la voluntad de las partes y más aún sino existe un acuerdo para establecer dicho mecanismo; Que la Constitución Política de la República en el Capítulo de los Derechos Civiles reconoce y garantiza a las personas la libertad de empresa (artículo 23, número 16), es decir la facultad de ejercer ésta sin más requisitos que reunir las condiciones nominales de capacidad jurídica señaladas por la Ley, en otras palabras que tropiece con monopolios ni prohibiciones absolutas; así también reconoce y garantiza la libertad de contratación (artículo 23, número 18), entendida ésta como la facultad de ejercer su libre albedrío en conformidad con lo que manda la Ley[...]

3.3.2 Libertad de contratación, autonomía de la voluntad y fijación de precios. Interpretación ideológica constitucional. Sentencia de la Corte Constitucional. No. 012-12-SIN-CC. (2012)

En una sentencia del 2012³⁰⁵, la Corte Constitucional se refirió a la constitucionalidad de un artículo de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera publicada en el 2008, que, según el accionante, vulneraba el derecho fundamental de libertad de contratación reconocido en el artículo 66 numeral 16 de la Constitución. En las exposiciones y argumentos tanto del accionante, como del director nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, del Presidente de la Asamblea nacional y del secretario jurídico de la Presidencia, como delegado del Presidente de la República se anotaron interesantes planteamientos sobre la libertad de contratación, la autonomía de la voluntad y sus limitaciones constitucionales.

³⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. 012-12-SIN-CC. Caso No. 0066-09-IN. Registro Oficial Suplemento 756 del 30 de julio del 2012.

El accionante³⁰⁶, que presentó la acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 11 de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera³⁰⁷, argumentó que este artículo vulneraba el derecho a la libre contratación ya que una ley que era ordinaria y no orgánica regulaba el contenido de derechos constitucionales, cuando la Constitución establecía que en ningún caso puede una norma jurídica secundaria restringir el contenido de los derechos constitucionales, pues, para regularlos y no para restringirlos, se requería de una ley orgánica con base en el artículo 133 núm. 2 de la Constitución debe ser ley orgánica.

La violación al derecho de contratación se vulneraba, según el accionante, por dos vías. La primera, mediante la declaratoria de gratuidad de lo que la ley denominó “transacciones básicas” o “actividades bancarias propias del giro del negocio”, determinación facultada, por esta ley, a la Superintendencia de Bancos. Y segunda, mediante la facultad otorgada a la Junta Bancaria para establecer, trimestralmente, las tarifas máximas que las instituciones financieras pueden cobrar por los servicios activos, pasivos o de cualquier naturaleza que presten. Para el accionante, mediante la presente ley, el derecho a la libre contratación se veía afectado por un evidente control de precios o pacto de precios o contraprestaciones, prohibiendo, en primer lugar, recibir contraprestaciones dinerarias por determinadas transacciones, y, en segundo lugar, imponiendo topes tarifarios. El accionante agregó que, aun cuando la mencionada ley haya sido orgánica, no se puede delegar la facultad de regular derechos constitucionales como la libertad de contratación a una entidad como la Superintendencia de Bancos o a la Junta Bancaria.

La pretensión concreta del accionante fue que se declare la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera por ser violatoria del artículo 133 numeral 2 de la Constitución.

³⁰⁶ Miguel Babra Lyon, por los derechos que representaba del Banco Bolivariano C. A.

³⁰⁷ "Art. 11.- Sustitúyase el primer inciso del artículo 201, por el siguiente: "Artículo 201.- Los servicios activos, pasivos o de cualquier otra naturaleza que presten las instituciones financieras deberán sujetarse a las tarifas máximas que serán segmentadas por la naturaleza de cada institución financiera y determinadas trimestralmente por la Junta Bancaria y publicadas en las páginas Web y oficinas de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de las Instituciones Financieras conforme a la normativa expedida para el efecto por la Junta Bancaria. La Superintendencia de Bancos y Seguros autorizará previamente los servicios a ser libremente aceptados y recibidos por los clientes y usuarios y determinará las actividades propias del giro del negocio que no constituyen servicios. Las actividades bancadas propias del giro del negocio que implican transacciones básicas que realizan los clientes e información esencial respecto del manejo de sus cuentas, serán gratuitas". Ley publicada en la Tercera Edición Suplementaria del Registro Oficial No. 498 del 31 de diciembre del 2008

La postura a favor de la ley en mención fue categórica dentro de las contestaciones del director nacional de Patrocinio, delegado del procurador general del Estado, del Presidente de la Asamblea y del Secretario Jurídico de la Presidencia. El director nacional de patrocinio, delegado del procurador general del Estado, expresó que, en aras del bienestar colectivo

[...] la norma dispone la gratuidad para las transacciones básicas que realicen los usuarios o clientes, así como para el acceso a la información esencial respecto del manejo de sus cuentas, aspectos que tienen relación al patrimonio propio de las personas y que por elemental principio, no deben tener costo alguno.

Asimismo dijo que dicha regulación se ampara en el objetivo estatal de buscar un intercambio justo de bienes y servicios en mercados que sean transparentes y eficientes, además de exhortar “a respetar lo dispuesto en el artículo 83 numeral 7 ibídem, esto es, cumplir el deber de los ecuatorianos de promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir”.

Refiriéndose al derecho a la libre contratación, el delegado sostuvo que:

[...] cuando una persona apertura una cuenta de cualquier naturaleza, firma un contrato de adhesión, dentro del cual no hay opción a verter ningún criterio, opinión o acuerdo. Que la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, en su artículo 11, responde a un clamor ciudadano, frente al cobro recurrente y en ocasiones exagerado de transacciones que, por su naturaleza, no constituyen servicios y por tanto no deben ser cobradas.

Sobre las facultades del Superintendente y de la Junta Bancaria, el delegado expresó que responden a la obligación del Estado de regular aspectos como la supervisión, vigilancia y control de las entidades del sistema financiero público y privado. Por su parte, el presidente de la Asamblea Nacional manifestó que la Ley no está regulando la libertad de contratación sino, al establecer las competencias de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, se está actuando de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 213 de la Constitución de la República, concordante con el artículo 226, es decir, una facultad de control y ejercicio de una potestad pública.

Además, consideró que,

[...] potestad de los banqueros para autorregular sus relaciones de comercio, encuentra en la reserva de ley, esto es, en la facultad legislativa de dictar leyes relativas al comercio, un límite sustancial a sus actuaciones. El orden o interés público es una limitación extrínseca de la autonomía de la voluntad. Que dentro de los elementos esenciales del contrato tenemos la

capacidad, al consentimiento libre de vicios, causa lícita, objeto lícito y solemnidades que dispone la ley.

Todos estos elementos constituyen, lo que la doctrina denomina "autonomía de la voluntad contractual", cuyo único límite es la ley. Siendo la Constitución la Norma Suprema, las actividades económicas están sujetas a los parámetros que dicta este ordenamiento en forma expresa. Por ello, las actividades financieras son de orden público y están sujetas, además de la autonomía de la voluntad contractual, al control dispuesto por la Constitución y regulado por la ley. Por lo expuesto, solicita rechazar por improcedente e infundada la demanda planteada.

El Secretario General Jurídico de la Presidencia por su parte, se refirió también al servicio público que significa la actividad bancaria, y que por ende, es susceptible de regulaciones. Para él,

[...] las actividades financieras son un servicio de orden público, pues tienen como finalidad fundamental preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país.

