

## Derecho procesal

El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación  
a su aplicación por los tribunales ecuatorianos  
*Vanesa Aguirre Guzmán*

Deber judicial de resolución y casos difíciles  
*J. Alberto del Real Alcalá*

La prueba en demandas laborales por discriminación  
*Elisa Lanás Medina*

Responsabilidad de dar cuenta del desempeño de la  
función jurisdiccional  
*Luis Pásara*

Las garantías de los derechos en las constituciones de  
Bolivia y Ecuador  
*Claudia Storini*

Revista del Área de Derecho

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2010 • Número 14

*FORO, revista de Derecho* recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional, resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

**DIRECTOR DEL ÁREA:** César Montaña Galarza

**EDITOR DE LA REVISTA:** Ernesto Albán Gómez

**COMITÉ EDITORIAL:** Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar), Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), José Vicente Troya (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

**COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL:** Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Rosario Valpuesta (Universidad Pablo de Olavide), Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

**COORDINADORA DEL NÚMERO:** Vanesa Aguirre Guzmán

**COORDINADORA EDITORIAL:** María Elisa Tamariz Ochoa

**SUPERVISOR EDITORIAL Y CORRECCIÓN:** Grace Sigüenza

**DIAGRAMACIÓN:** Grace Sigüenza. **CUBIERTA:** Raúl Yépez

**IMPRESIÓN:** Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito



*FORO* aparece en el índice LATINDEX, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. PRISMA, Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas.

*FORO* es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

# FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /  
Corporación Editora Nacional  
No. 14 • II semestre 2010

	Editorial <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
<b>TEMA CENTRAL</b>	<b>DERECHO PROCESAL</b>	
	El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos <i>Vanesa Aguirre Guzmán</i>	5
	Deber judicial de resolución y casos difíciles <i>J. Alberto del Real Alcalá</i>	45
	La prueba en demandas laborales por discriminación <i>Elisa Lanás Medina</i>	69
	Responsabilidad de dar cuenta del desempeño de la función jurisdiccional <i>Luis Pásara</i>	91
	Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador <i>Claudia Storini</i>	103
<b>RECENSIONES</b>	Alfredo Benítez Rivas, <i>DERECHO TRIBUTARIO. EL CÓDIGO TRIBUTARIO BOLIVIANO DESDE LA PERSPECTIVA DE DIVERSAS DOCTRINAS JURÍDICAS</i> , por Pamela Juliana Aguirre Castro	139
	Programa Andino de Derechos Humanos, <i>¿ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS? INFORME SOBRE DERECHOS HUMANOS ECUADOR 2009</i> , por Gina Benavides, Gardenia Chávez y Silvana Sánchez	143
	João Bosco Coelho Pasin, <i>DERECHO TRIBUTARIO Y ÉTICA</i> , por Andrés Pretelt Arango	151
<b>JURISPRUDENCIA</b>	Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario <i>Oswaldo Santos Dávalos</i>	159
	Colaboradores	179
	Normas para colaboradores	183

# FORO

## Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /  
Corporación Editora Nacional  
No. 14 • II semestre 2010

<b>MAIN THEME</b>	<b>PROCEDURAL LAW</b>	
	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
	The Right to an Effective Access to Justice: an Approach to its Application in the Ecuadorian Courts <i>Vanesa Aguirre Guzmán</i>	5
	Judicial Decision and Difficult Cases <i>J. Real Alberto Alcalá</i>	45
	The Proof in Labor Discrimination Claims <i>Elisa Lanas</i>	69
	Accountability for the Judiciary Performance <i>Luis Pásara</i>	91
	Human Rights Guarantees in the Bolivian and Ecuadorian Constitution <i>Claudia Storini</i>	103
<b>REVIEWS</b>	Alfredo Benítez Rivas, <i>DERECHO TRIBUTARIO. EL CÓDIGO TRIBUTARIO BOLIVIANO DESDE LA PERSPECTIVA DE DIVERSAS DOCTRINAS JURÍDICAS</i> , by Pamela Juliana Aguirre Castro	139
	Programa Andino de Derechos Humanos, <i>¿ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS? INFORME SOBRE DERECHOS HUMANOS ECUADOR 2009</i> , by Gina Benavides, Gardenia Chávez and Silvana Sánchez	143
	João Bosco Coelho Pasin, <i>DERECHO TRIBUTARIO Y ÉTICA</i> , by Andrés Pretelt Arango	151
<b>CASE LAW</b>	Ruling of the Constitutional Court of Ecuador on the Constitutionality of the tax consolidation requirement <i>Oswaldo Santos Dávalos</i>	159
	Collaborators	179
	Rules for collaborators	183

## Editorial

*E*n esta ocasión, Foro dedica su atención al Derecho procesal y, en esta línea, los artículos aquí contenidos dan cuenta de varias preocupaciones relacionadas con el quehacer jurisdiccional en diversos ámbitos.

La Constitución ecuatoriana dedica especial atención al ejercicio de la potestad jurisdiccional. El acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de toda persona se ha reformulado, sostiene Vanesa Aguirre, frente a la concepción de la anterior carta política, aunque presenta ciertamente varios retos para jueces y tribunales, ya que se trata de un derecho de carácter complejo, que conlleva varias exigencias. Por ello, compete a la jurisprudencia delimitar sus contenidos para evitar su excesiva invocación. Y, como derecho de carácter prestacional, exige del legislador fijar los cauces adecuados para que se convierta en una realidad. Destaca que importa que las sentencias se cumplan, pues, de lo contrario, quedarían en meras declaraciones de intenciones.

Uno de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva es el de contar con una decisión sobre el fondo del asunto, que además sea congruente y motivada. Por eso, bien dice Alberto del Real que la respuesta jurisdiccional no basta por sí sola; resolver y resolver con justicia son cosas distintas. La tarea se complica cuando el caso es de aquellos “difíciles”, o que no admiten métodos “tradicionales” de interpretación. Si las técnicas a utilizar en esos casos indeterminados son “inciertas” (en el sentido de que no se encuentran preestablecidas), el deber judicial de resolver se presenta, concluye el autor, como un deber impreciso.

La administración de justicia como deber no constituye únicamente un mandato formal, sino un encargo de la sociedad a los jueces; por ello, bien dice Luis Pásara que el ejercicio de tan importante potestad está sujeto a la rendición de cuentas. “Decir el derecho” implica que está en manos del juez otorgar respuestas que deben ser lo suficientemente explícitas para que los destinatarios y, finalmente, la sociedad, comprendan la ratio de la decisión, lo cual legitima, en última instancia, la potestad jurisdiccional. Ello se complementa, además, con la necesidad de una evaluación constante que parta de criterios definidos para garantizar además la transparencia de las actuaciones de los servidores judiciales, cosa que en Latinoamérica no ha sido fácil por el hermetismo que ha predominado tradicionalmente en el sector.

*Claudia Storini analiza los principales cambios que se han introducido respecto a los mecanismos que tutelan los derechos reconocidos en las constituciones de Ecuador y Bolivia, protección que, sin duda alguna, se ha reforzado y ampliado. Sin embargo, tanto la interpretación como la aplicación de las garantías de esos derechos, sean normativas o jurisdiccionales, generan diversas tensiones. La tarea interpretativa, advierte la autora, no es sencilla, justamente debido a la inusitada amplitud que representa el que todos los derechos gocen de un idéntico régimen de protección jurídica reforzada; su artículo, pues, contribuye a brindar importantes pautas y elementos de juicio para comprender de mejor manera el alcance de esas garantías.*

*Elisa Lanas trata con singular practicidad un tema de vital importancia y que, sin embargo, no ha sido estudiado con el debido rigor: las demandas por discriminación en el ámbito laboral. Destaca las dificultades que experimentan los trabajadores que se han visto sometidos a ese trato cuando quieren hacer valer sus derechos en juicio, lo que se debe en lo principal –sostiene– a las dificultades para descubrir y demostrar la conducta discriminatoria. Por ello, concluye, es muy importante mejorar los mecanismos de prueba para la parte actora, para garantizar efectivamente el derecho a la igualdad de trato contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en los instrumentos internacionales suscritos por el país.*

*Ernesto Albán Gómez*  
*Editor*

## El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos\*

Vanesa Aguirre Guzmán\*\*

### RESUMEN

Este artículo analiza la concepción del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, para lo cual parte de sus notas configuradoras básicas. Al efecto, se estudian sus implicaciones desde el ámbito constitucional y del Código Orgánico de la Función Judicial, como sus líneas directrices en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (órgano que ha estudiado ampliamente el tema), para luego determinar cómo se ha considerado el ámbito del derecho por los tribunales ecuatorianos.

**PALABRAS CLAVE:** tutela judicial efectiva, tutela efectiva, acceso a la justicia, derecho a la jurisdicción.

### SUMMARY

This article discusses the concept of the right to an effective access to justice as a fundamental right based on its basic configuring notes. To this end, its implications in the constitutional sphere and the Organic Code of the Judiciary are here studied, as its guidelines in this doctrine and the case law of the Spanish Constitutional Court (organism that has extensively studied this subject matter), in order to determine how laws have been considered in the Ecuadorian courts.

**KEY WORDS:** effective access to justice, effective protection, access to justice, the right to jurisdiction.

FORO

\* Este texto toma como base y amplía el artículo “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador”, publicado en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/PADH/Abya-Yala, 2010.

\*\* Abogada por la PUCE; especialista superior en Derecho Procesal y Docencia Universitaria por la UASB-Sede Ecuador; candidata doctoral en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Docente del Área de Derecho de la UASB-Sede Ecuador. Ex asesora jurídica de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de número del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.

## LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, DERECHO FUNDAMENTAL

El término “tutela judicial efectiva” plantea uno de los conceptos de mayor dificultad en su definición. Sea porque puede ser observado desde una vertiente estrictamente procesal; bien como un derecho de naturaleza compleja que se desarrolla, a su vez, en varias vertientes –tal como lo ha señalado, por ejemplo, abundante jurisprudencia del TC español–, o porque se le considere como un derecho fundamental –y por consiguiente, con su propia “jerarquía”, lo que impone una consideración distinta de la mera óptica de “componente” del debido proceso–, se está ante un desafío.

En este artículo se estudiarán sus principales notas configuradoras, su concepción en la normativa y jurisprudencia ecuatoriana y en la del TC español (dada la fecundidad de opiniones).

### APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

La Constitución de la República (CEc, en adelante) establece en su art. 1 que el Ecuador es un *Estado constitucional de derechos y justicia*. Tal postulado afirma al valor “justicia” como una de las finalidades primigenias del Estado; por lo tanto, de ello derivan ciertas obligaciones, más concretas unas que otras, para su aseguramiento. La primera idea, que sostiene la necesidad de que el Estado asuma para sí la potestad de resolver los conflictos de relevancia jurídica, radica –como es sabido– en la necesidad de proscribir el ejercicio de la autotutela fuera de los cauces permitidos por el ordenamiento jurídico. Si el Estado asume en exclusiva la titularidad de esa potestad, es preciso que su organización establezca mecanismos idóneos para brindar la tutela que las personas requieren para solucionar sus controversias.

Se ha dicho también que el derecho a la acción o, en otros términos, *derecho a la jurisdicción*, es un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos, a que el poder público se organice “de tal modo que los imperativos de la justicia queden mínimamente garantizados”.<sup>1</sup> La organización de la administración de justicia, por tanto, desempeña un rol decisivo en la estabilidad social del Estado y su sistema político.

---

1. Ángela Figueruelo Burrieza, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 49-50. Con toda razón sostiene esta autora que, de otra manera, no se puede mantener la paz que la comunidad reclama. Si el Estado no instrumenta adecuadamente el sistema, “el deseo de justicia por parte de la comunidad se verá insatisfecho, y se asistirá a un resurgimiento de la autotutela en la búsqueda extraconstitucional de dicho deseo de justicia, que normalmente se resolverá en una crisis social y, por tanto, jurídica, y a la postre en un replanteamiento de los valores y convenciones sociales que encarnan la idea de la justicia y de las instituciones fundamentadas en tales valores” (p. 50).

Ya en el ámbito de su ejercicio, se conceptúa al derecho a la acción, o *derecho a la jurisdicción*,<sup>2</sup> como aquel que asiste a toda persona para requerir del Estado la prestación del servicio público-administración de justicia; la intervención estatal, recuérdese, tiene su cauce a través de un proceso, el cual debe reunir unas condiciones mínimas que aseguren a las partes la defensa adecuada de sus derechos. La fórmula “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, como expresión de la potestad jurisdiccional, no es más que la aplicación del derecho, por jueces y tribunales, con el propósito de dirimir conflictos y hacer efectivo el derecho declarado o constituido.<sup>3</sup>

De esta manera, el derecho tiene un carácter de *permanencia* —y por ende subjetivo y autónomo—, en cuanto no se “ejerce” hasta que su titular requiera proteger judicialmente un derecho que considera le ha sido vulnerado.<sup>4</sup> Por ello también puede decirse que hay una relación de acción-reacción entre la “pretensión” a la tutela jurídica como derecho abstracto y la pretensión material que se deduce a través de la demanda en el proceso: no se trata solo del derecho de acudir ante los jueces y tribunales para obtener un pronunciamiento (o momento “estático-constitucional” del derecho a la tutela judicial), sino de concretizar, dinamizar ese derecho mediante la pretensión procesal.<sup>5</sup> La concepción

---

2. Vicente Gimeno Sendra lo concibe como un *derecho subjetivo público*, en cuanto poder que asiste a todo ciudadano para obtener de los tribunales un pronunciamiento categórico respecto a una pretensión; como *derecho público de carácter constitucional*, en cuanto principio inherente a la organización del Estado que monopoliza la función de administrar justicia; y su objeto es el ejercicio de la actividad jurisdiccional (*Fundamentos del Derecho procesal*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 130-134); con más detalle, véase, del mismo autor, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 73 y ss. Más recientemente, el mismo Gimeno Sendra ha dicho que es un derecho fundamental “que asiste a todo sujeto de derecho, a acceder libremente al Poder Judicial, a través de un proceso con todas las garantías y a todas sus instancias, deducir en él una pretensión u oponerse a ella y obtener de los juzgados y tribunales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en derecho, congruente y, a ser posible, de fondo, que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a obtener la ejecución de lo resuelto” (en coautoría con Antonio Torres del Moral, Pablo Morenilla Allard y Manuel Díaz Martínez, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex, 2007, p. 593). Su concepción como derecho fundamental, también en Manuel Ortells Ramos, Ricardo Juan Sánchez y Juan Ruiz Cámara, *Derecho procesal. Introducción*, Madrid, Edisofer S.L., 2006, pp. 205-206. Como derecho de carácter autónomo, para requerir una respuesta fundada en derecho del órgano judicial, véase también la posición de Fernando Ramos Méndez, *Derecho y proceso*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 74-76.

Entre los procesalistas americanos, el concepto parte de la necesidad de otorgar independencia al derecho de acción frente al derecho “material”: véase Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, p. 185; Aldo Bacre, *Teoría general del proceso*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pp. 276-279; Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2001, 4a. ed. (póstuma), pp. 33-37; Enrique Vescovi, *Teoría general del proceso*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 6.

3. Cfr. Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *Introducción al Derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 2a. ed., p. 75.

4. Véase, en este sentido, la exposición que, sobre las notas configuradoras del derecho a la jurisdicción, realiza Isidoro Álvarez Sacristán, *La justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso*, Madrid, Colex, 1999, pp. 44-45.

5. En la terminología utilizada por Darci Guimarães Ribeiro, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2004, pp. 84 y ss.

abstracta del derecho a la acción se “complementa”, pues, con la de *pretensión procesal*, y el deber prestacional del Estado se manifiesta en plenitud cuando el proceso concluye con una resolución, que para ser tal debe cumplir con ciertas características.

Más allá de la dificultad que ha supuesto la elaboración de una doctrina unitaria sobre el derecho a la acción,<sup>6</sup> puede afirmarse que su derivación inmediata es el *derecho a la tutela judicial efectiva*, como finalidad propia del ejercicio de la función jurisdiccional, y derecho con una configuración y características propias.

Así, en principio, se conceptúa al derecho *tutela judicial efectiva* como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una *demanda*–, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión.<sup>7</sup> Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia,<sup>8</sup> y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.<sup>9</sup>

6. Como bien pone de manifiesto Darci Guimarães Ribeiro, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, pp. 90-106.

7. Pero, en todo caso, las razones para admitir o desestimarla deben ser explicitadas a través de una adecuada motivación. La sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 61/2009, de 9 de marzo de 2009, fundamento jurídico (FJ) 4, *in fine*, expresa que la motivación es uno de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva; se manifiesta como obligación de los jueces, así como un derecho de las partes. Finalmente, sirve de freno a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, porque permite conocer los criterios jurídicos que han sustentado la decisión. Esta sentencia incorpora el criterio vertido en las sentencias (SSTC) 36/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 196/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 42/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 36/2006, de 13 de febrero, FJ 2. Con precisión, la STC 029/2010, de 27 de abril, señala en su FJ 2 que la tutela judicial efectiva, al ser un derecho prestacional de configuración legal, está supeditada “a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales *pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental* (SSTC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 1; 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; y 185/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas)”. (Las sentencias del TC español dictadas a partir del año 2000 pueden consultarse en la página [<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>]; para fechas anteriores, se puede acceder a través de [[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/jurisprudencia\\_constitucional.php](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php)]). En el mismo sentido, la ex Corte Suprema de Justicia (CSJ), en resolución (Res.) No. 147 de 11 de julio de 2003, publicada en el Registro Oficial (R.O.) 663 de 16 de septiembre del mismo año, precisó que el derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos tutela efectiva, no implica “que es un deber ineludible del juez dar la razón a la parte que formula su queja siempre y en toda circunstancia, aunque no acredite tenerla; precisamente el proceso se organiza de manera tal que pueda el juzgador llegar a concluir, con razonable certeza, a cuál de las partes le asiste la razón”.

8. Enrique Vescovi, *Teoría general del proceso*, p. 65.

9. De ahí que se insista en el carácter *abstracto* del derecho: al respecto, véase David Vallespín Pérez, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 122-124.

Desde luego, no se trata de desvincular totalmente el derecho a la actividad jurisdiccional y la pretensión procesal, pues no es posible sostener que basta la mera afirmación o invocación de la actividad jurisdiccional. Ella se relaciona a la invocación de una situación concreta, jurídicamente relevante y apta para constituir su objeto. No tendría sentido, en definitiva, que se reconozca la autonomía del derecho a la jurisdicción sin más, pues quien lo invoca ha de manifestar una razón específica.<sup>10</sup>

Se han mencionado algunos de los conceptos e implicaciones más comunes sobre el derecho a la acción, o derecho a la jurisdicción, como prefieren llamarlo algunos autores. Y es que, a la hora de establecer la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, resulta complicado desligarlo de aquel. Por ello, quizá la mejor manera de definir a la tutela judicial efectiva sea a través de sus notas configuradoras.

## LA GÉNESIS DEL CONCEPTO EN SU ANTECEDENTE MÁS INMEDIATO: EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El concepto tutela judicial efectiva, como *tal* –asegura Hurtado Reyes–, aparece por primera vez en la Constitución española (CE) de 1978, y su artículo 24, aun cuando la propia doctrina europea afirmó desde hace tiempo que toda persona tiene el derecho a acudir al órgano jurisdiccional respectivo para conseguir una “respuesta”.<sup>11</sup>

Por su parte, Chamorro Bernal resalta que, a partir del art. 24.1, el concepto tutela judicial efectiva supuso una auténtica revolución en el ámbito jurídico y en especial en el derecho procesal, todo ello a lo largo de un paciente desarrollo jurisprudencial que ha determinado el ámbito de las garantías constitucionales derivadas de este derecho, haciendo “chirriar” muchas veces las estructuras mismas de la administración de justicia.<sup>12</sup>

El criterio para definir lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva debería partir entonces por lo más sencillo: según su significado común, “tutela” implica *alcanzar* una respuesta.<sup>13</sup> Ciertamente, ello pasa necesariamente por el “acceso”;

---

10. Cfr. Manuel Ortells Ramos *et al.*, *Derecho procesal. Introducción*, pp. 202-203.

11. Cfr. Martín Hurtado Reyes, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Lima, Palestra Editores, 2006, p. 36. Un antecedente de esta posición en América del Sur se encuentra en Couture, quien en 1947 sostenía que la función última del ejercicio jurisdiccional (siempre a través del proceso) es *dar respuesta fundada* a las peticiones formuladas por los justiciables; por lo demás, esa respuesta, traducida en una resolución con autoridad de cosa juzgada, requiere ser *ejecutable* (la fecha mencionada corresponde a la primera edición de sus *Fundamentos de Derecho procesal civil*; la referencia actual, en la 4a. ed. póstuma, citada en este trabajo, se puede encontrar en la p. 395).

12. Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 4.

13. *Ibidem*, p. 11.

pero no sería correcto concluir *a priori* que el derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho con el mero acceso a la jurisdicción; es preciso, entonces, que tal apertura sea correspondida con una decisión sobre el fondo del asunto, que reúna los requisitos constitucionales y legales del caso; o, como expresa Morello con el apoyo de algunas sentencias del TC español, la garantía para los justiciables de que sus pretensiones serán resueltas con criterios jurídicos *razonables*.<sup>14</sup>

Esta discusión, que la trae a colación Chamorro Bernal<sup>15</sup> cuando ilustra la génesis del art. 24, CE (alejada en este aspecto de sus pares italiana y alemana al asegurar, como sustento del derecho, *el tipo de respuesta* del órgano jurisdiccional), no es superficial. En efecto, es patente la diferencia entre la expresión original y la vigente. En un inicio, la propuesta de la comisión redactora de la Constitución de 1978 señalaba que “Toda persona *tiene derecho al acceso efectivo* a los tribunales *para la tutela* de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”; luego, se modificó el texto en el sentido de que toda persona *tiene el derecho a obtener* la tutela. Chamorro sostiene así que en la redacción inicial quedaba margen para alegar la suficiencia del derecho como *mero acceso* a la jurisdicción y podría no haberse producido el desarrollo jurisprudencial que hoy ha configurado a la tutela judicial efectiva como una de las expresiones más ricas del ámbito constitucional,<sup>16</sup> mientras que el enunciado vigente determina que la respuesta del órgano judicial debe reunir ciertas características y estar dotada de los resguardos que sean precisos para hacerla eficaz.

La nueva redacción, que aparece tal cual en la CE, no implicó una simple mejora de estilo —aunque por considerársela así, fue aprobada inmediatamente por la Comisión Constitucional del Senado—,<sup>17</sup> porque ello ha logrado que las implicaciones del derecho sean percibidas por la justicia constitucional con claridad, aunque los autores del cambio no hayan procedido intencionalmente<sup>18</sup> en ese sentido. Desde luego, el acceso a la jurisdicción es uno de los contenidos del derecho, pero no el único; por ello, es importante que se garantice la calidad de la respuesta del órgano jurisdiccional, por una parte, y por otra, que en el camino a seguir para la resolución se respeten las condiciones mínimas que aseguren una adecuada defensa de los derechos de las partes en el transcurso del proceso. La frase “obtener tutela” da una calificación especial al derecho, porque impone a jueces y tribunales el deber de hacer

---

14. Augusto M. Morello, *El proceso justo*, Buenos Aires, LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2005, p. 338.

15. Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, pp. 5-7.

16. *Ibidem*, p. 7.

17. Cfr. la relación que, sobre este aspecto, hace David Vallespín Pérez, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, p. 138.

18. *Ibidem*, p. 138.

lo posible para que, en la actividad que desplieguen, colaboren con las partes para favorecer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

## NATURALEZA JURÍDICA

La tutela judicial efectiva, como derecho de configuración compleja, tiene múltiples contenidos.<sup>19</sup> Ya se dijo que la dificultad en la formulación de un concepto, principalmente en cuanto la mayoría de autores ha partido del derecho a la acción o derecho a la jurisdicción para aterrizar en la tutela judicial efectiva como su concreción, obliga a definirlo a través de sus manifestaciones, precisamente porque al no tener una manifestación autónoma, se materializa en varios derechos y garantías procesales.<sup>20</sup> Con todo, bien afirman Gimeno Sendra<sup>21</sup> y Garberí Llobregat<sup>22</sup> que el derecho a la tutela judicial efectiva no es más que el derecho a la acción “constitucionalizado”.

Aun así, el derecho tiene dos características que pueden considerarse centrales. No se tratarán los variados aspectos que surgen de su carácter complejo,<sup>23</sup> pues ello impli-

---

19. En detalle, para una visión general, puede consultarse a Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, pp. 40-97 en especial. En lo central, según la STC 125/2004, de 19 de julio de 2004 (FJ 2), este carácter complejo comprende “el acceso a la actividad jurisdiccional, la obtención de una resolución fundada en derecho y la ejecución del fallo judicial...”. También puede verse este criterio en las SSTC 26/1983, de 13 de abril, FJ 2; 89/1985, de 19 de julio, FJ 1; 102/1984, de 12 de noviembre, FJ 1; 48/1986, de 23 de abril, FJ 1; y en los AATC 155/1985, de 6 de marzo, FJ 2 y 415/1985, de 26 de junio, FJ 1.

20. Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, p. 276.

21. Cfr. *Introducción al Derecho procesal* (con la colaboración de Manuel Díaz Martínez), Madrid, Colex, 2010, 6a ed., p. 239.

22. Cfr. José Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho procesal*, Pamplona, Civitas, 2009, p. 115. En su *Introducción al nuevo proceso civil* (vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 49), identifica el derecho a la acción con derecho a la tutela judicial efectiva: “El derecho de acción del art. 24.1, CE, puede ser definido en el momento presente como el *derecho al libre acceso a los órganos de la Jurisdicción, en orden a la interposición de la pretensión, y el derecho a obtener una resolución judicial, a ser posible de fondo, congruente y motivada en la prueba y en el derecho objetivo*”.

23. Tan amplio es el contenido de este derecho, que inclusive en materia de jurisprudencia sobre derechos humanos se reconoce que no hay una configuración precisa del término; y en relación a lo que el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos denomina “garantías judiciales”, pueden hallarse múltiples sentidos. No existe, pues, “[...] un deslinde riguroso entre el derecho de acceso [a la jurisdicción] y el derecho al debido proceso (más allá o más acá de reconocer y enumerar una serie de derechos abarcados por este). Sin embargo, se entiende que: a) cualquier persona puede acudir a las instancias estatales previstas para procurar e impartir justicia en los términos del propio artículo 8.1, si pretende acreditar, reclamar o recuperar un derecho, y el Estado se halla obligado a establecer instancias suficientes, adecuadas y eficientes para ese efecto y proveer a su buen funcionamiento. Este derecho (petición y, en su caso, acción o coadyuvancia con la acción, es independiente del derecho sustantivo que se invoca, como lo ha establecido, desde hace mucho tiempo, la doctrina procesal); y, b) el Estado ha de satisfacer la obligación de garantía que le concierne, conforme a lo mencionado *supra*, con observancia de la obligación que le asignan el artículo 8 y, en su caso, el artículo 25. Si no

caría analizar cada uno de los contenidos que de él se desprenden, lo que desborda el ámbito mismo de este artículo; como se había señalado, el estudio se centrará en la efectividad de las resoluciones judiciales como uno de esos contenidos básicos.

## ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

La conveniencia de la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva resalta desde todo punto de vista. No solo porque de esta manera sus múltiples manifestaciones adquieren la relevancia necesaria y se contagian, si cabe el término, de esa característica, sino también porque en el ámbito del proceso, “transforma en efectivas las promesas de certidumbre y coerción propias de las normas jurídicas”.<sup>24</sup> Se avizora un “efecto irradiante”, por el cual se evita considerar al ordenamiento procesal como un “mero conjunto de trámites y ordenación de aquel”, sino más bien como “un ajustado sistema de garantías para las partes”,<sup>25</sup> por el cual la tutela judicial efectiva actúa como un paraguas que refuerza la protección a otras garantías de naturaleza procesal, en caso de que no tengan cobertura constitucional.

Por tanto, la adecuada instrumentalización del derecho a la tutela judicial efectiva requiere algunos cambios, no solamente a nivel del sistema de administración de justicia, sino también en la conceptualización misma del proceso como medio para proteger adecuadamente los derechos de las personas. Se acude, de esta manera, a un fenómeno de “ensanchamiento” de la tutela judicial efectiva, que requiere una intervención más intensa del accionar estatal que la requerida para otros derechos,<sup>26</sup> como la concienciación del juez, quien debe considerarse a sí mismo como el primer llamado a hacer del derecho una realidad.

En la perspectiva del efecto irradiante que le incumbe como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva se proyecta también en la interpretación y aplicación de las normas por los tribunales. Desde luego, aun con la consideración de que la incidencia no será la misma en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, no cabe

---

investiga hechos violatorios y otorga al individuo la protección debida, infringe estos preceptos. Así lo declarará la Corte” (Corte I.D.H., voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso *Escué Zapata*, del 03-07-2007). Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden consultarse en [<http://www.corteidh.or.cr>].

24. Ángela Figueruelo Burrieza, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, p. 53.

25. Faustino Córdón Moreno propone los ejemplos del derecho al recurso y a la motivación de las sentencias en el ordenamiento jurídico español; la opinión sobre la cobertura tiene sustento en la STC 163/1989, de 16 de octubre. (“El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978”, en Manuel Ramón Alarcón Caracuel *et al.*, *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Navarra, Aranzadi, 1999, p. 207). En el Ecuador, como es sabido, el derecho al recurso se elevó a rango constitucional con la Carta de 2008; el derecho a la motivación se ha reconocido también con tal carácter desde la codificación constitucional de 1998 (art. 24.13).

26. Véase, al respecto, Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 23-26.

duda de que una de sus manifestaciones, en este aspecto, tiene que ver con la obligación de jueces y tribunales de interpretar los derechos (al menos los constitucionales) en el sentido que más favorezca su efectiva vigencia.<sup>27</sup>

Como todo derecho fundamental, a la tutela judicial efectiva se le puede distinguir por su contenido esencial. Pero en el caso particular, la fórmula debe emplearse en plural porque, como se dijera, el derecho tiene varios aspectos. Según como se entiendan estos “contenidos esenciales”, dependerá también la formulación que tanto el legislador como el poder jurisdiccional adopten con respecto al derecho. En este sentido, parece más adecuado considerar la *teoría relativa* sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales para configurar a la tutela judicial efectiva. Según ella, el contenido esencial del derecho fundamental no es inmutable, sino determinable en forma casuística “en atención de las circunstancias del caso y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación”.<sup>28</sup> La abundante jurisprudencia que, por ejemplo, ha formulado el TC español respecto a los distintos contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva, abona a favor de la adopción de la teoría relativa.

Así, dicha jurisprudencia<sup>29</sup> ha agrupado esos contenidos en cuatro grandes “vertientes”: el derecho de acceso a la justicia,<sup>30</sup> a la defensa en el proce-

27. Esta obligación, por ejemplo, consta expresamente en el art. 11.5 de la Constitución de la República: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios [...] 5. 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”.

En materia de interpretación de la legalidad ordinaria, no existe una expresión que determine la misma obligación; en todo caso, la jurisprudencia constitucional española ha señalado que si los derechos fundamentales tienen fuerza expansiva y a su luz debe entenderse todo el ordenamiento jurídico, ello daría lugar a que la legalidad ordinaria sea interpretada en la forma más favorable a la efectividad de esos derechos; asimismo, también sus posibles límites deberían ser dilucidados en forma restrictiva (STC 159/1986, mencionada por Jorge de Esteban, *Tratado de Derecho constitucional*, tomo I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2001, p. 313).

28. Por el contrario, la teoría *absoluta* mira ese contenido como el área de dos círculos concéntricos, donde el círculo interior constituye un núcleo fijo que no puede afectarse bajo ninguna circunstancia; y el círculo periférico constituye la esfera accesoria del derecho, que puede ser limitada o restringida si el legislador lo considera necesario: Cfr. Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad* (en línea), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 111-112. Disponible en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2422>] (ISBN 970-32-3939-0, fecha de la consulta: 12 de mayo de 2010).

29. En la clasificación que sigue la obra de Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, p. 17. Otros autores como Joan Picó i Junoy fijan esos contenidos en: 1. el derecho de acceso a los tribunales; 2. el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; 3. el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y, 4. el derecho al recurso legalmente previsto por la ley (*Las garantías constitucionales del proceso*, p. 40).

30. STC 94/2001, de 2 de abril de 2001, FJ 2: “Es doctrina reiterada de este Tribunal que la primera nota esencial del derecho a la tutela judicial que han de cumplir los tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. El art. 24.1, CE, reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva; el primer contenido de este derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 63/1985, de 10 de mayo; 131/1991, de 17 de junio; 37/1993, de 8 de febrero; 217/1994, de 18 de julio; y 111/1995, de 4 de julio)”. En el mismo sentido, las SSTC: 178/2001, de 17 de septiembre de 2001, FJ 3, letra a); 27/2003, de 10 de febrero, FJ 4; 3/2004, de 14 de enero,

so,<sup>31</sup> el derecho a una resolución motivada y congruente<sup>32</sup> y el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, con especial énfasis en el derecho a la ejecución de la sentencia.<sup>33</sup> Cada uno de esos contenidos se despliega, a su vez, en un conjunto de derechos y garantías que hacen posible, en cada caso, el derecho a la tutela judicial efectiva.

La vulneración de esos múltiples contenidos puede darse en circunstancias que no necesariamente han de estar previstas en la ley; como se dijera, quien tiene la palabra al momento de establecer los supuestos de configuración en cada caso es la judicatura.

---

FJ 3; 187/2009, de 7 de septiembre de 2009, FJ 2; 196/2009, de 28 de septiembre de 2009, FJ 2; 218/2009, de 21 de diciembre de 2009, FJ 2.

31. STC 195/2007, de 11 de septiembre de 2007, FJ 3: “[...] el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el art. 24.1, CE, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales (SSTC 77/1997, de 21 de abril, FJ 2; y 216/2002, de 25 de noviembre, FJ 2)”. En el mismo sentido, las SSTC: 226/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 287/2005, de 7 de noviembre de 2005, FJ 2, letra a); 79/2006, de 13 de marzo de 2006, FJ 2; 23/2009, de 26 de enero de 2009 (FJ 2); ATC 9/2009, de 26 de enero de 2009, FJ 2.
32. STC 163/2008, de 15 de diciembre de 2008, FJ 3: “El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1, CE, conlleva el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación deba contener una fundamentación en derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de la tutela judicial efectiva. Pero la fundamentación en derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurra en un error patente, ya que, en tal evento, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (SSTC 61/2008, de 26 de mayo, FJ 4; 89/2008, de 21 de julio; 105/2008, de 15 de septiembre, FJ 3, por todas)”. El mismo criterio en las SSTC: 320/2006, de 15 de noviembre de 2006, FJ 3; 158/2005, de 20 de junio, FJ 4; 33/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 157/2009, de 29 de junio de 2009, FJ 2. 29/2010, de 27 de abril de 2010, FJ 2.
33. El derecho a la efectividad, desde una concepción genérica y global, “[...] conlleva varias exigencias entrelazadas”, que van desde la necesidad de que la respuesta a la pretensión sea congruente y motivada en todos los grados procesales, sean ordinarios o extraordinarios; en caso de que la resolución sea de inadmisión, debe expresar claramente la razón; y en una última fase, “como exigencia inherente”, requiere que las resoluciones judiciales se cumplan, “y en tal sentido la obligatoriedad de las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales (art. 118, CE), impuesta a todos como tal deber, incluidos los poderes públicos, viene a integrarse sin violencia conceptual alguna en el haz de derechos fundamentales contenido en el art. 24, CE. Así pues, tal exigencia significa que el ganador del pleito sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones o de buenos propósitos (SSTC 32/1982 y 15/1986)”: STC 186/1995, de 14 de diciembre, FJ. 2. En el mismo sentido, las SSTC: 28/1994, de 27 de enero, FJ 4; 316/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 105/1995, de 11 de abril, FJ 4; 218/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 216/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 24/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 105/1999, de 14 de junio, FJ 2; 167/1999, de 27 de septiembre, FJ 2.