Teniendo presente ello, la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera fue expedida por los legisladores con el objeto de precautelar el interés de los particulares y, por tanto, el orden público, pues como se conoce, los bancos, durante varios años fijaron arbitrariamente tarifas y comisiones, muchas veces desproporcionadas, por cada uno de los servicios que brindan, incluso sin conocimiento de sus clientes o a través de tácitas imposiciones. Que el principio de autonomía de la voluntad, que se traduce en la libertad contractual, donde las partes soberanamente pueden introducir las convenciones a su interés, no es una libertad ilimitada, tiene como restricción el no contravenir la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Que la libertad de contratación no impide que el Estado, a través de una ley, establezca ciertos parámetros que deben acogerse en protección de los derechos e intereses de los particulares, toda vez que la libertad de contratación no significa la ausencia de regulación ni puede ser entendida como una libertad absoluta. Que este tipo de regulaciones deben existir en el sector bancario, toda vez que no pretenden menoscabar nuestra libertad, sino que más bien buscan resguardarla, estableciendo límites que deben respetarse para evitar excesos por parte de las instituciones financieras.

Agrega que no existe una al derecho a la libre contratación ya que se trata de un servicio de orden público:

Que la implementación de una política tarifaria respecto de los costos por servicios financieros no perjudica el derecho a la libre contratación, sino que constituye una disposición para precautelar el interés de los particulares, al ser las actividades financieras, de conformidad con la Constitución, servicios de orden público.

La CC, en concordancia con lo expuesto durante todo esta tesina, escoge un método de interpretación establecido en la LOGJCC: la interpretación ideológica (Art. 3 núm., 6). Este

método de interpretación, establece que “Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”, Según la CC,

El método de interpretación jurídica constitucional le permite al juez una mayor comprensión sobre el significado y función de un determinado texto normativo. Las normas jurídicas son medios con los cuales se busca la realización de los fines, principios y políticas públicas que permiten resolver los problemas sociales. En tal virtud, no hay norma que se pueda interpretar sin su fin o función.” Bajo esta interpretación de la Ley, la CC sustenta así que, en la mencionada ley, “la Junta Bancaria y la Superintendencia de Bancos y Seguros, según sus competencias fijadas en la Ley, establecer las directrices que regulen y controlen los bienes, productos y servicios que prestan las instituciones financieras, es decir, definir una política de precios orientada a proteger un comercio justo y de calidad que promueva la sustentabilidad y asegure la transparencia y eficacia en el mercado, a fin de fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privado, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Es así que la corte, sin referirse al tema específico de la libertad de contratación ni la autonomía de la voluntad, estableció que el contenido del artículo en disputa,

[...] cumplió con los principios de control e intervención de las actividades económicas, de interés general, de acción afirmativa, comercio justo, la transparencia y eficacia en los mercados financieros; la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades que pregona la Constitución de la República. Por tanto, la finalidad de la norma demandada es legítima y constitucional.

Estableciendo, de esta forma, la constitucionalidad del Art. 11 y negando la demanda de inconstitucionalidad por el fondo del artículo 11, la CC no amparó la pretensión del accionante en cuanto a la vulneración de esos derechos contractuales.

Conviene mencionar un caso de la Corte Constitucional colombiana relacionado con los contratos de adhesión y una situación particular sobre el cobro de ciertos servicios. Javier Tamayo se refiere a este caso en su crítica a la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Tamayo menciona el caso de una acción propuesta por un grupo en contra de un banco, donde los accionantes:

[...] pedían que el banco fuese condenado a devolver a sus usuarios todo lo que durante los últimos 5 años, el banco, en virtud de un contrato válido, les había cobrado a dichos usuarios por servicios bancarios. El fallo de primera instancia, desconociendo el estatuto financiero y el Código Civil, afirmó que el banco no podía cobrar por sus servicios, ya que según los artículos 2 y 78 de la Constitución, los usuarios tenían derecho “*a la participación en las decisiones que los afecten*”, y que como esos dos artículos no habían sido desarrollados legislativamente, el contrato carecía de valor, pues con su aplicación se violaría

el “*debido proceso constitucional*” , por no negociar con cada cliente el valor de los servicios. En consecuencia, el banco debía devolver lo cobrado por servicios. Sentencia que se pudo haber fundado más correctamente en una posible cláusula nula por ser abusiva del derecho, sin tener que acudir incorrectamente a la violación del derecho constitucional de igualdad.³⁰⁸

3. 4 LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS PRIVADOS

La interpretación de los contratos privados, ya no de aquellos que son contratos de adhesión, no ha sido tan amplia en el proceso de constitucionalización ecuatoriano. A diferencia de lo que ha pasado en otros países como Colombia, la jurisprudencia en el Ecuador todavía es incipiente sobre el tema. Sin embargo, luego del análisis de algunas jurisprudencias, si existen casos en los que disputas puramente contractuales entre privados han llegado a conocimiento de los jueces constitucionales bajo alegaciones de vulneraciones a derechos fundamentales, relacionados, en la mayoría de los casos, con vulneraciones al debido proceso.

A lo largo de esta investigación se ha enfatizado que el proceso de constitucionalización de los contratos, de disputas contractuales que bien podrían resolverse con la aplicación del Código Civil y no a través de la invocación a principios constitucionales, no ha despegado en su totalidad en el Ecuador. Como mencionamos anteriormente, es un proceso que cuenta, en este momento, con todas las herramientas jurídicas para desarrollarse jurisprudencialmente, limitando aún más a la autonomía de la voluntad de los individuos, y procurando un “dirigismo contractual” cada vez más invasivo por parte de los jueces constitucionales.

Ahora bien, como se verá en las siguientes sentencias, la CC, sin referirse específicamente al principio de la autonomía de la voluntad también ha respetado contratos celebrados entre privados.

³⁰⁸ Bogotá. Juzgado 26 Civil del circuito. Sentencia de Mayo 19 de 2005. Radicado 24151. Juez: Leonardo Caro, p. 11-12. Citado por Javier TAMAYO, La Constitucionalización...*Óp. cit.* p. 1

3.4.1 Contrato de suministro de combustible. Respeto al contrato privado. Sentencia No. 038-12-SEP-CC. Caso No. 026-09-SEP.³⁰⁹

Se trata de un caso en el que, mediante una acción de protección, el propietario de una gasolinera pretendió desconocer un contrato de suministro de combustible celebrado entre él y la empresa comercializadora. La CC abandonó su papel invasivo y no interfirió en el contrato. Aplicó, de esta manera, lo establecido en la Constitución en el Art. 76 núm. 1³¹⁰ y respetó el acuerdo comercial de las partes. El caso llegó a la Corte Constitucional a través de la una acción extraordinaria de protección presentada por el Director de Hidrocarburos en contra de la sentencia dictada al resolver la acción de protección antes mencionada.

En la acción de protección planteada por el dueño de la gasolinera, éste pretendió que se le vendiese y entregase el combustible, directamente, por parte de Petrocomercial, desconociendo de esta manera, el contrato suscrito con la empresa comercializadora. La CC consideró que los jueces inferiores violaron el Art. 76 núm. 1 de la Constitución al aceptar la acción de protección propuesta por el dueño de la gasolinera. Los jueces inferiores, consideró la CC, inobservaron tanto la Ley de Hidrocarburos como el Reglamento para la distribución de combustibles, que establecen la necesaria intermediación de una empresa comercializadora para que el combustible llegue de la empresa estatal PETROECUADOR a las estaciones de servicio. Además, violaron la seguridad jurídica, también establecida en la Constitución (art. 82) al disponer el suministro directo de combustible a la estación de servicio, la cual no había sido calificada ya que no presentó los estudios correspondientes y requisitos de ley para instaurarse como estación de servicio.

Dentro de los antecedentes que se ventilaron en la acción de protección, la estación de servicio había suscrito en 1996 un contrato de suministro y operación de servicios con la compañía LYTECA C.A. que tenía una duración de 25 años. Mediante este contrato la estación de servicio tenía que vender bajo la marca exclusiva de TEXACO. Sin embargo, al dejar Chevron Corporation sus operaciones en el Ecuador, su subsidiaria, LYTECA C.A,

³⁰⁹ Sentencia No. 038-12-SEP-CC. Caso No. 026-09-SEP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 724 del 14 de junio del 2012.

³¹⁰ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

realizó una cesión del contrato de mutuo a favor de otra comercializadora, LUTEXA Cía. Ltda. vinculando así a la gasolinera con la nueva comercializadora para operar bajo la marca TERPEL. Se desechó así, la marca TEXACO. Ante esto, las estaciones de servicio tenían que adecuarse a las nuevas condiciones y dejar de usar la marca TEXACO, ya que, tal como consideró la CC, era perfectamente legítima la cesión de los derechos que constaban en el contrato de refinanciación dispuestos en el contrato de mutuo entre LYTECA y LUTEXA. De esta forma, la CC desconoció la acción de protección y aceptó la acción extraordinaria de protección.³¹¹

3.4.2 Contrato de arriendo. Cuasi contrato de comunidad. Sentencia del 22 de mayo del 2009. Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

En una sentencia que menciona ARROYO³¹², a propósito de las interposición de recursos constitucionales en las relaciones entre privados, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, trató, tangencialmente, un contrato de arrendamiento y un cuasicontrato de comunidad. El caso, que inició con una acción de protección y llegó a conocimiento de la Corte Provincial en el posterior recurso de apelación, trató sobre la disputa entre el presidente de una urbanización y uno de los propietarios de un lote. En el caso, el propietario del lote celebró un contrato de arrendamiento con dos señoras, quienes montaron una guardería infantil en el lote, es decir, dentro de la urbanización.

Ante esto, el presidente de la urbanización emitió una comunicación, que, basada en el reglamento interno de la urbanización, el cual no contemplaba el establecimiento de negocios en los predios, solicitaba el retiro de la guardería y además incrementaba la cuota comunal de dicho lote. Esto fue lo que motivó la acción de protección alegando la violación de derechos constitucionales en contra del acto del presidente de la urbanización, la cual fue otorgada por el Juzgado y luego ratificada por la Corte Superior. Como menciona ARROYO, ninguna de las

³¹¹ Para un análisis completo de la sentencia en mención. *Vid.* “Contrato de suministro de combustible y principio de legalidad”. *Revista Debate Constitucional 2013*. Luis Fernando Torres (ed.). Cevallos Librería Jurídica. Quito 2013. pp. 163-166

³¹² Cfr. “Sentencia No. 3. Sentencia de 22-05-2009. Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia. Corte Provincial de Justicia de Pichincha” Carolina Arroyo. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado: La aplicación inmediata de...Óp. cit.* p. 101-104

resoluciones judiciales tuvieron fundamentaciones correctas sobre los derechos constitucionales violados y sobre lo que motivaba su decisión. Para la Corte Superior, no existió daño al derecho a la propiedad de los condóminos con el establecimiento de la guardería dentro del lugar. Para ARROYO,

[...] el análisis de la Sala se centró únicamente en enunciar la importancia de los derechos fundamentales y de los derechos humanos [...] no existió ningún tipo de análisis ni de ponderación de los derechos en conflicto. Tampoco se determinó que causal se configuraba para la procedencia de la acción de protección. De esta manera no existió ningún análisis sobre la gravedad del daño causado, ni tampoco se determinó si la relación existente entre los condóminos y el presidente de la urbanización era una de subordinación que afectaba los derechos constitucionales [...] el cuasi contrato de comunidad deriva de una relación típicamente privada, por lo que cualquier controversia de esta podría haberse solucionado a través del ejercicio de una acción ordinaria civil.³¹³

Si bien ARROYO se refiere al cuasi contrato de comunidad existente entre los condóminos, es evidente que también existe, en el caso, un contrato de arriendo entre privados. Los jueces de la Corte Provincial, convertidos en jueces constitucionales gracias a la nueva Constitución, bien pudieron referirse al mismo y a su validez, dentro del escenario en el que se desarrollaba el caso, pero no lo hicieron. Asegurando, de esta forma, lo pactado por el dueño del predio y las arrendatarias, y desconociendo el reglamento del condominio, también pactado por el dueño del predio.

3.4.3 Interpretación literal del Código Civil. Elementos de la esencia del contrato de compraventa. Sentencia No. 029-11-SEP-CC de la Corte Constitucional³¹⁴.

En un caso que llegó a la Corte Constitucional a través de una acción extraordinaria de protección, la Corte, aplicando una interpretación literal del Código Civil, se refirió a los elementos del contrato civil, y defendió un contrato de compraventa.

En este caso, la Corte interpretó de manera literal el artículo 1732 del Código Civil, que menciona que la “Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una

³¹³ Id., p. 102-103

³¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. 029-11-SEP-CC. Caso No. 0551-10-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 597 del 15 de diciembre del 2011.

cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar en dinero, comprador [...]”, para referirse a los elementos de la esencia, de la naturaleza y los accidentales que tienen los contratos y, mencionar así, las solemnidades del contrato.

La Corte Constitucional mencionó las solemnidades del contrato y también interpretó de manera literal el artículo 11 de la Ley de Registro³¹⁵, debido a que, en el caso en cuestión, un Registrador de la Propiedad, se había negado a inscribir una compraventa por considerar que, en la misma, se pretendía vender como un solo bien inmueble, dos inmuebles totalmente diferentes que tenían como antecedentes diferentes títulos de propiedad. La CC consideró que, efectivamente en la venta realizada, que luego se intentó registrar, se intentó engañar sobre al querer identificar dos inmuebles distintos como si fueran uno sólo en forma de “L”, lo que la compraventa pudo tener un vicio de nulidad o una causa de oponibilidad. La interpretación del Código Civil fue literal por parte de la CC.

Adicionalmente, al interpretar el derecho fundamental a la seguridad jurídica y la debido proceso que invocaba la accionante, perjudicada por la sentencia de la Corte Provincial que ordenaba al Registrador la inscripción de la escritura antes mencionada, la CC aplicó una interpretación integral del texto constitucional para establecer que la “seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los [...] poderes públicos. En tal virtud, los actos [...] deben contener una adecuada argumentación [...]”.

Luego de haber presentado las pocas sentencias ecuatorianas que existen sobre el tema de investigación, concluimos que el proceso es todavía primario en comparación con lo sucedido en otros países.

³¹⁵ Ley de Registro. Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial 136 de 28 de Febrero de 1980.

4. CONCLUSIONES

Las limitaciones a la libertad de contratación y al principio de la autonomía de la voluntad no son una novedad del neoconstitucionalismo, pues, han estado presentes desde antes de que el escenario neoconstitucionalista del 2008 se estrene en el Ecuador. En efecto, la libertad de contratar que tienen los individuos y su autonomía de la voluntad al momento de configurar un acuerdo de voluntades fueron limitadas en el Código Civil desde sus inicios. Este cuerpo legal estableció condiciones mínimas para que un acuerdo de voluntades pueda surtir efectos jurídicos, encaminando, así, a la autonomía de la voluntad hacia una limitación legal. Dentro de estas condiciones mínimas, conocidas como los elementos del contrato, tales como la capacidad, el consentimiento libre de vicios o las solemnidades, se estableció también la necesidad de que el acuerdo cuente con un objeto y causa lícitas. El Código Civil fijó, además, otro principio para que los acuerdos privados se puedan llevar a cabo, el de la buena fe. Adicionalmente a otras limitaciones que en el terreno civilista han sido incorporadas a los contratos, la autonomía de la voluntad, tal como la entiende el Código Civil, se encuentra delimitada por lo que establecen la ley, la moral y las buenas costumbres.