Y en caso de que se produzcan esas violaciones, es necesario que exista un mecanismo idóneo para reconocerlas y repararlas. En el Ecuador, finalmente, ha terminado de asentarse la tesis de que las resoluciones jurisdiccionales pueden ser examinadas en un aspecto tan básico como el respeto a este derecho. Esta necesidad de controlar los variados aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva se satisface hoy a través de la *acción extraordinaria de protección*,<sup>34</sup> cuyo conocimiento incumbe a la Corte Constitucional (CC); aunque no debiera pasar desapercibido que también los tribunales ordinarios están en la obligación de velar por el cumplimiento de los supuestos que integran la tutela judicial efectiva, porque es en el ámbito del proceso donde ellos se han de verificar.

Por último, que la tutela judicial efectiva sea considerada como derecho fundamental impone ciertas vinculaciones para el poder legislativo. El efecto irradiante del derecho fundamental le prohíbe “desconocer la eficacia de los derechos en las regulaciones, orgánica y ordinaria, tanto de las relaciones jurídico-públicas como de las jurídico privadas”.<sup>35</sup> De esta manera, el legislador, al momento de formular las normas relacionadas con este derecho, no podrá conculcar su contenido esencial,<sup>36</sup> y

---

34. Art. 94: “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

Es necesario aclarar que la posibilidad de impugnar las resoluciones judiciales atentatorias del derecho fue prevista por la anterior Constitución, aunque con una vigencia efímera, en la reforma que introdujo *el recurso de amparo* (tercer bloque de reformas, publicadas en el R.O. 863 de 16 de enero de 1996). La opción, a criterio del TC de la época, representaba un grave peligro de “abuso” de la jurisdicción constitucional; por ello, su presidente (Dr. Vicente Burneo) solicitó formalmente al Congreso Nacional que se modificara la Constitución para que se limitara la concesión del amparo, excluyéndose formalmente de su ámbito a las decisiones judiciales. La razón subyacente fue esencialmente de índole política: un juez de la provincia de Esmeraldas había concedido un recurso de amparo al expresidente Abdalá Bucaram, dejando sin efecto el auto de llamamiento a juicio que dictó en su contra la ex CSJ por un delito de peculado. Se creyó, además, que limitando de esta forma el recurso, se evitaría que otros exfuncionarios en exilio acudiesen a la figura para anular las sentencias o autos dictados en su contra. En las reformas constitucionales de 1997, se modificó la figura, adoptándose la denominación *acción de amparo*, y excluyéndose expresamente la posibilidad de impugnar por su vía decisiones jurisdiccionales; de esta manera, el art. 95 *in fine* decía: “No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”; la exclusión se mantuvo hasta la codificación constitucional de 1998. Con todo, quedó la duda de si el término *decisiones judiciales* comprendía las resoluciones dictadas por el entonces Consejo Nacional de la Judicatura, así como las actuaciones procesales no jurisdiccionales. Prueba de ello es la Res. 367-2003-RA, de 26 de febrero de 2004, que concedió amparo contra la actuación de un secretario judicial que se negó a recibir un escrito contentivo de recurso de casación, al no haberse adjuntado al mismo el comprobante de pago de la tasa judicial. El ex TC fundó su resolución en el art. 24.17 de la codificación constitucional de 1998, que se refería al derecho a la tutela judicial efectiva, como en el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

35. Miguel Ángel Presno Linera (capítulo 2), en Francisco J. Bastida Freijeiro *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 53.

36. El contenido esencial del derecho fundamental ayuda a determinar su naturaleza jurídica desde una doble ver-

además deberá organizar adecuadamente el sistema de protección (jurisdiccional) del derecho,<sup>37</sup> recordando siempre, además, que las condiciones establecidas a través de la ley, deberán ser razonables o sustentadas en la necesidad de sistematizar adecuadamente su ejercicio.

### **LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL CUALIFICADO Y COMO DERECHO FUNDAMENTAL NO CUALIFICADO. SUS INCIDENCIAS EN EL ÁMBITO DEL PROCESO**

Como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva puede ser observada desde una vertiente doble: como derecho fundamental *cualificado* y como derecho fundamental *no cualificado*.<sup>38</sup> En la primera, la jurisdicción constitucional analizará, por el recurso o acción que quepa según cada ordenamiento, si la justicia ordinaria ha observado los contenidos básicos del derecho así como los múltiples derechos y garantías que, a su vez, constituyen su derivación. No se trata, en consecuencia, de realizar un control sobre el aspecto de fondo de la resolución, pero sí de las circunstancias que, en relación con el derecho fundamental, pudieron dar pie en algún momento a que se lo irrespete. Esto motivará a que la resolución en sí carezca de validez; mas, para llegar a tal conclusión (que implica la “vuelta” a una nueva sustanciación del proceso, a partir del momento en que la garantía o el derecho fueron conculcados), la jurisdicción constitucional deberá cuidar de no emitir ningún pronunciamiento o juicio de valor sobre el aspecto material de la decisión, lo cual, desde luego, no está exento de complicación.<sup>39</sup>

---

tiente: en primer lugar, si en su formulación, el legislador ha respetado la “fórmula” que permite reconocerle como *tal*; en segundo término, y en forma negativa, no se habrá respetado el contenido esencial si en dicha formulación se lo limita hasta el punto de volverlo impracticable o se le despoja de la necesaria protección que requiere para su reconocimiento. “Estos métodos –dice Pérez Luño con sustento en la STC de 8 de abril de 1981, publicada en *BJC*, No. 2, 1981, pp. 93-94– de delimitar el contenido esencial no son alternativos, sino que ‘se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía puede llegarse’...” (*Los derechos fundamentales*, p. 77).

37. De esta manera, “De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5).

38. Véase Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, pp. 339-345.

39. El riesgo de que la jurisdicción constitucional se exceda en el ejercicio de esta atribución es brillantemente analizado por Rosario Serra Cristóbal en su obra *La guerra de las cortes*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 43-72.

En un segundo aspecto, la tutela judicial efectiva, considerada como mero derecho fundamental (o como derecho con contenido propio y distinto de sus componentes), se relaciona con la justicia como valor.<sup>40</sup> Aspiración lógica de la actividad jurisdiccional es, precisamente, que sus decisiones sean el reflejo de ese valor; sin embargo, él no es materia de control constitucional, porque es lógico que ningún tribunal constitucional, en ejercicio de esta atribución, pueda *garantizar la justicia*,<sup>41</sup> ya que esta es tarea exclusiva de la jurisdicción ordinaria. Así como la violación de uno de los derechos o garantías que componen a la tutela judicial efectiva conduce a su lesión (en una relación causa-efecto) como derecho no cualificado, no toda violación a la tutela judicial efectiva podría, en cambio, incluirse en aquellos.<sup>42</sup>

En algún momento, ambos espacios pueden entrelazarse, dando pie a lo que algunos llaman “correcta solución judicial de las cuestiones planteadas” o “derecho de toda persona a que se le haga justicia”.<sup>43</sup> Así como los derechos y garantías derivados del derecho a la tutela judicial efectiva hacen posible, en su conjunto, una resolución justa, el problema para la jurisdicción constitucional radica en deslindar su análisis del contenido de la resolución en sí misma, para evitar lo que tan gráficamente se ha dado en llamar “choque de trenes” con la jurisdicción ordinaria.<sup>44</sup>

---

40. Al respecto, la STC 105/1994, de 11 de abril, FJ 1: “[...] la tutela judicial, cuya efectividad sin sombra de indefensión proclama la Constitución como derecho fundamental [está] conectado muy directamente al valor justicia, uno de los principios cardinales de nuestro Estado de Derecho (arts. 1 y 24.1, CE). Ese concepto abstracto, jurídicamente indeterminado, se perfila en muchas de sus facetas a través de las diversas modalidades que de él recoge la misma norma que lo configura y, entre sus ingredientes...”

41. “Precisamente –explica Chamorro Bernal–, cuando el TC otorga amparos con base en el derecho a la tutela judicial efectiva, se limita a constatar que los jueces y tribunales ordinarios no han respetado esos derechos y garantías procesales examinadas. Es decir, cumple la función de un verdadero juzgador negativo, al igual que lo hace como legislador. No dice en qué consiste la tutela sino cuándo hay que entender que no se ha otorgado por haber vulnerado alguna de las garantías [que la componen]...” (*La tutela judicial efectiva*, p. 354).

42. Como bien aclara Faustino Cordón Moreno: “Parece, pues, que la violación de cualquiera de los demás derechos del artículo 24 lesiona un aspecto de la tutela judicial efectiva, pero el contenido de este es más amplio, dando cobertura a cualquier queja o reclamación constitucional relativa al sistema procesal. La lesión de cualesquiera de aquellos derechos o garantías comporta la violación del derecho a la tutela, pero no a la inversa: no toda violación de la tutela efectiva es subsumible en aquellas garantías” (“El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978”, p. 208).

43. Son las opiniones de los profesores Aja y Gui Mori, recopiladas por Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, p. 344.

44. Con la introducción de la acción extraordinaria de amparo en la Constitución de 2008, finalmente se ha establecido que las decisiones jurisdiccionales pueden ser controladas cuando vulneren derechos fundamentales. Desde luego, tal revisión no puede recaer sobre el contenido material de la decisión; pero en cuanto esta haya dependido de la violación de una de las múltiples garantías o derechos que integran, a su vez, el derecho a la tutela judicial efectiva, lo procedente será que la jurisdicción constitucional *declare la existencia de la infracción*, para que la jurisdicción ordinaria vuelva a sustanciar el proceso corrigiendo el error. Véase, en detalle, Agustín Grijalva Jiménez, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 655-675.

Ha sido motivo de preocupación, sin embargo, el que la CC no vaya a poder deslindar estos ámbitos; inclusive

También podría sostenerse que si el derecho a la tutela judicial efectiva protege el respeto de los derechos y garantías procesales que de él se derivan, también debería avalar la justicia de las resoluciones expedidas por los tribunales ordinarios. Sin embargo, al ser un derecho de naturaleza instrumental, su correcto análisis impone considerar sus contenidos esenciales, en cuanto a su falta o inobservancia, lo que se dirige en lo esencial a las incorrecciones procesales que han sido cometidas por los jueces y tribunales. En lo demás –cuestión que suele olvidarse con relativa frecuencia–, la ley procesal ha previsto diversos remedios a disposición del justiciable para corregir la *injusticia* de las decisiones que puede producirse por múltiples causas (v. gr., la indebida valoración de la prueba puede o debería corregirse a través de un recurso de apelación).

Con el derecho a la tutela judicial efectiva –hay que insistir en ello– debe tenerse especial cuidado para evitar que se convierta en el cajón de sastre de todas las posibles faltas que podría cometer un juez o tribunal.<sup>45</sup> La intervención de un tribunal

---

se ha expresado que la acción extraordinaria de protección motivará la apertura de una mal denominada “cuarta instancia”; como bien relata el antes mencionado Agustín Grijalva Jiménez, estas preocupaciones han surgido precisamente en quienes están encargados de *otorgar la tutela*, es decir, los jueces de la justicia ordinaria, quizá por el temor de considerar a la acción como un mecanismo para desvirtuar su “jerarquía”, crítica que, desde luego, no tiene mayor fundamento: véase “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 258.

Así como en un momento ocurrió con la antigua acción de amparo, o con el recurso de casación, es necesario que transcurra un tiempo para que la jurisprudencia decante la procedibilidad de la acción de amparo y determine sus ámbitos concretos de aplicación. Con todo, el tema no está exento de polémica; hoy se sostiene ampliamente la necesidad de que toda actuación pública, también la jurisdiccional, debe ser susceptible de control por la indebida interpretación de un derecho fundamental, o la aplicación de una disposición inconstitucional; con mayor razón, las decisiones de los jueces han de estar en todo conformes con los derechos fundamentales. Al respecto, puede consultarse, entre otros: Ángela Figueruelo Burrieza, *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva S.L., 2001, pp. 45-47 (con la explicación precisa de que la valoración de los hechos siempre corresponde al juez ordinario); Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, 4a. ed., pp. 152-153; Juan José González Rivas, *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español: 1981-2000*, Madrid, Civitas, 2001, p. 66; Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y poder jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 256; Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes*, pp. 130-133; Rupert Scholz, “Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, pp. 70-71.

45. Valga la aclaración que se formula en este sentido en la STC 41/1986, de 2 de abril, FJ 3: “Como hemos dicho en multitud de ocasiones, los derechos que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución, en sus dos párrafos, no pueden interpretarse de forma tan amplia que supongan cobijo o salvaguardia de todas las normas procesales, de manera que toda violación o vulneración que de ellas pueda producirse se convierta por sí sola en un problema de orden constitucional. Por el contrario, debe sostenerse que solo los estrictos derechos que el precepto constitucional consagra como fundamentales permiten poner en marcha la justicia constitucional, de suerte que el resto de las vicisitudes a que la aplicación de las leyes procesales pueda conducir, dan origen a cuestiones que deben ventilarse en la misma jurisdicción en que se produzcan. Así, hemos dicho que el derecho a una tutela judicial efectiva comprende el derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales del Estado, formu-

constitucional en la protección de este derecho debería verificarse con carácter subsidiario y excepcional, para evitar que el amparo extraordinario se constituya en un mecanismo para desvirtuar fácilmente las decisiones de la justicia ordinaria, sin darle oportunidad para remediar la lesión del derecho fundamental. Tampoco se trata de establecer a ese nivel una serie ilimitada de recursos, pero sí de separar e identificar adecuadamente los cauces de protección. De esta manera, al tiempo que se garantiza la intervención de la jurisdicción constitucional solo cuando sea realmente necesario (de ahí el carácter *residual* del recurso de amparo contra sentencias o la acción extraordinaria de protección ecuatoriana), se fortalece la conciencia de que también la justicia ordinaria debe proteger los múltiples contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>46</sup>

### **ES UN DERECHO DE CARÁCTER PRESTACIONAL, DE CONFIGURACIÓN LEGAL**

Que la tutela judicial sea un derecho fundamental, impone algunas obligaciones por parte del Estado, tanto de índole positiva, como negativa: en un caso, para realizarlos y eliminar toda traba a nivel legislativo y procesal que impida su efectiva vigencia; en otro, para evitar interferir en la esfera de su ejercicio, siempre que esa órbita se ajuste a lo previsto por el ordenamiento jurídico.<sup>47</sup>

Es en esa realización donde se observa precisamente su carácter prestacional, como derecho de configuración compleja. A diferencia de otros derechos que exigen únicamente un deber de abstención, la tutela judicial efectiva requiere del Estado *hacer* lo necesario para garantizar su ejercicio e instituir los procedimientos que se requieran para tal ejercicio. Sea desde el ámbito normativo o en el establecimiento de órganos y procedimientos adecuados, el contenido del derecho a la tutela judicial

---

lando ante ellos pretensiones jurídicamente fundadas; que, como consecuencia de ello, se abra un proceso para sustanciar tales pretensiones, y que estas reciben una decisión de fondo, jurídicamente fundada, sin que el curso del proceso pueda experimentar obstáculos o estorbos que lo impidan. Sin embargo, como también hemos dicho, el derecho a la tutela judicial efectiva no exige la adopción necesaria del procedimiento que el justiciable pretenda, pues la Constitución no impide en modo alguno que los jueces y tribunales velen por la elección del tipo de proceso más adecuado y por su normal transcurso”.

46. Véase, en este sentido, Ignacio Borrajo Iniesta, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Germán Fernández Farreres, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 119-125; Encarna Carmona Cuenca, “El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro”, en Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Encarna Carmona Cuenca, coords., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 30-31.

47. Cfr. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, en AA.VV., *Derecho Procesal: XXI Jornadas Iberoamericanas*, Lima, Universidad de Lima, Fondo Editorial, 2008, p. 71.

efectiva comprende varios derechos de prestación. Villaverde Menéndez, por ejemplo, mantiene que, en puridad, el objeto de la tutela judicial efectiva recae sobre los distintos derechos que una persona puede hacer valer en el proceso judicial, debiéndose reclamar la prestación de la tutela únicamente de los tribunales de justicia<sup>48</sup> (v. gr., derecho a recibir una sentencia motivada, derecho a la ejecución de la sentencia), lo cual en un primer plano –que podría denominarse como el aspecto sustancial del derecho– es absolutamente correcto.

Ahora bien, en realidades como la ecuatoriana, no es aventurado sostener que ese aspecto sustancial rebasa lo normativo para ampliar la problemática a un plano operacional. Piénsese que en aquella realidad, que demanda muchos cambios (y que extralimitan lo meramente teórico), el adecuado ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, a más de requerir una cierta respuesta por parte de los tribunales, exige además para su adecuada marcha de ciertas *condiciones institucionales*, cuya implementación depende en lo principal del Estado.

Desde luego, no se debe identificar *objeto* con *condiciones* necesarias para el desarrollo de los diversos componentes del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero uno está en manos de las otras y es en el momento de su violación cuando puede apreciarse la necesidad de extender el debate hacia la adecuación de los procedimientos y de los escenarios institucionales para evitar, precisamente, las transgresiones. Un caso paradigmático, sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Tibi versus Ecuador*)<sup>49</sup> ilustra esa necesidad.

---

48. Ignacio Villaverde Menéndez (capítulo 5), en Francisco J. Bastida Freijedo *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, p. 113. La jurisprudencia del TC español también abona en ese sentido: la STC 205/1990, citada por el autor, en su parte pertinente dice: “la tutela judicial es un derecho de prestación que solo puede ser reclamado de jueces y tribunales ordinarios integrantes del Poder Judicial (art. 117, apartado 1, de la Constitución) y, paralelamente, dispensado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117, apartado 3). Es este y no otro el criterio reiteradamente sustentado por el Tribunal Constitucional en una pluralidad de resoluciones (SSTC, 22/1982, FJ 1; y 26/1983, FJ 2, entre otras)...” Aunque en la STC 185/1987, de 18 de noviembre, señaló que “el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, como derecho fundamental, obliga al legislador a establecer la organización y el procedimiento adecuados para su satisfacción” (FJ 2).

49. Corte IDH, *Caso Tibi versus Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114 (en especial, párrafos 167 a 200). Dos violaciones muy concretas hacen notar esta relación entre condiciones institucionales adecuadas y mecanismos adecuados para tutelar ciertos derechos. En esta causa, el Estado ecuatoriano fue condenado por la Corte Interamericana al haber ocasionado indefensión al señor Tibi, entre muchas otras razones, por no contar con un sistema adecuado de Defensoría Pública (no tuvo acceso a un defensor público), o por incumplir con la obligación de remover los obstáculos irrazonables o excesivos al acceso a la justicia, manifestados en el Código de Procedimiento Penal de 1983, vigente a la época en que se privó ilegalmente al señor Tibi de su libertad. El Código establecía en su art. 249 que aun cuando se dicte un sobreseimiento provisional, la causa podía permanecer abierta durante cinco años, período durante el cual era factible reabrir la investigación si se aportaban nuevas pruebas. Increíblemente, la disposi-

Desde luego, también hay que insistir en que la tutela judicial efectiva no es un concepto genérico en el cual deban comprenderse una multiplicidad de otros derechos. Aunque la violación de uno puede conllevar la del otro, “incluso en relación de causa a efecto”, el TC español, por ejemplo, no suele admitir esas implicaciones de carácter recíproco.<sup>50</sup> Distinguir los ámbitos de cada derecho es tarea de la jurisprudencia; y comprender debidamente la finalidad de una garantía como la acción extraordinaria de protección ecuatoriana, para subsanar las violaciones a la tutela judicial efectiva, tomará ciertamente su tiempo.<sup>51</sup> Más adelante, al analizar la jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema, se explicará por qué en algunas sentencias se ha identificado tutela judicial efectiva con otros derechos que son objeto específico de otras normas constitucionales, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en ordenamientos como el español.

Que la tutela judicial efectiva sea un derecho de carácter prestacional implica, además, su configuración legal. De esta manera, “no genera por sí mismo ningún derecho de acción concreto que permita sin más acceder a un tribunal concreto o a una determinada vía procesal”, sino que “se adquiere de acuerdo con la ley y solo puede ejercerse en la forma y con los requisitos que esta ha establecido”.<sup>52</sup> No es, pues, “un derecho ejercitable directamente a partir de la Constitución, ni tampoco un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional”, sino un derecho a “obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a lo establecido en la ley, la cual puede fijar límites al acceso a la jurisdicción siempre que estos tengan justificación en razonables finalidades de garantía de bienes e intereses constitucionalmente protegidos”.<sup>53</sup>

---

ción se sigue conservando en el nuevo Código, del año 2000 (arts. 246 y 247); de esta manera, queda abierta la posibilidad de que el fiscal formule otra acusación “sobre la base de nuevas investigaciones”.

50. Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 41, con fundamento en las SSTC 99/1985, de 19 de julio, 161/1995, de 7 de noviembre; 246/1994, de 19 de septiembre; y 26/1983, de 13 de abril.
51. En la antes citada Res. No. 147 de 11 de julio de 2003 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex CSJ, basta leer la relación de todos los cargos formulados por los recurrentes para dar cuenta de que la técnica argumentativa sobre la vulneración de derechos fundamentales es una cuestión a la que se dedica poca atención. No se trata, con todo, de establecer dificultades a la hora de plantear un recurso o una acción, pero sí de exigir una mínima identificación del derecho que se considera vulnerado. En este ejemplo, la violación de la tutela judicial efectiva era sostenida, sin una explicación medianamente congruente, en relación con la privación del derecho a la propiedad, la violación del derecho a la seguridad jurídica, o al debido proceso, sin determinar cuál de sus componentes específicamente había sido transgredido. En suma, este tipo de argumentaciones privan a los tribunales de los elementos necesarios para constatar si se ha producido o no una infracción.
52. STC 185/1987, de 18 de noviembre (FJ 4), que recoge la opinión de la STC 99/1985, de 30 de septiembre (igualmente FJ 4). Otra, más reciente, es la ya citada STC 029/2010, de 27 de abril.
53. Véanse, entre otras, las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4; 206/1987, de 21 de diciembre, FJ 5; 50/1990, de 26 de marzo, FJ 3; 193/1992, de 16 de noviembre, FJ 3; 55/1995, de 6 de marzo, FJ 2. Entre las más recientes: la STC 102/2009, de 27 de abril de 2009, FJ 4, que incorpora la doctrina de las SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3; y 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3.

Aun cuando el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental básico, no requiere indispensablemente de desarrollo legislativo porque es de aplicación inmediata, es innegable la necesidad de que muchos de sus contenidos se instrumenten mediante normas que regulen su ejercicio (por ejemplo, la interposición de recursos, el emplazamiento, los requisitos de la sentencia, etc.). Entonces, como derecho de prestación, de configuración legal,<sup>54</sup> solo puede ejercerse por los cauces previstos por el legislador. Y ello es de suma utilidad al momento de delimitar el concepto, justamente para evitar el problema de su excesiva invocación. No atenta contra el derecho que el legislador determine la oportunidad, motivos y legitimación para el ejercicio de cada uno de los derechos y garantías derivados de la tutela judicial efectiva. V. gr., que un recurso pueda deducirse únicamente dentro del término establecido por la ley, no conculca el derecho a impugnar una decisión jurisdiccional, sino que *ordena y racionaliza su ejercicio*, para evitar su uso indiscriminado.

Por contrapartida, una interpretación que module el contenido de los derechos fundamentales ha de considerar algunos límites: así como no se pueden establecer en la ley cortapisas irracionales o requisitos carentes de sustento a su ejercicio,<sup>55</sup> ni cabe tal conculcación en su aplicación por los jueces en un caso concreto, ya que en ambos casos se vulnera su contenido esencial, tampoco puede estirarse tanto la interpretación hasta propender a una concepción absoluta del derecho. Las limitaciones que podrían surgir, en este sentido, están relacionadas fundamentalmente con el aseguramiento del goce de los mismos derechos a todos los demás sujetos, como el impedir las situaciones que puedan ser socialmente dañinas. En consecuencia, esta demarcación viene proporcionada tanto por los derechos de los demás,<sup>56</sup> así como por el interés colectivo;<sup>57</sup> la tarea hermenéutica, por lo demás, no es sencilla de realizar. En el

---

54. Conforme consta en la STC 164/2003, de 29 de septiembre de 2003 (FJ 4), “No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtener la misma por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho de prestación legal es conformado por las normas legales. Estas determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6; y 12/1998, de 15 de enero, FJ 4, entre otras)”.

55. Como bien explica la misma STC 164/2003: “[...] el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto a los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7)”. En el mismo sentido, la STC 27/2010, de 27 de abril de 2010, FJ 3.

56. SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 4; y 91/1983, de 7 de noviembre, FJ 2.

57. STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3. En este tema, la consideración de la supremacía del bien social debe tomarse con mucho cuidado, so pena de producir una indebida restricción del derecho fundamental. Para ello, el bien

ejemplo propuesto en relación con uno de los contenidos de la tutela judicial efectiva, conculcaría el derecho aquella decisión que declara como no interpuesto un recurso, si no se ha cancelado la tasa judicial respectiva.<sup>58</sup>

En definitiva, las características en estudio determinan la necesidad de que el acceso a la jurisdicción sea conducido a través de los cauces normativos establecidos por el legislador, caminos que si bien deben delimitarse para asegurar un ejercicio adecuado del derecho, no pueden constituir un óbice irrazonable a ese ejercicio.

## **LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

### **EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008**

En el caso ecuatoriano, a partir de la Constitución de 1830 (año en el que el país adopta su nombre separándose de la Gran Colombia), no se encuentran antecedentes o mención expresa del derecho a la tutela judicial efectiva, sino a algunos de sus componentes, tales como el derecho al juez predeterminado por la ley, el derecho a la defensa, o a producir los medios probatorios de descargo que se estimen necesarios. La mención *expresa* aparece recién en la codificación constitucional de 1998, y se introduce como parte del derecho al debido proceso en el art. 24.17.

Esta disposición decía que:

Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: [...] 17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

---

social debería representar un valor en sí mismo “y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”: en detalle, véase Jorge de Esteban, *Tratado de Derecho constitucional*, pp. 315-316. El mismo autor señala que la ponderación, como método interpretativo, surge ante el conflicto entre derechos fundamentales y estos bienes (p. 317).

58. Así, por ejemplo, lo señaló la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CSJ, mediante Res. No. 228-2002, publicada en el R.O. 42 de 18 de marzo de 2003, considerándose tal actuación del tribunal *ad quem* como una verdadera denegación de justicia, al condicionar la respuesta del órgano al cumplimiento de una obligación de carácter tributario que, finalmente, podría ser requerida posteriormente a través de un procedimiento coactivo. Véanse, en el mismo sentido: Res. No. 84-2003, R.O. 87 de 22 de mayo de 2003; y Res. No. 54-2004, R.O. 416 de 8 de septiembre de 2004. Los fallos de triple reiteración condujeron a que la disposición contenida en el art. 322 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que el recurso se tendría por no interpuesto si el impugnante no cancelaba la respectiva tasa, sea declarada inconstitucional mediante Resolución 0010-2006-DI del ex TC (R.O.-S 127 de julio de 2007).

En la Constitución de 2008, se mantiene el precepto, pero reformulado en su redacción. El art. 75 señala que “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; sin que en ningún caso quede en indefensión”. Y agrega que “el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

A diferencia de la anterior Carta Fundamental, la de Montecristi no emplea la frase “derecho a obtener”, y precisa que toda persona tiene derecho a *acceder gratuitamente a la justicia y a la tutela efectiva*. Ello conduce a examinar si la norma condiciona o no el derecho a la tutela efectiva al acceso *gratuito* a la justicia. Si se parte de lo que Ávila Linzán sostiene,<sup>59</sup> en cuanto “gratuidad de la justicia” implica no solo la exoneración del pago de tasas judiciales,<sup>60</sup> sino de muchos otros rubros, tales como peritajes, patrocinio jurídico, anotaciones registrales, traducciones, etc. (es decir, de todo *gasto* que, para aquella parte que no pueda sufragarlo, la coloque en estado de desigualdad o indefensión), podría afirmarse en principio que es necesaria la condición-acceso gratuito para garantizar el resultado-tutela efectiva. O como advierte este autor, el artículo en mención no estaría hablando de “gratuidad de la *administración de justicia*”, sino de la *gratuidad de la justicia*.<sup>61</sup>

Aunque es sabido que el acceso a la justicia es uno de los múltiples contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva,<sup>62</sup> parece que la intención –o preocupación– de la nueva Constitución no pasa tanto por asegurar las características de la respuesta que deban otorgar los tribunales a los conflictos de relevancia jurídica, cuanto por la reformulación de las condiciones estructurales del sistema de administración de justicia. Y esto se debe a la inquietud –recurrente sin duda, pero importante– de que el aspecto económico ha determinado que en el Ecuador este *servicio* no sea percibido como de libre acceso y por igual para todas las personas, lo cual atenta en consecuencia contra el derecho a obtener tutela efectiva, identificándose esto con la *justicia*, ya en la esfera de lo ontológico, como un valor.

---

59. Cfr. Ávila Linzán, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, pp. 262-263.

60. El artículo 207 de la codificación constitucional de 1998 relacionaba el principio con la exoneración del pago de tasas en ciertos procesos, tales como los de niñez y adolescencia, laborales y penales.

61. Aunque reconoce que existe un juego sutil entre ambas expresiones, Ávila sostiene que hablar de la *gratuidad de la justicia* implica una gran diferencia, pues no se trata únicamente de la exoneración del pago de tasas para poder acceder al servicio público de administración de justicia, sino de eliminar en la práctica todas aquellas barreras que signifiquen la imposición de una desventaja a una de las partes, lo cual “se relaciona con el ideal sistémico de la justicia” (Cfr. “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, p. 262).

62. *Vid.*, en este sentido, a Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, pp. 17-27; Pico I. Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, pp. 41-60; Vallespín Pérez, *El modelo constitucional de juicio justo...*, pp. 129-132.

Sin embargo, mantener como cuestiones insolubles acceso-gratuito y tutela judicial efectiva, evoca algunas dificultades conceptuales y de orden práctico. Este derecho no se deriva únicamente del acceso gratuito a la justicia, como parecería en un principio de la lectura del art. 75; y es que constituye *uno de los contenidos* del derecho a la tutela judicial efectiva, que en conjunto con otras condiciones, la hacen *posible* y verdaderamente efectiva, aunque resulte pleonástico. Además, no es saludable circunscribir el debate en torno a la gratuidad de la justicia a afirmaciones de carácter absoluto. Bien puede sostenerse en principio que la justicia, como servicio público, debería ser gratuita; pero esta solución –muy claramente lo han graficado Guasp y Aragonese–, tan simple en apariencia, conduciría a asignar el coste de la utilización de ese servicio a todos los ciudadanos –léase contribuyentes– por igual, y no a quien utiliza el servicio.<sup>63</sup> Por ende, hay que distinguir entre el acceso a la justicia como “la puerta de entrada”<sup>64</sup> al proceso, y las costas judiciales. Así como no se puede restringir esa entrada al proceso por razones económicas (las tasas judiciales son un ejemplo de ello),<sup>65</sup> tampoco es sensato argüir que *todas* las actuaciones procesales deban ser enteramente gratuitas; por ello, y en forma excepcional, el propio ordenamiento jurídico ha dispuesto una serie de mecanismos para el justiciable que no puede costear esos gastos (por ejemplo, la defensa pública).

Si algún riesgo corre la fórmula del art. 75, CEc, al igual que en su momento pudo suceder con el art. 24.17 de la anterior Constitución, es dar pie a interpretaciones restrictivas por parte de los tribunales (basta el *acceso* a la jurisdicción, no la *calidad* de la respuesta ni el aseguramiento de las condiciones que en su conjunto hacen posible la tutela). Sin embargo, sí hay una mejoría en la ubicación destacada que se hace del derecho a la tutela judicial efectiva en el articulado actual. Mientras la Constitución codificada de 1998 situó a la tutela judicial efectiva como *uno más* de los derechos que integraban, a su vez, el del *debido proceso* y en ese aspecto facilitaba, en tal contexto, su *aseguramiento*, la Carta de Montecristi le considera como un derecho con categoría y sustantividad propias. Es indudable que el debido proceso apuntala al

---

63. Guasp y Aragonese, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 590. En el mismo sentido se pronuncia Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y económica*, pp. 138-139.

64. Cfr. Gozaini, *El debido proceso*, p. 230.

65. Y aun este tema merece ser discutido. Para Gozaini, lo prudente es llegar a un término medio: las tasas no deben ser tan elevadas que constituyan una verdadera barrera de acceso a la jurisdicción, y “a un proceso constitucionalmente pensado como garantía para la protección de los derechos de las personas”; ni tampoco se puede pensar en despojar del todo al poder judicial de un mecanismo de recaudación que ayuda a resarcir en algo su presupuesto. En conclusión, “Si para este fin es preciso tener un sistema eficiente, y se piensa que ello no se lograría con presupuestos oprimidos, la realidad económica llevaría a propiciar que la tasa (o impuesto) fuera variable con esta regla: cuanto mayor sean los montos en litigio, menores serían las cargas fiscales, sin eludir la necesidad de poner topes que lleven a equilibrar la relación servicio prestado con la inversión de recursos aplicados”. (*El debido proceso*, p. 231).

derecho a la tutela judicial efectiva, pues requiere de ciertas condiciones para darse a plenitud; de igual forma, de ella se derivan una serie de derechos y garantías que en su conjunto permiten desarrollar un proceso adecuadamente para los justiciables.