En este proceso de limitación de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad se han enfrentado, inequívocamente, dos visiones sobre la libertad de los individuos: “la liberal-individualista” y la “social-humanista”. La primera es aquella que defiende el espíritu del Código Civil acerca de la libertad individual, y la segunda, en cambio, es aquella que, con mirada celosa a la extrema libertad de los contratantes, defiende la necesidad de un “dirigismo contractual”, que ha llegado, incluso, a alimentarse de una vertiente constitucional. Consecuentemente, la constitucionalización del derecho privado, y de los contratos, se sustenta en esa visión “social-humanista” sobre los individuos y sus relaciones privadas.

El argumento de quienes defienden la constitucionalización del derecho privado y la protección de los derechos fundamentales dentro de ese espacio privado, como Luigi Ferrajoli, tiene su base en un criterio de desigualdad económica que, para ellos, está presente en todas las relaciones contractuales. Ante esto, plantean la vigilancia permanente de una autoridad pública, un ente externo, como un juez, sobre las relaciones de poder que allí, en el derecho privado, se dan. De este modo, establecen la existencia de poderes privados que necesitan ser

controlados así como se controlan los poderes públicos en las relaciones asimétricas de potestad/sujeción que se dan en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Es a partir de esta concepción de “poderes” en las relaciones privadas que plantean la necesidad de someterlos a la ley, de la misma forma como se lo hace con los poderes públicos.

Sin embargo, para ellos, las limitaciones legales del Código Civil, y que han estado allí durante siglos, no son suficientes, ni siquiera la confusa limitación de la “causa lícita”. Estiman que las limitaciones tienen que venir desde la tutela de la gran variedad de derechos fundamentales que incorporan las constituciones surgidas a partir de la post-guerra. Ven que en ellas ya no se establecen únicamente los derechos de los ciudadanos y la organización política del Estado, sino que se incorporan herramientas para que los derechos puedan ser interpretados y reconocidos por jueces que no están obligados a aplicar normas y reglas mediante un proceso de subsunción jurídica.

Como se ha evidenciado en el análisis de sentencias judiciales, el proceso de constitucionalización del derecho privado ya se ha iniciado en el Ecuador. En mi opinión, que se basa en la comparación del proceso ecuatoriano con otros ordenamientos jurídicos como el colombiano, se trata de un proceso irreversible. Lo considero así, por el grado de penetración que ya ha tenido la Constitución en las relaciones entre privados; por la fuertísima idea de que las Constituciones son la norma suprema de un país, de aplicación directa y de exclusiva interpretación por parte de la Corte Constitucional, y por estar sustentado todo el proceso constitucionalista en un proceso político que fortalece su consolidación. Sería complicado pensar que los jueces constitucionales podrían regresar a un papel de meros aplicadores de las leyes abandonando su poderoso activismo judicial.

El proceso de constitucionalización del derecho privado se ha orquestado desde la irradiación de valores y principios constitucionales a la esfera judicial. Como se explica en la investigación, en este ejercicio judicial se abandona la aplicación legalista y se incorporan valores y principios en el sistema de fuentes, inclusive, tanto políticas públicas como la moral crítica. Los jueces ahora cuentan con una amplísima lista de valores, principios y reglas que, para ser incorporadas en las decisiones judiciales, tienen que ser sometidas a métodos de interpretación como la ponderación y el principio de proporcionalidad.

Para que el proceso de constitucionalización se lleve a cabo, es necesario que tenga un sustento doctrinal: el neoconstitucionalismo o constitucionalismo moderno. De la lectura de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con sus contradicciones en la forma de entender los derechos fundamentales podemos concluir que el Ecuador nos encontramos dentro de un constitucionalismo confuso, sin claras definiciones. Muchas veces se recurren a principios constitucionales sobre las reglas, y otras veces priman las reglas sobre principios. El desarrollo del neoconstitucionalismo aquí, y en otros países tiene el mismo tinte: la visión propia de los jueces constitucionales, de quienes integran la máxima Corte o de quienes participan en su designación. El escenario constitucional pasa entonces, en países como el Ecuador, a ser la aplicación de los valores y principios que el poder político cree que deben prevalecer frente a otros.

El proceso de constitucionalización proclama al juez constitucional no sólo como el máximo intérprete de la Constitución sino de todas las leyes que se encuentran debajo de ésta, como el Código Civil. Es así que las leyes inferiores tienen validez en cuanto sean coherentes con la interpretación que los jueces tengan del texto constitucional. Esto deriva, necesariamente, en una omnipotencia de los jueces, que no conocen controles o contrapesos. Aparece un activismo judicial ilimitado por parte de los jueces, sin más límites que su propia opinión. Consecuentemente, el juez deja de ser la “boca muda de la ley” y pasa a ser un creador de derecho, con el gran riesgo de ser arbitrario en sus resoluciones.

Los nuevos parámetros de interpretación constitucional permiten grandes maniobras interpretativas de los jueces dentro de cualquier proceso judicial. Las disputas contractuales pueden terminar, a través de la invocación de derechos fundamentales, en conocimiento de un juez constitucional. Adicionalmente, se han abandonado criterios como la subsunción o el silogismo jurídico, bajo el argumento que estos se hacen imposibles cuando ya no se interpretan reglas jurídicas sino valores o principios constitucionales. De este modo, métodos como la ponderación, que para muchos no es más que la escogencia arbitraria de un principio sobre otro, son aplicados discrecionalmente y no permiten saber en qué podría terminar una resolución judicial. Es decir, al confrontar las reglas inferiores como las que se encuentran en el Código Civil con los valores y los principios de la Constitución, no se sabría que normas se aplicarían o cuales no se aplicarían. Esto genera incertidumbre e inseguridad en los individuos,

condicionando sus actuaciones e incrementando sus sospechas en quienes se encargan de juzgarlos, los jueces.

Reconociendo entonces, que en el Ecuador nos encontramos inmersos en un proceso de constitucionalización del derecho privado, con jueces muy poderosos y una Constitución abierta a interpretaciones, la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad han recibido variadas interpretaciones. En el Ecuador, de la lectura de la jurisprudencia constitucional, la constitucionalización del derecho privado ha tenido dos posturas en relación a la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad, pilares del contrato privado. La primera, sobre los contratos de adhesión privados y, la segunda, sobre los contratos privados que no son de adhesión. En primer lugar, el “dirigismo contractual” en los contratos de adhesión ha sido clarísimo. Se los ha comprendido como contratos en donde se dan situaciones verdaderamente desiguales entre las partes y se ha buscado la protección judicial de las mismas. Si bien, la jurisprudencia civil anterior a la constitución del 2008 los había reconocido como contratos, en donde, a pesar de no existir la fase de negociación, si se creía que existía un concierto de voluntades, la visión que ha prevalecido ha sido la “social-humanitaria” de las relaciones contractuales.

En el caso de los contratos de adhesión en el sector bancario, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha favorecido las restricciones a la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad, que leyes especiales establecían en contra del sector. En dichas leyes, que fijaban precios por parte del Estado, o la obligación de prestar ciertos servicios de manera gratuita, la jurisprudencia nacional no veló por los principios de los contratos. El argumento más importante para intervenir en este sector fue su catalogación como servicio público, lo cual ha favorecido el control del mismo por parte del Estado.