Que la antigua Constitución haya ubicado al derecho a la tutela judicial como “integrante” del debido proceso, pudo provocar en algún momento que no se lo conciba en su verdadera magnitud.<sup>66</sup> Ahora, una vez que se lo sitúa en una norma con jerarquía propia, es de esperar que se imponga en los distintos operadores del siste-

---

66. Ya en el ámbito práctico, esta afirmación parte de la constatación de la frecuencia con la que algunos justiciables denunciaban haber sufrido menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, sin concretar de qué manera se había producido tal falta. Basta dar un vistazo a algunas sentencias de la CSJ en esta materia para dar cuenta de ello: por ejemplo, la Res. No. 50 de 11 de marzo de 2000 publicada en el R.O. 575 de 14 de mayo de 2002, en la que la Corte aclaró, respecto de tal alegación, que “[...] No cabe la violación en abstracto de tales principios [derecho a la tutela judicial efectiva], ni puede constituir el fundamento de la alegación, la insatisfacción que puede sentir un litigante si el juez no acepta su pretensión o la acepta parcialmente, porque considera, con la plenitud de su potestad de juez, que no existen en el proceso los fundamentos de derecho o de hecho que sustenten la reclamación formulada...”. En idéntico sentido, *vid.* la Res. No. 80 de 29 de abril de 2002, R.O. 626 de 25 de julio de 2002.

La invocación excesiva o no razonada también provoca, en otras latitudes y ámbitos jurisdiccionales, “[...] que la propia jurisprudencia constitucional, en ocasiones [desdibuje] el contenido del derecho que aquí tratamos y, a la vez, el de aquellos otros con los que puede verse relacionado, al resolver, acaso innecesariamente, los conflictos que se plantean en términos de tutela judicial efectiva”. Así advierte Isabel Huertas Martín, “El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 307. La falta de una correcta determinación amenaza a la efectividad misma de los derechos y garantías amparados por la tutela judicial efectiva. Por ello es que la jurisdicción constitucional tiene un papel estelar a la hora de depurar los motivos de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, para evitar lo que el profesor Luis Díez-Picazo, a propósito de la multitud de recursos de amparo y de inconstitucionalidad que se habían propuesto en relación con el art. 24.1 de la Constitución española, llamó “el derecho estrella en el firmamento jurídico-constitucional español”: Cfr. “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva” (recurso electrónico), en [[http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm#\\_ftn1](http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm#_ftn1)], fecha de acceso: 3 de noviembre de 2010. Este artículo fue publicado por primera vez en la *Revista del Poder Judicial*, No. 5, marzo de 1987, Madrid, Consejo General del Poder Judicial. En el mismo sentido, *vid.* Juan Damián Moreno, “Comentario a la STC 145/1988, de 12 de julio. Derecho al juez no contaminado por la instrucción”, en Alberto Borrego de Carlos, coord., *25 años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., 2007, p. 252.

Hoy se sigue observando que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva es frecuentísima. En España, por ejemplo, las estadísticas del año 2009 publicadas por el TC dan cuenta de ello: de las 10.756 causas ingresadas en ese año por vía del recurso de amparo contra resoluciones judiciales, 9.486 invocaban como derecho fundamental transgredido al art. 24 CE, es decir el 87,90 por ciento; y de estas, 8.851 tenían como sustento la invocación del primer inciso de dicha norma. Cfr. [<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2009.aspx#A13>], fecha de acceso: 4 de noviembre de 2010. Ciertamente, una configuración amplia del derecho incide en el número de los recursos presentados.

En el Ecuador no se encuentra una información tan detallada; en todo caso, las estadísticas publicadas en el portal de la CC [[http://www.corteconstitucional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20](http://www.corteconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=20)], fecha de acceso: 4 de noviembre de 2010, dan cuenta de que son pocas las acciones extraordinarias de protección que superan la fase de admisión: de las 1.531 causas ingresadas por vía de la acción, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, 1.360 no fueron admitidas; 79 fueron rechazadas y apenas en 83 casos se ha dictado sentencia.

ma de administración de justicia, un cambio de conciencia respecto a la importancia que su labor desempeña en el Estado constitucional de derechos y justicia.

En este ámbito no ha existido un desarrollo lo suficientemente amplio como para establecer *qué es* la tutela judicial efectiva, y quizá tampoco sea necesario o conveniente contar con un concepto por ahora, antes que establecer el ámbito de sus *contenidos*. Siendo el derecho de carácter complejo, la tarea de definir ese espectro incumbirá, principalmente, a la justicia constitucional. Esta labor interpretativa será indispensable, además, para aclarar los ámbitos en los cuales se puede vulnerar el derecho, lo que ayudará a su vez a evitar el riesgo innecesario de identificar “la justicia” (como valor o como sistema) con “tutela judicial efectiva”. Ello, sin duda, complicaría el análisis en perjuicio de la correcta identificación de expresiones.

Como se observará, gran parte de estas ideas tienen honda expresión procesal; sin embargo, ello no quiere decir que el derecho a la tutela judicial efectiva goce de esa única configuración. Se trata de un verdadero derecho fundamental, que aunque se hace efectivo a través del proceso, debe reunir condiciones “mínimas” para asegurar no solo que ese proceso sea justo, sino que la resolución que en él se profiera esté revestida de los resguardos suficientes que aseguren su eficacia,<sup>67</sup> para que la decisión jurisdiccional no quede en una mera declaración de buenas intenciones y constituya —se retoman las palabras de Figueruelo— una expresión adecuada de la potestad que ha reservado para sí el Estado en guarda de los derechos de todas las personas.

## EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Entre sus principios rectores y disposiciones fundamentales, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) establece en el art. 23:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigidos. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

---

67. Cfr. Martín Hurtado Reyes, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, p. 41.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

La tutela judicial efectiva es tratada en el COFJ como un *deber* para jueces y tribunales; en cuanto regla de conducta, impone otorgar siempre una respuesta a los requerimientos que, expresados a través de los cauces respectivos, sean formulados por los justiciables. La “garantía” de la tutela judicial efectiva parte, en primer lugar, de esa obligación de responder a las pretensiones de los justiciables en forma sustentada. Es importante que el COFJ se refiera no solamente al ordenamiento jurídico nacional, sino a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado, como soportes de la resolución a expedirse, lo que implica una intención por extender el ámbito de protección a todas las materias.

La respuesta, igualmente, debe tener relación con el objeto de la controversia, lo cual direcciona el tema hacia la necesidad de que la resolución sea *congruente*, aunque –es importante anotar por su trascendencia y las consecuencias que seguramente generará su correcta interpretación– en materia de derechos humanos no hay obligación del juzgador ecuatoriano de someterse a los hechos invocados por las partes.<sup>68</sup> En este aspecto, pues, se hace patente que la calidad de la respuesta, para ser

---

68. El art. 140 del COFJ dice: “*Omissiones sobre puntos de derecho*. La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

*Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.*

El inciso final deja abierta la puerta para que el juzgador pueda sustentar su resolución en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, cuando de no hacerlo en esta forma se pueda vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Valga aclarar que tal conceptualización del principio *iura novit curia*, no constaba en el proyecto original del Código, sino que fue añadido en el texto que finalmente fue aprobado por la Comisión Legislativa y de Fiscalización del Estado (antecesora de la actual Asamblea Nacional), en un afán (claramente marcado por la doctrina del *neoconstitucionalismo*) de extender el *activismo judicial* hacia la más “eficaz” protección de los derechos humanos. La construcción, sin embargo, es equivocada porque el problema de la delimitación de los hechos no pertenece a su ámbito. Bien recuerda sobre este aspecto Teresa Armenta Deu que el demandado tiene derecho de conocer los hechos invocados por el actor desde el inicio del proceso para poder rebatirlos y organizar su defensa adecuadamente; lo contrario significaría romper el equilibrio procesal, indispensable para que la resolución sea justa. La libertad del juez para seleccionar la norma aplicable, sin alterar los límites de la *causa petendi*, ha originado un debate interminable (*Lecciones de Derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 113).

Además, el art. 140 no señala que esta facultad sea aplicable para una determinada clase de procesos, por lo cual podría invocarse en todas las materias, aun en procesos civiles. No pasa por alto la novedad –por utilizar un tér-

expresión genuina de lo que implica la “tutela efectiva”, entre otros requisitos, necesita de esa coherencia.

Como se desprende de la lectura del art. 23 del COFJ, las obligaciones que para los juzgadores se imponen por esta norma tienen mayor relación con el *desarrollo* del proceso. En realidad, aun cuando la tutela judicial efectiva depende de una serie de condiciones para su desarrollo, es en el ámbito del juicio donde suceden con mayor frecuencia las violaciones a este derecho.

Y es que el problema radica en que algunas de las situaciones descritas por la norma han sido, lamentablemente, regla de conducta de algunos malos juzgadores en el país; de ahí la intención por proscribirlas mencionándolas expresamente.<sup>69</sup>

O bien puede ocurrir que, por no existir una norma jurídica que resuelva expresamente lo relativo a la competencia en un caso específico, el tribunal pretenda inhibirse de conocerlo, dejando en indefensión a los justiciables. La interpretación lógica que surge del principio en análisis impone que el órgano jurisdiccional halle una solución. En este aspecto, es plausible una de las últimas resoluciones de la Corte Nacional de Justicia, de 3 de febrero de 2010, en el sentido de que los actuales tribunales distritales de lo contencioso-administrativo tendrán competencia para tramitar y resolver las demandas contra los actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura y sus órganos, propuestas a partir de la vigencia del COFJ, hasta que se conformen las salas especializadas en la materia en las cortes provinciales.<sup>70</sup>

---

mino neutro— de esta posición, que es una particularidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano; pero sin duda, esta posición pro-defensa de un derecho que no ha sido invocado por las partes, podría ocasionar una importante distorsión del *activismo judicial* hasta convertirlo en *autoritarismo*, socavando los derechos de defensa y de contradicción al mutar el objeto del controvertido. Es bueno entonces retornar a la *naturaleza* de las instituciones procesales para conocer cómo se deberían materializar. Recuérdese que por la aplicación del *iura novit curia* (y su antecedente más inmediato *da mihi factum, dabo tibi ius*), el juez puede suplir la fundamentación errónea *de derecho*, corregirla o alterar la *calificación jurídica* de los hechos invocados por las partes *siempre que ello no implique una modificación de los elementos objetivos de la demanda*: cfr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “*iura novit curia*” y *aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 27-28.

69. Así, no es desconocida la habilidad con que se recurre a declaratorias de nulidad procesal con el afán de escabullir a una decisión sobre el fondo, cuando ella reviste alguna complejidad; o se “guarda” dicha declaratoria para el momento de la sentencia, aun cuando el vicio podía ser subsanado a tiempo. También en el mismo ámbito de las nulidades —y ciertamente por culpa de la poca precisión del Poder Legislativo al momento de modificar las competencias para conocer una determinada materia—, ha sido clamorosa la situación por la que han atravesado algunos procesos en materias como la contencioso-administrativa, obligando a los justiciables a dar verdaderos “paseos” por las judicaturas.

70. La duda surgió porque en los casos de destitución de servidores judiciales, tanto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia como las salas del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 (con sede en Quito), habían aceptado a trámite demandas de impugnación de esa sanción, presentadas a partir de la vigencia del COFJ; mientras, este cuerpo legal establece la existencia de salas de la materia a nivel de corte provincial, las cuales todavía no se integran. La solución adoptada es una aplicación prácti-

También se viola el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la jueza o el juez eluden el deber de motivar, de otorgar una *respuesta fundada en derecho*, razonable, argumentada, que se justifique por sí misma. No le pareció necesario al legislador determinar en el art. 23 del COFJ, sin embargo, que la respuesta contenida en la sentencia o resolución de que se trate deberá ser *motivada*, pues tal cuestión se desprende, en cambio, de la obligatoriedad de administrar justicia (art. 28), y se concreta en el deber establecido en el numeral 4 del art. 130 (el juez ha de motivar adecuadamente sus resoluciones). El COFJ propicia, en todo momento, una conducta proactiva de juezas y jueces; pero no únicamente para evitar un *non liquet*. Claro que esta es una de las situaciones más graves, pues justamente es la que provoca la mayor desconfianza en la administración de justicia; pero no es la única.

Para cumplir con el principio de garantía de la tutela judicial efectiva establecido en el art. 23 del COFJ, los jueces han de dictar las providencias que sean necesarias para hacer efectivos sus pronunciamientos. La sentencia puede convertirse en una declaración de buena voluntad si no se decretan las medidas precisas para remover los obstáculos que se interponen ante el cumplimiento de los mandatos en ella expresados. Ello es corolario de los poderes atribuidos al ejercicio de la judicatura, y su aumento no se comprende ni se justifica si no es para hacer de la tutela efectiva una realidad.

Como se dijera, no debe perderse de vista que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el que las resoluciones judiciales *se cumplan*, como el que los procesos marchen *normalmente* y en tiempos *adecuados*: expresión de estas intenciones son, precisamente —y como manifestación del principio *pro actione* que debe animar las actuaciones de los jueces del nuevo paradigma constitucional— las facultades y deberes que se prevén en los arts. 129 a 132 del COFJ, que tienen por objeto la regulación de las actuaciones de los jueces y la ordenación de las actuaciones de las partes, en lo principal, para promover una justicia rápida, eficiente y en el que los sujetos procesales actúen conforme a derecho y a los principios de buena fe y lealtad procesal.

## EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

Habíase señalado que, vista la cuestión simplemente desde la redacción, no existe en apariencia mayor diferencia entre la actual disposición del art. 75 de la Constitución de Montecristi y la del art. 24.17 de la antigua Carta Política; sin embargo, el hecho de que la tutela judicial efectiva constituya hoy un derecho con una ubi-

---

ca del principio de tutela judicial efectiva: no se puede dejar en la indefensión al justiciable, por “no tener tribunal” ante el cual acudir.

cación y jerarquía propias –y no un componente más del debido proceso–, deberá contribuir para que la jurisprudencia empiece a delinearlo como un derecho de carácter complejo y de múltiples contenidos, que puede distinguirse como tal de otros derechos fundamentales que son materia de disposiciones distintas. En otras constituciones, como la española, ayuda mucho el hecho de que su art. 24 se desarrolle en dos apartados, cada uno con distintas implicaciones.<sup>71</sup>

La mayor parte de la doctrina jurisprudencial ecuatoriana sobre el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido elaborada, hasta el momento, por la justicia ordinaria, esencialmente por la ex CSJ, en el ejercicio de sus atribuciones como tribunal de casación,<sup>72</sup> mientras que la emitida por el ex TC ecuatoriano es muy contada. En cuanto a la CC, son pocos los casos<sup>73</sup> en los que se definen los componentes del derecho, aunque sí se manifiesta preocupación por construir un concepto de la tutela *como derecho fundamental* y de *contenido propio*.

Ahora bien, debe aclararse que muchas de las sentencias dictadas sobre este tema, y cuyo sustento fue el art. 24.17 de la anterior Constitución, no realizan esa separación, justamente por la ubicuidad del término “tutela judicial efectiva”. Y a veces, aun a partir de la vigencia de la nueva Carta Fundamental, algunas decisiones consideran el derecho en relación con contenidos propios de otras normas constitucionales.

Estas cuestiones pueden encontrar explicación en las siguientes razones: en primer lugar, el hecho de que el *concepto* irrumpió en el horizonte constitucional únicamente a partir de 1998, incide definitivamente para que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se realice, en proceso, a partir de dicha época.

---

71. En la STC 26/1983, de 13 de abril (FJ 2), se distinguen, precisamente, estos aspectos: “El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de estos y, como precisa la Sentencia No. 32/1982 de este Tribunal, también el derecho ‘a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido’. Esta complejidad, que impide incluir la definición constitucional del art. 24.1 en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que, como la que distingue entre derechos de libertad y derechos de prestación, solo ofrece cabida para derechos de contenido simple, no hace, sin embargo, de este derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales un concepto genérico dentro del cual haya de entender insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos, como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público y sin delaciones indebidas, que la Constitución garantiza en el apartado segundo de este mismo art. 24...”

72. En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, órgano que reemplazó a la CSJ a partir de 2008, no existen hasta la fecha mayores innovaciones de doctrina jurisprudencial sobre los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva, que signifiquen un cambio radical o un avance notable respecto a las posiciones sostenidas anteriormente, por lo cual no se hace mención específica de sus resoluciones.

73. Aunque se ha presentado una ingente cantidad de acciones extraordinarias de protección desde octubre de 2008, de 1.695 casos, un gran número (1.103) fueron inadmitidas; de las admitidas a trámite, se declaró con lugar la acción apenas en 14 casos (estadísticas disponibles en [[http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=143&Itemid=98](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=143&Itemid=98)], fecha de la consulta: 21 de mayo de 2010).

El segundo motivo por el cual no existe una jurisprudencia abundante y –sobre todo– *concreta* sobre la materia, a pesar de que la mención expresa al derecho surgió hace más de una década, tiene otro de sus orígenes en la formación legalista de abogados y jueces.<sup>74</sup> Mientras a una buena parte de aquellos no se le habría ocurrido, hasta la codificación de 1998, sustentar un recurso en la violación *directa* de una norma constitucional, tampoco las judicaturas habían manifestado mayor intención por realizar un análisis de esa naturaleza, bajo la premisa de que el carácter programático de las disposiciones constitucionales, necesariamente debía concretarse en la infracción de una norma de rango legal que “desarrollara el precepto”.<sup>75</sup> Fue la doctrina sentada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex CSJ la que introdujo inicialmente y en forma sustentada, la idea de que la violación de una norma constitucional puede ser invocada en forma directa; la cuestión ahora no parece novedosa, pero en aquella época devino en que se considere finalmente a la Constitución como *norma fundamental*, tanto en la judicatura como en el ámbito docente y en el ejercicio de la abogacía. Aunque la Sala también previno del abuso de esa invocación.<sup>76</sup>

---

74. A favor de esta tesis se pronuncia Luis Ávila Linzán, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 178-179; característica de esta cultura ha sido, por ejemplo, la fundamentación de los recursos de casación en los hechos mas no en la violación de normas de derecho; referencias incongruentes y tomadas “al apuro” de la Constitución y un análisis meramente exegético de la normativa sobre la base del formalismo y el culto a la tradición jurídica legalista.

75. Muestra de ese férreo normativismo está en que, aun cuando en 1996, como ya se señaló, se implementó el “recurso de amparo”, la mayoría de jueces se negaron sistemáticamente a conocer las acciones sustentadas en la disposición, con el argumento de que la Ley de Control Constitucional vigente a la fecha, no establecía el procedimiento a seguir. A esta situación generalizada de desconocimiento de los principios constitucionales de aplicación inmediata contribuyeron dos más: 1. la doctrina creada por la antigua Sala de lo Constitucional (de efímera existencia) de la ex CSJ, la cual estableció que la ley, mientras no sea derogada tácitamente o expresamente *por otra ley*, no se ve afectada en su vigencia ni en los derechos subjetivos que de su vigencia pudieran dimanar (fallo de 7 de septiembre de 1995, publicado en el R.O. 801 de 13 de octubre del mismo año); 2. la creencia concomitante de que, mientras no se declarase expresamente la inconstitucionalidad de una norma, ella sigue vigente. Nuevamente, fue mérito de la reforma constitucional de 1998 (art. 18) especificar que las disposiciones de la Carta Magna son aplicables directa e inmediatamente, así como la obligación de toda autoridad de interpretarlas en el sentido que favorezca a su más efectiva vigencia. Ello ayudó a que se asiente el principio de supremacía constitucional, que aunque consagrado desde antiguo, pasaba ciertamente desapercibido.

76. “Cuando en el recurso de casación se acusa violación de normas constitucionales, así como de tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, esta acusación debe ser analizada en primer lugar, ya que si se han producido violaciones a preceptos constitucionales así como a tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el país, al ser tanto la Constitución Política de la República la norma suprema del Estado, como los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador normas de carácter superior que prevalecen sobre el resto de leyes y otras normas de menor jerarquía, de conformidad con lo que dispone el artículo 163 de la Carta Política (art. 424 en la Constitución vigente), a tales disposiciones habrán de ajustarse todas las disposiciones secundarias y las actuaciones de la autoridad pública y de los ciudadanos; la afirmación de que se están desconociendo los mandatos contenidos en estos cuerpos normativos de carácter superior, implica un cargo de tal gravedad y trascendencia, porque significa que se está resquebrajando la estruc-

En tercer lugar, cuenta mucho la época en la que se limitó la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales (en el período comprendido entre septiembre de 1997 y octubre de 2008).<sup>77</sup> Tal enfoque tuvo en lo principal dos sustentos: 1. la creencia de que los recursos existentes en la justicia ordinaria son los mecanismo idóneos y suficientes para reparar esas lesiones;<sup>78</sup> 2. la posición de la judicatura de que los casos en los que procedía la acción no estaban previstos con total claridad en la ley, por lo cual había que aclarar su alcance.<sup>79</sup>

Los tribunales ecuatorianos han partido, en la mayoría de casos, del tratamiento de los *contenidos* de la tutela judicial efectiva, pues siendo derecho de carácter complejo, parecía restrictivo encasillarlo o definirlo de una sola manera. Aun así, recuérdese lo dicho: la ubicación y jerarquía propias otorgadas al art. 75, deberá contribuir para que la jurisprudencia empiece a delinearlo como un derecho de carácter complejo y de múltiples contenidos, que puede distinguirse como tal de otros derechos que son materia de disposiciones constitucionales distintas.

## LA TUTELA EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL EX TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De esta manera, el ex TC ecuatoriano ha identificado<sup>80</sup> tutela efectiva con:

---

tura fundamental de la organización social, por lo que debe ser analizada prioritariamente, y el cargo debe ser fundado ya que, de ser fundamentado, todo lo actuado quedará sin valor ni eficacia alguna, por lo que no puede realizarse ligeramente una afirmación de esta naturaleza, sino que se ha de proceder con seriedad, responsabilidad y respeto tanto frente al texto constitucional como al del tratado o convenio internacional invocado, en relación con la autoridad y los ciudadanos en general”: entre otras, las resoluciones No. 249-2001, publicada en el R.O. 415 de 19 de septiembre de 2001; No. 50-2002, R.O. 575 de 14 de mayo de 2002; No. 340-2003, R.O. 356 de 15 de junio de 2004; No. 202-2004, R.O.-S 532 de 25 de febrero de 2005.

77. Véase la explicación realizada en *supra*, nota al pie 35.

78. Lo cual, desde luego, fue muy criticado por constituir una interpretación restrictiva del propio art. 18 de la Constitución codificada en 1998, ya que no se promovía una efectiva vigencia de los derechos fundamentales de las personas. Al respecto, autores como Jorge Zavala Egas (“Recurso de amparo constitucional contra violación por órgano judicial del derecho del debido proceso: una competencia olvidada del TC”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales/Fondo Bibliográfico del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2003, pp. 353-368), reclamaron porque se conceda el amparo también contra decisiones jurisdiccionales.

79. Fue precisamente la CSJ el órgano que dictó dos resoluciones obligatorias (en uso de la competencia que le concedía el art. 15 de la antigua LOFJ, para “precisar el genuino sentido de las normas jurídicas en caso de duda u oscuridad de las leyes, para unificar su interpretación y asegurar su correcta aplicación”), en las que establecía con detalle los casos en los que jueces de primer nivel podían conceder o negar las acciones de amparo. La primera resolución está publicada en el R.O. 378 de 27 de julio de 2001; la segunda, aclaratoria y modificatoria, se encuentra en el R.O. 559 de 19 de abril de 2002. Ambas resoluciones fueron objeto de derogatoria expresa por la nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (R.O. 52, 2o.-S, 22 de octubre de 2009).

80. Res. No. 002-2004-DI, de 19 de octubre de 2004.

[...un] derecho que no se limita al simple acceso a los órganos de justicia (lo que resulta trascendental, en todo caso), sino a que se le permita a la persona hacer efectivos sus derechos e intereses, lo que se logra dentro de un proceso cuya sustanciación “incluye la presentación y contradicción de las pruebas” (art. 194, CE) [la mención es a la Constitución española de 1978]. En cuanto a la necesidad de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que la composición de la *litis* contenga un adecuado elemento de contradicción que brinde al juez un cabal conocimiento de la realidad (oír a las partes y de permitirles probar sus asertos, considerando sus afirmaciones y elementos probatorios).

Aunque, de modo general, también precisó que la tutela efectiva comprende el derecho que tiene toda persona “a que se haga justicia; a que cuando se pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”,<sup>81</sup> tales condiciones pasan, necesariamente, por la garantía de acceso a la justicia.<sup>82</sup>

En consideración a que el derecho exige, para su eficacia, que no se establezcan requisitos irrazonables o carentes de sentido en la ley, el TC lo relacionó con la concepción de la administración de justicia como *sistema-medio*:<sup>83</sup>

El derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido ni obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o acusaciones procesales en el sentido de que aunque puedan parecer acomodadas al tenor literal del texto en que se encierra la norma son contrarias al espíritu y a la formalidad de estos.<sup>84</sup>

También ha vinculado el derecho a la tutela judicial efectiva con la existencia de una acción, recurso judicial o garantía judicial (en sentido genérico, siguiendo la terminología empleada por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que sea apto para hacer efectivo el núcleo esencial de los derechos protegidos en la Constitución. Tal función estaba garantizada en esa época, para el TC, por la acción de amparo. Además, se requiere para que el derecho sea eficazmente protegido, que intervenga un órgano judicial independiente e imparcial.<sup>85</sup>

---

81. Res. 024-2002-TC, R.O. 723 de 27 de diciembre de 2002.

82. Res. 0587-2005-RA, R.O. 13 de 1 de febrero de 2007.

83. Recuérdese el texto del art. 192 de la codificación constitucional de 1998, que señalaba: “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. En la vigente Constitución, el precepto corresponde al art. 168.

84. Res. 005-2003-TC, de 23 de diciembre de 2003.

85. Res. 0043-07-TC, Pleno del TC, R.O.-S 286 de 3 de marzo de 2008; en el mismo sentido, las resoluciones: 320-07-RA, R.O.-S 164 de 6 de septiembre de 2007; 0110-07-RA, R.O.-S 158 de 29 de agosto de 2007; 0143-05-

En otros casos, señaló que la falta de motivación y argumentación constituye violación del derecho a la tutela judicial efectiva. No basta, pues, con citar las normas que sustentan la resolución, sino que se debe expresar por qué son aplicables al caso específico.<sup>86</sup>

Respecto a otro de sus contenidos (la prohibición de la indefensión por no permitirse un adecuado ejercicio del derecho de contradicción), el Tribunal dijo que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la posibilidad de deducir todos los recursos otorgados por la ley, para que sea el tribunal superior el que, conforme proceda, se pronuncie sobre el recurso deducido;<sup>87</sup> lo contrario significaría provocar indefensión al recurrente.

## LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La actual CC, por su parte, ha puesto mayor empeño por establecer la identidad del derecho y sus contenidos. En la SCC No. 032-09-SEP-CC de 24 de noviembre de 2009,<sup>88</sup> señaló que la tutela judicial efectiva, como derecho de contenido complejo,

[...] tiene relación con el derecho a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero, relacionado con el acceso a la justicia; el segundo, con el desarrollo del proceso que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial; y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia.

---

RA, Pleno del TC, R.O.-S 4 de 17 de enero de 2007; y 0810-05-RA, Pleno del TC, R.O.-S 399 de 17 de noviembre de 2006.

86. Entre otras, las resoluciones: No. 1301-06-RA, R.O.-S 184 de 4 de octubre de 2007; 1125-06-RA, R.O.-S 140 de 2 de agosto de 2007; 0446-07-RA, R.O.-S 174 de 20 de septiembre de 2007.

87. Res. 367-2003-RA, de 26 de febrero de 2004, ya citada.

88. Juez sustanciador: Alfonso Luz Yunes. En el mismo sentido, véanse la SCCC: 030-09-SEP-CC en el caso 0100-09-EP, de 24 de noviembre de 2009 (juez sustanciador Roberto Bhrunis Lemarie); No. 004-09-SEP-CC en el caso 0030-08-EP, de 14 de mayo de 2009 (juez sustanciador: Patricio Herrera Betancourt); 0005-10-SEP-CC en el caso 0041-09-EP, de 24 de febrero de 2010 (juez sustanciador: Alfonso Luz Yunes). Se puede acceder al texto de las sentencias en formato PDF, mediante el vínculo [[http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=82&Itemid=5.salfjskfsakfjlsjflsadjflskadjfj](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=82&Itemid=5.salfjskfsakfjlsjflsadjflskadjfj)].

En la causa 032-09-SEP-CC, la Corte declaró además que se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva cuando un juez desconoce la regla *stare decisis et quieta nom movere*, cuando pretende dar al caso sometido a su conocimiento un alcance distinto del establecido en la jurisprudencia, como “conjunto de fallos dictados en el mismo sentido por los jueces y tribunales respecto de un mismo punto de derecho”. Lo cual, en realidad, tendría más relación con una posible violación del derecho a la seguridad jurídica.

Igualmente, ha sostenido que comprende el derecho a recibir una resolución motivada y congruente en todas las etapas procesales, lo que es presupuesto de la efectividad en la tutela de los derechos; por ello, el rechazo de un recurso de casación “con una argumentación de poca consistencia y sustentada en razonamientos de poco peso jurídico y constitucional”, comporta una violación a la tutela judicial efectiva, provocando además un estado de incertidumbre en el justiciable.<sup>89</sup>

Por otra parte, la motivación, como garantía de razonabilidad de las decisiones judiciales, determina la posibilidad de que una respuesta pueda rechazar la pretensión del justiciable. Por lo tanto, la sola inconformidad con el pronunciamiento judicial no constituye razón suficiente para alegar la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>90</sup>

En otra causa,<sup>91</sup> lo relaciona con el derecho de acceso a la justicia y al desarrollo de un proceso con garantías indisponibles:

La tutela judicial efectiva que consagra la Constitución es el derecho de toda persona, no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales, sino a que a través de los debidos cauces procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones. “El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas...”. Este derecho, por tanto, tiene como objetivo una justicia efectiva, tanto porque permite que las personas puedan acceder al sistema judicial del país, como en la tramitación de la causa para que se cumplan reglas del debido proceso y obtener una sentencia basada en derecho, es decir, libre de arbitrariedad.

El derecho a la tutela judicial en su vertiente efectividad “no se traduce únicamente en la mera construcción de una sentencia o fallo por parte del juez, sino además que dicho fallo debe ser argumentado, motivado y coherente”; por otra parte, tiene relación con “la inmediatez y celeridad en el tratamiento de los casos [a cargo de los jueces y tribunales]”.<sup>92</sup> Además, este aspecto requiere de ciertas condiciones:

---

89. SSCC No. 020-09-SEP-CC en el caso 0038-09-EP, de 18 de septiembre de 2009 (juez sustanciador: Patricio Herrera Betancourt), R.O. 35-S de 28 de septiembre de 2009, y 015-10-SEP-CC en el caso 0135-09-EP (el mismo Dr. Herrera actuó como ponente).

90. SSCC 003-09-SEP-CC en el caso 0064-0S-EP de 14 de mayo de 2009 (jueza sustanciadora: Nina Pacari Vega); 010-09-SEP-CC en los casos 0125-09-EP y 0171-09-EP (acumulados), de 7 de julio de 2009 (juez sustanciador: Patricio Pazmiño Freire).

91. SCC 0004-10-SEP-CC en el caso No. 0388-09-EP, de 24 de febrero de 2010 (juez sustanciador: Hernando Morales Vinuesa).

92. SCC 02S-09-SEP-CC en el caso 0041-0S-EP, de 8 de octubre de 2009 (jueza sustanciadora: Ruth Seni Pinoargote).

En efecto, las garantías procesales, o garantías frente al poder del juez en el proceso, constituyen otros tantos límites destinados a circunscribir el alcance de las intervenciones de aquel, por su particular incidencia en los bienes más sensibles. El derecho a la jurisdicción efectiva, en esta perspectiva, integra el derecho a la existencia de una determinada forma de organización y a que la actuación de esta se desarrolle conforme a ciertos procedimientos legalmente preestablecidos.<sup>93</sup>

En otro aspecto, la tutela judicial efectiva prohíbe que se coloque en ningún caso a los justiciables en indefensión. Por lo tanto, se vulnera el derecho cuando, por aplicar equivocadamente el principio de celeridad procesal, se sacrifica el derecho a la defensa de las partes. De esta manera, “si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa *versus* el principio de celeridad, este último debe ceder en beneficio del primero”.<sup>94</sup> Por contrapartida, la Corte consideró en otro caso que el irrespeto a la celeridad procesal puede conducir a la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando un “proceso de medida cautelar” dura excesivamente.<sup>95</sup>

También se lesiona la tutela judicial efectiva en su vertiente derecho a la defensa y a producir prueba, cuando, sin ningún motivo, se deniega la práctica de un medio probatorio que hubiese podido decidir la causa en otro sentido.<sup>96</sup> Sin embargo, en otra causa, la Corte prefirió no realizar mayores distinciones y, aun cuando la ley procesal determinaba en el caso concreto la improcedencia de un medio probatorio, señaló que se viola el derecho cuando el juez no permite la actuación de esa prueba.<sup>97</sup>

---

93. SCC 031-09-SEP-CC en el caso 0485-09-EP, de 24 de noviembre de 2009 (también actúa como jueza sustanciadora la Dra. Seni).

94. SCC 009-09-SEP-CC en el caso 0077-09-EP, de 19 de mayo de 2009 (juez sustanciador: Manuel Viteri Olivera), R.O.-S 602 de 1 de junio de 2009. Aunque hay un error formal en considerar que se debe ponderar entre un principio y un derecho.

95. En realidad, la sentencia constituye una forma encubierta de dejar sin efecto una medida cautelar en un caso de propiedad intelectual: SCC 024-09-SEP-CC en el caso 0009-09-EP, de 29 de septiembre de 2009 (juez ponente: Patricio Pazmiño Freire).

96. SCC 014-10-SEP-CC en el caso 0371-09-EP, de 15 de abril de 2010 (juez ponente: Patricio Herrera Betancourt).

97. SCC 034-09-SEP-CC en el caso 034-09-SEP-CC, de 9 de diciembre de 2009 (juez sustanciador: Édgar Zárate Zárate). Como se había señalado, la configuración legal del derecho a la tutela judicial efectiva implica que se puedan establecer condiciones razonables a su ejercicio; por lo tanto, si la ley establece que en ciertos casos, determinado medio probatorio es inconducente o impertinente, y en aplicación de esa condición el juez no permite la actuación del medio en cuestión, no vulnera de ninguna manera la tutela judicial efectiva en su vertiente derecho a la defensa.

Por contrapartida, en el caso 004-09-SEP-CC, de 14 de mayo de 2009 (nótese que esta resolución es de fecha anterior), estableció que no tomar en cuenta un determinado medio probatorio configura por sí infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente derecho a no ser colocado en indefensión.