En otra jurisprudencia que se analiza en la investigación, se evidencia como la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación han sufrido limitaciones en contratos que son privados pero que, por su actividad económica tienen prioridad para el Estado y por ende, deben ser regulados. Este el caso de aquellos contratos que se dan en un sector económico importante del Ecuador como es el de la exportación de banano. La jurisprudencia constitucional permitió, que se lleve a cabo un pacto unilateral de precios que afectaba a una

de las partes de los contratos, considerado por el Estado como la poderosa dentro de la relación contractual.

En el ámbito de los contratos privados, no de adhesión, la jurisprudencia todavía es prematura comparada con la de otros países, sin que la Corte Constitucional haya establecido nuevas limitaciones a la autonomía de la voluntad. La Corte ha defendido éste principio desde la protección de otros derechos como el de la propiedad. En la poca jurisprudencia que se encuentra disponible sobre el tema, los jueces constitucionales no se han referido extensivamente a los contratos o al Código Civil. En dichas sentencias, ni siquiera se ha notado un gran despliegue argumentativo sobre los contratos.

Creo, sin embargo, que esto no significa que exista una postura de defensa de los contratos privados por parte de los jueces constitucionales, o que éstos reconozcan la importancia de respetarlos en aras de proteger la seguridad jurídica y lo pactado por los individuos; simplemente no han tenido las oportunidades de hablar sobre el tema. En Colombia, por ejemplo, luego de veintidós años de desarrollo jurisprudencial desde la expedición de la Constitución de 1991, la jurisprudencia es considerablemente abundante. Allí, si existen evidencias de una verdadera constitucionalización del derecho privado y de los contratos, con diferencias sustanciales frente al Ecuador, como por ejemplo, que allí se encuentra constitucionalizado el principio de la buena fe contractual, y aquí no.

Por lo tanto, frente al problema de que nuevos parámetros de interpretación constitucional, al incidir sobre los contratos privados, puedan mermar la seguridad jurídica establecida por los pactos contractuales de los individuos he planteado la siguiente hipótesis: ¿a qué riesgos se encuentran sometidos el derecho a la libre contratación y el principio de la autonomía de la voluntad, pilares fundamentales del contrato privado, como consecuencia de la incorporación de nuevos parámetros de interpretación constitucional de los que disponen los jueces, a la luz de la constitucionalización del derecho privado?

Como expuse en la introducción a esta investigación y se lo ha demostrado a lo largo de la misma, los riesgos a estos principios existen, aunque en el Ecuador todavía no son mayores por la escasa jurisprudencia sobre el tema. Sin embargo, tanto el derecho a la libre contratación así como el principio de la autonomía de la voluntad, entendidos como un

ejercicio liberal de los individuos y de su autodeterminación, enfrentan limitaciones que en el contexto neoconstitucional pueden llegar a ser las más contundentes. La creciente constitucionalización del derecho privado y la incidencia cada vez mayor de lo “público” en las relaciones privadas son muestras evidentes de estas limitaciones. Además, la innegable supremacía constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico ha permitido que sean los jueces los intérpretes de principios y valores dentro de cualquier relación contractual, de cualquier transacción jurídica entre los individuos.

Dependerá entonces, de la orientación conceptual que tengan los jueces sobre los contratos, la autonomía de la voluntad y las relaciones privadas, es decir, de la evidente práctica judicial, el que se mantenga la seguridad jurídica que se da cuando un acuerdo jurídico es respetado y cumplido. Si los jueces observan desigualdades en todas las relaciones contractuales que se dan en el mundo comercial, como lo han manifestado varios juristas que han justificado así la constitucionalización del derecho privado, los acuerdos no serán respetados y se generará inseguridad jurídica.

En cambio, si los jueces no caen en el activismo judicial y respetan aquellos acuerdos que se han dado en el marco de la ley, de la moral y las buenas costumbres, de la tradición misma del Código Civil, no se generará inseguridad jurídica en las relaciones privadas. Es fundamental, para que los individuos sepan las consecuencias de sus acuerdos y conductas, que las disputas contractuales no se encuentren a merced de la interpretación arbitraria de principios y valores constitucionales, cuando bien podrían ser resueltas con base en lo establecido en el Código Civil. Ahora bien, cuando el escenario neoconstitucionalista permite que cualquier disputa pueda terminar en una instancia constitucional, incluso llegar a la máxima Corte, la tentación judicial de interpretar valores y principios de acuerdo a su propia visión o ideología es muy grande.

Un ejercicio judicial que genere certidumbre y seguridad jurídica en las relaciones contractuales, dependerá también del grado de independencia que tengan los jueces de poderes políticos con tintes totalitarios que no respetan las libertades individuales. Quizás uno de los más grandes problemas de la administración de justicia sea su grado real de independencia frente a quienes nombran a los jueces, y que, por ende, esperan alguna retribución por su

nombramiento, sea esta de carácter personal o meramente ideológica. Esta realidad no afecta únicamente al Ecuador sino a una gran parte de países de todo el mundo, en donde la disputa política por la designación y el control de los jueces es una práctica recurrente. Será entonces, sólo con jueces de prestigio suficiente como para mantenerse alejados de presiones políticas, bien formados en el área civil y además conocedores de su rol en el escenario neoconstitucionalista, como se podrá garantizar la seguridad jurídica de los individuos es sus relaciones contractuales.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA, Jaime. “La constitucionalización del derecho privado de los contratos”. *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado. El Debate*. Beatriz Espinosa y Lina Escobar (ed.) Pontificia Universidad Javeriana. DIKE: Bogotá 2008.

ARRUBLA, Jaime. “Las transformaciones en los contratos a partir del Código de Napoleón”. *Revista de la Corte Suprema de Justicia de Colombia No. 18*. Bogotá, D. C., Colombia – Octubre 2004

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 11*, enero-junio 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Carlos Bernal Pulido (Trad.) Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La Nueva Constitución del Ecuador*. Juan Pablo Aguilar *et al.* (ed.) Universidad Andina Simón Bolívar. Quito 2009.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008

ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. "Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna". *La Transformación de la Justicia*. Santiago Andrade *et al.* (Ed.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008.

ARROYO, Carolina. "*Neoconstitucionalismo y Derecho Privado: La aplicación inmediata de derechos fundamentales/constitucionales entre particulares y la acción de protección*". Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. 2011.

ALARCÓN PEÑA, Pablo. "La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana", en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (ed.), *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. 2009.

AGUILÓ REGLA, Josep. Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 30. 2007.

AGUILÓ REGLA, Josep. *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*: Doxa 24. 2001.

ANDRADE UBIDIA, Santiago. "Reforma Judicial y Administración de Justicia en el Ecuador de 2008". *La Transformación de la Justicia*. Santiago Andrade *et al.* (Ed.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008.

BAEZA PINTO, Sergio. *El Seguro*. Editorial Jurídica de Chile. 1994

BARNES, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad". *El principio de proporcionalidad*. Cuadernos de Derecho Público, 5, 1998.

BARBERIS, Mauro. "Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral". Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*. Bogotá, Editorial: Trotta. 2005.

BAHAMÓNDEZ PRIETO, Felipe. "Fallo Gasatacama: El cambio de circunstancias en los contratos. *Quo vadis?*". *Sentencias Destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*. Chile: Libertad y Desarrollo. 2009

BASSA MERCADO, Jaime. *El Estado Constitucional de Derecho*. 2da. ed. Santiago: Legal Publishing, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. "La Racionalidad de la Ponderación". *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.

BESSONE, M. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano. 1969

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. De J. Ll Requejo e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

BORJA, Rodrigo. Término "sociedad civil". *Enciclopedia de la Política*. Fondo de Cultura Económica: México. 1997. p. 894

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual

CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su laberinto", en M. Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Trotta-IIIJ (UNAM), 2007.

CARBONELL, Miguel. "Marbury versus Madison: regreso a la leyenda". Ensayo reproducido en varias publicaciones. UNAM. http://quimica.izt.uam.mx/ckfinder/userfiles/files/Marbury_versus_Madison.pdf. (acceso: 12-10-2012).

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Miguel Carbonell (Ed.) Cevallos. Quito: 2010

CATAÑO, Sandra Eliana. *Ejercicio de la autonomía privada en el contexto de la transnacionalización de capitales*. Trabajo de Investigación Maestría en Derecho. Universidad de Antioquia. Medellín: 2009

CEPEDA E., Manuel José. “El Derecho a la Constitución en Colombia (Agonía del Silogismo y Activismo Judicial)”. *REDC 44*. 1995.

COMANDUCCI, Paolo. “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo.” <http://umet.edu.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/NEOCONSTITUCIONALISMO3.pdf> (acceso: 10-10-2012)

CORRAL, Fabián. “Lo “metajurídico” y el caos”. Artículo de Opinión. *Diario El Comercio*. 7 de febrero del 2013.

CRIVELLI, Julio César. *La emergencia económica permanente*. Buenos Aires: Ábaco. 1998.

DE LOS MOZOS, José Luis. “La propiedad”. Artículo publicado en *Nueva Enciclopedia jurídica, tomo XX*. Barcelona, Editorial Fco. Seix. SL. 1993.

DE LA PUENTES Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, Tomo I

DUNN, Christopher. “Applying constitutional obligations to private actors”. *New York Law Journal*. 2009 <http://find.galegroup.com/gtx/infomark.do?&contentSet=IAC-> (acceso: 12-01-2013)

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Ed. F. Beltrán. Madrid 1920.

ESCOBAR, Claudia. “Del derecho por reglas al derecho por principios”. *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito. 2010.

ESCOBAR, Claudia. “El rol de las reglas en la era de los principios”. *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. “La ‘democracia civil’. Para un constitucionalismo de derecho privado”. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia Parte VI*. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista." *Un Debate sobre el Constitucionalismo*. Monográfico revista Doxa, núm. 34. Marcial Pons, Madrid, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. P. Andrés et al. (Trad.) Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho". Ponencia presentada en el Seminario <<Cambio de paradigma en filosofía>>, Fundación Juan March, 3 al 5 de abril de 2001, Madrid. Pág. Traducción del italiano de Pilar Allegue

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. P. Andrés y A. Greppi (Trad.) Trotta, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Contrato y Mercado*. La Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima 2000

GARCÍA AMADO, Antonio. Prólogo. En *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Jorge Zabala Egas. Edilex. Quito. 2010.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo, en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, España, Editorial Trotta, 2003.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia jurídica de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano", en Bonaventura De Sousa Santos, *"Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia" El caleidoscopio de la justicia en Colombia. Análisis socio jurídico. Tomo I*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. 2001.

GHESTIN, J. *Traité de Droit Civil, Le contrat, formation*. LGDJ: Paris. 1988.

GRIJALVA, Agustín. "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional" *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*. Santiago Andrade y otros editores. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.

GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Bogotá, Editorial: Trotta.2003.

GONZÁLEZ DÁVILA, Richard Honorio. *La acción de protección frente a particulares*. Tesis Maestría en Derecho Constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar. 2010

HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel. “El Debido Proceso en el Marco de la Nueva Constitución Política, opúsculo, *"Debido Proceso y Razonamiento Judicial"*.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

HELLER, Hermann. *Escritos Políticos*. Alianza Universidad, Madrid. 1985.

HOYOS, Arturo. *La interpretación constitucional*. Editorial Temis, Bogotá, 1998.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “Legalidad, jurisdicción y democracia”. *Poder Judicial y democracia. Jueces demócratas o democracia de los jueces*. Bogotá. Fundación para la Investigación y la Cultura FICA, 2005.

JALKH ROBEN, Gustavo. "Jornadas de Reflexión para Aplicar la Constitución"; *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*. Corte Constitucional del Ecuador, Ministerio de Justicia y derechos Humanos y Consejo de la Judicatura; Quito, diciembre de 2008.

JARAMILLO, Marcel. *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2011.

JIMÉNEZ, Roberto, et al. (Trad.) “Nota Preliminar” Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York – 115 NY 506. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 11. 2007/2008. <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>. (acceso: 12-10-2012)

KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. De Eduardo García Máynez, 3ª. Ed., UNAM, México, 1969.

LAPORTA, F. "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley". *Doxa* 22. 1999.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, Tomo I. Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1958

LOPERA MESA, Gloria. "La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares". *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado. El Debate*. Beatriz Espinosa y Lina Escobar (ed.) Pontificia Universidad Javeriana. DIKE: Bogotá 2008.

LÓPEZ MEDINA, Diego. 2002, *Interpretación Constitucional*. Editado por el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. Primera edición

MARTÍNEZ DALMAU, R. "Supremacía Constitucional, control de constitucionalidad y reforma constitucional", Quito, Serie de Justicia y derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad No.- 2, Ramiro Ávila (Ed.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. "Constitucionalización del derecho privado". *Controversias Constitucionales*. Fabricio Mantilla Espinosa (coord.). Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2009.

MEISEL, Roberto. El Silogismo Jurídico y la Jurisprudencia constitucional. *Revista Justicia. Universidad Simón Bolívar No. 11., 2006.,* <http://portal.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/justicia/index.php/justicia/article/viewFile/36/37> (acceso 12-01-2013).

MISES, Ludwig von. *La Acción Humana. Tratado de Economía*. Madrid: Unión Editorial, 2004. Trad. Joaquín Reig Albiol.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Interpretación económica de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y Miguel PIEDECASAS. “Los argumentos a favor de la revisión contractual”. *Responsabilidad Civil y Contratos. La Revisión del Contrato*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional. El significado de la Constitución*. Astrea: Buenos Aires. 2005.

PARRAGUEZ RUIZ, Luis. *Manual de Negocio Jurídico*. Borrador. Obra inédita. Autorizado por el autor para ser utilizada en esta investigación.

PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*. Derechos Reales. Vol. I. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja. 2005.

PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Sevilla. 1993.

PETZOLD, Herman. “Subsunción, hermenéutica y argumentación en derecho”. Ponencia Jurídica. Congreso Nacional de Filosofía (Puerto Ordaz, Venezuela, 27-30 septiembre de 2005).

[www.http://carloscolmenares.com/userfiles/SUBSUNCION%20%20HERMENEUTICA%20Y%20ARGUMENTACION%20EN%20DERECHO.pdf](http://carloscolmenares.com/userfiles/SUBSUNCION%20%20HERMENEUTICA%20Y%20ARGUMENTACION%20EN%20DERECHO.pdf) (acceso: 15-01-2013).

PFALLER, Alfred. *El concepto de la economía social del mercado y la nueva "de-civilización del capitalismo en Europa"*. Ed. Friedrich Ebert Stiftung (Elec.), Bonn, 1997

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta. 2003.

RODRÍGUEZ, César. “La decisión judicial”. *El debate Hart-Dworkin*. Colombia. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 1ra edición, 1997.

ROSSI, G. *Il conflitto epidémico*, cit., passim; D. Zolo, Globalizzazione. 2003, brosurita, 3 ed. Adelphi.