En otros ámbitos, se ha logrado mayor precisión en los aspectos relacionados con el derecho a producir prueba: en el ATC 12/2010, de 27 de enero de 2010 (FJ 2o.), bien se establece que “el derecho a la prueba (art. 24.2, CE), único realmente concernido si se atiende a la fundamentación expuesta por la recurrente, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judi-

## LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA EX CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Han sido muy numerosas las ocasiones en las que los recursos de casación se sustentaron en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, justamente a partir de que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de dicho tribunal señalara que se puede alegar directamente la infracción de normas constitucionales.<sup>98</sup>

Tal avalancha, sin embargo, motivó que ese acceso se vaya depurando a través de otras sentencias. De este modo, la ex CSJ relacionó la tutela judicial efectiva con el derecho a obtener una respuesta *fundada* en derecho,<sup>99</sup> aunque no necesariamente favorable a las pretensiones de los justiciables,<sup>100</sup> y –en concatenación directa al principio del proceso como sistema –medio–, estableció que el objetivo del proceso es otorgar *siempre* a los justiciables una respuesta *motivada*, característica que, a su vez, impone a los jueces el deber de explicitar adecuadamente los argumentos, razonamientos y decisiones a los que arriban en la conclusión final de sus fallos.<sup>101</sup> Por ello, para que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución deberá adolecer de contradicciones internas, arbitrariedades o errores lógicos que las conviertan en manifiestamente irrazonables.<sup>102</sup> La motivación, además, se relaciona con

---

ciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas. Igualmente se ha destacado que debe motivarse razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable. Además, se ha puesto de manifiesto que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2, CE, únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta”.

98. Como se dijera en *supra*, No. 1.3.3. En algunas ocasiones podría pasar desapercibida la función tutelar de la jurisdicción ordinaria en lo que atañe a los derechos fundamentales; más aún, el fortalecimiento de esta facultad en manos de los tribunales supremos, ayudaría a constituir un verdadero filtro para el amparo extraordinario. Vicente Guzmán Fluja ha reclamado porque la casación tenga también como finalidad, a más de la tarea unificadora de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, la protección de los derechos fundamentales, al menos en el ordenamiento español, “dada su posición preferente y el carácter subsidiario del recurso de amparo ante el TC. De esta forma, tanto el TS [Tribunal Supremo español] como el recurso de casación se constituirían en filtro que aliviaría de trabajo al TC”. (*El recurso de casación civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 53-55).

99. Entre otras, las resoluciones (RSCSJ): 292-1999, publicada en el R.O. 255 de 16 de octubre de 1999; 558-1999, R.O. 348 de 28 de diciembre de 1999; 253-2000, R.O. 133 de 2 de octubre de 2000; 229-2002, R.O. 43 de 19 de marzo de 2003; 202-2004, R.O.-S 532 de 25 de febrero de 2005.

100. Criterio que fue reiterado posteriormente en las RSCSJ: 173-2006, R.O. 1 de 16 de enero de 2007; 176-2007, R.O.-S 423 de 11 de noviembre de 2008 y 223-2007, R.O. 496 de 29 de diciembre de 2008.

101. RSCSJ 108-1999, R.O. 160 de 31 de marzo de 1999; 301-1999, R.O. 255 de 16 de agosto de 1999; 260-2004, R.O. 43 de 21 de junio de 2005.

102. Res. 242-2007, R.O.-S 542 de 6 de marzo de 2009.

la necesidad del control democrático sobre la actuación del poder jurisdiccional.<sup>103</sup>

En otras sentencias, deslindó el derecho a la seguridad jurídica del derecho a la tutela judicial efectiva, cuestión que sigue siendo invocada con relativa frecuencia en el recurso de casación como si fuese indisoluble del derecho a la tutela judicial efectiva, pues es evidente que la infracción del primer derecho no conduce necesariamente a la del segundo, y viceversa.<sup>104</sup>

También señaló en numerosas ocasiones que el hecho de que un tribunal no acoja las pretensiones de uno de los litigantes, no significa, *per se*, negativa del derecho a la tutela judicial efectiva, porque no cabe identificarlo con el derecho “material” objeto de la pretensión.<sup>105</sup>

En otro caso dijo, aunque identificándolo erróneamente con una de las manifestaciones del derecho de petición “como una de las garantías inherentes a la naturaleza de la persona e indispensable para su desenvolvimiento moral y material”, que es una de las condiciones necesarias para que el sistema de administración de justicia pueda considerarse a sí mismo eficaz, si “las personas [pueden] llegar efectivamente ante los jueces con sus reclamos...”.<sup>106</sup>

En conclusión, como puede apreciarse de las sentencias antes mencionadas, la concepción de la tutela judicial efectiva como derecho de contenido complejo e independiente de otros derechos que tienen su propia identificación, está en plena construcción en el Ecuador. Aunque los tribunales ordinarios también contribuyen en esa cimentación, será la CC la que tendrá ahora la última palabra en la identificación de sus vertientes, conforme se presenten acciones extraordinarias de protección por infracción de este derecho.

---

103.RSCSJ 558-1999, R.O. 348 de 28 de diciembre de 1999; 253-2000, R.O. 133 de 2 de agosto de 2000; Res. 202-2004, R.O.-S 532 de 25 de febrero de 2005.

104.RSCSJ 80-2002, R.O. 626 de 25 de julio de 2002; 147-2002, ya citada; 176-2007, R.O. 423-S de 11 de septiembre de 2008.

105.RSCSJ 185-2007, R.O.-S 423 de 11 de septiembre de 2008; 223-2007, R.O. 469 de 29 de diciembre de 2008; 330-2007, R.O. 601 de 29 de mayo de 2009; 249-2007, R.O.-S 606 de 5 de junio de 2009. En un tema muy relacionado, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la inconformidad con la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, no comporta violación del derecho a la tutela judicial efectiva, a menos que se demuestre absurdo o arbitrariedad en tal valoración. Al respecto, las RSCJ 185-2007, R.O.-S 423 de 11 de noviembre de 2008; 243-2007, R.O.-S 606 de 5 de junio de 2009.

106.RCSJ 288-2003, R.O. 264 de 2 de febrero de 2004.

## CONCLUSIONES

El derecho a la tutela judicial efectiva atraviesa por una serie de condicionamientos que, en su conjunto, la hacen realidad. Habíase señalado que sus contenidos son múltiples; en palabras del TC español, el “derecho a la efectividad” de la tutela conlleva “varias exigencias entrelazadas”. La primera de ellas es la garantía de acceso a la jurisdicción, que se traduce en la obtención de una respuesta fundada en derecho, respuesta que llega a través de un debido proceso. La última exigencia, que cierra el camino iniciado por el acceso a la jurisdicción, es el *cumplimiento* de lo dispuesto en la decisión judicial. Si el ordenamiento jurídico no garantiza que así sea, las sentencias se transformarían en meras declaraciones de buenas intenciones.

En el paradigma propuesto por la nueva Constitución, del *Estado constitucional de derechos y justicia*, el juez debe asumir nuevas responsabilidades y grandes desafíos. Hacer de la tutela judicial una realidad implica, sin embargo, más que pedirles un cambio de mentalidad a los juzgadores. Es necesario que el legislador tome conciencia de que debe poner a su disposición los medios indispensables para garantizar la plena vigencia del derecho. Sobre todo, esta necesidad se aprecia en la necesidad de que las resoluciones dictadas por los jueces trasciendan en la realidad. Si las sentencias carecen de efectividad, entonces los justiciables –y la sociedad entera– cuestionarán, y con toda razón, el hecho de que los jueces ostenten en forma exclusiva el poder jurisdiccional *si no lo hacen valer*. La tutela judicial efectiva impone al Estado un deber prestacional, pero en ausencia de herramientas adecuadas se dificulta enormemente.

No se puede exigir a los tribunales que intervengan con cierto grado de eficacia, si las disposiciones que regulan su actuación son obsoletas o no les permiten ejercitar diversas facultades para ordenar el proceso, ejercitando el activismo que hoy exige tanto la Constitución. El camino de la transformación legislativa ha sido iniciado por el COFJ y se ha materializado en leyes tan importantes como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Sin embargo, falta mucho por hacer y es de esperar que los cambios en las demás leyes sean pensados desde la perspectiva de *servicio* al justiciable. Que el poder jurisdiccional está para eso: otorgar respuestas motivadas, justas, que sean el resultado de un debate en el que se garantice la igualdad de armas a las partes y se cumplan a cabalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941.
- Álvarez Sacristán, Isidoro, *La justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso*, Madrid, Colex, 1999.
- Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, en AA.VV., *Derecho Procesal: XXI Jornadas Iberoamericanas*, Lima, Universidad de Lima, Fondo Editorial, 2008.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Bacre, Aldo, *Teoría general del proceso*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.
- Bastida Freijedo, Francisco J., et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- Borrajó Iniesta, Ignacio, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Germán Fernández Farreres, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1995.
- Carmona Cuenca, Encarna, “El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro”, en Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Encarna Carmona Cuenca, coords., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, 1994.
- Cordón Moreno, Faustino, “El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978”, en Manuel Ramón Alarcón Caracuel et al., *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Navarra, Aranzadi, 1999.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2001, 4a. ed. póstuma.
- De Esteban, Jorge, *Tratado de Derecho constitucional*, tomo I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2001.
- Díaz Martínez, Manuel, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex, 2007.
- Díez-Picazo, Luis, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, en [[http://www.derechocambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm#\\_ftn1](http://www.derechocambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm#_ftn1)].

- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *“Iura novit curia” y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- Figueruelo Burrieza, Ángela, *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva S.L., 2001.
- *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.
- Garberí Llobregat, José, *Constitución y Derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho procesal*, Pamplona, Civitas, 2009.
- *Introducción al nuevo proceso civil*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, 4a. ed.
- Gimeno Sendra, Vicente, *Introducción al Derecho procesal* (con la colaboración de Manuel Díaz Martínez), Madrid, Colex, 2010, 6a. ed.
- *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988.
- *Fundamentos del Derecho procesal*, Madrid, Civitas, 1981.
- Gimeno Sendra, Vicente, Antonio Torres del Moral, Pablo Morenilla Allard y Manuel Díaz Martínez, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex, 2007.
- González Rivas, Juan José, *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español: 1981-2000*, Madrid, Civitas, 2001.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo, *El debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- Grijalva Jiménez, Agustín, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, edits., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Guasp, Jaime, y Pedro Aragonese, *Derecho procesal civil*, tomo I, *Introducción y parte general*, Madrid, Civitas, 2005, 7a. ed. revisada y puesta al día.
- Guimarães Ribeiro, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2004.
- Guzmán Fluja, Vicente, *El recurso de casación civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- Hurtado Reyes, Martín, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Lima, Palestra Editores, 2006.
- Morello, Augusto M., *El proceso justo*, Buenos Aires, LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2005.
- Moreno Catena, Víctor, y Valentín Cortés Domínguez, *Introducción al Derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 2a. ed.
- Ortells Ramos, Manuel, Ricardo Juan Sánchez y Juan Cámara Ruiz, *Derecho procesal. Introducción*, Madrid, Edisofer S.L., 2006.

- Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y económica*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Civitas, 1993.
- Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.
- Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y poder jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997.
- Ramos Méndez, Fernando, *Derecho y proceso*, Barcelona, Bosch, 1978.
- Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad* (en línea), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. Disponible en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2422>] (ISBN 970-32-3939-0).
- Scholz, Rupert, “Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2002.
- Serra Cristóbal, Rosario, *La guerra de las cortes*, Madrid, Tecnos, 1999.
- Vallespín Pérez, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002.
- Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.
- Zavala Egas, Jorge, “Recurso de amparo constitucional contra violación por órgano judicial del derecho del debido proceso: una competencia olvidada del TC”, en *Temas de Derecho constitucional*, Quito, Ediciones Legales/Fondo Bibliográfico del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2003.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2011  
Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2011



## Deber judicial de resolución y casos difíciles\*

J. Alberto del Real Alcalá\*\*

### RESUMEN

Resolver por parte de los operadores jurídicos y en los casos en los que el derecho aplicable es indeterminado, con mecanismos y técnicas que son asimismo *imprecisas*, genera ciertas consecuencias: en estos supuestos los jueces *no* cuentan con criterios *nítidos* que guíen su toma de decisiones. Dado que la extensión de *lo indeterminado es indeterminada*, la indeterminación es *ineliminable* no solo del contenido de las reglas jurídicas sino también de los recursos y mecanismos interpretativos del derecho. Así sucede en los “casos difíciles”, en los que el “deber de resolución” que impone a los jueces el Estado de Derecho deviene impreciso y de realización incierta.

PALABRAS CLAVE: deber judicial de resolución, imprecisión, indeterminación, casos difíciles, *rule of law*.

### SUMMARY

When legal practitioners decide cases, especially in those circumstances where the applicable law is *undetermined*, using mechanisms and techniques that are also inaccurate, certain consequences are originated: in such cases the judges *do not* have *clear* criteria to guide its decision making. Given that the extension of the *indefinite is indefinite*, the *indeterminacy is impossible to eliminate* not only from the content of legal rules but also from the interpretative resources and mechanisms of law. So this is particularly true for those “difficult cases”, in which the “judicial decisions” imposed on judges by the rule of law becomes vague and uncertain.

KEY WORDS: judicial decisions, ambiguity, uncertainty, difficult cases, *rule of law*.

FORO

\* Este texto se inserta en el ámbito del Programa de Investigación Consolider-Ingenio 2010 “El Tiempo de los derechos” CSD2008-00007, del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, y en la actividad del Grupo de Investigación de la Universidad de Jaén: “Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales” (SEJ-428), perteneciente al Plan Andaluz de Investigación de la Junta de Andalucía (España).

\*\* Profesor titular en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén (España). Doctor en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Granada (España). Correo electrónico: adelreal@ujaen.es y página web: [http://www4.ujaen.es/~adelreal].

## INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho impone a los jueces el deber general de hacer justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Este deber judicial, que es deber *legal*, está relacionado con *derechos fundamentales*, particularmente con el “derecho a la tutela judicial efectiva” de todos los destinatarios del sistema jurídico. Pero resolver y resolver haciendo justicia no es exactamente lo mismo. En este texto me voy a referir únicamente al deber de resolver como deber “formal” y “legal” que el Estado de Derecho impone a los jueces a la hora de la aplicación del derecho, y no entraré en la cuestión de si su realización conlleva o no el cumplimiento de la justicia material. No parece haber duda de que solo como deber formal, la obligación del juez de dar una resolución es extremadamente importante en el contenido del *rule of law*.<sup>1</sup> El juez ha de resolver “siempre”, en *todas* las controversias jurídicas que se le plantean, juzgándolas y haciendo ejecutar lo juzgado, y asimismo ha de hacerlo “conforme a Derecho”, excluyendo cualquier otro tipo de criterios a la hora de fundamentar sus decisiones. Lógicamente, a la hora de la aplicación del derecho, y durante el desarrollo de la tarea interpretativa, el sistema jurídico provee a los jueces de instrumentos y mecanismos con los que poder dar cumplimiento a este importante contenido de su función profesional. La *subsunción* y la *bivalencia jurídica* son algunos de estos dispositivos. Ellos están configurados de forma clara y nítida, y eso hace posible que cuando se plantea la aplicación del derecho, los jueces puedan *guiar* de forma precisa, y *delimitar* de forma cierta, el proceso de toma de decisiones si se enfrentan a la resolución de casos *claros*. Eso permite que esta clase de casos sean resueltos por medio de decisiones judiciales *ciertas*, esto es, predecibles y preexistentes en el derecho, a modo de respuesta correcta unívoca a una determinada controversia jurídica.

Pero, por el contrario, los jueces no disponen de mecanismos interpretativos de esa clase si tienen que resolver casos *indeterminados*. Así, por ejemplo, la discrecionalidad *no* es un mecanismo que, en este sentido, guíe ni delimite de forma precisa el proceso de toma de decisiones del juez. Y algo similar ocurre con las *construcciones dogmáticas* de los intérpretes (otra “forma” –y fuente– de discrecionalidad judicial) cuando son utilizadas como técnica interpretativa en la adjudicación. El deber judicial de resolver *siempre* y *conforme a Derecho* vincula la forma de construir la decisión judicial a la ley, a la Constitución y al Estado de Derecho, pero ¿qué “guía” la toma de decisiones por los jueces en los casos indeterminados si el derecho aplicable es vago y además los mecanismos que el sistema jurídico proporciona a los

---

1. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 289-297.

jueces para solventar la indeterminación jurídica adolecen asimismo de imprecisión y vaguedad? La cuestión que planteo aquí es que si los jueces tienen que dar cumplimiento al *deber de resolver* también en los casos indeterminados pero no disponen de mecanismos y técnicas para guiarse en sus decisiones, ¿hay que admitir, entonces, que en esos casos este importantísimo deber judicial, que es parte del contenido del *rule of law* y revés del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se encuentra en alguna medida *indeterminado*?

Defenderé una respuesta positiva a esta cuestión cuando el juez se enfrenta a *borderline cases*. Y algo más: si esto es así, y si la vaguedad es “inerradicable” de los textos jurídicos, y también de los mecanismos y técnicas interpretativas que el derecho proporciona a los jueces para solventarla, entonces, la imprecisión e indeterminación de la que adolece la toma de decisiones por el juez en *algunos* casos (*no en todos* los casos) es asimismo “ineliminable”, y consiguientemente también lo es en esa medida su deber legal de resolver.

Posiblemente, un argumento que podría apoyar la aserción que aquí se hace es que en los casos indeterminados *no es conceptualmente posible* el que las decisiones judiciales sean “ciertas” sino “inciertas” en los dos siguientes sentidos: en primer lugar, en el sentido de que las decisiones judiciales son “imprevisibles”, es decir, hay un alto grado de incertidumbre sobre cuál es el contenido de la decisión judicial, y este no es racionalmente predecible conforme a derecho; y en segundo lugar, en el sentido de que *no* es posible “identificar” en el derecho el contenido de la decisión correcta, pues no hay una decisión preexistente en el derecho como única respuesta a una determinada controversia jurídica.<sup>2</sup>

Que el deber judicial de resolver pudiera, a veces, adolecer de imprecisión e indeterminación, puede ser también un problema para el Estado de Derecho si “pone en cuestión la posibilidad de que un sistema jurídico brinde respuestas unívocas”,<sup>3</sup> con los efectos consiguientes para la seguridad y certeza jurídicas, y el principio de igualdad ante la ley. Pero si esto sucede así, se plantea además en la teoría jurídica la cuestión de cómo describir el sistema jurídico del Estado constitucional de Derecho<sup>4</sup> si aceptamos aquella aserción y queremos ser coherentes con ella.

2. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1992, p. 119.

3. Ma. Cristina Redondo, “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, en *Doxa*, No. 20, Alicante, Universidad de Alicante y CEPC, 1997, p. 177.

4. La fórmula Estado constitucional de Derecho se entiende como una *evolución* del Estado de Derecho. Cfr. Francisco Roig Ansuátegui, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo I, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 255-272.

## INDETERMINACIÓN Y CASOS DIFÍCILES

Antes de desarrollar la argumentación a favor de la tesis que aquí se pretende afirmar, es necesario plantear la siguiente cuestión: si alegar que la toma de decisiones de los jueces es algo impreciso en el derecho cuando se trata de casos indeterminados y, por consiguiente, en esa medida y en esos casos lo es, por tanto, el deber judicial de resolver que les impone el Estado de Derecho, exige aceptar la *indeterminación* de otros ámbitos del derecho; o se trata de una tesis *aislada* que puede sustentarse solo por sí misma. Para ello, téngase en cuenta, por una parte, que según las teorías jurídicas que acogen la indeterminación, el ámbito de la adjudicación es una de las *zonas* del derecho afectadas *significativamente* por aquella. Y, por otra parte, que en el ámbito de la teoría de la decisión judicial, la teoría jurídica suele relacionar (en sentido frecuentemente *semántico*) la *indeterminación* del derecho y el contenido *incierto* de las decisiones judiciales, vinculando ambas aseveraciones a la *discrecionalidad judicial*, a modo de mecanismo al que remite el sistema jurídico para la resolución de los *casos indeterminados*. Como pone de manifiesto Enrico Diciotti,

con ‘indeterminatezza del diritto’ ci si può riferire all’incertezza su quali norme siano parte del diritto, o all’incertezza su quali norme siano i significati delle norme giuridiche, oppure a entrambi i tipi di incertezza a un tempo. Del primo genere di incertezza si tratta nelle teorie della validità; del secondo genere di incertezza si tratta nelle teorie dell’interpretazione.<sup>5</sup>

La *indeterminación jurídica*, en la que la certeza no es un valor absoluto del sistema jurídico, puede ser definida en distintos *ámbitos* del derecho:

a1) La tesis de la incertidumbre sobre los *criterios de validez* del derecho.<sup>6</sup>

b1) La tesis de la indeterminación de las *reglas y principios* del derecho creado, a causa de su “textura abierta”.<sup>7</sup>

---

5. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, p. 97.

6. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1997, 2a. ed., pp. 238-276; hay traducción: *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México D. F., UNAM, 2000, p. 28.

7. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 159-160; y *El concepto de derecho*, pp. 152-153. Véase, para un análisis de este concepto, Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 7-10.

c1) La adjudicación: la tesis de la *discrecionalidad judicial*.<sup>8</sup>

Frente a la indeterminación, la *completitud* del derecho,<sup>9</sup> que puede considerarse una de las tesis identificativas del no-positivismo jurídico contemporáneo en la versión (paradigma) *dworkiniana* del derecho como *integridad*,<sup>10</sup> y puede delimitarse por las siguientes ideas:

a2) La tesis de la plena identificación de los *criterios de validación* del derecho, que incluyen el reconocimiento como derecho de presupuestos o estándares morales.<sup>11</sup>

b2) La tesis de la determinación y certeza del derecho *explícito*, y del derecho *implícito* a través de la interpretación.<sup>12</sup>

c2) La adjudicación: la tesis de la *respuesta correcta*.<sup>13</sup>

Desde estas dos perspectivas sobre el derecho, pueden extraerse dos consecuencias. Será la segunda consecuencia la que se desarrolle y defienda a lo largo del texto.

*Primera:* desde el punto de vista de la doctrina de la *completitud*. El derecho es un sistema *completo* si las controversias jurídicas pueden ser resueltas con decisiones judiciales *ciertas*. Pero para que este tipo de resoluciones se produzcan, presumiblemente el juez tendrá que contar con mecanismos y técnicas que le guíen de forma nítida en la toma de decisiones que resuelven el caso. Si esto es así, entonces el deber judicial de resolver que establece el Estado de Derecho es un deber preciso y bien delimitado. Una perspectiva de esta clase sobre el *deber* judicial de resolución, cuya realización está abocado a decisiones judiciales ciertas, deberá incluir una tesis como '(c2)'. Claro está, aceptar esta perspectiva supone admitir como *premisa* a la doctrina de la *completitud* (o de la no-indeterminación), y escogerla como la mejor explicación de la realidad del derecho.

---

8. H. L. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, en *Sistema*, No. 36, mayo 1980, p. 14. Cfr. Rafael Roig Asís, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 224-234, sobre los rasgos de la "creación normativa judicial".

9. Cfr. José Alberto del Real Alcalá, "La 'doctrina de la completitud' del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo", en AA.VV. AA., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, 4 vols., vol. II, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 423-447.

10. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 225.

11. *Ibid.*, pp. 65 y ss.

12. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 2002, 2a. ed.; traducción de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 464-471. Cfr. Ricardo Guastini, "Su i principi di diritto", en *Diritto e società*, 1986, pp. 601 y ss., presenta una importante "objección conceptual" a todas las teorías que pretenden explicar la tesis de que el derecho está integrado por normas y principios: considerar que hay un concepto *unitario* y un tipo *único* de principios.

13. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 67: "Finally, he will need more substantive convictions about which kinds of justification really would show the practice in the best light".

*Segunda:* desde el punto de vista de la doctrina de la *indeterminación*. Si el derecho no siempre es un sistema completo y en algunos casos es *indeterminado*, en estos casos las controversias jurídicas no pueden ser resueltas sino con decisiones judiciales *inciertas*. Este tipo de resoluciones se producen presumiblemente porque el juez no cuenta con mecanismos y técnicas que le guíen de forma nítida en la toma de decisiones que resuelven el caso. Si esto es así, entonces en esos casos el deber judicial de resolver que establece el Estado de Derecho adolece de *imprecisión e incertidumbre*. Una perspectiva de esta clase sobre el *deber* judicial de resolución cuya realización está abocado a decisiones judiciales inciertas deberá incluir una tesis como ‘(c1)’, y conceptualmente representará a aquel deber de la función judicial como el cumplimiento de un deber impreciso e indeterminado. Claro está, aceptar esta perspectiva supone admitir como *premisa* inescindible a la doctrina de la *indeterminación*, y elegirla como la mejor explicación de la realidad del derecho. Y, por consiguiente, a la teoría *positivista* de la adjudicación como marco conceptual en el que desarrollar la tesis que aquí se trata de alegar. Excluyéndose otras alternativas, como que esta sea una tesis *aislada* o la de su ubicación en otras teorías del derecho.<sup>14</sup>

Ahora bien, la argumentación que voy a desarrollar aquí no se sustenta en una tesis de *indeterminación total* del derecho. Y aunque no es objeto de este trabajo fundamentar esta aserción, traigo a colación a este respecto un breve comentario de Timothy Endicott:

No existen tesis radicales sobre la *indeterminación*. El asunto es que las tesis radicales de *indeterminación* no solo se contradicen implícitamente; aquellos que las sostienen generalmente las contradicen de manera explícita y las convierten en tesis de *indeterminación teórica*.<sup>15</sup>

## INCERTIDUMBRE, IMPRECISIÓN Y DEBER JUDICIAL DE RESOLUCIÓN

En la teoría jurídica, nos dice E. Diciotti, “il tema dell’indeterminatezza delle norme giuridiche é trattato in stretta connessione con il tema della certezza delle

---

14. Según Timothy Endicott, la teoría jurídica de Kelsen no aguanta el argumento de la “vaguedad de orden superior” desde la fórmula de la “norma como marco”. Véase Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 108: “El resultado es que el principio de completitud de Kelsen falla”, porque “para salvaguardar el principio de completitud tendría que eliminar la vaguedad de orden superior”.

15. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 60.

decisioni giudiziali”.<sup>16</sup> A *grosso modo*, esta relación afirma que “nei casi in cui il diritto non è indeterminato il contenuto della decisione giudiziale è certo; viceversa, è incerto il contenuto della decisione giudiziale nei casi in cui il diritto è indeterminato”.<sup>17</sup>

Relación que se expresaría del siguiente modo: dado un determinado caso *X*, y una determinada expresión lingüística *Y*, contenida en un texto jurídico, el contenido de la decisión judicial es “cierto” cuando *X* constituye un “caso central” de aplicación de *Y*; y el contenido de la decisión judicial es “incierto” cuando *X* constituye un “caso marginal” de aplicación de *Y*.<sup>18</sup> Así, pues, “dall’incertezza del significato consegue l’incertezza del contenuto della decisione corretta, in quanto tale contenuto é determinato in qualche misura discrezionalmente dal giudice che prende la decisione”.<sup>19</sup>

La vaguedad, que es un potente factor general de indeterminación del derecho, posiblemente constituye la “fuente” más importante de *imprecisión* de la que adolece la toma de decisiones por los jueces en los *borderline cases* y, en ese sentido, asimismo con respecto al contenido de la actividad judicial que allí se desarrolla. Voy a sustentar en los siguientes argumentos esta afirmación:

A) Un argumento sobre el ‘alcance’ de la vaguedad en la adjudicación: *la vaguedad alcanza también a los mecanismos y técnicas en la interpretación*.

B) Un argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: *la imprecisión de la ‘construcción dogmática’ como recurso interpretativo*.

C) Otro argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: *la imprecisión del mecanismo de la ‘discrecionalidad judicial’*.

D) Un argumento “lógico-filosófico” sobre el carácter ‘inerradicable’ de la vaguedad (y de las indeterminaciones resultantes): *vaguedad de ‘orden superior’, principio de ‘tolerancia’, y efecto de ‘continuo’ según sorites*.

Desarrollo estos argumentos a continuación:<sup>20</sup>

A) *Un argumento sobre el ‘alcance’ de la vaguedad en la adjudicación: la vaguedad alcanza también a los mecanismos y técnicas en la interpretación*.

16. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, p. 119.

17. *Ibid.*, p. 119.

18. *Ibid.*, p. 136.

19. *Ibid.*, p. 120.

20. Por las limitaciones de extensión del texto algunos de estos argumentos se muestran más sintéticamente que otros, pero todos ellos con la suficiente dimensión para mantener la coherencia de la línea argumentativa.

La *vaguedad* es la primera *f fuente* de indeterminación jurídica,<sup>21</sup> y una característica del *significado*, “una proprietà semántica e pragmatica, l’imprecisione di significato, e non una proprietà sintattica”,<sup>22</sup> tanto en un sentido *extensional* como *intensional*.<sup>23</sup> Ocurre que los mecanismos y dispositivos que se utilizan en la interpretación del derecho son tan vagos como el propio lenguaje jurídico, según ha puesto de manifiesto Timothy Endicott:

...los recursos interpretativos del derecho son en sí mismos vagos.<sup>24</sup>

...lo que podemos decir en general en relación a los recursos interpretativos del derecho. Sostengo que tenemos razones para decir que dichos recursos son típicamente vagos. La vaguedad en el derecho no es únicamente un problema de indeterminación en la aplicación de las palabras que usan los legisladores.<sup>25</sup>

Si estos mecanismos y técnicas que los jueces utilizan en la interpretación adolecen de *vaguedad*, entonces posiblemente la toma de decisiones judiciales se encuentra sin reglas claras y concretas desde el sistema jurídico que guíen esta actividad. Por eso, si “l’idea di vaghezza [en los textos jurídicos] contiene dunque l’idea di assenza di ragioni definitive [en el derecho] per applicare (o no applicare) un’espressione linguistica”,<sup>26</sup> la idea de vaguedad en los mecanismos interpretativos contiene la idea de ausencia de razones suficientes en el sistema jurídico que delimiten bien cómo deben tomar sus decisiones los jueces.

Pero la vaguedad de los mecanismos interpretativos del derecho es *significativa* si lo es la indeterminación que genera su utilización en la adjudicación, es decir, si provoca que los jueces no puedan dar efecto “conforme a Derecho” a los derechos y obligaciones legales de los ciudadanos,<sup>27</sup> y solo pueden llevar a cabo este cometido con decisiones judiciales *inciertas*. Como se pone de manifiesto –en mi opinión– en los argumentos ‘(2)’ y ‘(3)’ del texto, esto no ocurre así en los casos *claros*, en los que los mecanismos y técnicas interpretativas que el Estado de Derecho proporciona aquí a los jueces permiten decidir con fallos *previsibles* y *correctos* para cada controversia jurídica. Sin embargo, esto sí sucede en los casos indeterminados en los que

---

21. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, pp. 63-97.

22. Claudio Luzzati, “Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto”, en *Analisi e Diritto*, 1990, pp. 134, 142 y 145. En el mismo sentido, Enrico Diciotti, “Interpretazione della legge e discorso razionale”, en *Analisi e Diritto*, 1999, pp. 367-376.

23. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, pp. 100-101.

24. Enrico Diciotti, *La vaguedad en el derecho*, p. 159.

25. *Ibid.*, p. 241; y con mayor desarrollo en pp. 244-249.

26. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, pp. 133-134. Según el autor italiano añade, esta idea de la vaguedad sería inadecuada para una teoría jurídica de la aplicación del derecho que tenga en cuenta la práctica judicial efectiva, y, claro está, desde el contexto de justificación.

27. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, pp. 124-125.

se hace imposible ese tipo de resolución en tanto que los dispositivos y mecanismos interpretativos no delimitan nítidamente la toma de decisiones por el juez.

Sin duda, este punto de vista rechaza el *principio interpretativista* dworkiniano de que la interpretación, entendida según C. E. Alchourrón y E. Bulygin a modo de “actividad consistente en la identificación o determinación del sentido de un texto jurídico”,<sup>28</sup> resuelve siempre la indeterminación del derecho. Por el contrario, al entender de Timothy Endicott:

...pienso que hay razones generales para concluir que los recursos del derecho no erradicar la indeterminación. Al respecto, podemos agregar tres consideraciones: i) estos recursos generalmente son considerados de principios; ii) los mismos solamente eliminan indeterminaciones si tienen una *característica estructural especial* –la precisión; y, iii) las consideraciones de *principios* carecen generalmente de esta característica.<sup>29</sup>

De cualquier modo, si los dispositivos, mecanismos y técnicas con que cuentan los jueces en la interpretación de los *borderline cases* (por ejemplo, la *discrecionalidad judicial* y la *construcción dogmática* del intérprete, que examino a continuación) están afectados de *vaguedad e imprecisión*,<sup>30</sup> entonces este argumento ‘(1)’ es el punto de partida para afirmar que esos mecanismos de la interpretación son *factores* que contribuyen en los casos referidos a generar una estructura *imprecisa e incierta* del contenido del *deber* judicial de resolución.

B) *Un argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: la imprecisión de la ‘construcción dogmática’ como recurso interpretativo.*

La relación entre la indeterminación del derecho y el contenido *incierto* de la decisión judicial está vinculada con la *discrecionalidad* judicial en los *borderline cases*; precisamente aquellos que exigen de más valoraciones para su interpreta-

28. C. E. Alchourrón y E. Bulygin, “Definiciones y normas”, en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi, comps., *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genero R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 16.

29. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 247; asimismo, Ma. Cristina Redondo, “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, p. 189. La profesora argentina también sostiene que “el problema de la indeterminación actual o potencial: 1. afecta a los conceptos interpretativos; 2. afecta a cualquier criterio que se proponga para identificar una respuesta ante ‘los casos difíciles’; 3. no es un problema erradicable mediante criterio o reglas de construcción”.

30. La doctrina “vagueness in Law” de Timothy Endicott profundiza en este argumento. Ver “Law is Necessarily Vague”, en *Legal Theory*, No. 7, Cambridge University Press, 2001, pp. 379-385; traducción de J. Alberto del Real Alcalá, “El derecho es necesariamente vago”, en *Derechos y Libertades*, No. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2003, pp. 179-189.

ción.<sup>31</sup> Y viceversa, la ausencia de discrecionalidad judicial está vinculada al derecho *cierto y determinado*, susceptible de generar una decisión judicial de contenido asimismo *cierto*. Lógicamente, si la decisión judicial transcurre de este modo nos encontramos ante *clear cases*.<sup>32</sup>

Sin embargo, el argumento de Riccardo Guastini sobre las “construcciones dogmáticas” de los intérpretes como “fuente” de *indeterminación* jurídica presenta una *objeción* al menos a la segunda parte de esta relación (donde priman las razones *semánticas*). El profesor italiano, que mantiene una posición escéptica sobre la interpretación,<sup>33</sup> alega que, aun en los supuestos en los que el derecho está formulado de forma precisa y clara (desde el punto de vista semántico) y nos encontramos ante un caso *claro*, sin embargo, su interpretación a través de técnicas *imprecisas y vagas* que no están delimitadas nítidamente por el derecho hace que el derecho que era *claro* devenga *indeterminado*, y que un caso *claro* se haga un caso *marginal*. Pues bien, esto es lo que suele ocurrir cuando en la toma de decisiones por el juez, este elabora una construcción dogmática, que utiliza como mecanismo interpretativo para identificar el derecho aplicable al caso dado, desde la cual deduce en última instancia la proposición jurídica que lo resuelve. Para situar a este recurso del derecho que utilizan a veces los jueces en la interpretación, hay que tener en cuenta que desde la teoría de la adjudicación se consideran dos clases de problemas interpretativos en el derecho:

Primero: los que surgen de la *estructura* del lenguaje jurídico. Estos problemas se originan, en palabras de Claudio Luzzati, a causa “della porosità e dell’apertura del linguaggio giuridico-normativo”.<sup>34</sup> R. Guastini habla a este respecto de “aquellos problemas que nacen de los ‘defectos’ intrínsecos del lenguaje en el que son formuladas las fuentes del derecho”. Se refiere a los problemas que ocasionan la *vaguedad* y *ambigüedad*.<sup>35</sup> Constituyen una *fuentes de indeterminación* del derecho, en tanto

---

31. Rafael Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, p. 223, sobre la relevancia mayor de valoraciones en la decisión judicial de los casos difíciles.

32. Sobre el concepto “clear cases”, cfr. Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, pp. 63-76; dice en la página 76: “Many theorists discuss ‘clear cases’ as though the nature and basis of such cases were themselves clear and obvious. However, a close analysis discloses a variety of issues and factors. Among the things that can make an apparently clear case unclear, or an apparently hard cases easy, are issues of speaker’s intention, dialects and idiolects, context, community practices and assumptions, views about justice, and ideas about rule-application, as well as the issues of vagueness and ‘open texture’”.

33. Riccardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 34.

34. Claudio Luzzati, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Università di Milano, Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 334.

35. Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México D. F., Editorial Porrúa y UNAM, 2003, 5a. ed., p. 58.

que “el significado de los enunciados del lenguaje natural [...] es fatalmente indeterminado”, y “de ahí nacen los ‘problemas’ de la interpretación”.<sup>36</sup>

Segundo: los problemas que surgen de las “construcciones dogmáticas” que *elaboran* los intérpretes, según ha puesto de manifiesto R. Guastini:

[son] los problemas nacen no de los defectos del lenguaje de las fuentes, sino más bien de la superposición, en tal lenguaje, de las (más o menos artificiosas) construcciones dogmáticas de los intérpretes.<sup>37</sup>

El profesor italiano ilustra esta clase de problemas interpretativos con el siguiente ejemplo:

El artículo 139 de la Constitución italiana prohíbe la revisión constitucional de la ‘forma republicana’ de Estado. La expresión ‘forma republicana’ [...] la Constitución no la define, y por otra lado, en el lenguaje ordinario, las reglas de uso del término ‘república’ son sumamente imprecisas. Según un posible punto de vista [...], las repúblicas se contraponen a monarquías; pero, según otro, no puede haber una república sin soberanía popular y/o democracia. Sin embargo, de cualquier modo que se entienda el término ‘república’, la cuestión de si la prohibición de revisión constitucional se extiende también a los ‘derechos inviolables’ (mencionados en el artículo 2) no nace de la defectuosa formulación del artículo 139 constitucional, sino [...] de las complejas construcciones dogmáticas en torno a la naturaleza de las constituciones rígidas; a la naturaleza del poder de revisión constitucional, y a la ‘forma de Estado’.<sup>38</sup>

Aunque no siempre es posible diferenciar unos problemas interpretativos de otros,<sup>39</sup> en tanto que a menudo aparecen *sobrelapados*, los problemas de indeterminación que ocasionan las construcciones dogmáticas surgen de forma diferente a los que producen la vaguedad y ambigüedad del lenguaje de los textos jurídicos. Por una razón: los primeros son susceptibles de surgir incluso de textos legislativos que han sido formulados de forma clara y precisa, pero que, sin embargo, *paradójicamente*, acaban constituyendo una *fente* de indeterminación del derecho. Esta indeterminación surge a consecuencia de que la interpretación de una norma, que se realiza a la luz de un conjunto de doctrinas jurídicas, políticas e incluso morales que el punto de vista del intérprete relaciona con el contenido semántico de la misma, hace *indeterminado* a su significado aun cuando semánticamente se presentaba claro y preciso. Es, por

---

36. *Ibid.*, p. 57.

37. *Ibid.*, p. 58.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

tanto, la “construcción dogmática” que elabora el juez en la interpretación lo que introduce *incertidumbre* sobre el significado del derecho, y no el lenguaje jurídico. La relevancia del argumento de Guastini tiene que ver con que frecuentemente en la teoría jurídica la construcción dogmática del intérprete cuando se utiliza en la interpretación es vista como una “solución” que *clausura* la indeterminación, y no –según afirma el profesor de Génova– como la *causa* (y *fuentes*) que la genera. Por eso, su planteamiento es persuasivo y aporta luz sobre algunos aspectos de la teoría de la adjudicación.

Además, a esta relevancia cualitativa del argumento *guastiniano* hay que añadirle relevancia cuantitativa, porque la *constitucionalización* contemporánea del sistema jurídico *fomenta*, en mi opinión, la utilización de las construcciones dogmáticas como mecanismo de interpretación. Para realizar tal afirmación me apoyo en las opiniones del propio Riccardo Guastini y de Paolo Comanducci.

En primer lugar, algunas de las características definitorias del fenómeno contemporáneo de constitucionalización del sistema jurídico, según lo describe Guastini, avalarían mi aserción. Me refiero particularmente a los tres siguientes rasgos que identifican la constitucionalización del derecho: i) Una Constitución extremadamente *invadiente* (*pervasiva*), que impregna todo el sistema jurídico, y condiciona la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.<sup>40</sup> ii) Los contenidos *implícitos* de la Constitución, desde la incorporación a esta, y al sistema jurídico, de valores y principios. iii) Y la *sobreinterpretación* constitucional, pues “[desde] la interpretación extensiva (y por el argumento *a simili*) la Constitución puede ser interpretada –o, más bien, ‘sobreinterpretada’– de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresadas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”.<sup>41</sup>

Y en segundo lugar, según Paolo Comanducci, la constitucionalización del sistema jurídico, por sus particularidades, ha incrementado la indeterminación *ex ante* del derecho, a consecuencia de la incorporación a este de los *principios*.<sup>42</sup> Claro está, este hecho *incentiva* muy especialmente la “argumentación de principios” en el razonamiento judicial, y en este sentido es probable que la toma de decisiones por los jueces exija a veces algún tipo de elaboración dogmática.

40. Riccardo Guastini, “La ‘constituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, en *Analisi e Diritto*, 2002, pp. 147-172; hay versión en español, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en M. Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

41. Riccardo Guastini, “La ‘constituzionalizzazione’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, p. 54. En el mismo sentido, cfr. Paolo Comanducci, “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica”, en *Analisi e Diritto*, 2002, pp. 71-94; traducción de Miguel Carbonell, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 16, 2002, p. 97.

42. Paolo Comanducci, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa*, No. 21-II, Alicante, Universidad de Alicante y CEPC, 1998, pp. 103-104.

En conclusión, por lo dicho hasta ahora, puede afirmarse que cuando el juez elabora una *construcción dogmática* a fin de que esta le facilite la resolución de una disputa jurídica, está utilizando un mecanismo interpretativo del derecho y de la cultura jurídica, y que este tipo de mecanismo interpretativo está en buena medida *favorecido* por las características que adquiere la interpretación desde la constitucionalización del sistema jurídico.

Vista su trascendencia contemporánea, ¿cómo es la estructura interna de las construcciones dogmáticas que elabora el intérprete para deducir desde ella la resolución de una controversia jurídica? En principio, se podría decir que se trata de un tipo de actividad judicial en la que “están presentes ciertas dimensiones creativas fruto de la valoración del juzgador”.<sup>43</sup> Esto significa, como dice Claudio Luzzati, que “una parte importante del discurso dei giuristi non verte sui fatti, bensì su un altro discorso, quello legislativo. Di conseguenza l’interpretazione giuridica in senso stretto si pone come un metadiscorso, ossia come un discorso che ha per oggetto un altro discorso”.<sup>44</sup>

Desde luego, la estructura interna de la construcción dogmática como mecanismo interpretativo no es la de la *subsunción*. Ahora bien, por una parte, esto no debe obviar que, por cuanto que se trata de un mecanismo para la interpretación del derecho, y en razón de la exigencia de vinculación del juez a la ley, el “contexto de justificación (externa)” de la decisión judicial deducida desde una determinada construcción dogmática que elabora el juez, debe ser ineludiblemente “conforme a Derecho”. Y, en este sentido, la *argumentación jurídica* y el *razonamiento judicial*<sup>45</sup> que gobierne esa toma de decisiones debe tener ese fin.

Por otra parte, sin embargo, el “contexto de descubrimiento (interno)” de la toma de decisiones por el juez, o sea, las razones internas del intérprete para llegar a una solución interpretativa y no a otra, *no* se encuentra *delimitado* en el derecho. Y, claro está, un contexto de descubrimiento que no está gobernado por directrices claras ni está configurado de forma precisa, condiciona a este mecanismo interpretativo y lo hace *discrecional*. En este sentido, un contexto de descubrimiento *discrecional* posiblemente está gobernado por (y es el *resultado* de) un conjunto de razones, que interactúan entre sí, tanto “objetivas” (*técnico-jurídicas*) como “subjetivas” de carácter *individual* (la dimensión *personal* del juez) y *colectivo* (razones de *tradición* en sentido amplio —o de pasado—; y razones o valores actuales),<sup>46</sup> que solo es posible constatar *a posteriori*.

43. Rafael Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, p. 224.

44. Claudio Luzzati, “Le definizioni implicite dei giuristi”, en *Analisi e Diritto*, 1992, p. 220.

45. Cfr. Rafael Asís Roig, *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

46. J. Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El caso del término

Si el contexto de descubrimiento hace a este dispositivo interpretativo un mecanismo discrecional, esta forma de toma de decisiones es en buena medida más un acto de *voluntad* que de conocimiento. Y en esa medida, la proposición jurídica que deduce el juez de la construcción dogmática que ha elaborado no tiene, en consecuencia, valor de verdad para con el caso dado. Si esto es así, no parece posible una construcción dogmática que *derrote* (al menos en valor de verdad) a todas las demás, a no ser por otro tipo de criterios. De hecho, cuando funciona como mecanismo interpretativo, las construcciones dogmáticas que elaboran los intérpretes a fin de deducir de ellas una proposición jurídica que se aplique como solución interpretativa a un caso concreto son frecuentemente “fuente” de discreción y de decisiones judiciales *inciertas*.

Pero se puede decir algo más para apoyar mi argumentación sobre las construcciones dogmáticas en el derecho. Como mecanismo interpretativo para resolver disputas jurídicas en el caso concreto, y entendido en un sentido no estricto, posiblemente podría afirmarse que las teorías jurídicas no-positivistas también *fomentan* la elaboración por los intérpretes de construcciones dogmáticas a la hora de cómo se produce la toma de decisiones por el juez “Hércules” en los casos *difíciles*, aunque también en los demás casos. Ahora, por su carácter de dispositivo *subjetivo*, esto puede resultar casi *paradójico*. Sin embargo, tiene una explicación: cuando la resolución exige una “decisión judicial elaborada”, esta difícilmente puede prescindir totalmente, en algún sentido y de alguna manera, de algún tipo de elaboración doctrinal –aportada por el intérprete– en relación al derecho a aplicar. Eso sí, para mantener la *coherencia* de sus posiciones, las teorías no-positivistas han tratado de *objetivar* la utilización de este mecanismo interpretativo. Aunque, en realidad, la *objetivación* de este dispositivo en la interpretación no se produce desde el “derecho como tal”, sino desde las “teorías del derecho” no-positivistas, a modo de un mecanismo “discrecional” que es objetivado (*subjetivamente* por ellas).<sup>47</sup>

Como procedimiento interpretativo objetivado, pudiera admitirse que –al menos teóricamente– hace posible “decisiones judiciales *ciertas*” en el sentido de *identificar* en el derecho una respuesta correcta para cada controversia jurídica; pero puede haber serias dudas, razonablemente, si el contenido de esa decisión judicial es *predecible*. Claro está, si *predecir* el contenido de una decisión judicial y predecir la “mejor respuesta” del derecho (la respuesta *correcta*) se entienda la misma cosa,

---

‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, en *Derechos y Libertades*, No. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2002, pp. 229-232.

47. Cfr. Lon. L. Fuller, *The Anatomy of Law*, Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1968; traducción: *Anatomía del Derecho*, versión de Luis Castro Monte Ávila, edit., Caracas, Editorial Arte, 1969, pp. 104 y 118. Asimismo, cfr. R. Dworkin *Law's Empire*, pp. 65 y ss., y 337-350; y *Los derechos en serio*, pp. 203-204.

entonces sí lo es. Pero si la “mejor respuesta” del derecho tiene un sentido más “procedimental”, y no de predicción de contenido material, entonces la decisión judicial correcta sobre un caso dado difícilmente es una decisión previsible. Y así podría parecer que sucede en principio desde la teoría del Derecho de R. Dorkin cuando introduce un conjunto de reglas *procedimentales* (el procedimiento ‘*hercúleo*’) a fin de localizar la respuesta “correcta” como la “mejor decisión” que ofrece el derecho a una determinada controversia jurídica:

First, there must be a ‘preinterpretive’ stage in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified.

Second, there must be an interpretive stage at which the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage.

Finally, there must be a postinterpretive or reforming stage, at which he adjusts his sense of what the practice ‘really’ requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage.<sup>48</sup>

Ahora bien, aun en este supuesto, esta posición no-positivista es derrotada frente al argumento ‘(4)’, que examino más adelante, acerca de la “vaguedad de orden superior” y del efecto de “continuo” que caracteriza a la vaguedad, según los cuales no es posible erradicar la imprecisión y vaguedad de las reglas de construcción ni de los mecanismos y técnicas utilizados en la interpretación del derecho. Y esto le ocurre a la construcción dogmática que elabora el juez cuando funciona como un dispositivo interpretativo.

Enrico Diciotti distingue tres tipos de jueces a la luz de la *relación* entre la *indeterminación* del derecho y el contenido *incierto* de las decisiones judiciales:<sup>49</sup>

–El juez *cierto* y *satisfecho*: que aplica una expresión lingüística según el significado *prima facie*, en cuanto que tal significado es suficientemente *determinado* por la aplicación y en cuanto que los *resultados* de tal aplicación (en términos de justicia, objetivos del derecho, etc.) son *satisfactorios*.

–El juez *incierto*: que es obligado a atribuir a una expresión lingüística un significado *diferente* de aquel que asume *prima facie*, en cuanto que según tal significado el caso a juzgar resulta un *caso marginal* de aplicación.

–El juez *insatisfecho*: que atribuye a una expresión lingüística un significado *diferente* de aquel que asume *prima facie*, en cuanto que los *resultados* que se conseguirían aplicando la expresión según tal significado son *insatisfactorios* (en términos de justicia, objetivos del derecho, etc.).

48. Ronald Working, *Law's Empire*, pp. 65-66.

49. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, p. 135.

Pues bien, cuando la construcción dogmática del intérprete funciona como mecanismo interpretativo que produce decisiones judiciales *subjetivas e inciertas*, se corresponderían con el modelo de juez *insatisfecho*. Cuando funcionan a modo de un mecanismo *objetivado* por las teorías no-positivistas que produce decisiones judiciales *correctas y ciertas*, se correspondería con el modelo de juez *cierto y satisfecho*. En el siguiente epígrafe pondré de manifiesto que otro mecanismo interpretativo del derecho, la discrecionalidad judicial, se correspondería con el modelo de juez *incierto*.

En tanto que, como dispositivo que facilita la interpretación, la construcción dogmática funciona en la adjudicación como una “forma” de discrecionalidad, a ella también le es aplicable el análisis siguiente sobre el poder de discreción del juez, cuyas características lo muestran como un mecanismo *impreciso e incierto* aquejado de *vaguedad*. Y, por tal motivo, lleva incertidumbre en esa medida a la propia actividad judicial en la resolución de los casos indeterminados.

C) *Otro argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: la imprecisión del mecanismo de la ‘discrecionalidad judicial’.*

La discrecionalidad, según Giovanni Tarello, es “[un] fenómeno, [que es] común a todas las organizaciones jurídicas”.<sup>50</sup> Ya Hart nos dijo que “el juez debe algunas veces salir fuera del derecho y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión en los ‘casos difíciles’, es decir, casos en los que el derecho existente resulta ser indeterminado”.<sup>51</sup> Como nos recuerda C. Luzzati, “La vaghezza, quindi, non è la discrezionalità, anche se la discrezionalità in via di fatto può essere la conseguenza della vaghezza [...] del linguaggio legislativo”.<sup>52</sup> De modo que la *vaguedad* es la fuente de la discrecionalidad de los jueces.<sup>53</sup>

La discrecionalidad como dispositivo interpretativo está envuelto en la polémica sobre las concepciones del *Noble Sueño*, la *Pesadilla* y la *Vigilia*, y “se revela de importancia capital” en los casos *indeterminados*,<sup>54</sup> que por sus características no pueden ser resueltos mediante la subsunción y la bivalencia jurídica.<sup>55</sup> En estos casos, el único dispositivo interpretativo con el que cuenta el juez en la toma de decisiones para llevar a cabo el cometido del deber de resolver *siempre* que le impone el

50. Según Giovanni Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*, edición de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2002, pp. 178-179.

51. H. L. A. Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, p. 8.

52. Claudio Luzzati, “Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto”, p. 141.

53. Claudio Luzzati, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, p. 335.

54. José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, p. 187.

55. Ma. Cristina Redondo, *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, p. 185.

Estado de Derecho es el conformado por los poderes de discreción. Pero, claro está, esto puede ser un problema si dicho mecanismo *no está delimitado* ni *configurado* de forma nítida en el sistema jurídico y, por consiguiente, adolece asimismo de vaguedad. En verdad ocurre que los poderes de discreción de los jueces se encuentran *imprecisos e inciertos* en el derecho. Razón por la cual no pueden ser una guía precisa y cierta acerca de la toma de decisiones que lleva a la resolución de un caso indeterminado.

Sin embargo, según Ma. Cristina Redondo, el resultado de utilizar la discrecionalidad judicial en los casos indeterminados es hacer más *preciso* y *determinado* al contenido de la norma, y consecuentemente dotar de valor de verdad a la proposición de aplicarla o no aplicarla al caso concreto, permitiendo en este sentido recuperar la *bivalencia* jurídica.<sup>56</sup> Pero, claro está, si en el sistema jurídico no están delimitados qué criterios son los que hay que utilizar para hacer más preciso al derecho indeterminado, ni cómo ni por qué se han de introducir esos criterios y no otros, ni qué tipo de razones atender o cuáles excluir a fin de obtener *objetivamente* una decisión judicial con “arreglo a Derecho” de la que resulte ganadora una u otra de las partes del caso,<sup>57</sup> entonces posiblemente la discrecionalidad pueda *concretar* el derecho a aplicar e incluso permitir el principio de la bivalencia pero, por la vaguedad e imprecisión de la que adolece este mecanismo interpretativo, difícilmente la toma de decisiones puede tener lugar con arreglo a Derecho (si no existe derecho aplicable que establezca una calificación jurídica para el caso dado), sino en base a otros criterios *extrajurídicos*.

Por lo dicho, la discrecionalidad es un mecanismo interpretativo *vago*, cuya aplicación en la interpretación, al estar configurada y delimitada en el sistema jurídico de forma bastante *imprecisa*, *no es objetiva*. La consecuencia de resolver casos judiciales con un mecanismo interpretativo vago es que de una toma de decisiones de esta clase no pueden resultar sino decisiones judiciales de “contenido *incierto*”. Y en la medida que en los casos indeterminados la toma de decisiones *conceptualmente* no puede ser sino incierta, el contenido del deber judicial de resolver adolece de incertidumbre y puede resultar indeterminado.

El siguiente y último argumento proporciona, en mi opinión, otro apoyo a la tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial) del contenido del deber judicial de resolución.

---

56. *Ibid.*, p. 193.

57. Ahora bien, esto no supone que ineludiblemente este dispositivo interpretativo caiga en lo que Hart denominó el punto de vista de la “pesadilla”. Véase H. L. A. Hart, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, edit., *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 337.

D) *Un argumento “lógico-filosófico” sobre el carácter ‘inerradicable’ de la vaguedad (y de las indeterminaciones resultantes): vaguedad de ‘orden superior’, principio de ‘tolerancia’, y efecto de ‘continuo’ según sorites.*

Según T. Endicott, el argumento de la “vaguedad de orden superior” es una explicación persuasiva a por qué la indeterminación es *ineliminable* no solo del contenido de las reglas sino asimismo de los recursos y mecanismos interpretativos del derecho:

Los filósofos utilizan la expresión ‘vaguedad de segundo orden’ para describir la aparente ausencia de delimitaciones precisas entre casos claros y casos marginales. Asimismo, utilizan la expresión ‘vaguedad de orden superior’ para indicar la aparente ausencia de delimitaciones en el segundo orden o más allá.<sup>58</sup>

Pero incluso, en opinión de Ma. Cristina Redondo, las reglas de construcción para clausurar la indeterminación, tal como hacía R. Dworkin, no resisten este argumento. La indeterminación no es erradicable mediante el uso de reglas o criterios de construcción a causa de la “vaguedad de orden superior”. En palabras de la profesora de Génova:

...esta propuesta se apoya en la suposición de que los conceptos vagos permiten individualizar de forma nítida casos claros de casos de penumbra. Bajo esta hipótesis, las reglas de construcción solucionan el problema limitando la aplicación solo a los casos claros. [Sin embargo] [...] la propia distinción entre casos claros y casos de penumbra es imprecisa. No hay una clasificación tripartita nítidamente demarcada entre casos de aplicación, casos de no aplicación y casos de duda. Los límites entre estas categorías están indeterminados y son discutibles. Paralelamente, las reglas de construcción que se apoyan en esa distinción también padecen indeterminación. Para eliminar esta vaguedad de segundo orden se requeriría una regla de construcción de tercer nivel; pero como el problema volvería a presentarse, necesitaríamos una nueva regla, y así hasta el infinito.<sup>59</sup>

Esto quiere decir que el argumento de la “vaguedad de orden superior” es una importante objeción para las teorías del Derecho de R. Dworkin y H. Kelsen, que no pueden dar cuenta de los problemas que dicho argumento plantea a la hora de clausurarse la indeterminación:

---

58. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 71.

59. Ma. Cristina Redondo, *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, p. 188.

La característica del lenguaje vago que es más difícil de explicar para las teorías jurídicas es la vaguedad de orden superior: las teorías de Dworkin y de Kelsen no pueden dar cuenta de ella.<sup>60</sup>

Ronald Dworkin postula que prácticamente siempre hay una única respuesta correcta para cada controversia jurídica. [...] La objeción al argumento de Dworkin es que ignora el problema de la vaguedad de orden superior.<sup>61</sup>

Y, asimismo, el argumento del “efecto de continuo” que produce la vaguedad a causa del “principio de tolerancia” que caracteriza a las palabras vagas según muestra la *paradoja* que crea el razonamiento de *sorites*, es asimismo responsable de que la vaguedad sea *ineliminable*:

Las palabras vagas parecen tolerar diferencias que son triviales; por ejemplo, parece que un montón de arena seguirá siendo un montón aun en el caso de que se le detraiga un grano de arena (o, como puede verse en otros ejemplos, parece que nadie se hará calvo porque pierda un cabello, o que ningún mar se convertirá en un océano porque le caiga una gota de lluvia, etcétera). La “paradoja de sorites” o paradoja del montón resulta ser un argumento que aplica repetidamente un principio de este tipo, aparentemente sólido, hasta que llega a la conclusión falsa de que, por ejemplo, existe un montón de arena aun cuando todos los granos de arena han sido retirados.<sup>62</sup>

Como nos dice José Juan Moreso, el razonamiento de *sorites* versa sobre expresiones susceptible al “principio de *tolerancia*”: “el razonamiento de *sorites* depende de que estas expresiones [como *montón*, *rico*, *rojo*, *trato degradante*, etc.] sean *tolerantes*”, en el sentido de que “los cambios pequeños no afectan a la aplicabilidad del concepto”. La paradoja surge “por el hecho de que los cambios grandes, aquellos que afectan ya a la aplicación del concepto, pueden construirse –en virtud de la tolerancia de estos conceptos– a partir de cambios muy pequeños”.<sup>63</sup> Según observa Timothy Endicott, el razonamiento de *sorites* tiene este rasgo “irónico”: demuestra que la extensión de lo *indeterminado* es *indeterminada*. Significa que no hay ninguna delimitación precisa en la aplicación de las expresiones vagas. Por lo que no siempre será posible delimitar los casos *claros* de los casos *marginales*. Siempre habrá *algunos* casos en los que seguirá existiendo *incertidumbre* acerca de si se trata de una clase de casos o de otra.

---

60. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 105.

61. *Ibid.*, p. 109.

62. *Ibid.*, pp. 21-22.

63. José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, p. 110.

Por eso, “la *consecuencia* de la vaguedad en las formulaciones de las reglas jurídicas es, con respecto a algunos casos, la incertidumbre sobre lo que está *exigiendo* el derecho”. Pero también la *incertidumbre* acerca de “*cómo deben*” decidir los jueces aquello que el derecho exige, si esto no se encuentra claramente precisado,<sup>64</sup> y los mecanismo interpretativos con los que el derecho provee a los jueces para precisar lo imprecisado son asimismo vagos. Además, téngase en cuenta que el hecho de que la vaguedad sea “continua” hace que sea imposible  *fijar* un límite respecto a la aplicación o no aplicación de un concepto vago, como bien afirma Ma. Cristina Redondo:

...la definición de vaguedad resulta objetable cuando se apoya en la posibilidad de una distinción clara entre extensión positiva, extensión negativa y zona de penumbra de un concepto. En contra de esta caracterización se sostiene que no es factible reconocer de modo preciso estas tres áreas. No existe una frontera definida entre las situaciones que podrían mostrarse como claramente incluidas o excluidas de su referencia. Esta caracterización de la vaguedad como un continuo resulta avalada no solo por la advertencia de la vaguedad de segundo nivel sino, también, por la aplicación de la paradoja de sorites. Conformar a esta última, no hay una forma de justificar un límite de la aplicación o no aplicación de un concepto vago.<sup>65</sup>

En definitiva, estos dos argumentos (*vaguedad de orden superior* y efecto de *continuo* de la vaguedad) vienen a decirnos que la vaguedad es *vaga* y que, por tal, conocer *cómo de vaga* es la vaguedad en el derecho es algo *impreciso*. Al no poder “delimitar” a la vaguedad de forma precisa (algo que subvertiría el propio concepto de vaguedad), y no saber de forma nítida dónde se encuentra y dónde no se encuentra, no es posible eliminarla: es *inerradicable* del derecho. Y además, esta tarea de eliminación se hace aún más imposible porque en el ámbito de la adjudicación, los mecanismos interpretativos del derecho, a los que en un principio se les encomienda esa función de supresión (como hace el *interpretativismo*), al estar afectados de vaguedad, no es posible utilizarlos de forma precisa, y les es imposible cumplir aquella función. Si la vaguedad que caracteriza a la discrecionalidad es *inerradicable* y esta lleva *incertidumbre* a la toma de decisiones del juez en los *borderline cases*, entonces también es *ineliminable* la imprecisión y consiguiente indeterminación con la que se presenta en el Estado de Derecho el “deber judicial de resolución” en esa clase de casos.

---

64. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 123.

65. Ma. Cristina Redondo, *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, p. 191.

## CONCLUSIÓN

Por todo lo dicho, resolver la *indeterminación* del derecho por parte de los jueces –cuando se presenta– mediante técnicas y mecanismos de interpretación que adolecen de *vaguedad* genera decisiones judiciales *inciertas*, y muestra por qué, en mi opinión, el contenido del “deber judicial de resolver” se presenta, respecto a los *border-line cases*, como un deber *impreciso*. Si describimos cómo es el *contenido* de dicho deber judicial en esa clase de casos, no hay más remedio que aceptar que aquí la toma de decisiones por el juez *no* se encuentra configurada de forma *precisa* ni delimitada de forma *nitida* y que, en la medida en que no puede guiar al juez en la toma de decisiones, esto hace *incierto* a esa actividad judicial.

De aceptarse la tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial: en los *border-line cases*) del deber judicial de resolución, habría que entenderla dentro de las consecuencias *significativas* de la vaguedad e indeterminación en el sistema jurídico. Pero si alegamos una tesis contraria: que el deber judicial de resolver cualquier clase de casos *siempre* se encuentra bien delimitado y bien configurado en el sistema jurídico, de modo que el juez siempre dispone de una guía que orienta y predetermina de forma precisa su toma de decisiones, posiblemente esto nos lleva a aceptar a la concepción del derecho como un sistema “completo” como la mejor descripción de la realidad jurídica. Aunque para eso habría que salvar la *objeción* que aquí se realiza a esta concepción en el ámbito de la adjudicación: si la “determinación” del deber judicial de resolver tiene por causa al “derecho como tal” (determinación *intrajurídica*), o se debe a la delimitación que de tal deber llevan a cabo las “teorías del Derecho” no-positivistas (delimitación *extrajurídica*), precisamente por no hacerlo el sistema jurídico y, por esa razón, entonces, el deber judicial de resolver, que es deber legal, no puede decirse que se presente como un deber siempre tan preciso y cierto.

La tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial) del deber judicial de resolver se identifica más con la concepción de la *Vigilia*, frente al modelo de decisión judicial *libre* (la *Pesadilla*) que se correspondería con la “indeterminación total” de este deber judicial, o frente al modelo de la decisión judicial *obligada* (el *Noble Sueño*), que se relacionaría con su “determinación total”. Y en el esquema judicial de Enrico Diciotti, se identificaría tanto con el modelo de juez *insatisfecho* (*construcciones dogmáticas* como mecanismo discrecional y subjetivo) como con el de juez *incierto* (discrecionalidad judicial).

## BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. E., y E. Bulygin, “Definiciones y normas”, en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi, comps., *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- Bix Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, en *Doxa*, No. 21-II, Alicante, Universidad de Alicante/CEPC, 1998.
- Del Real Alcalá, José Alberto, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El caso del término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, en *Derechos y Libertades*, No. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2002.
- “La ‘doctrina de la completitud’ del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en AA.VV., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, 4 vols., vol. II, Madrid, Dykinson, 2008.
- Diciotti, Enrico, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, en *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1992.
- “Interpretazione della legge e discorso razionale”, en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1999.
- Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 2002, 2a. ed.; traducción de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999, 2a. ed.
- Endicott, Timothy, “Law is Necessarily Vague”, en *Legal Theory*, No. 7, Cambridge University Press, 2001.
- *La vaguedad en el Derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006.
- Guastini, Riccardo, “Su i principi di diritto”, en *Diritto e società*, vol. 4, Padova, CEDAM, 1986.
- *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999.
- “La ‘constituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, en *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México D. F., Editorial Porrúa/UNAM, 2003, 5a. ed.

- Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, No. 36, mayo 1980.
- “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, eds., *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994.
- *The Concept of Law*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1997, 2a. ed.
- *El concepto de Derecho*, traducción de Carrió Genaro R., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Luzzati, Claudio, “Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto”, en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1990.
- “Le definizioni implicite dei giuristi”, en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1992.
- *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Università di Milano, Istituto di Filosofia e Sociología del Diritto, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999.
- Redondo, Ma. Cristina, “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, en *Doxa*, No. 20, Alicante, Universidad de Alicante y CEPC, 1997.
- Roig Ansuátegui, Francisco, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo I, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002.
- Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2002.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2011  
Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2011



## La prueba en demandas laborales por discriminación

*Elisa Lanas Medina\**

### RESUMEN

Resulta muy complicado iniciar una demanda o acción por discriminación en el ámbito laboral, debido principalmente a que dicha conducta se encuentra generalmente encubierta, además porque es el empleador el que tiene en su poder los medios de prueba. Por tales motivos, es de vital importancia mejorar los mecanismos de prueba en demandas o acciones por discriminación en material laboral, para así garantizar efectivamente el derecho a la igualdad de trato que se encuentra contemplado en la Constitución de la República del Ecuador y en instrumentos internacionales suscritos por nuestro país.

PALABRAS CLAVE: igualdad, discriminación, acción de protección, carga de la prueba.

### SUMMARY

It is very difficult to start a claim or action for discrimination in the workplace, primarily because such conduct is generally covert, and also because it is the employer who is in possession of the evidence. For these reasons, it is vital to improve the mechanisms of proof in claims or actions in the labor field, thus effectively guaranteeing the right to equal treatment that is referred in the Constitution of the Republic of Ecuador and in international instruments signed by this country.

KEY WORDS: equality, discrimination, protective action, burden of proof.

FORO

---

\* Abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; doctora en Derecho, con mención en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Valencia. Docente del Área de Derecho de la UASB, Sede Ecuador.

## INTRODUCCIÓN

La discriminación por sexo, raza, ciudadanía, discapacidad, religión, opción sexual u otros motivos es un problema serio y delicado que la mayoría de Estados democráticos en el mundo han tratado de eliminar, o por lo menos reducir por medio de planes y políticas públicas, legislación y jurisprudencia. Especial atención merece el intento por establecer iguales condiciones en el lugar de trabajo. Pese a este esfuerzo, la persona que ha sido víctima de discriminación tiene por delante un tortuoso camino para intentar que su derecho a la igualdad sea respetado, o por lo menos para exigir la indemnización correspondiente por los efectos nocivos que tal o tales conductas produjeron en su vida. Una de las más grandes dificultades es la de probar dicho comportamiento, puesto que en la mayoría de los casos está escondido detrás de otros motivos.

Probar discriminación es siempre complicado, y en ocasiones casi imposible. Frente a esto, un demandante de discriminación en alguno de los países de la Unión Europea tiene el beneficio de contar con normas comunitarias que facilitan este tipo de trámites,<sup>1</sup> las que han sido desarrolladas en algunos casos por legislaciones internas y en otros por la jurisprudencia de los más altos tribunales de cada país. Este es el caso de España, que desde la entrada en vigencia de la normativa comunitaria aplicó a través de las decisiones de sus tribunales de justicia las disposiciones de igualdad de trato, y hoy se encuentra discutiendo en los órganos legislativos un Proyecto de Ley para la Igualdad de Trato y la no Discriminación.

En nuestro entorno se encuentra presentado con fecha 18 de noviembre de 2010 en la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica, preparado por la Comisión de

---

1. La Unión Europea tiene legislación considerable y de larga duración en materia de discriminación. Así, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que es la refundición de las siguientes directivas: la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, han sido modificadas de forma sustancial. La Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Por otro lado, la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico [<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:ES:PDF>].

Transición del Consejo Nacional de Igualdad de Género; este es un importante esfuerzo en el enfrentamiento contra la discriminación.

Los esfuerzos por enfrentar la discriminación laboral tienen que cubrir varios frentes, principalmente están la prevención y educación, que posiblemente constituyan acciones más efectivas que la sanción; no obstante, esta última se hace necesaria para intentar frenar las actitudes que hoy por hoy afectan al derecho a la igualdad de las y los ecuatorianos. En ese sentido, la legislación nacional va abriendo cauces procesales para enfrentar la discriminación; no obstante, la especial atención que debe otorgarse a la carga de la prueba en estos procesos es vital para lograr efectivos resultados en este tema.