SASTRE ARIZA, Santiago. *La Ciencia Jurídica ante el neoconstitucionalismo. Neoconstitucionalismo(s)*. Ed por Miguel Carbonell. Trotta. España. 2003.

SCHWABE, Jurgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. BVerfGE 34, 269]. Konrad Adenauer Stiftung. México 2009. Ed. Rudolf Huber (Ed.) http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf. (acceso: 15-10-2012)

SCIALOJA, Vittorio. “La reforma dei codici di diritto privato in Italia”. 1923. ahora en *Id.*, *Studi giuridici, IV* Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933.

SIMON CAMPAÑA, Farith. “La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana” (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”). *Revista Iuris Dictio No. 13*. Publicación del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. 2010.

STIGLITZ, J. E. *Globalization and its Discontents* [2002], trad. Cast. De Rodríguez Braun, El malestar en la globalización, Taurus, Madrid, 2002.

STIGLITZ, RUBEN S. y Gabriel A. STIGLITZ, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985

TAMAYO JARAMILLO, Javier. “La Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia”. <http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/12%20LA%20CONSTITUCIONALIZACION%20DEL%20DERECHO%20PRIVADO%20en%20Colombia.pdf> (acceso: 12-12-2012)

TRUJILLO, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, 2da edición, Quito, 2006.

TORRES, Luis Fernando (Ed.). “Contrato de suministro de combustible y principio de legalidad”. *Revista Debate Constitucional 2013*. Cevallos. 2013

TORRES, Luis Fernando. “Constitucionalización del derecho privado”. *Revista Debate Constitucional 2012*. Luis Fernando Torres (Ed.). Cevallos. 2012.

VILLORO TORANZO, Miguel. “Derecho Público y Derecho Privado”. UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/99/dtr/dtr18.pdf>. (acceso:15/11/2012)

VINTIMILLA, Saldaña, Jaime. “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano”. *Revista Iuris Dictio No. 13*. Publicación del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. 2010.

WRIGHT, G. H. v. *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1963. [traducción castellana de Roberto J. Vernengo, La Lógica de la preferencia, Buenos Aires, Editorial Universitaria Buenos Aires, 1967.

ZABALA EGAS, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Edilex. Quito. 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”. www.tc.gob.pe/cec/themes/.../Zagrebelsky_sesion1.doc (acceso: 12-12-2012)

ZAIDÁN, Salim. *Neoconstitucionalismo. Teoría y Práctica en el Ecuador*. Cevallos, Quito. 2012.

JURISPRUDENCIA

Ecuador:

Corte Constitucional:

Corte Constitucional. Caso No. 0025-09-EP. Publicada en el Registro Oficial del 20 de octubre del 2009.

Corte Constitucional. Resolución No. 12 en caso No. 0012-08-TC. Registro Oficial Suplemento 641 de 24 de julio de 2009.

Corte Constitucional. Resolución No. 12 en el caso No. 0012-08-TC. Registro Oficial Suplemento 641 de 24 de julio de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia No. 012-12-SIN-CC. Caso No. 0066-09-IN. Registro Oficial Suplemento 756 de 30 de Julio del 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 017-10-SEP-CC. Caso No. 0241-09-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 228 del 5 de julio del 2010

Corte Constitucional. Sentencia No. 038-11-SEP-CC. Caso N.ro. 0732-09-EP. Registro Oficial Suplemento 595 del 13 de diciembre del 2011

Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa No. 0003-09-SIC-CC. Caso No. 0011-09-IC. Registro Oficial Suplemento 25 de 14 de septiembre del 2009

Corte Constitucional. Resolución No. 1524-2008-RA. Registro Oficial Suplemento 639 del 22 de julio del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 005-11-SEP-CC. Caso No. 0642-09-EP. Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de noviembre del 2011

Corte Constitucional. Sentencia No. 006-09-SEP-CC. Caso No. 0002-08-EP. Registro Oficial Suplemento 605 del 4 de junio del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 022-11-SEP-CC. Caso No. 0551-09-EP. Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de noviembre del 2011

Corte Constitucional. Sentencia No. 151-12-SEP-CC. Caso No. 0364-09-EP. Registro Oficial Suplemento 743 del 11 de julio del 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 008-11-SEP-CC. Caso No. 0686-09-EP. Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de noviembre del 2012.

Corte Constitucional. Sentencia No. 006-10-SIS-CC. Caso No. 0017-09-IS. Registro Oficial Suplemento 232 del 9 de julio del 2010.

Corte Constitucional. Sentencia No. 011-11-SIS-CC. Caso No. 0077-11-IS. Registro Oficial Suplemento 617 del 12 de enero del 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 008-10-SIS-CC. Caso. No. 0028-09-IS. Registro Oficial Suplemento 232 del 9 de julio del 2010.

Corte Constitucional. Resolución No. 55. Sentencia No. 055-10-SEP-CC sobre el caso No. 0213-10-EP. Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de enero de 2011

Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0003-09-SIC-CC. Caso No. 0011-09-IC. Registro Oficial Suplemento 25 del 14 de septiembre del 2009

Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa No. 0003-09-SIC-CC dentro del caso No. 0011-09-IC. Registro Oficial Suplemento 25 del 14 de septiembre de 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 038-12-SEP-CC. Caso No. 0826-09-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 724 del 14 de junio del 2012.

Corte Constitucional No. 1. Sentencia No. 001-09-SEP-CC. Caso 0084-09-EP. Registro Oficial Suplemento 571 del 16 de abril del 2009

Corte Constitucional. Resolución No. 1. Sentencia No. 001-09-SEP-CC dentro del caso 0084-09-EP. Registro Oficial Suplemento 571 del 16 de abril del 2009

Corte Constitucional. Resolución No. 55. Sentencia No. 055-10-SEP-CC. Caso No. 0213-10-EP. Registro Oficial Suplemento 359 de 10 de enero de 2011

Corte Constitucional. Resolución No. 3. Sentencia No. 003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA. Registro Oficial Suplemento 644 de 29 de julio de 2009

Corte Constitucional. Resolución No. 67. Sentencia No. 067-12-SEP-CC dentro del caso No. 1116-10-EP. Registro Oficial Suplemento 728 de 20 de junio de 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 012-12-SIN-CC. Caso No. 0066-09-IN. Registro Oficial Suplemento 756 de 30 de Julio del 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 064-12-SEP-CC, Caso No. 0341-10-EP. Registro Oficial Suplemento 718 de 06 de junio del 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 070-12-SEP-CC.Caso No. 0874-11-EP. Registro Oficial Suplemento 695 del 3 de mayo del 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 001-12-SEP-CC.Caso No. 1619-10-EP. Registro Oficial Suplemento 634 de 6 de febrero del 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 033-12-SEP-EC. Caso No. 0293-10-EP. Registro Oficial Suplemento 718 de 6 de junio del 2012

Corte Constitucional. Sentencia No. 026-09-SEP-CC. Caso No. 0126-09-EP. Registro Oficial Suplemento 54 de 26 de octubre del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 007-09-SEP-CC. Caso No. 0050-08-EP. Registro Oficial Suplemento 602 del 1 de junio del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 011-09-SEP-CC. Caso No. 0038-08-EP. Registro Oficial Suplemento 637 del 20 de julio del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 821-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009;

Corte Constitucional. Resolución: No. 0889-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 014-09-SEP-CC. Caso No. 0006-08-EP. Registro Oficial 648 del 4 de agosto del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 069-10-SEP-CC. Caso No. 0005-10-EP. Registro Oficial Suplemento 372 del 27 de enero del 2011

Corte Constitucional. Resolución: No. 1531-08-RA. Registro Oficial Suplemento 137 del 4 de agosto del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 1147-08-RA. Registro Oficial Suplemento 16 del 23 de octubre del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 0905-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 1446-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 0008-09-RA. Registro Oficial Suplemento 137 del 4 de agosto del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 0925-08-RA. Registro Oficial Suplemento 122 del 13 de mayo del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 0870-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 1428-09-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 1469-08-RA. Registro Oficial Suplemento 137 del 4 de agosto del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 0005-09-SAN-CC. Caso No. 0026-09-AN. Registro Oficial Suplemento 54 del 26 de octubre del 2009.