## **DISCRIMINACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN**

La mayoría de sistemas legales en el mundo garantizan la no discriminación e iguales oportunidades en el trabajo. Ecuador tiene normas específicas al respecto. Así, el inciso cuarto del art. 329 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CE), establece que “[l]os procesos de selección, contratación y promoción laboral se basarán en requisitos de habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades. Se prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad e integridad de las personas”.

Esta disposición es la concreción en materia laboral del principio recogido en el art. 11 de la Carta Magna, que determina la igualdad y el mismo goce de derechos, deberes y oportunidades para todas las personas, con la correspondiente prohibición de actos de discriminación que respondan a factores como “etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física”, u otra diferencia no atribuible a causas objetivas y razonables (inc. 2, art. 11.2, CE).

En el ámbito internacional, Ecuador ha suscrito dos convenios de la OIT en materia de discriminación. El primero de ellos es el Convenio 100 sobre Igualdad de Remuneración, adoptado en 1951 y ratificado por Ecuador el 11 de marzo de 1957; el segundo es el Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación), ratificado por Ecuador el 10 de julio de 1962, que en su art. 1 define el término *discriminación* de la siguiente manera:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.<sup>2</sup>

El mismo artículo aclara que las diferencias basadas en requisitos solicitados para un determinado puesto de trabajo no han de ser consideradas como discriminación.

En aplicación a los instrumentos arriba mencionados, el Código del Trabajo ecuatoriano (en adelante CT) prohíbe la discriminación al tratar de la remuneración y sus garantías, en los siguientes términos:

Art. 79. *Igualdad de remuneración.* A trabajo igual corresponde igual remuneración, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole; mas, la especialización y práctica en la ejecución del trabajo se tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración.

Aparte de la disposición transcrita, se han dictado normas en Ecuador, tendentes a frenar la discriminación sobre todo de mujeres y de personas con discapacidad en el ámbito laboral, como la Ley de Amparo Laboral<sup>3</sup> que pretendía una mayor incorporación de mujeres al mundo laboral por medio de la fijación de cuotas; pero dicho intento resultó infructuoso porque no se respetaron los mínimos establecidos y posteriormente la norma fue reformada, eliminándose los porcentajes. Por su parte, la Ley sobre Discapacidades y su respectivo reglamento incorporan también disposiciones en materia de trabajo, tendentes a mejorar la cantidad y calidad de empleo para las personas con discapacidad.

Pese a los esfuerzos realizados por iniciativas privadas y por el Estado, el momento actual trae nuevas exigencias en materia de respeto a las diferencias y no discriminación. En ese sentido, el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica<sup>4</sup> incorpora conceptos que son con-

---

2. Art. 1 del Convenio 111 de la OIT. Disponible en [<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C111>].

3. R.O. 124, de 6 de febrero de 1997. Reformada con fecha 18 de febrero de 2000.

4. Presentado a consideración de la Asamblea Nacional el 18 de noviembre de 2010. Disponible en [<http://docu->

cordantes con las definiciones que disposiciones internacionales<sup>5</sup> tienen en esta materia, y divide a la discriminación en directa e indirecta, en los siguientes términos:

*Art. 8. Definición de discriminación directa o indirecta*

Para efectos de esta ley se considera discriminación directa por razón de sexo o de género la situación en que un acto, omisión o patrón sociocultural establezca explícitamente, en una circunstancia comparable o de igual valor, un trato desfavorable para una persona o grupo de personas de un sexo o un género respecto a otra persona o grupo de personas.

Se considera discriminación indirecta por razón de sexo o de género la situación en que un acto, omisión o patrón sociocultural aparentemente neutro tenga por resultado poner a personas de un sexo o de un género en desventaja particular con respecto a personas o grupo de personas.

El mencionado Proyecto de Ley aporta más elementos para configurar la discriminación, y en ese sentido, señala en su art. 9 que sin importar si dicha injustificada diferenciación es temporal o permanente, aislada, sistemática o generalizada, debe ser combatida o sancionada si hubiera producido efectos nocivos en la vida de quien la ha sufrido.

El mismo artículo determina también que los actos que se señalan a continuación constituyen discriminación:

- a) El trato igual cuando hay que reconocer, proteger y valorar la diferencia.
- b) El trato diferente cuando hay que tratar igual.
- c) El acoso, entendiéndose por tal cualquier conducta realizada en función del sexo, género o ambas condiciones, con el objeto o el resultado de atentar contra su dignidad o de crear un entorno intimidatorio, hostil, humillante, ofensivo o segregador.
- d) Cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
- e) Se considerará discriminatorio en cualquier ámbito la violencia de género.

---

mentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8954a944-d69f-4457-8196-3feab7c56b1/Ley%20de%20Igualdad%20entre%20las%20Mujeres%20y%20Hombres%20y%20Personas%20de%20Diversa%20Condic%C3%B3n%20Sexo%20Gen%C3%A9rica].

5. En ese sentido, la Convención sobre eliminación de toda discriminación contra la mujer (conocida como CEDAW), ratificada por Ecuador y publicada en el R.O. Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005; la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, ratificada por Ecuador y publicada en el R.O. 556 de 1 de abril de 2005; y pese a no ser aplicable, la normativa comunitaria europea que es la que hace la distinción entre discriminación directa e indirecta.

En ese orden, el art. 10 del Proyecto de Ley señala los comportamientos con respecto a los cuales se ha de presumir discriminación, presunción que genera en quien es acusado de discriminar la obligación de probar que no hubo tal intención.

1. Cuando se distinga, restrinja, excluya o prefiera en razón del sexo o condición sexogenérica de una persona.
2. Cuando recaiga principalmente en mujeres, o personas de diversa condición sexogenérica, una situación de desventaja y/o exclusión.
3. Cuando haga una diferenciación explícita entre mujeres y hombres, o personas de diversa condición sexogenérica, que limite el goce de un derecho humano.
4. Cuando cree un privilegio en función del sexo, o la condición sexogenérica de una persona, que limite el goce de sus derechos.<sup>6</sup>

No obstante la valoración muy positiva de la incorporación de conceptos modernos y garantías para el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación en el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica, es importante hacer notar que la discriminación no afecta solo a las mujeres, sino que existen muchos otros colectivos que la sufren, aunque es absolutamente cierto que los efectos perniciosos de conductas y prácticas discriminatorias afectan gravemente a la sociedad y su conjunto cuando se refieren a las mujeres, no solo porque representamos más de la mitad de la población, sino porque las consecuencias se ven multiplicadas en nuestras vidas y en las de quienes dependen de nosotras.

En ese sentido, soy más proclive a pensar que la definición y enfrentamiento de la discriminación en la legislación ecuatoriana debería incluir a todos los grupos humanos que han sido víctimas, que mantienen tal condición en la actualidad o que potencialmente pueden serlo, que a manera ejemplificativa podrían ser los contemplados en el art. 11.2, inc. 2, de la CE.

En esa línea, el anteproyecto español de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, establece en su art. 2 el ámbito subjetivo de aplicación de la ley por medio de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.<sup>7</sup>

---

6. Art. 10 del Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica.

7. La excepción que se prevé a la regla general de no discriminación está prevista por razones de edad cuando así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a los menores de edad, a los mayores o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales.

En la relación laboral, las conductas de discriminación más comunes se verifican en supuestos en que, por ejemplo, una persona acude en búsqueda de empleo y no es contratada, no porque no reúna los requisitos de la oferta laboral sino por su apariencia, género, edad, etc., siempre que estos elementos no sean determinantes para el trabajo que realizaría. Otro supuesto es el de un trabajador que cree ser merecedor de una promoción o ascenso, pero no lo obtiene por razones que no encuentran explicación en sus habilidades y experiencia laboral. También son lamentablemente muy comunes los casos de despido por motivos sindicales, embarazo, enfermedad u otros no relacionados con la función que se desempeña en la empresa. Finalmente, merece la pena mencionar la disparidad que existe en la percepción de remuneración, motivada generalmente por razón de sexo.

Frente a conductas discriminatorias, el Estado ecuatoriano ha promovido paulatinamente normas, políticas, planes y acciones encaminados a evitarlas, frenarlas o castigarlas. A continuación, una revisión de los principales mecanismos que se activan a través de acciones de los propios afectados.

## **GARANTÍAS DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN LABORAL**

La importancia que un país concede a un derecho específico puede ser apreciada de diferentes formas. Una de ellas es cuán fácil o difícil es para una persona o grupo obtener el respeto o la restitución de un derecho garantizado por la legislación nacional, por medio de una demanda o acción ante el sistema judicial respectivo.

En opinión del tratadista español Ignacio García-Perrote,<sup>8</sup> el Derecho del trabajo –con el paso del tiempo– se fue consolidando como una ciencia independiente del Derecho civil de donde nació, por medio de la creación de valores y principios propios; en ese sentido, los pilares básicos de dicha consolidación fueron los siguientes: en primer lugar, se conformó un proceso especializado (el proceso laboral), con rasgos y características propias. En segundo lugar, se dotó a los hechos apreciados por los órganos de fiscalización y control del incumplimiento de sus normas (la inspección del trabajo) de presunción de certeza y veracidad, lo que no solo tiene consecuencia en el seno del proceso administrativo, sino, aunque en menor medida, también en el proceso laboral. En tercer lugar, y a la vista de las dificultades de prueba que tenían los trabajadores para beneficiarse de normas que buscaban su tutela y protección en situaciones de “desgracia”, se incorporó a los textos sustantivos ciertas

---

8. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, en *Derecho privado y Constitución*, No. 4, Madrid, 1994, p. 168.

reglas con importantísimas consecuencias en materia probatoria –las llamadas presunciones legales *iuris tantum*–.

En ese sentido, el principio de *igualdad procesal* ha de ser entendido en conexión con la naturaleza del ordenamiento laboral, que se caracteriza por un sentido compensador e igualador de las desigualdades que subyacen a las posiciones del trabajador y empleador, que tiene su fundamento no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula. En definitiva, el principio de igualdad, sin perder su significación, adquiere especiales matices en el proceso laboral, para lograr la igualdad sustancial.<sup>9</sup>

En atención a ello, progresivamente se ha ido incrementando la separación entre el proceso laboral y el civil, hasta el punto de poder afirmar que la supletoriedad de este es más teórica que real;<sup>10</sup> queda pendiente, no obstante, la imperiosa necesidad en el país de contar con un Código de Procedimiento Laboral propio y separado del código sustantivo de la materia.

En el proceso laboral ecuatoriano, desde la reforma incorporada por la Ley 2003-13 publicada en el R.O. 146 de 13 de agosto de 2003, las demandas relativas a la relación laboral siguen un trámite que no tiene similar en materia civil, puesto que entre las principales diferencias presenta la de sustanciarse en gran medida por vía oral, con particularidades como las que rige la concentración de la actividad procesal, se asegura la libre valoración de la prueba por el órgano judicial,<sup>11</sup> se reconoce el papel más activo y de dirección material al juez laboral,<sup>12</sup> y se observa una importante modificación del principio dispositivo.<sup>13</sup>

---

9. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, p. 170.

10. Art. 6, CT. Leyes supletorias CT. En todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código, se aplicarán las disposiciones de los códigos Civil y de Procedimiento Civil.

11. Art. 593. Criterio judicial y juramento deferido CT. En general, en esta clase de juicios el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces este necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particularidades.

12. Art. 585, inc. 5, CT. El juez también tendrá plenos poderes y amplias facultades para exigir que se cumpla con todo lo atinente al procedimiento oral, incluso en lo relativo a las actuaciones de las partes y los principios señalados en la Constitución Política de la República, especialmente el de lealtad procesal.

13. Art. 577, CT. *Solicitud y práctica de pruebas*. En la misma audiencia las partes solicitarán la práctica de pruebas como la inspección judicial, exhibición de documentos, peritajes y cualquier prueba que las partes estimen pertinentes, en cuyo caso el juez señalará en la misma audiencia el día y hora para la práctica de esas diligencias, que deberán realizarse dentro del término improrrogable de veinte días. Quien solicite la práctica de estas pruebas deberá fundamentar su pedido en forma verbal o escrita ante el juez en la misma audiencia. Para su realización habrá un solo señalamiento, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente calificados por el juez de la causa. *En juez de oficio, podrá ordenar la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la*

Como sostiene el profesor laboralista español<sup>14</sup> –válido para el proceso laboral ecuatoriano–, es preciso mantener estrechas relaciones entre el juez laboral y los elementos de convicción (partes, testigos, peritos, etc.), lo que permite desarrollar una “atmósfera adecuada” para un sistema de valoración judicial “crítica” de las pruebas. Esto significa, por otro lado, que el proceso oral se sustancie en una audiencia definitiva precedida por diligencias controladas y cercanas en el tiempo<sup>15</sup> con el objetivo de no perder los beneficios de la relación directa entre el juez y los elementos de prueba.

Ahora bien, pese a las sustanciales modificaciones establecidas al proceso laboral, quizá el elemento que menos ha sufrido variación tiene que ver con la carga de la prueba que, como se verá en su momento, con algunas alteraciones, sigue las reglas contenidas en los arts. 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (CPC); esto es –sucintamente– que quien alega debe probar sus afirmaciones.

Tratándose de discriminación, el Código del Trabajo ecuatoriano no establece un procedimiento específico, algo que sí hacen legislaciones como la española; el nuestro únicamente prevé mayores indemnizaciones en los supuestos de despido intempestivo cuando se hubiere verificado la separación del trabajador o trabajadora, encontrándose este en alguna de las siguientes circunstancias objetivas: embarazo de la trabajadora (art. 154, CT),<sup>16</sup> enfermedad o incapacidad (art. 179, CT), o actividad sindical de negociación colectiva o constitución de sindicato (arts. 233 y 452, CT). En estos supuestos, la legislación determina de forma directa que el despido declarado intempestivo acredita además un pago mayor debido a que se asume su motivación en causas relacionadas con la condición personal de quien fue despedido. Este criterio, más que responder a valoraciones antidiscriminatorias, puede tener su razón, en los dos primeros casos a la especial vulnerabilidad de los trabajadores despedidos, y en el tercero a la protección especial que en determinado momento concedió a los derechos laborales colectivos.

Por su parte, el Código Penal, tras la reforma incorporada mediante ley publicada en el suplemento al R.O. 555 de 24 de marzo de 2009, incluye un capítulo dedicado a los delitos de odio, y en uno de los artículos incorporados establece una sanción de

---

*verdad de los hechos materia del juicio y el juez tendrá plenas facultades para cooperar con los litigantes para que estos puedan conseguir y actuar las pruebas que soliciten...* (la cursiva es mía).

14. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, p. 174.

15. Esta aseveración debe ser matizada ante la realidad de los juzgados de Trabajo de las ciudades grandes del Ecuador, donde debido al elevado número de causas que ingresan, entre la aceptación a trámite de la demanda y el señalamiento de la audiencia preliminar pueden mediar varios meses, y entre esta y la audiencia definitiva otros tantos más.

16. En ese sentido, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Social y Laboral de 7 de noviembre de 1994.

prisión de uno a tres años para aquel que, en ejercicio de actividades profesionales, mercantiles o empresariales, niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho, o excluya a una persona, niegue, vulnere o restrinja los derechos consagrados en la Constitución, por razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

De manera más específica y aplicable a la relación laboral, el mismo Código Penal, en su art. 511-A,<sup>17</sup> sanciona con prisión de seis meses a dos años a quien solicite favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleciéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

Ahora bien, cómo enfrentar acciones u omisiones discriminatorias que se produzcan o no en el ámbito laboral y que no tengan contenido sexual, o que teniéndolo, la víctima no quiera acudir a la vía penal en búsqueda de protección. A este respecto, la CE, siguiendo los criterios actuales en materia de protección de los derechos reconocidos constitucionalmente, garantiza en su art. 86 a los particulares que pueden ser personas, grupos, comunidades, pueblos o nacionalidades, la posibilidad de presentar acciones jurisdiccionales cuando consideren que uno o varios de los derechos constitucionales les están siendo conculcados.

En el artículo 88, la Constitución ecuatoriana establece la acción de protección contra actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, contra políticas públicas y contra decisiones de personas particulares, siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias. Una de las precondiciones que habilita el inicio de la acción de protección es haber sido víctima de actos de discriminación.<sup>18</sup>

Para la acción de protección, igual que para el resto de garantías constitucionales, se previó un procedimiento rápido y de importante intermediación entre las partes, que si bien exige un trámite que se encuentra determinado en la misma Constitución y en la ley de desarrollo, tiene como principal objetivo el de atender de forma eficaz y satisfactoria las demandas de vulneración de derechos presentadas, y en ese sentido

---

17. Artículo agregado por Ley No. 105, publicada en el R.O. 365 de 21 de julio de 1998, y posteriormente sustituido por Ley No. 2, publicada en el R.O. 45 de 23 de junio de 2005.

18. Art. 88, CE. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas que supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

requiere muchas menos formalidades que otros procesos. Así, el mismo art. 86 de la Carta Fundamental establece que una vez presentada la acción, el juez que la conozca deberá convocar inmediatamente a una audiencia pública y queda habilitado para ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para obtenerlas en cualquier estado de la causa.

En desarrollo de la disposición constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece entre los artículos 39 y 42 el objeto, los requisitos, procedencia y legitimación pasiva, y la improcedencia de la acción de protección.

La acción de protección<sup>19</sup> tiene por objeto el amparo directo y oportuno de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos que no estén amparados por las otras garantías constitucionales.

Para poder presentar una acción de protección es preciso que concurren tres requisitos. A saber, que exista una violación a un derecho constitucional, es decir que dicho derecho que se cree vulnerado se encuentre reconocido por la Carta Magna; que la supuesta violación provenga de autoridad pública o de un particular, bajo las condiciones establecidas para este supuesto; y, finalmente, que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho supuestamente violado.<sup>20</sup> Sobre este particular, y por cuanto la norma constitucional no ha establecido tal restricción, no es preciso que se agoten previamente instancias administrativas o judiciales para acudir a la jurisdicción constitucional en búsqueda de tutela.

La acción de protección procede contra políticas públicas nacionales o locales y con respecto a actos u omisiones provenientes de autoridades públicas no judiciales, prestadores de servicios públicos y personas naturales o jurídicas del sector privado, siempre que ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

- a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
- b) presten servicios públicos por delegación o concesión;
- c) provoque daño grave;
- d) la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

---

19. Al respecto, un interesante estudio sobre la acción de protección en Pablo Alarcón, “Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 559-605.

20. Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

e) todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.<sup>21</sup>

Como se puede ver del texto transcrito, una de las circunstancias que habilitan la presentación de una acción de protección son las conductas de cualquier persona que pueda percibirse como discriminatoria. No obstante la gravedad que individualmente contiene el acto discriminatorio, una acción de protección en el ámbito laboral también podría acusar como circunstancia configuradora la del estado de subordinación en que se encuentra el trabajador frente al empleador.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece unos *filtros* o limitaciones para la presentación de estas acciones, con el propósito de frenar una masiva utilización de esta garantía en pretensiones menos importantes que bien pueden seguir otros procedimientos; en ese sentido, el art. 42 de la ley determina la inadmisibilidad de la acción en los siguientes casos:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

A la vista de los antecedentes constitucionales y legales expuestos, cabe admitir la acción de protección como un mecanismo constitucional que puede interponerse frente a actos u omisiones que tengan un componente discriminatorio dentro de la relación laboral, sin necesidad de que para ello se hayan agotado las instancias administrativas y judiciales correspondientes.

Este criterio se ve corroborado en el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica, que al hablar de la garantía jurisdiccional de derecho a igualdad y no discriminación (art. 40) establece que cualquier persona está habilitada para proponer las acciones previstas en la

---

21. Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, en caso de violación a este derecho.

El art. 41 del mismo Proyecto de Ley completa el enunciado anterior por medio de la facultad que concede a cualquier persona para acudir a los tribunales para demandar la protección efectiva del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica de acuerdo con lo establecido en la Constitución, incluso, tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación, señalando además que la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, penales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas naturales y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos y al Consejo Nacional de las Mujeres y de la Igualdad de Género, con la única excepción de las denuncias por acoso sexual y acoso por razón de sexo, que deberán ser necesariamente presentadas por la víctima del acoso.

Pese a que la disposición comentada no lo señala expresamente, serían aplicables en casos de discriminación en el ámbito laboral las reglas de legitimación válidas para el proceso civil, salvo la excepción contenida en el art. 381, inc. 3, del CT, relativa a la representación que tienen los padres de trabajadores menores de edad en juicio.

El art. 42 del Proyecto de Ley contempla la posibilidad de que una persona se encuentre ejerciendo una acción de protección y llegue a su conocimiento que existe otra acción con dimensión colectiva o grupal sobre la misma pretensión, en cuyo caso podrá suspender su demanda individual para unirse a la grupal; y de ser rechazada esta última por errores de forma, la individual podría reactivarse.

Hay que decir, no obstante, que no es común que en casos de discriminación laboral la víctima encuentre un grupo de personas demandando al mismo empleador por la misma causa; en estos casos los hechos son aislados, o siendo sistemáticos no son percibidos por las víctimas de la misma manera, o incluso siendo conscientes de la conducta discriminatoria, los trabajadores en ocasiones prefieren callar para no quedarse sin empleo. Es más frecuente que demandas de discriminación laboral se presenten de manera individual y una vez terminada la relación. En cualquier caso, de darse varias conductas discriminatorias en el ámbito laboral por parte del mismo sujeto activo, bien podrían acogerse los demandantes individuales a este artículo y adherirse en determinado momento a la causa conjunta.

## DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La efectividad judicial de cualquier derecho es una cuestión íntimamente relacionada con su prueba. Quien ostenta un derecho tiende, consciente de lo expuesto, a garantizar esa prueba. Por ello, la distribución de la carga de la prueba se realiza, conforme a criterios de normalidad, considerando a quién le interesa la prueba de cada uno de los hechos jurídicos litigiosos.<sup>22</sup>

En el proceso laboral suele entenderse que la distribución de la carga de la prueba se aviene a la regla común enunciada en el art. 113<sup>23</sup> y siguientes del CPC, en el sentido de imponer al demandante la carga de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama y al demandado la de probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.<sup>24</sup>

Pese a ello, ciertas reglas, sobre todo las relativas a la participación del juez y a la valoración que este puede hacer de la prueba aportada, se han ido flexibilizando y admitiendo una actitud proactiva por parte del juzgador;<sup>25</sup> sin embargo, cuando el objetivo es acreditar actos u omisiones discriminatorios, las reglas existentes resultan, a menudo, insuficientes.

En efecto, si bien la norma laboral contempla una regla general dirigida a los funcionarios judiciales y administrativos, encaminada a favorecer al trabajador en caso

---

22. José Fernando Lousada, “La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 7, España, 2005, p. 321. Para una completa revisión sobre las reglas aplicables en general a la carga de la prueba y sus alcances, véase Hernando Devis Echandía, *Compendio de pruebas judiciales*, tomo I, Santa Fe (Argentina), 1984, pp. 227-272.

23. Art. 113, CPC. Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada...

24. En ese sentido, la sentencia de casación No. 209, publicada en el R.O. 606 de 5 de junio de 2009, que en la parte pertinente señala textualmente: “...la demandada no se ha conformado con la aseveración del actor de que su vinculación es laboral, redarguyendo que esta es civil, por lo que le correspondía cumplir con la necesidad práctica de probar o sea de cumplir con la carga y que es lo que produce en materia laboral la reversión de la prueba a favor del trabajador y a cargo de la demandada, puesto que no se han aceptado los asertos del libelo inicial, razones que conducen a aprobar también en esta parte el criterio de la Corte Superior de Esmeraldas...”.

25. En ese sentido, las siguientes sentencias: expediente de casación 394, resolución publicada en el suplemento al R.O. 561 de 1 de abril de 2009; sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, en el juicio deducido por María Ríos contra Ivonne Levoyer, publicada en la *Gaceta Judicial*, año CIX-CX, serie XVIII, No. 6, p. 2237, 28 de enero de 2009; y sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, en el juicio seguido por María Chicaiza contra el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, publicada en la *Gaceta Judicial*, año CVIII, serie XVIII, No. 5, p. 1997, 13 de septiembre de 2007.

de duda sobre el alcance de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales,<sup>26</sup> y otras específicas en materia de prueba dentro del juicio laboral, por las que se faculta al juez a aceptar el juramento deferido del trabajador a efectos de probar el tiempo de trabajo y la remuneración percibida cuando no exista acuerdo entre las partes y no se presente otra prueba,<sup>27</sup> a colaborar con las partes en la obtención de pruebas vitales para el proceso que no estén en su poder,<sup>28</sup> e incluso a aceptar y valorar la prueba con criterios de equidad;<sup>29</sup> la carga de probar sigue siendo del demandante que generalmente es el trabajador.

Las dificultades que trae probar en juicio laboral la existencia de discriminación, se encuentran por una parte en el carácter manifiestamente escondido de las conductas discriminatorias, las que se suelen encubrir en actos y omisiones aparentemente lícitas o por lo menos no discriminatorias, lo que hace muy difícil, si no imposible, la comprobación del móvil o de la finalidad discriminatoria. Como se ha destacado en la doctrina comparada, dichas conductas “nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas”.<sup>30</sup>

Por otro lado, el entorno probatorio adverso que debe enfrentar el trabajador que demanda tutela de su derecho fundamental a no ser discriminado “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra con respecto a la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador”.<sup>31</sup>

---

26. Art. 7, CT. Aplicación favorable al trabajador. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.

27. Art. 593, CT. Criterio judicial y juramento deferido. En general, en esta clase de juicios, el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces este necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares.

28. *Ibid.*, cita 9. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, en *Derecho privado y Constitución*, No. 4, Madrid, 1994, p. 168.

29. Art. 598. Datos que justifiquen el jornal o sueldo de la víctima. Si se tratare de demandas provenientes de riesgos del trabajo, el juez, de oficio o a solicitud de parte, en la providencia que ordene citar al demandado, mandará también que se agreguen todos los datos que justifiquen el jornal o sueldo mensual de la víctima del accidente o enfermedad profesional, y los informes a que se refieren los artículos 405, 406, 407 y 409 de este Código. Todos estos documentos se tendrán en cuenta para la conciliación en la audiencia, y en caso de no obtenerse, se apreciará el mérito de ellos sin necesidad de que sean reproducidos en el término de prueba.

Art. 600. Prueba de estado civil. El estado civil se probará de acuerdo con las prescripciones del derecho común, pero el juez tendrá la facultad de apreciar las circunstancias y tomar en cuenta cualquier clase de pruebas que, en su criterio, fueren suficientes.

30. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, p. 216.

31. Antonio Baylos, “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, en *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, No. 5, Concepción, 1998, p. 46.

En efecto, en el proceso laboral, una de las partes de la relación jurídica procesal, el empleador, tiene una acusada proximidad y dominio sobre las fuentes de prueba, y por ello dispone de una mayor facilidad probatoria con respecto a los hechos de cuya acreditación depende el éxito de la pretensión del trabajador, mientras que este padece la contraria situación de dificultad para probar aquellos mismos hechos.

La dificultad que ha tenido y tiene probar determinados hechos explica, por ejemplo, que el ordenamiento jurídico haya atribuido un valor peculiar a la apreciación fáctica efectuada por el inspector del trabajo. Esta apreciación ha sido muy criticada por dejar abierta la puerta a la subjetividad, y ha funcionado y funciona principalmente en el procedimiento administrativo, y, en su caso, cuenta en el juicio laboral posterior como informe.<sup>32</sup>

Respecto a los despidos intempestivos discriminatorios, aparte de las excepciones en los casos de embarazo, enfermedad o actividad sindical en que no es preciso demostrar que la separación se produjo por causas discriminatorias, sino únicamente que el empleador conocía de la existencia de una de las circunstancias señaladas, en el resto de supuestos la actividad probatoria es consustancial a la actuación procesal, siendo a la vez el “talón de Aquiles” de la garantía constitucional de no discriminación por la especial dificultad de su demostración.

Sobre este tema, a la vista de lo complejo que es probar actos de discriminación que provienen de particulares, y en atención a que el derecho a la no discriminación, además de estar garantizado por normas constitucionales forma parte del *iuscogens*, cuando el trabajador se siente discriminado de forma ilegítima, es necesario que se produzca una modificación de las reglas de la carga de la prueba.

Parte de la doctrina chilena que ha estudiado el tema,<sup>33</sup> ha señalado que no existe solo una técnica de aligeramiento probatorio, sino varias modalidades distintas que, sin embargo, sirven a un mismo objetivo: facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando, en algunos casos, los efectos del axioma central respecto de que corresponde probar un hecho a quien lo alega (carga de la prueba formal), o modificando, en otros, la circunstancia de que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma (carga de la prueba material).

---

32. Art. 589, CT. Informe del inspector del trabajo. Cuando el inspector hubiere conocido anteriormente del caso según el artículo 621 de este Código se tendrá por informe su resolución al conceder el visto bueno.

La falta de informe del inspector o de la citación de la demanda a este, no afecta a la validez del proceso.

33. José Luis Ugarte, “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, Valparaíso, II semestre de 2009, p. 218.

Sea que se opte por la flexibilización de la carga de la prueba formal o material, la doctrina es unánime en reconocer que este aligeramiento de la carga de la prueba para el demandante en casos de discriminación no puede conducir a defender una generalización de la inversión de la carga de la prueba en beneficio del trabajador, ni a eximirle o exonerarle de toda carga probatoria, bastando con que alegue pero sin necesidad de que pruebe, sino solo cuando los medios de prueba pertenezcan o estén en poder del empresario y el trabajador no tenga otra forma de probar los hechos de cuya prueba depende el éxito de la pretensión.

En estos casos, el trabajador tiene la obligación de aportar un “indicio razonable” de que el acto u omisión del empleador lesiona su derecho a la igualdad de trato, principio de prueba encaminado a dejar patente el motivo oculto de aquel; para ello no es suficiente una mera alegación, “sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad”.<sup>34</sup>

A este respecto, será cada sistema legislativo y judicial el que deba definir el grado de intensidad en el indicio de prueba exigido al trabajador denunciante de discriminación. Incluso en el supuesto de no necesitarse datos que revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, siempre habrá que superar un umbral mínimo de convencimiento, caso contrario, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos básicos para que la relación mínima entre el acto u omisión y la causa discriminatoria pueda distinguirse haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado.

Una vez configurado el cuadro indiciario requerido, es el empleador el que debe acreditar que su actuación tiene causas concretas que son totalmente diferentes a razones discriminatorias, así como que aquellas tuvieron la importancia suficiente como para adoptar la decisión, siendo este el único mecanismo para vencer la sospecha creada por los indicios. Por el lado del empleador se genera una auténtica carga probatoria que no quedará satisfecha con un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que a su vez deberá llevar al juzgador a la convicción de que tales causas han sido las únicas que motivaron la decisión empresarial. “En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y pro-

---

34. Óscar Zas, “El despido discriminatorio”, en Juan Carlos Fernández Madrid, comp., *Revista Jurídica Argentina* tomo III, *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales 1936-2010*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 416.

porcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión del derecho del trabajador a no ser discriminado”.<sup>35</sup>

Volviendo al proceso laboral ecuatoriano, como se mencionó en su momento, la demanda laboral que trae acusaciones de actos u omisiones discriminatorias no tiene un procedimiento diferente que el seguido para cualquier demanda proveniente de relaciones del trabajo de acuerdo a lo establecido en el art. 568, CT. A este respecto, es generalmente en las demandas por despido intempestivo donde pueden apreciarse, cada vez con un poco más de frecuencia, denuncias de discriminación. En ese sentido, y pese a que el Código de la materia no lo contempla expresamente, por medio de las reglas de mayor participación y de valoración equitativa de la prueba que concede al juez laboral, este podría imponer al empleador una mayor carga probatoria para desvirtuar dichas denuncias.

Como ya se mencionó en su momento, existen muchos otros supuestos que, sin llegar a configurar el despido del trabajador, pueden ser conductas calificadas como discriminatorias, piénsese en ascensos que no llegan a efectuarse pese a tener un trabajador los méritos para ello, o la simple diferencia de sueldos entre dos trabajadores igualmente cualificados que ejecutan la misma labor. Es más, no basta con que exista una relación laboral: puede incluso presentarse la posibilidad de que ante una oferta laboral, uno o varios de los candidatos estimen haber sido víctimas de discriminación; en esos supuestos y por cuanto la relación laboral no se ha verificado, es preciso buscar otra vía de reclamo por una presunta vulneración de derechos consagrados en la Constitución.

Como ya se hizo notar, se encuentra abierta la acción de protección en contra de actos u omisiones que vulneren derechos fundamentales y que provengan de personas o instituciones del sector privado cuando se trate de conductas discriminatorias. En mi opinión, esta es una vía expedita para buscar una rápida solución al derecho conculcado.

El art. 86, CE, establece un procedimiento común que han de seguir las demandas de garantías jurisdiccionales que señala que una vez presentada la acción, el juez que la conozca convocará inmediatamente a una audiencia pública y queda autorizado para ordenar la práctica de pruebas y la designación de comisiones para obtenerlas.

Aplica el mismo artículo un principio de presunción en la valoración de la prueba, al determinar que “[s]e presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”.

---

35. *Ibid.*, p. 417.

Esta presunción de validez opera en los supuestos en que, habiendo sido la entidad pública demandada, ordenada por el juez que conoce la causa para que aporte información con respecto al caso que se está conociendo, se hubiere negado a ello; esta negativa será tenida en su contra. En mi opinión, no se cuidó la redacción de esta disposición, lo que ha venido a perjudicar y limitar su sentido, pues si la idea era hacer corresponsable al accionado por el aporte de pruebas para esclarecer el caso, y por la correspondiente sanción en caso de no contar con su atención favorable, la disposición debió ampliar dicha exigencia a las personas particulares de las que habla el artículo 88, CE.

Por su parte, la disposición contenida en el inc. 4 del art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es más explícita al establecer la presunción de verdad de los hechos afirmados en la acción cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no aporte la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión divergente. Además, la misma disposición viene a subsanar la omisión del constituyente, aplicando la misma presunción de verdad a las alegaciones de discriminación o de violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza también a los supuestos en que el accionado es un particular.

A este respecto, el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica, establece en su art. 4 que tratándose de los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Reconocen también el papel activo del juzgador, el que, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

En mi opinión, pese a significar un gran adelanto la incorporación del principio de inversión de carga de la prueba en demandas de discriminación que bien pueden suscitarse con ocasión o como consecuencia de una relación laboral, es importante que este principio no se convierta en una puerta abierta a las más disparatadas y sin asidero denuncias; sino que ha de significar una obligación primera para el demandante de presentar alegaciones de las que se deduzca la existencia de indicios fundados y concretos de discriminación, y a partir de allí, será de carga del demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

## CONCLUSIONES

- La definición y enfrentamiento de la discriminación en la legislación ecuatoriana debe incluir a todos los grupos humanos que han sido víctimas, que mantienen tal condición en la actualidad y que potencialmente pueden seguir siéndolo, que a manera ejemplificativa podrían ser los contemplados en el art. 11.2, inc. 2, CE.
- Cabe admitir la acción de protección como un mecanismo constitucional que puede interponerse frente a actos u omisiones que tengan un componente discriminatorio dentro de la relación laboral, sin necesidad de que para ello se hayan agotado las instancias administrativas y judiciales correspondientes.
- Una de las circunstancias que habilitan la presentación de una acción de protección son las conductas de cualquier persona, que pueda percibirse como discriminatoria. No obstante la importancia que individualmente posee el acto discriminatorio, una acción de protección en el ámbito laboral también podría contener como circunstancia configuradora la del estado de subordinación en que se encuentra el trabajador frente al empleador.
- En el proceso laboral, generalmente en las demandas por despido intempestivo es donde pueden apreciarse denuncias por discriminación. En ese sentido, y pese a que el Código de la materia no lo contempla expresamente, por medio de las reglas de participación y de valoración que concede al juez laboral, este podría imponer al empleador una mayor carga probatoria para desvirtuar dichas denuncias.
- Pese a significar un gran adelanto la incorporación del principio de inversión de carga de la prueba en demandas de discriminación que bien pueden suscitarse con ocasión o como consecuencia de una relación laboral, es importante que este principio no se convierta en una puerta abierta a denuncias sin fundamento, sino que ha de significar una obligación primera para el demandante de presentar alegaciones de las que se deduzca la existencia de indicios fundados y concretos de discriminación, y a partir de allí, será de carga del demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón, Pablo, “Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Baylos, Antonio, “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, en *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, No. 5, Concepción, 1998.
- García-Perrote, Ignacio, “Prueba y proceso laboral”, en *Derecho privado y Constitución*, No. 4, Madrid, 1994.
- Lousada Arochena, José Fernando, “La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 7, dedicado a psicología del testimonio y prueba pericial, Madrid, 2005.
- Rueda, Paul, “Aspectos procesales de la discriminación laboral por enfermedad”, en Víctor Bazán, coord., *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010.
- Ugarte Cataldo, José Luis, “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, Valparaíso, II semestre de 2009.
- Zas, Óscar, “El despido discriminatorio”, en Juan Carlos Fernández Madrid, comp., *Revista Jurídica Argentina*, tomo III, *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales 1936-2010*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2011  
Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2011



## Responsabilidad de dar cuenta del desempeño de la función jurisdiccional\*

Luis Pásara\*\*

### RESUMEN

En esta presentación abordaré tres asuntos, fundamentalmente. La primera cuestión a la que quisiera referirme es la de por qué dar cuenta, que en ocasiones puede considerarse obvia pero no lo es tanto; el segundo punto enfocará los contenidos respecto a los cuales quien ejerce una función jurisdiccional debe dar cuenta; finalmente, abordaré el asunto de la trascendencia o relevancia que socialmente alcanzan el cumplir y el incumplir con esta responsabilidad.

Una puntualización aclaratoria: cuando me refiero a quienes ejercen función jurisdiccional, incluyo en ello tanto a jueces como a fiscales. Aunque en esta reunión se enfoca específicamente el caso de los jueces, dado que los integrantes del Ministerio Público también ejercen función jurisdiccional –especialmente en el caso de aquellos países donde se ha introducido el proceso penal reformado–, el abordaje del tema que propongo también los comprende.

PALABRAS CLAVE: Función jurisdiccional, democracia, sistema de justicia, jueces.

### SUMMARY

This presentation will mainly address three issues. The first question is about the necessity for accountability, which sometimes can be considered obvious, but not by much; the second point will be focused on the content for which the person exercising jurisdictional authority must give account. And, finally, an issue about the importance or relevance that the compliance or non-compliance with this responsibility has in the social sphere, is also discussed.

An explanatory remark: when those who exercise judicial authority are referred, both judges and prosecutors are included. While this article is specifically focused on the judges, given the fact that the members of the Prosecutor's Office exercise jurisdictional authority, too –especially in the case of those countries where the reformed criminal procedure has been implemented–, they are also included in the treatment of this topic.

KEY WORDS: Civil courts, democracy, justice system, judges.

FORO

\* Conferencia inaugural en el seminario sobre información judicial, organizado por la Suprema Corte del Poder Judicial de la Federación, México D. F., 22 de octubre de 2008.

\*\* Abogado y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde fue profesor entre 1967 y 1976; desde 2004 es investigador del Instituto de Iberoamérica, de la Universidad de Salamanca.

## POR QUÉ DAR CUENTA

En la visión acerca del papel del funcionario con capacidad jurisdiccional, que ha prevalecido en América Latina hasta hace poco, no aparece la responsabilidad de dar cuenta socialmente del desempeño de la función. Se daba cuenta, en términos formales en los informes internos –por ejemplo, del juez al tribunal del cual depende– y en los informes institucionales, que usualmente el titular presenta anualmente ante el Congreso o en otro ámbito público. Estos últimos con ocasión de presentar estadísticas que, en general, dicen poco, repetir con solemnidad algunas generalidades y, por cierto, formular reclamos respecto a la escasez de recursos que siempre agobia a la institución y, claro está, puede explicar las falencias en sus rendimientos que son de público conocimiento.

Pero tales contenidos no corresponden a aquello que, según entiendo, en esta reunión se impulsa, que es dar cuenta del desempeño de la función: cómo y por qué se resuelve del modo en que se resuelven o se dejan de resolver los asuntos a su cargo. Es que este aspecto, en la visión tradicional acerca de la función jurisdiccional, es un asunto que, según una visión muy extendida, pertenece solo a la conciencia personal. En mi país, Perú, los jueces solían decir: “Solo tengo que rendir cuentas a Dios”, como si no administraran justicia en nombre de la nación sino en virtud de un mandato divino. Y cuando se les pedía explicar una decisión no muy clara, replicaban: “Los jueces se explican en sus resoluciones”, afirmación que, como sabemos quienes trabajamos con esos textos, frecuentemente dista mucho de corresponder con la realidad.

Estas expresiones proverbiales podrían ser consideradas superficialmente como el producto de un malentendido. Lamentablemente, el asunto tiene mayor calado. Administrar justicia en nombre de la nación constituye un mandato no solo formal sino un encargo del conjunto social a quien desempeña la tarea; como todo mandato, está sujeto a rendición de cuentas. Esto, que es bastante sencillo de comprender, no es aceptado por un juez que, antes que conceptuarse como un servidor público, se ve como una instancia de poder. Quiere creer que, al emitirse el mandato –que solo formalmente viene a través de otra autoridad, pero que en realidad proviene del soberano, el pueblo–, el poder se traslada a él, y en él queda depositado. Ha perdido la noción de encargo recibido, de cuyo desempeño está obligado a dar cuenta. Y al perder esa noción ha dejado de entender su papel social que consiste en servir al conjunto social resolviendo conflictos según las reglas de un orden normativo.

Acaso más complejo sea el asunto de la comprensión de las decisiones, que hoy generalmente resultan inentendibles. Sentencias innecesariamente extensas, recargadas inútilmente de citas y, en ocasiones, hasta expresiones en latín, carentes de clari-

dad en el razonamiento, parecen esconder la lógica de la decisión en vez de exponerla con sencillez en beneficio de los justiciables. A menudo nuestras sentencias, escritas para los iniciados en un lenguaje paralelo al habla común, requieren ser traducidas al ciudadano que es el destinatario de la justicia. Incluso para quienes somos iniciados, se requieren dos o tres lecturas de la acusación fiscal o de la sentencia para descubrir qué es lo que se considera probado mediante qué pruebas. Acusaciones fiscales y sentencias, que son en definitiva el principal producto de la actividad del sistema de justicia, distan mucho de la transparencia que el sistema requiere para contar con la claridad a partir de la cual su funcionamiento y resultados pueden resultar socialmente convincentes.

Es en este punto donde puede trazarse el parte aguas. Jueces y fiscales no han tratado de ser convincentes frente a un auditorio mayor que es el de la sociedad para la que trabajan. Les ha bastado con la razón que ellos creen descubrir en la ley y con una exposición accesible solo a los otros operadores del sistema.

En consecuencia, la necesidad de presentar a la consideración social los términos de la tarea que realizan y, en particular, los criterios que rigen el propio desempeño no forman parte de lo que algunos autores llaman cultura judicial y otros prefieren denominar ideología judicial, que no corresponde exactamente a posturas teóricas o filiaciones doctrinarias sino, más bien, a actitudes y hábitos provenientes y justificantes, a un tiempo, de prácticas institucionales muy entronizadas en nuestros organismos de justicia. Generaciones de jueces y fiscales han vivido en América Latina muy convencidos de la rectitud y conveniencia de mantener su tarea como un asunto interno de la institución y limitar a su ámbito más íntimo la discusión sobre los criterios de decisión, sin compartirla sino eventualmente y en voz muy baja con algún colega de confianza.

Esa opción –adoptada en muchos casos en el marco de una recta conciencia moral– ha permitido ciertos efectos poco saludables. No hacer públicos, y en consecuencia no someter a discusión abierta, los rendimientos y los criterios de decisión ha permitido tanto la improductividad y la ineficiencia como la colusión de intereses en torno a ciertas decisiones en las que han interferido determinadas influencias.

Mencionaré un ejemplo que actualmente está en la agenda de muchos poderes judiciales: la evaluación de los jueces, que es objeto de enconadas resistencias. Pese a las dos o tres décadas que lleva recorridas la reforma de la justicia en muchos países de América Latina, el tema de la evaluación es relativamente nuevo y poco se ha logrado avanzar en él. Colombia es probablemente el país donde más se ha hecho para medir, en particular, la productividad judicial. Y porque ha podido medirse, se ha mejorado el rendimiento de juzgados y cortes. En otros países, en cambio, plantear que un juez puede ser evaluado es materia de escándalo. En Costa Rica, uno de

los países donde la justicia obtiene una calificación social más alta en América Latina, se ha instalado un debate en el que un sector importante de jueces se niega a que su trabajo sea evaluado, en nombre de la independencia judicial, que ha levantado como un escudo en defensa de mantener su trabajo como asunto exclusivamente suyo y del tribunal de alzada.

En Chile, en cambio, el sistema estadístico del Ministerio Público permite que la dirección institucional esté permanentemente informada del número de casos que cada fiscal ve y procesa. Esto permite detectar tempranamente retrasos, cuellos de botella y dificultades –no siempre imputables al fiscal de quien se trate– que deben ser resueltos a fin de mejorar el rendimiento en eficacia y eficiencia. Se ha avanzado menos, en cambio, en un tema más difícil y más importante: la evaluación de la calidad de las decisiones jurisdiccionales, asunto central en la calidad del sistema de justicia.

En general, oscuridad y opacidad en el funcionamiento del aparato de justicia han permitido la intervención del poder –o, más bien, siguiendo a Foucault, de múltiples poderes– para que, en los hechos, detrás de esa justificación que presenta la decisión como un “asunto de conciencia”, la voluntad del funcionario jurisdiccional resultara sometida. Ciertamente, por esto se ha debido pagar un precio: oscuridad y opacidad también han alimentado esa sospecha social que ha llevado en América Latina, durante la última década, a que cuando menos dos tercios de encuestados sistemáticamente por los sondeos de opinión desconfíen de la justicia.

Este último dato quizá nos enfrenta a uno de los lados más graves en la situación de la justicia actual: el rechazo social que padece. Un rechazo que no es nuevo pero que, además de haberse hecho crónico, dados una serie de cambios en el orden social que tradicionalmente rigió a nuestros países, ahora se ha convertido en un problema político de cierta importancia. El malestar y la desaprobación social de la justicia se han hecho endémicos; las encuestas indican que en ningún país latinoamericano la administración de justicia cuenta con la confianza de más de la mitad de los encuestados. Los jueces buscan exculparse, explicando este fenómeno por aquella mitad de comparecientes en un proceso que resultan perdedores, pero los sondeos de opinión de los países nórdicos –los que más confianza en la justicia muestran en el mundo– invalidan esta coartada: un ciudadano puede perder un juicio y, sin embargo, reconocer legitimidad en la justicia. Legitimidad es el factor ausente o sumamente débil en nuestros aparatos de justicia. Los operadores creen que para que su actuación sea legítima basta con que estén nombrados legalmente y, al proceder en su tarea, invoquen artículos de códigos. Socialmente, esto no es suficiente. En dirección a resolver esa distancia –cubierta de sospecha– que separa ciudadanía de aparato de justicia, buscar la transparencia quizá no resuelva por entero el problema, pero, sin duda, puede ayudar.

En ausencia del acceso a la información sobre el funcionamiento interno de la administración de justicia, no solo se ha extendido la sospecha. Además, la imagen acerca del funcionamiento de la justicia, que se ha formalizado para ciertos efectos, se ha construido a partir de las imágenes que ciertos actores, supuestamente enterados, han ido formándose de tal funcionamiento, desde su percepción subjetiva o desde sus intereses particulares. Así, hemos venido a aceptar como moneda corriente que entidades de la importancia del Banco Mundial, para citar un ejemplo, asignen determinadas características a nuestros poderes judiciales a partir de entrevistas a empresarios, abogados o expertos. Si los juicios son rápidos o son lentos, si hay interferencia política o corrupción en el aparato de justicia, si las sentencias se ejecutan o no, son asuntos que han sido “establecidos” a partir de la opinión que sobre ellos tienen tal tipo de encuestados y no sobre la base de datos sólidos, provistos por el propio aparato de justicia, debido a que este no los tiene o no los facilita a quien se interese por ellos.

De modo que ese velo que ha cubierto la información –disponible, en el mejor de los casos, solo para los “de adentro”– sobre los términos de funcionamiento efectivo del aparato de justicia ha desembocado en que el retrato de la justicia ha sido trazado sobre opiniones, que pueden tener o no base suficiente en la realidad. En algunos casos concretos se ha demostrado, mediante la realización de investigaciones empíricas, que la imagen existente era falsa. Mencionaré solo un ejemplo, que es mexicano y que conozco en razón de una investigación sobre la justicia comercial en la que participé. En este estudio se comprobó, a partir del análisis de expedientes, que la lentitud de los procedimientos de ejecución de deudas –que es un motivo de denuncias reiteradas de parte de abogados y de entidades empresariales contra el aparato de justicia, que han conformado una imagen de la justicia comercial semejante a una tortuga– y el bajo número de casos sentenciados tienen su mayor fuente de explicación en la propia acción/inacción de las partes, que se valen del proceso judicial como instrumento de una estrategia de cobro en la que el propósito principal no es obtener una sentencia pronta.

El ejemplo sugiere que el aparato de justicia no ha “ganado” manteniendo esos velos espesos y esas puertas cerradas a la información sobre su funcionamiento. Por el contrario, con frecuencia rehusarse a ventilar su funcionamiento ha contribuido a la construcción de una imagen social negativa acerca de él y a alimentar esa generalizada sospecha que hoy prevalece en muchos, si no todos, de nuestros países.

Sin embargo, debe notarse que la subsistencia de esa ideología judicial del secreto –cual sea el fundamento en que se ampare– es todavía un obstáculo formidable que se levanta contra el intento de dar transparencia al funcionamiento de la justicia. Son muchos quienes no advierten el alto precio que se paga por encastillar la función jurisdiccional y creen, a menudo de buena fe, que así preservan su rango y majestad cuando, en los hechos, el resultado es precisamente el contrario.

## ACERCA DE QUÉ ES SER TRANSPARENTE

Acaso una de las razones, o excusas, por las que se ha hecho tan poco desde la academia sobre el funcionamiento de la justicia latinoamericana sea la dificultad o imposibilidad, según los casos, de acceder a la información existente. En varios países ha empezado un cambio que es reciente y es lento. En el caso mexicano, la Suprema Corte ha dado el ejemplo, al hacer públicas sus sentencias y sus debates. Pero hasta hace muy pocos años, cualquier gestión que se hiciera en un país de la región para conocer datos relativamente sencillos del funcionamiento de la justicia se prolongaba durante un largo período hasta obtener una fracción de lo solicitado o concluir en una negativa.

En parte –pero una menor– la demora o la negativa tenían que ver con la inexistencia de la información. Por ejemplo, en materia estadística solo en los últimos años una parte de los poderes judiciales y los ministerios públicos latinoamericanos tienen, ellos mismos, información recopilada y ordenada. Algunas instituciones, como el Ministerio Público chileno, ejemplo ya citado, son ejemplares en cuanto a registro y manejo de datos. Otras, en cambio, siguen recabando algunos datos –a menudo, mal contruidos y, en consecuencia, de poca utilidad– solo para adornar con algunos cuadros esos informes anuales que deben ser presentados públicamente.

El resultado es que hay pocos datos, en ocasiones han sido mal registrados, y muy a menudo no están disponibles. En un país centroamericano en el que trabajé, hace unos años el número anual de muertos por homicidio variaba según se indagara en la policía, la morgue o los juzgados penales. En muchos países, las tareas de confección de datos estadísticos, que desde determinada oficina se solicita a todas las instancias, se confían a quien no es hábil para llevarlas a cabo y las ejecuta con ignorancia o desgano, en ocasiones inventando las cifras. En un país sudamericano, la estadística suma como “casos ingresados” aquellos que llegan al sistema desde fuera con aquellos otros que vienen desde otra instancia del mismo, de modo que establecer cuántos casos nuevos llegan a la justicia cada año o cada mes requiere una compleja labor de desagregación de datos. Aunque en años recientes se ha mejorado mucho a este respecto, todavía hay abierto un margen importante para progresar.

La carencia y la insuficiencia de información estadística tiene que ver con otro rasgo de la cultura jurisdiccional: la falta de planificación. Si para el año próximo, la institución solo prevé hacer lo mismo que este año, no se necesita mayor información para tomar las decisiones rutinarias. Incluso cuando se solicita más presupuesto, muchas instituciones latinoamericanas del sistema de justicia no fundan el pedido en información dura acerca de la demanda que reciben y los recursos que requerirían para atenderla; simplemente, transmiten la decisión adoptada de ampliar juz-

gados, tribunales u oficinas y cuantifican el costo, sin relación alguna con el volumen de trabajo que tienen.

En consecuencia, la información estadística no ha sido vista como una necesidad perentoria de quien está al mando. Esto ha producido un vacío o, en muchos casos, ha dado lugar a información cuantitativa irrelevante, mal diseñada y peor relevada. Pero la falta –o la mala calidad– de la información disponible no explica la negativa a proporcionarla. Lo que se ha llamado la “cultura del secreto” en las instituciones del sistema de justicia tiene raíz en esa actitud, ya referida, de yo-no-tengo-por-qué, que resulta alimentada por el temor de que, en manos de terceros, la información produzca resultados que sean considerados perjudiciales por aquellos que dirigen la institución.

Permítaseme contar otra anécdota ilustrativa. Hace relativamente poco realicé una investigación empírica en un Ministerio Público de la región, gracias a la generosa apertura que se me brindó a sus archivos. Me comprometí a poner a disposición de la cúpula institucional los resultados, antes de que fueran publicados porque, según precisé, no me parecía apropiado que los directivos se enteraran a través de la publicación académica del trabajo. Entre los hallazgos del trabajo de campo hubo aspectos muy positivos pero, obviamente, se detectó determinados sesgos y algunos riesgos derivados tanto de la política institucional como de ciertas prácticas. El informe final se publicará a fines de este año, pero hace unos meses lo puse en conocimiento del responsable de la institución. Y de su silencio debo deducir que no está satisfecho del contenido. Lo lamento pero no me sorprende porque vi antes, en mi país, cómo el examen objetivo del funcionamiento institucional era considerado, especialmente por las jerarquías, como una suerte de traición del académico de quien se esperaba una cierta complicidad aprobatoria y no que hiciera su trabajo seriamente.

Me parece que a la larga se entenderá que el examen, por terceros, del trabajo institucional no lo debilita sino que, al descubrir sus características, abre una oportunidad para robustecerlo. Para que así sea, la institución tiene que mostrar a la luz pública cómo funciona internamente. Esto es, cómo está organizada, cómo recluta su personal, cómo se toman las decisiones jurisdiccionales y no jurisdiccionales, etc. Y no es necesario subrayar que quien cree estar haciendo bien su trabajo no tiene temor a que sea examinado por otros.

En ese marco, el asunto del cómo y el por qué de las decisiones jurisdiccionales es fundamental. Solo muy recientemente se ha empezado a resolver esa contradicción entre el carácter público de los procesos y la inaccesibilidad de las resoluciones. En efecto, en estas reside el núcleo mismo del producto ofrecido por el sistema de justicia y, por lo tanto, resulta de la mayor importancia tanto su publicidad como su análisis crítico. Si de la negación de la primera es responsable una tradición que solo

hace poco las jerarquías institucionales han roto, de la radical insuficiencia de lo segundo es responsable la universidad que, en general, se ha empeñado sin razones en considerar a las decisiones judiciales como un producto secundario del derecho, enteramente prescindible a la hora de estudiarlo y comprenderlo.

Debido en parte al secreto con el que se custodiaba hasta hace poco las resoluciones judiciales —y en la mayor parte de América Latina aún sigue siendo así—, la formación en derecho ha perdido un eje de apoyo, constriñéndose al estudio del derecho tal como está expresado en las normas formalmente vigentes pero sin atención a su puesta en vigor efectivo a través de las decisiones judiciales. “Lo que los jueces harán de hecho, y nada más pretencioso, es lo que entiendo por derecho”, dijo, en un discurso famoso, Oliver Wendell Holmes, padre del realismo jurídico estadounidense. En América Latina ni siquiera hemos discutido a fondo la posibilidad de entender así el derecho.

Para quienes hemos enseñado el Derecho en funcionamiento, conseguir decisiones judiciales con las que trabajar siempre ha sido una dificultad que salvamos mediante recursos informales. Jueces y funcionarios judiciales, basados más en la práctica que en la ley, consideraban las resoluciones un asunto “de interés de las partes”, poniendo de lado su carácter eminentemente público. Vista como una suma de asuntos particulares, la justicia difícilmente podía constituir una temática abordable científicamente. He allí otra de las razones que probablemente contribuya a explicar su desatención académica.

La tradición jurídica solo hacía la excepción del “comentario de jurisprudencia”, destinado a valorar las decisiones de ciertos casos de especial relevancia, pero desconsideraba las sentencias recaídas en los casos ordinarios, es decir, aquellos que afectan a la mayoría. Esa tradición también ha empezado a romperse en los últimos años en varios países de la región. En México, contribuyó a esa ruptura en 2002 un valioso trabajo crítico del magistrado Pablo Ibarra Fernández.

Pero el descuido de la academia con respecto al trabajo de la justicia debe ser mencionado como un factor importante en este cuadro. Tanto los centros de investigación y docencia en Derecho como los de Ciencias Sociales han desatendido el estudio del sistema de justicia. En México se cuenta con trabajos de importancia, como los de Guillermo Zepeda en CIDAC, los de Marcelo Bergman y Ana Laura Magaloni en el CIDE y, por cierto, los de Héctor Fix-Fierro y varios otros investigadores en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pero admitamos que todavía no se cuenta, en los medios académicos, con una masa crítica de información registrada y analizada sobre el funcionamiento del sistema de justicia. En algunos países latinoamericanos esa masa crítica es mucho más pequeña aún.

Ese déficit ha producido una baja demanda sobre el sistema de justicia. Este no ha recibido una exigencia sostenida de producción de información sobre su funcionamiento. También desde este lado, el incumplimiento por la academia de un deber de seguimiento y análisis de la temática de la justicia, se ha contribuido por omisión a la falta de rendición de cuentas.

## **RELEVANCIA DEL DAR CUENTA DEL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN**

El caso del magistrado Ibarra Fernández, recién citado, es ilustrativo del surgimiento de un nuevo tipo de funcionario jurisdiccional –que en un trabajo llamé “disidente”–, surgido en medio de los cambios por los que han atravesado los sistemas de justicia en los últimos años. Menos dependiente del poder –en parte, gracias a las alteraciones introducidas en los mecanismos de nombramiento para hacerlos menos políticos–, más sensible al enorme reclamo social con respecto al aparato de justicia, cuando menos parcialmente liberado de una concepción formalista y legalista del derecho, ese juez o fiscal “disidente” también entiende de otro modo su responsabilidad en la función.

Uno de los elementos que componen esta comprensión es la necesidad de rendir cuentas socialmente. Comprensión que se basa en el reconocimiento de que la independencia en el ejercicio del cargo no es un privilegio del funcionario sino una garantía del justiciable, en cuyo beneficio encuentra verdadera justificación. Comprensión que se rebela ante la impenetrabilidad con la que está organizado el funcionamiento del aparato de justicia, como si uno de sus objetivos fuera hacerlo incomprensible a ojos del ciudadano de a pie, tal como lo retrataron Kafka en *El Proceso* y Orson Welles en la estupenda versión cinematográfica de ese relato. Comprensión que se halla a la búsqueda de formas para hacer entendible cada decisión que, de ese modo, pueda justificarse no solo por haber sido dictada “de acuerdo a ley” sino sobre todo por su razonabilidad, no tanto a la luz de la hermenéutica jurídica sino en términos de la cultura ciudadana.

La visión del desempeño jurisdiccional que resulta alternativa a la tradicional postula una apertura al conocimiento público de las interioridades del funcionamiento del aparato de administración de justicia. Desde esta visión se trata el asunto como un trabajo que, igual al de cualquier otro servidor público, tal como es comisionado y ejercido en nombre de los ciudadanos, debe hallarse expuesto al escrutinio ciudadano.

Es cierto que en la mayoría de países se mantiene el predominio del viejo enfoque que produce sentencias no siempre convincentes pero sí injustificadamente

extensas, a costa de repeticiones innecesarias y citas irrelevantes, como si el valor de la decisión fuera a ser medido no por sus razones sino por su longitud. Un enfoque que ahora trata la independencia judicial –que, en realidad, nunca defendió– como una oportunidad para aislarse socialmente, quedar situado por encima de todos y sin obligación de dar cuenta de sus actos a nadie; esto es, un pretencioso retraimiento que tiende a agravar la postración social de la judicatura.

No obstante, existe hoy un funcionario jurisdiccional que posee una perspectiva alternativa y, aunque es aún minoritario en nuestros aparatos de justicia, debe reconocerse que no habitaba en ellos hace veinte y cinco años. Esto último –más allá de la opción simplista y arbitraria entre optimismo y pesimismo– nos hace percibir, a quienes estamos en el tema, la magnitud del cambio.

El verdadero cambio guarda relación con las nuevas exigencias formuladas a los sistemas de justicia en la región, a partir de condiciones distintas a las prevalecientes hasta hace tres décadas. De un lado tenemos la entronización del mercado como rector de la vida económica. Si el contrato es central en las relaciones económicas, su ejecución a cargo de un juez cuyas razones para decidir sean transparentes y previsibles resulta condición para que el mercado funcione. De otro lado, la democracia como régimen político se ha generalizado en la región. La libre competencia democrática precisa, para resolver conflictos –que no van a seguir siendo resueltos por la fuerza ni pueden ser resueltos por un poder omnímodo y excluyente–, de un árbitro facultado legalmente para imponer soluciones. Si las razones de ese árbitro no son claras y justificadas, el sistema político decae, se desprestigia y puede regresarse al autoritarismo o, cuanto menos, a un escepticismo ciudadano que debilita al sistema.

El mercado y la democracia requieren un sistema de justicia en el que se decida las contiendas sobre la base de criterios que todos conocen y razones que están al alcance de cualquier interesado. La información sobre el funcionamiento del sistema es condición indispensable para hacerlo creíble y para que, por esa vía, sus decisiones puedan ser consideradas como legítimas. En esta atmósfera social, no basta que lo diga el juez o la corte; lo importante –recordando a don Miguel de Unamuno– no es vencer sino convencer, y esto último es tarea de la justicia o, por lo menos, debe serlo.

De modo que la necesidad de dar cuenta del desempeño de la función –abriendo las puertas a quien busca información, comunicando las razones por las que se decide– corresponde, en definitiva, a un objetivo político: la legitimidad del sistema. Hoy, cuando no basta que lo diga el juez para que consideremos legítimamente resuelto el contencioso, los conflictos –tanto de naturaleza económica como política– requieren ser resueltos por una administración de justicia cuyas cartas todos podamos leer.

Así concebida, la transparencia del sistema de justicia también es un antídoto –relativo, claro está– contra ese mal extendido al borde de la metástasis, que es la corrupción en América Latina, y contra una creciente forma de ejercicio profesional que en algunos países se denomina, con eufemística elegancia, “capacidad relacional”; esto es, influir, mediante sus redes de vinculaciones, sobre las instancias de decisión. Colindante con la corrupción, esta capacidad para “llegar” al juez mediante contactos familiares o sociales, es fundamental en una época en la que las reglas morales –y los códigos de ética– parecen haber caído en el desuso. Negociaciones durante una comida, o en una reunión propiciada por amigos comunes, aparecen en la actualidad como una grave amenaza cotidiana a la transparencia del sistema.

La necesidad de una justicia que dé cuenta de sí misma es mayor, si cabe, en aquellos países que, como México, han efectuado recientemente una transición política. El reconocimiento de la pluralidad política y los nuevos conflictos que de ello se derivan han demandado, como todos sabemos, un nuevo papel a los jueces. Un papel en el que, centralmente, se espera que el juez imponga los límites constitucionales y legales al ejercicio del poder. Ese nuevo papel requiere ser desempeñado con transparencia para que no sea considerado como otro fruto de la arbitrariedad. Que el ciudadano conozca y entienda las razones por las que se decide es lo que otorga legitimidad al sistema.

Si el juez y el fiscal efectivamente confieren legitimidad al sistema, a través de un desempeño de cara a la sociedad y no encerrado en los rincones más oscuros de la ley, tal cumplimiento dará legitimidad a su propia función. Una legitimidad de la que, en América Latina, aún estamos lamentablemente distantes.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2011  
Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2011



## Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador

*Claudia Storini\**

### RESUMEN

Las recientemente promulgadas constituciones ecuatoriana y boliviana imponen nuevos paradigmas en lo que concierne a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, y como no podía ser de otra manera, lo hacen igualmente con respecto a las garantías que los tutelan. Este artículo analiza las tensiones que se generan en la denominada aplicación directa de la Constitución y sus significaciones en el plano operativo (obligaciones para jueces y demás autoridades y funcionarios públicos); realiza un estudio de las garantías jurisdiccionales en Ecuador en comparación con las previstas en Bolivia, y advierte de los peligros que implica una interpretación errada de la naturaleza de estas acciones.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, garantías de los derechos, garantías jurisdiccionales, garantías normativas, ley orgánica, procedimiento constitucional.

### SUMMARY

The recently enacted Ecuadorian and Bolivian constitutions impose new paradigms regarding the interpretation and application of fundamental rights, and logically, they just do the same about the guarantees protecting these rights. This article examines the tensions generated in the so-called direct application of the Constitution and their meanings at the operational level (obligations for judges and other authorities and public officials); it conducts a comparative study between the judicial guarantees in Ecuador and those provided in Bolivia; and warn against the dangers of a misinterpretation of the nature of these actions.

**KEY WORDS:** Constitution, rights guarantees, regulatory guarantees, judicial guarantees, organic law, constitutional procedure.

FORO

---

\* Profesora titular en Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra (España), coordinadora del doctorado en Derecho y profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

## **INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. GARANTÍAS GENÉRICAS Y GARANTÍAS JURISDICCIONALES**

**T**odos los ordenamientos modernos añaden al reconocimiento constitucional de los derechos diversos mecanismos de protección de los mismos, que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica. En este sentido, la misma capacidad de los derechos para vincular la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como fundamento real de la constitución material de una sociedad dependerá siempre, en última instancia, de la perfección de sus mecanismos de protección.

Por lo que respecta a Ecuador, en general puede afirmarse que, en comparación con la Constitución de 1998, el nuevo texto constitucional amplía y fortalece el complejo entramado de garantías de los derechos; incrementando, por una parte, los instrumentos de defensa de los mismos; y especificando y desarrollando, por otra, el contenido de las garantías ya existentes en la anterior Constitución. Sin embargo, el nuevo texto constitucional boliviano no aporta cambios trascendentales en el entramado de garantías de los derechos previsto en la Constitución de 1967 (CPB).

La característica más destacada de ambas constituciones es que en ellas ya no se establece una gradación con respecto a la protección de los derechos y libertades. Todos los derechos gozan de un idéntico régimen de protección jurídica reforzada que se logra a través de garantías normativas o abstractas, jurisdiccionales o concretas e institucionales que pueden sintetizarse así:

- Procedimiento agravado de reforma constitucional (artículo 441, Constitución de la República del Ecuador, CRE, y art. 411, CPB).
- Reserva de ley ordinaria en el caso de Bolivia y orgánica en el de Ecuador para la regulación de los derechos constitucionales (arts. 132 y 133, CRE, y artículo 109, apartado II, CPB).
- Obligación del legislador de respetar el contenido esencial de estos derechos (art. 11.4, CRE).
- Garantías normativas (art. 84, CRE).
- Las garantías de políticas públicas, prestación de bienes y de servicios orientados a hacer efectivos todos los derechos y de su formulación y control ciudadano (art. 85, CRE).
- Vinculación directa de todos los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo (art. 11.3, CRE; y art. 410, CPB).

- Previsión de un procedimiento preferente y sumario para la protección jurisdiccional de todos los derechos, de una reparación integral y de instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia o resolución (art. 86, CRE; y arts. 128 y ss., CPB).
- Previsión de unas acciones en garantías de determinados derechos que el constituyente de Ecuador define como de protección, de hábeas corpus, de hábeas data, por incumplimiento y de acceso a la información pública (arts. 88 y ss., CRE); y el de Bolivia como de libertad, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento (arts. 125 y ss., CPB).
- Posibilidad de promover una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional para la protección de los derechos reconocido en la Constitución (art. 94, CRE).
- Carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías (art. 436.6, CRE).
- Revisión por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional de todas las acciones (art. 202.6, CPB).

Hay que tener en cuenta, además, que todos los derechos gozan de otras garantías. Estas son:

1. La protección que supone la existencia de una Corte Constitucional con capacidad para enjuiciar la conformidad de las leyes con los preceptos constitucionales relativos a derechos y libertades, por medio del control de constitucionalidad de las leyes.
2. La vinculación de todos los jueces y tribunales ordinarios a los derechos y garantías constitucionales, y, en especial, a realizar una interpretación de las normas infraconstitucionales favorable a los derechos constitucionales.
3. La institución de la Defensoría Pública o Defensor Público y la Defensoría del Pueblo (arts. 191 y ss., arts. 214 y ss., CRE, y arts. 218 y ss., CPB).
4. La institución de la Fiscalía General del Estado (arts. 194 y ss., CRE) o Ministerio Público (arts. 225 y ss., CPB).

La visión de conjunto de las garantías prevista en ambas constituciones demuestra que, bajo el parámetro de la extensión de los mecanismos de protección de los derechos, la Constitución de Ecuador representa un modelo ejemplar. No obstante, será necesario analizar si –y hasta qué punto– este modelo ejemplar de garantías logrará ser realmente efectivo y, en su caso, cuáles podrían ser las interpretaciones del dictado constitucional que pueden favorecer dicha efectividad.

El conjunto de garantías señaladas comprende distintos mecanismos de diversa índole. En relación con su naturaleza, estos mecanismos pueden catalogarse en dos grandes grupos.