Corte Constitucional. Sentencia No. 031-09-SEP-CC. Caso: 0485-09-EP. Registro Oficial Suplemento 98 del 30 de diciembre del 2009.

Corte Constitucional. Caso No. 0177-09-EP del 11 de marzo del 2010

Corte Constitucional. Sentencia No. 011-11-SEP-CC. Caso No. 0480-09-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 555 del 13 de octubre del 2011.

Corte Constitucional. Causa No. 0162-09-EP

Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0020-09-IC. Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre del 2010

Corte Constitucional. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. Caso No. 0005-08-AN. Registro Oficial Suplemento 566 del 8 de abril del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 068-12-SEP-CC. Caso No. 1183-11-EP. Registro Oficial Suplemento 695 del 3 de mayo del 2012

Corte Constitucional. Sentencia. No. 031-09-SEP-CC. Caso No. 0485-09-EP. Registro Oficial Suplemento 98 del 30 de diciembre del 2009.

Corte Constitucional. No. 1418-2008-RA. Registro Oficial Suplemento 21 del 27 de noviembre del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 026-09-SEP-CC. Caso No. 0126-09-EP. Registro Oficial Suplemento 54 del 26 de octubre del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 007-09-SEP-CC. Caso No. 0050-08-EP. Registro Oficial Suplemento 602 del 1 de junio del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 011-09-SEP-CC. Caso No. 0038-08-EP. Registro Oficial Suplemento 637 del 20 de julio del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 821-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

Corte Constitucional. Resolución: No. 0889-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 014-09-SEP-CC. Caso No. 0006-08-EP. Registro Oficial 648 del 4 de agosto del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 011-09-SEP-CC. Caso No. 0038-08-EP. Registro Oficial Suplemento 637 del 20 de julio del 2009

Corte Constitucional. No. 865-08-RA. Registro Oficial Suplemento 133 del 10 de julio del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 002-09-SAN-CC.Caso 0005-08-AN. Registro Oficial Suplemento 566 del 8 de abril del 2009

Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 002-09-SAN-CC.Caso 0005-08-AN. Registro Oficial Suplemento 566 del 8 de abril del 2009

Corte Constitucional. Sentencia No. 002-09-SAN-CC; caso No. 0005-08-AN

Corte Constitucional. Sentencia No. 067-12-SEP-CC. Caso No. 1116-10-EP. Registro Oficial Suplemento 728 del 20 de junio del 2012.

Corte Constitucional. No. 1487-2007-RA. Registro Oficial Suplemento del 23 de octubre del 2009.

Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0020-09-IC. Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre del 2010

Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa No. 0020-09-IC.Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre del 2010.

Corte Constitucional. Sentencia No. 106-12-SEP-CC. Caso No. 1674-11-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 764 del 14 de junio del 2012.

Corte Constitucional. Sentencia No. 003-11-SCN-CC, dentro del caso No. 0093-10-CN. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 396 del 2 de marzo del 2011. (Inconstitucionalidad)

Corte Constitucional. Sentencia No. 012-12-SIN-CC. Caso No. 0066-09-IN. Registro Oficial Suplemento 756 del 30 de julio del 2012.(caso bancos)

Corte Constitucional. Sentencia No. 038-12-SEP-CC. Caso No. 026-09-SEP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 724 del 14 de junio del 2012.(contrato de suministro)

Corte Constitucional. Sentencia No. 029-11-SEP-CC. Caso No. 0551-10-EP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 597 del 15 de diciembre del 2011 (esencia del contrato)

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional. Caso. 0024-06-TC. Registro Oficial Suplemento 127. 16 de julio del 2007 (PANAVIAL)

Tribunal Constitucional. Resolución No. 0004-07-TC. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 133 del 24 de julio del 2007. Juez ponente (Patricio Pazmiño Freire, Roberto Bhrunis Lemaire, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Ezequiel Morales Vinuesa, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Ruth Seni Pinargote (no presente). (Caso banano)

Tribunal Constitucional. Resolución. “Precio mínimo de sustentación”. Caso Nro. 041-2001-TC. Registro Oficial 492 de 11 de enero del 2002.

Juzgados inferiores

Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia. Sentencia No. 3. Sentencia de 22-05-2009(Contrato y cuasicontrato)

Corte Provincial de Justicia del Guayas. Tercera Sala de lo Penal. Caso No. 982-10-B del 4 de Marzo de 2011.

Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia. Casación dentro del juicio de reivindicación No. 269-2011. 27 de diciembre de 2011

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539. Quito, 24 de mayo de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 261. Registro Oficial 262 del 29 de enero del 2004

Corte Suprema de Justicia. “Pago de seguro”. Expediente de Casación 204 Registro Oficial 364 del 9 de julio del 2001. Juicio Verbal sumario No 65 – 2001. Lady María Solórzano Loor vs. Sul América Compañía de Seguros del Ecuador CA.

Corte Suprema de Justicia. “Pago de póliza”. Expediente de Casación 261 Registro Oficial 262 del 29 de enero del 2004. Juicio verbal sumario No. 141-2003. José Luis Orellana Salcedo vs. Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2320 (Quito, 21 de noviembre de 2001).

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución del recurso de casación. 24 de mayo del 2001. Fallo publicado en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 192. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 366 del 24 de junio del 2008. No. 192-2007

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. “El contrato de seguro no es contrato administrativo”. Resolución del recurso de casación. 23 de enero del 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2342.

Colombia

Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: T - 53 / 92; T- 203 / 02; T- 493/ 05, SU-1023/01, T/ 153/98; T- 217/ 00; T 203/ 02; T/ 025/ 04; N. T- 662/06

Juzgados inferiores

Juzgado 26 Civil del circuito. Bogotá.. Sentencia de Mayo 19 de 2005. Radicado 24151. Juez: Leonardo Caro

PLEXO NORMATIVO

Ecuador:

Constitución del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

Código Civil Ecuador. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio del 2005

Reglas para el Ejercicio de la Corte Constitucional de Transición. Suplemento del Registro Oficial No. 466 de 13 de noviembre de 2008

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009

Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Decreto Ejecutivo 1314. Registro Oficial 287 del 19 de marzo del 2001.

Ley para Estimular y Controlar la Producción y Comercialización del Banano, Plátano (Barraganete) y otras Musáceas afines destinadas a la Exportación. Ley publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 315 de 16 de Abril de 2004.

Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera. Ley publicada en la Tercera Edición Suplementaria del Registro Oficial No. 498 del 31 de diciembre del 2008

Ley de Registro. Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial 136 de 28 de Febrero de 1980.

Alemania:

Ley Fundamental de Alemania. Esta orden de publicación apareció en la primera edición del Boletín Oficial Federal, con fecha 23 de mayo de 1949

Ley de Derechos de Autor sobre los trabajos del arte pictórico y fotografías, del 9 de enero de 1907 (RGrB1 pág. 7; Ley de Propiedad Artística –KUG–). Alemania.