En el primero se inscriben todos aquellos que atienden, en abstracto, a evitar que la actuación de los poderes públicos pueda causar un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos. En razón de este carácter general y abstracto, estos mecanismos se han denominado garantías genéricas, abstractas o normativas. Su finalidad fundamental es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución que desarrollan los derechos fundamentales despojen a estos del contenido y de la eficacia que la Constitución les ha otorgado. Se trata de garantías cuyo destinatario no es el individuo, aunque este puede utilizarlas o invocarlas si conviene a su derecho como también pueden hacerlo los poderes públicos.

En el segundo grupo se inscriben mecanismos que tienen un carácter distinto y que podría definirse como “reactivo”, esto es, mecanismos que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que este considere que se ha producido una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellos y obtener el restablecimiento o la preservación del mismo. Su objeto no es, por tanto, prevenir una eventual actuación de los poderes públicos que, con carácter general, intente menoscabar la eficacia o alcance de los derechos fundamentales, sino ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos. En el Estado de Derecho esta reacción, normalmente, tiene lugar instando la actuación de los órganos judiciales, y por ello los instrumentos que la posibilitan se agrupan bajo la denominación de *garantías jurisdiccionales o procesales específicas*.

Algunos autores se refieren a la existencia de un tercer tipo de garantías, las institucionales, que a su vez también pueden ser genéricas y específicas. Las genéricas están constituidas por los medios de control parlamentario de la acción de gobierno y el derecho de petición, allí donde exista; mientras se hablaría de garantía institucional específica en el caso, por ejemplo, del Defensor del Pueblo o Defensor Público.<sup>1</sup> No obstante, parece más adecuado entender como garantía institucional aquel concepto relacionado con las instituciones que están avaladas en la Constitución<sup>2</sup> y, por

---

1. Así, Antonio Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

2. Se trata de un concepto procedente de la doctrina alemana. Es en Carl Schmitt en quien arranca, como es entre nosotros bien sabido, la figura dogmática de la garantía institucional. La teoría de las garantías institucionales que este autor desarrolla al hilo de la Constitución de Weimar tiene un doble objetivo: de un lado, separar conceptualmente los derechos de libertad de las garantías institucionales; de otro, proclamar la sujeción del legislador con respecto a esas garantías consagradas en la Constitución. La diferencia entre derechos fundamentales y garantías institucionales es obligada para Schmitt, dada su comprensión de los derechos fundamentales. Junto a los derechos fundamentales, cuya garantía, por así decirlo, es para dicho autor natural, consustancial al Estado

tanto, aquellas otras garantías así definidas por algunos autores deben ser reconducidas, en función de su naturaleza, en los dos bloques anteriormente descritos. También hay que decir que a la vista de la extensión y singularidad de este último bloque de garantías, difícilmente abarcables en el limitado espacio de este trabajo, se tratarán aquí tan solo las que se consideran estrictamente como garantías genéricas y jurisdiccionales.

## LAS GARANTÍAS GENÉRICAS

Los derechos consagrados en estas constituciones están sometidos a reserva de ley, ordinaria u orgánica;<sup>3</sup> el legislador deberá respetar su contenido esencial,<sup>4</sup> vinculan a todos los poderes públicos que deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia<sup>5</sup> y para su ejercicio y garantía no podrán exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución.<sup>6</sup>

Estas garantías están estrechamente conectadas entre sí, ordenándose en torno a la garantía del contenido esencial. Por un lado, la garantía del contenido esencial se asienta sobre la reserva de ley; por otro, la vinculación de los poderes públicos puede alcanzar una mayor eficacia merced a la garantía del contenido esencial.

---

de derecho burgués, la Constitución ofrece a determinadas “organizaciones” una “especial protección”. “La norma constitucional –dice este autor– tiene el fin de hacer imposible su supresión por medio de la legislación ordinaria”. No se trata en estos casos de “garantizar una esfera de libertad esencialmente ilimitada”, sino de posibilitar que una determinada institución perviva. En este sentido, la garantía institucional se configura como una garantía frente al legislador. Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción y presentación de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 192 y ss. Sobre garantías institucionales véase Luciano Parejo Alfonso, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981, pp. 17-56; Antonio Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en Sebastián Martín-Retortillo Baquer, coord., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 635-650; así como el estudio monográfico sobre garantías institucionales de la *Revista de estudios políticos*, No. 7, 1979.

3. En el caso de Bolivia se trata de reserva de ley ordinaria prevista en art. 109.II que establece: “Los derechos y sus garantías solo podrán ser regulados por la ley”. La Constitución del Ecuador, sin embargo, prevé reserva de ley orgánica en el artículo 133.
4. Como se verá, solo la Constitución del Ecuador en su art. 11.4 establece expresamente que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.
5. Art. 11.5, CRE.
6. El art. 11.3, primer y segundo apartado de la nueva Constitución, dice: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley”.

## RESERVA DE LEY Y GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

La garantía del contenido esencial y la reserva de ley operan conjuntamente como límite al legislador.

En el caso de Ecuador, es necesario hacer referencia en primer lugar a lo que técnicamente podría definirse como un error del constituyente al reservar tanto a ley ordinaria como a la ley orgánica el mismo ámbito de competencia. En efecto, el artículo 132.1 de la Constitución reserva a la ley ordinaria la regulación del “ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” al mismo tiempo que el artículo 133.1 establece que serán leyes orgánicas “las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

La imprecisión del constituyente en delimitar la diferente operatividad de los dos ámbitos de reserva, podría encontrar una explicación analizada desde la óptica de una protección diferenciada de los derechos, es decir, en aquellos ordenamientos en los que existe una diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales. Así, por ejemplo, ocurre en la Constitución española, donde la reserva de ley genérica se concreta reforzándose en relación con algunos derechos, esto es, los de la sección primera del capítulo segundo.<sup>7</sup> Sin embargo, aunque pueda parecer que el constituyente haya reproducido equivocadamente esta técnica sin tener en cuenta la necesidad de diferenciar los dos ámbitos materiales de reserva, hay que entender que dicha interpretación es inaplicable a la Constitución de Montecristi, ya que, como se apuntó, en ella todos los derechos gozan de idéntica protección. En este sentido, la sobreposición de las dos reservas podría solucionarse a través del análisis de la finalidad y naturaleza de la reserva de ley orgánica.

La reserva de ley orgánica, por un lado, obliga al legislador a que sea él mismo el que regule el derecho, sin posibilidad de remitir esa regulación a la potestad reglamentaria y, por otro, asegura que determinadas materias, consideradas singularmente relevantes, revistan una especial rigidez formal, de manera que la regulación de dichas materias, así como su modificación o derogación, precise de una mayoría cualificada. En otras palabras, con esta previsión se persigue resguardar la formación de estas materias de eventuales modificaciones sucesivas en virtud de la alternancia de mayorías parlamentarias coyunturales.

La ley orgánica tiene una naturaleza material, sin embargo su concreción técnica, la que le ha dado el constituyente, no se ajusta a las características propias de este

---

7. Arts. 53 y 81.1 de la Constitución española.

tipo de ley definida ante todo por su contenido sustancial.<sup>8</sup> Podría decirse, trasladando en este contexto las palabras utilizadas por Garrorena, para el ordenamiento español, que el artículo 133 de la Constitución realiza una “definición material muy poco material” de la ley orgánica.<sup>9</sup> Este artículo no contiene más que una respuesta parcial al problema de la determinación de un ámbito sustantivo.

Más concretamente, en relación con el ámbito que aquí se trata, hay que preguntarse: ¿Qué significado y alcance tiene la expresión “ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”? ¿A qué artículos de la Constitución se refiere esta fórmula? ¿Debe entenderse por ejercicio toda regulación que de cualquier modo afecte a un derecho fundamental o, por el contrario, solo aquella regulación que directamente afecte a estos derechos? Las respuestas a estas preguntas no son inmediatas ni sencillas. Frente a la ambigüedad de las fronteras delimitadoras de esta categoría, no es posible tratar, en este contexto, todas las problemáticas implícitas a la delimitación de los límites que define el ámbito reservado a la ley orgánica, pero sí hay que hacer brevemente referencia a su alcance. Por un lado, es preciso señalar que la reserva de la ley orgánica no implica que las demás normas jurídicas no puedan incidir en los derechos fundamentales. Ello sería del todo imposible, ya que son muy pocas las normas jurídicas que, mediata o inmediatamente, no guarden relación con algún derecho. En este sentido, defender a este respecto un criterio estricto llevaría a la conclusión de que la mayor parte del ordenamiento debería estar constituido por leyes orgánicas. Lo que la Constitución pretende es que por ley orgánica se desarrollen los elementos básicos que configuran el ejercicio del derecho de que se trate y sus garan-

---

8. En efecto, casi no es necesario recordarlo, la categoría “leyes orgánicas” se ha acuñado por vez primera en el marco de la V República Francesa. Esto significa que dicha figura nace en el seno de un sistema jurídico claramente informado por la comprensión de la ley como “ley material”; por ello, los constituyentes franceses identificaron estrictamente el ámbito de la misma con muy concretos y restrictivos supuestos en tanto que el carácter material de este instituto exigía rigurosa y restrictiva especificación de supuestos. Tiene interés, a efectos de su cotejo con la Constitución del Ecuador, determinar el ámbito material reservado a “ley orgánica” por la Constitución francesa de 1958. La Constitución prevé “leyes orgánicas” en los artículos y para los casos siguientes: modalidades de la elección del presidente de la República (art. 6); reemplazamiento en sus mandatos, funciones o empleos incompatibles de los miembros del Gobierno (arts. 13 y 23); régimen de las asambleas (art. 25); delegación de voto de los miembros del Parlamento (art. 27); condiciones de establecimiento de ingresos y gastos (art. 34); voto de leyes financieras (art. 47); Consejo Constitucional (art. 63, 8); estatuto de los magistrados y fiscales (art. 64); designación de miembros del Consejo Superior de la Magistratura (art. 65); consulta al dicho Consejo sobre derecho de gracia (art. 65); organización, funcionamiento y procedimiento de la Alta Corte de Justicia (art. 67); composición y funcionamiento del Consejo Económico y Social (art. 71); la disciplina de algunos aspectos concretos del régimen de las entidades territoriales (arts. 72, 72.1, 72.4, 73, 74). Para un estudio de las leyes orgánicas en la Constitución del Ecuador de 1998 y en el derecho comparado, véase Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005, tomo II, pp. 67 y ss.

9. Ángel Garrorena Morales, “Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 13, enero-febrero 1980, p. 181.

tías. Y, por otro lado, el margen de actuación de las leyes orgánica está limitado. La rigidez formal que caracteriza las leyes orgánicas va acompañada de una limitación material, en prevención de que un abuso de legislación orgánica produzca una “elevación” del ordenamiento y bloquee la posterior actuación del legislador. Por ello, la utilización de leyes orgánicas está circunscrita a las materias objeto de reserva, y aunque reconociendo que este tipo de ley pueda regular cualquier materia, y no solo la que le está reservada, ello no significa que en el futuro el precepto no orgánico quede dotado de fuerza pasiva frente a la ley ordinaria, esto es, que quede sustraído a la disponibilidad del legislador ordinario, que podrá modificarlo o derogararlo. Se defiende aquí una concepción *material* de las leyes orgánicas elaborada en oposición a la definida concepción *formal* según la cual la ley orgánica vendría a constituirse en una nueva forma intermedia entre la Constitución y la ley y a situarse en un escalón jerárquico superior a esta. Como ocurre en la relación entre ley y reglamento, la simple aprobación de una norma con la *forma* de orgánica la dotaría de fuerza pasiva frente a la ley ordinaria, posibilitando una abusiva petrificación del ordenamiento jurídico en beneficio de quienes en un momento dado gocen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del mismo carácter democrático del Estado.<sup>10</sup> No obstante, el constituyente parece no haber reparado en este peligro al establecer en el artículo 425 que “el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

La no utilización del criterio competencial –además del jerárquico– en la redacción de las normas sobre la producción jurídica, creará no pocos problemas a la hora de establecer el régimen de cada una de las fuentes del ordenamiento, las relaciones entre ellas, las forma de aplicación de las normas, etc. (y no solo en relación con las leyes orgánicas), remitiendo en última instancia la solución de todos ellos a la Corte Constitucional y sobre todo a sus criterios de interpretación de la Constitución.

En este sentido, y volviendo a la sobreposición de las reservas de ley orgánica y ordinaria, será el legislador orgánico y, en su caso, la Corte Constitucional a través de sus jurisprudencia, quien delimite los elementos básicos inherentes a cada dere-

---

10. Sobre el concepto de ley orgánica véase, entre otros, Juan María Pemán Gavín, “Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes de derecho”, en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 1, *El ordenamiento jurídico*, pp. 135-168; Mercé Barceló i Serramalera, *La ley orgánica: ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Barcelona, Atelier, 2005; José Chofre Sirvent, *Significado y función de las leyes orgánicas*, Barcelona, Tecnos, 1994.

cho y fije los límites que definen el ámbito reservado a la ley orgánica, dejando a la reserva de ley ordinaria la disciplina de los otros espacios de regulación.

El artículo 11.4 de la Constitución de Ecuador establece que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Aunque el tenor literal de este artículo no hace referencia a un contenido *esencial*, dicha adjetivación debe considerarse implícita ya que esta garantía tan solo cobra sentido puesta en relación con el margen de maniobra del que el legislador dispone, dentro del marco constitucional previsto, para modular las condiciones, formas y efectos del ejercicio de un derecho y de su garantía en la manera que considere más adecuada. Entonces, lo que esta norma garantiza es el obligado respeto de un *núcleo mínimo*, a partir del cual el legislador puede operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio de los derechos.

En la Constitución boliviana la regulación de los derechos y sus garantías se reserva a la ley en previsión de lo establecido por el artículo 109, apartado segundo; sin embargo no existe una mención expresa y de general aplicación al deber del legislador de respetar el contenido esencial de los derechos previstos en la Constitución. Este hecho, que podría, en principio, ser considerado como un olvido del constituyente encuentra su justificación en la misma configuración de los derechos en el texto constitucional, ya que las disposiciones que cubren este ámbito material no se limitan a enunciar los derechos reconocidos, sino que entran a delimitarlos estableciendo además, en la mayoría de los casos, su contenido esencial.

Esta afirmación puede ser sustentada tomando como ejemplo el artículo 26 de la Constitución que establece que:

- I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.
- II. El derecho a la participación comprende:
  1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley.
  2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos.
  3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio.

4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.
5. La fiscalización de los actos de la función pública.

O, el artículo 51, que disciplina el derecho de sindicación de la siguiente manera:

- I. Todas las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a organizarse en sindicatos de acuerdo con la ley.
- II. El Estado respetará los principios sindicales de unidad, democracia sindical, pluralismo político, autosostenimiento, solidaridad e internacionalismo.
- III. Se reconoce y garantiza la sindicalización como medio de defensa, representación, asistencia, educación y cultura de las trabajadoras y los trabajadores del campo y de la ciudad.
- IV. El Estado respetará la independencia ideológica y organizativa de los sindicatos. Los sindicatos gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de organizarse y ser reconocidos por sus entidades matrices.
- V. El patrimonio tangible e intangible de las organizaciones sindicales es inviolable, inembargable e indelegable.
- VI. Las dirigentas y los dirigentes sindicales gozan de fuero sindical, no se les despedirá hasta un año después de la finalización de su gestión y no se les disminuirán sus derechos sociales, ni se les someterá a persecución ni privación de libertad por actos realizados en el cumplimiento de su labor sindical.
- VII. Las trabajadoras y los trabajadores por cuenta propia tienen el derecho a organizarse para la defensa de sus intereses.

Al igual que en estos dos casos, el desarrollo a nivel constitucional de los contenidos de cada uno de los derechos es lo suficientemente extenso como para poder afirmar que el legislador se verá condicionado antes que por un abstracto contenido esencial de los mismos por el contenido de las disposiciones constitucionales que disciplinan cada uno de ellos.

Desde un punto de vista general puede defenderse que la garantía del contenido esencial obliga al legislador a respetar un mínimo en la regulación de cada derecho.<sup>11</sup> Mínimo que puede estar ya definido en la propia Constitución o que puede, por el contrario, encontrarse de manera implícita en la misma. No hay, sin embargo, identidad entre reserva de ley orgánica y contenido esencial en el sentido de que la exten-

---

11. Como es conocido, la garantía del contenido esencial procede del constitucionalismo alemán, donde se incorporó al artículo 19.2 de la Constitución, teniendo su precedente doctrinal en el período de entreguerras. Durante

sión de la reserva de ley orgánica se identifique con el contenido esencial del derecho. Por otra parte, la reserva de ley orgánica no obliga al legislador a agotar la regulación de la materia de que se trate, sino tan solo a regular sus elementos esenciales o configuradores. Ello no quiere decir, sin embargo, que la reserva de ley se limite, en el caso de la regulación del ejercicio de los derechos, al contenido esencial de los mismos. Por el contrario, regular el ejercicio del derecho respetando su contenido esencial supone que el ámbito de la reserva de la ley orgánica es más extenso que el del contenido esencial, salvo que la regulación del ejercicio se limitara al contenido esencial, lo cual no parece que sea viable con carácter general.

---

la vigencia de la Constitución de Weimar, las habilitaciones al legislador por medio de la reserva de ley, lo convierten en dueño absoluto de la institución o del derecho que debía desarrollar. De tal manera que el legislador podía disponer íberamente de la institución o del derecho, con consecuencias claramente contraria a la Constitución. Como medio de vincular al legislador esos principios constitucionales surge la teoría de la garantía institucional de Carl Schmitt considerada generalmente el precedente de la garantía del contenido esencial. Esta doctrina no era aplicable a los derechos fundamentales como tales, sino a determinadas instituciones que debían considerarse más allá de la voluntad de configuración del legislador en el sentido de que este no podía llegar a suprimirlas. En el mismo sentido, pero por referencia ya a los derechos fundamentales, las tesis de Hensel se pueden considerar el inmediato precedente de la garantía del contenido esencial, por más que no utilice expresamente esa fórmula. En efecto, este autor critica los planteamientos de R. Thoma, para quien a través de las reservas de ley establecidas en la Constitución de Weimar muchas normas referentes a derechos fundamentales pasaron de tener fuerza constitucional a tener mera fuerza legal, vaciándose a veces de contenido. Por el contrario, para Hensel, la reserva de ley debía de ponerse en conexión con los valores esenciales inherentes a la Constitución. En ese sentido, cuando el legislador hace uso de la reserva de ley tiene que respetar necesariamente los principios referentes a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sin que esos valores puedan quedar afectados. Se encuentran ya aquí, por tanto, la determinación de un núcleo esencial que el legislador debe respetar al hacer uso de la reserva de ley, así como la referencia a la necesaria ponderación entre valores. Elementos que conforman en mayor o menor medida la doctrina actual de la garantía del contenido esencial. En todo caso, la garantía del contenido esencial viene a formularse sobre el molde de la garantía institucional, construida doctrinalmente en este periodo, precisamente para hacer frente a la debilidad normativa de la Constitución. El sentido de estas dos garantías en la actualidad debe tener en cuenta este origen, ya que su significado se ve profunda e inevitablemente afectado en la medida en que la normatividad de la Constitución es ahora el marco que condiciona su aplicación (Baño León). A pesar de ello, se puede considerar hoy, con P. Häberle, que la existencia de la garantía del contenido esencial es un indicador positivo en todo orden constitucional en que se contempla (o allí donde se ha construido por la jurisprudencia). De ese modo, la existencia de esta garantía indica que el constitucionalismo ha alcanzado su más alto nivel de desarrollo conocido hasta ahora: aquel en el que el respeto a las minorías y a los derechos constituye un valor fundamental que orienta la construcción misma del ordenamiento constitucional. Por tanto, sean cuales sean los problemas que la interpretación de esta garantía plantee, hay un aspecto innegablemente positivo que debe ser contemplado a la hora de realizar una valoración global de la garantía del contenido esencial. Determinar constitucionalmente la obligación del legislador o, lo que es lo mismo, de la mayoría, de respetar un contenido mínimo en la regulación del ejercicio de los derechos es determinar también la obligación del legislador de respetar el pluralismo, de someterse a reglas en su acción política. La normatividad de la Constitución y la garantía del contenido esencial aparecen así estrechamente conectadas, por cuanto la garantía del contenido esencial solo es posible si se parte del sometimiento del legislador a las normas constitucionales, que actúan como límite de su capacidad de decisión política. Pero, al mismo tiempo, la garantía del contenido esencial no es solo un resultado de la normatividad de la Constitución, sino también del sustrato social y político sobre el que la misma se asienta: una sociedad pluralista en la que el respeto a las minorías cuenta con esta garantía última que permite asegurar la vigencia incondicionada de los derechos fundamentales, cuanto menos en el núcleo de facultades que permite identificarlos como tales. Véase Peter

El contenido esencial es, en todo caso, una garantía que opera frente al legislador. Esto no quiere decir que otros poderes públicos no estén obligados a promover la realización de la garantía frente al legislador; los jueces y tribunales, por ejemplo, aplicarán el Derecho constitucional, en su contenido esencial, ante la ausencia de regulación legislativa. Si no existe ley, deberán evitar el perjuicio al derecho aplicándolo en su contenido esencial. Si existe ley y tienen dudas sobre su constitucionalidad, deberán acudir a la Corte Constitucional. Por otra parte, la garantía es también un límite frente a la propia Corte Constitucional en la relación que se genera entre esta última y el legislador a la hora de configurar los derechos constitucionales. Por un lado, limita al legislador porque la Corte Constitucional puede controlar el respeto por el legislador del contenido esencial. Por otro lado, protege indirectamente la función del legislador en la medida en que si esta garantía no existiera, el juez constitucional podría intervenir de manera más intensa sobre la ley. En efecto, la Corte tiene que respetar la capacidad del legislador para configurar el derecho, que le permite dotarlo de contenidos diversos, sin que esa capacidad pueda ser limitada más que cuando el legislador llegase a desfigurarlo.

Se puede decir, por tanto, que la garantía del contenido esencial está orientada directamente frente al legislador; pero actúa también como un límite indirecto frente a la Corte Constitucional.

## **EFICACIA NORMATIVA, APLICACIÓN DIRECTA Y GARANTÍAS NORMATIVAS**

La eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución constituyen, para la doctrina, los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional.<sup>12</sup> Una de las

---

Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson, 2003; Francisco Balaguer Callejón, “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: la garantía del contenido esencial de los derechos”, en Miguel Ángel Aparicio Pérez, coord., *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2001, pp. 93-116; Ignacio de Otto, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Ignacio de Otto y Pardo, Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 93-172; Antonio Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

12. Sobre la normatividad de la Constitución véase, por ejemplo, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, 4a. ed.; Francisco Rubio Llorente, “Constitución”, en Manuel Aragón Reyes, coord., *Temas básicos de Derecho constitucional*, vol. 1, Madrid, Civitas, 2000, pp. 21-25; Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trota, 2003, pp. 49-73.

problemáticas históricamente más debatidas en los ordenamientos en los que la Constitución tiene carácter normativo es el de ser o no aplicable por todos los órganos previsto por el mismo ordenamiento y, fundamentalmente, por los jueces –aplicación directa– o si, por el contrario, constituye solo un mandato dirigido al legislador y que solo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a leyes –aplicación indirecta–. Se trata, en definitiva, de la problemática inherente a si la Constitución es o no en sí misma fuente del derecho. Esta característica de la Constitución no es implícita al carácter normativo de la Constitución y, aun siendo cierto que solo puede ser accesoria de la consideración de la Constitución como norma, la opción por un sistema u otro de eficacia tiene una enorme influencia sobre la operatividad de la Constitución, sobre la adecuación del ordenamiento a ella y sobre el control de constitucionalidad. Si la Constitución solo obliga directamente al legislador y a los demás órganos únicamente de modo indirecto, la adaptación del contenido del ordenamiento a las prescripciones constitucionales dependerá de aquel y, en consecuencia, la única garantía posible será el control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, el sistema de eficacia directa se traduce en que los jueces y, más en general, todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión.<sup>13</sup>

Cuando la Constitución, además de ser norma jurídica, tiene aplicación o eficacia directa, no será solo norma sobre las normas sino norma aplicable, esto es, no será solo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho en sí misma.<sup>14</sup> En este sentido, el texto constitucional de Ecuador establece en el artículo 11.3, apartado primero, lo que se conoce como “aplicación directa” de la Constitución o, en este caso, de los derechos y garantías establecidos en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>15</sup> A su vez, el texto constitucional boliviano hace referencia a ella en el artículo 109, apartado I, estableciendo que “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de igual garantía para su protección”. El concreto término elegido, “aplicación”, es expresivo de los modos de operar de la Constitución. La Constitución –esto quiere decirse– es directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad de recepción alguna por otra fuente del derecho, y en particular por la ley. Lo que impli-

---

13. Sobre los problemas que la aplicación directa de la Constitución plantea al Estado de Derecho, ver Luis María Díez-Picazo, “Constitución, Ley, Juez”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 15, 1985, pp. 9-23.

14. Francisco Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 65 y ss. Reproducido en *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, pp. 90 y ss.

15. Artículo 11.3, CRE: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

ca que la Constitución puede ser “directamente invocada” o “alegada” por los ciudadanos, sin necesidad de hacerla acompañar de precepto legal alguno.

El apartado segundo del artículo 11.3 de la Constitución de Ecuador establece que “para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley”. La redacción de este artículo plantea dos cuestiones: en primer lugar, cabe preguntarse por qué el constituyente no hace referencia, también en este caso, a los tratados internacionales, sobre todo en consideración de la relevancia que dicha referencia puede llegar a tener en la disciplina de algunas cuestiones, como por ejemplo, el ejercicio de los derechos por parte de pueblos y nacionalidades. Y, en segundo lugar, hay que plantearse si, y en qué medida, la remisión a la ley que dicha disposición hace significa una desconstitucionalización en la que el legislador cuente con un margen de actuación ilimitado a la hora de establecer las condiciones de ejercicio de los derechos y de las garantías por parte de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos. No obstante, puede sostenerse que una vez erigidas la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento de todo sistema de derechos, cualquier interpretación sobre su ejercicio debe partir, dentro del marco constitucional, del principio de la búsqueda de su progresiva efectividad, toda vez que la sociedad y el Estado no pueden permanecer ajenos a la garantía de las posiciones jurídicas fundamentales y básicas de todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos que se encuentren en su territorio. Además, la obligatoriedad de esta interpretación viene impuesta por el mismo constituyente al establecer, en el punto 5 del artículo 11, según el cual “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”.

El tercer apartado del artículo 11.3 de la Constitución de Ecuador añade un *plus* a la aplicación directa de las normas constitucionales que disciplinan este ámbito estableciendo que “los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”. Como ya se apuntó, la aplicación o eficacia directa de la Constitución significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones, y además deberá utilizar siempre la Constitución como parámetro para interpretar la ley o para completarla. De ello derivan consecuencias prácticas de gran alcance para los ciudadanos, ya que el sistema de aplicación directa implica que la Constitución por sí misma atribuye derechos sin necesidad de que intervenga el legislador. Todos los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos.

Sin embargo, no puede desconocerse que esta genérica afirmación ha sufrido, como es conocido, importantes matizaciones en relación con todas aquellas normas constitucionales cuya eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura.<sup>16</sup> Esta falta de completitud de buena parte de los preceptos constitucionales, que nada tiene que ver con su carácter normativo, es obvia, y hasta natural en las partes dedicadas a la organización del Estado, pero llega también a afectar las declaraciones de derechos, y aunque los textos constitucionales hayan reducido hasta el máximo esta franja de aplicación indirecta de los derechos, limitándola, siguen existiendo preceptos constitucionales sin aplicación directa hasta que no aparezca la ley necesaria a que ellos mismos de forma expresa o por su propia naturaleza se remiten. Esta técnica, por muy inevitable que sea, no deja de resultar peligrosa para los ciudadanos, tratándose de derechos, o para las instituciones, si es que se trata de normas organizativas. Siguiendo este razonamiento se llega a la conclusión de que determinados preceptos constitucionales, aparentemente polémicos, son normas inequívocas, e incluso normas válidas, pero su eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura.<sup>17</sup> La defensa de estos diferentes grados de efectividad de las normas constitucionales, en relación con los derechos, o más bien con algunos de ellos, como por ejemplo los sociales, lleva a sostener que si bien estos son solemnemente proclamados en todas las cartas constitucionales e internacionales del siglo XX no se trate propiamente de derechos. En este sentido, la falta de prohibición de lesión acarrea que su violación no consista en actos o comportamientos sancionables sino en simples omisiones no coercibles ni justiciables.<sup>18</sup> En razón de ello, durante largo tiempo los

---

16. Según Alejandro Nieto, “identificar normatividad con aplicación directa y control jurisdiccional es un grave error técnico. Conviene, por tanto, colocar las cosas en su sitio: la Constitución es ciertamente una norma: eso nadie puede discutirlo; pero tal afirmación no conlleva la consecuencia de que sea siempre y en todo caso directamente aplicable. Apurando las cosas puede decirse que con la definición de la Constitución como norma se está procediendo a una mera tautología. Porque el problema no estriba en la calificación dogmática de la Constitución, sino en las consecuencias jurídicas que ello comporta. Dicho con otras palabras: desde el punto de vista técnico, la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variados, y en muchos casos (tanto en el Derecho público como en el privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación”. Cfr. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, Nos. 100-102, 1983, p. 387.

17. Así Alejandro Nieto, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, pp. 398 y 395.

18. Así Luigi Ferrajoli, “Prólogo”, en Víctor Abramovich y Cristian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trota, 2004, 2a. ed., p. 9. Más en general sobre la relación entre derecho y garantía véase, entre otros, Roberto Gargarella, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, en *Jueces para la Democracia*, No. 31, 1998, pp. 11-15; Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trota, 2001; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trota, 2007.

derechos sociales ocuparon una posición secundaria dentro de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, desde los años noventa, las demandas por una realización efectiva de estos derechos comenzaron a tomar fuerza también en América Latina. En los principios fundamentales de las constituciones de los países pertenecientes a este continente y en los acuerdos internacionales vigentes en su legislación interna, los Estados se han comprometido a respetar, proteger y dar cumplimiento a derechos tan largamente desatendidos. La relevancia del tenor literal del artículo 11 de la Constitución de Ecuador y del 109 de la de Bolivia, en los apartados que aquí se comentan, reside exactamente en que ambos se inscriben claramente en esta tendencia, eliminando la diferenciación entre derechos y reconociendo a todos la misma eficacia jurídica.

A las garantías hasta aquí analizadas hay que añadir las definidas por la misma Constitución ecuatoriana como “garantías normativas” y previstas en el artículo 84, y las del artículo 85, que podrían calificarse como “garantías de las políticas públicas”.

Según el artículo 84:

la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Por otra parte, el artículo 85 prevé que cualquier autoridad en el desarrollo de las políticas públicas de su competencia deberá adoptar sus decisiones hacia la realización de los derechos. En sentido parecido, el artículo 13 del texto fundamental boliviano establece que el Estado tiene el deber de promover, proteger y respetar los derechos reconocido por la Constitución.

La escasa utilidad de estos preceptos podría definirse como una *petitio principii* del constituyente en tanto que, por lo que concierne al contenido del artículo 84, CRE, y a la luz de las previsiones constitucionales anteriormente analizadas, podría por ejemplo plantearse que, en primer lugar, es implícito al mismo dictado constitucional que cualquier órgano del Estado con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales;<sup>19</sup> en segundo lugar,

---

19. Esta obligación se sustancia en la previsión de una acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional que tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo

admitir que la reforma de las leyes o de otras normas jurídicas puedan atentar contra los derechos reconocidos por la Constitución, implicaría desconocer la existencia de un control de constitucionalidad de las leyes y de las otras normas jurídicas, así como pensar que una reforma de la Constitución pueda atentar contra los derechos que reconoce la Constitución presupone olvidar que, según lo establecido por los artículos 441 y 442, ningún procedimiento de reforma constitucional puede suponer “una restricción a los derechos y garantías constitucionales”. Por otra parte, en relación con el artículo 85, cabe plantearse varias preguntas; así, por ejemplo: ¿puede admitirse la existencia de políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución no orientadas a hacer efectivos estos mismos derechos? O ¿pueden, por sí mismas, las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución vulnerar derechos constitucionales? Los ejemplos podrían multiplicarse a demostración de lo que se apuntó al principio de este trabajo, es decir, que a veces no basta con “garantizar por garantizar”; hay también que pensar en que las garantías prevista realmente añadan mayor eficacia jurídica a los instrumentos existente y no se reduzcan a meras fórmulas retóricas que podrían llegar a entorpecerlos.

## **LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Los derechos solo valen en la medida en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que su titular pueda instar la reacción de los mecanismos de tutela del ordenamiento. Pueda, en suma, accionar ante los tribunales contra la vulneración de su derecho con el fin de conseguir la reparación del daño soportado. En otro caso, los derechos subjetivos no serían otra cosa que simples expectativas de conducta ajena que, careciendo del respaldo de la violencia legítima monopolizada por el poder público, solo serían respetadas en la medida en que lo quisiera el agente de la conducta en cuestión. Únicamente cabe hablar de verdaderos derechos, y no solo de “expectativas”, si las conductas formalizadas en las normas que los reconocen están respaldadas por la violencia legítima del Estado, administrada al caso concreto mediante una resolución firme adoptada en un proceso judicial.

Las garantías que hasta aquí se han examinado, con toda su utilidad, no bastarían para asegurar una protección efectiva de los derechos fundamentales. Proveen, desde luego, a la concreción de las abstracciones constitucionales en términos respetuosos con

---

cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible (artículo 93, CRE).

la voluntad constituyente y concurren al diseño de un complejo de relaciones orgánicas y normativas que permite la emergencia de aquel ámbito de libertad y seguridad reclamado por Montesquieu, pero ni pueden impedir completamente las lesiones singulares de los derechos ni resultan apropiadas como reacción ante las mismas, precisamente por su abstracción y por localizarse en un momento previo al ejercicio efectivo del derecho.

Ambas constituciones otorgan a las garantías jurisdiccionales una relevancia fundamental, se reconocen garantías jurisdiccionales que protegen todos los derechos (acción de protección y acción extraordinaria de protección en Ecuador; amparo constitucional y acción popular en Bolivia), acciones que protegen derechos concretos y que podríamos definir como especiales (acción de hábeas corpus o acción de libertad en la Constitución boliviana, hábeas data o acción de protección de privacidad, etc.) y se reconocen medidas cautelares (art. 87, Constitución de Ecuador), así como en el caso boliviano la posibilidad del Tribunal Constitucional de revisar las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, popular y de cumplimiento.

También es posible distinguir en el caso del ordenamiento ecuatoriano entre las que podríamos definir como acciones ordinarias y extraordinarias, en cuanto se configuren como procesos dentro de la jurisdicción ordinaria o como procesos que se sustancian ante la Corte Constitucional. Y ello en tanto que la Constitución ha previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los mismos jueces y tribunales ordinarios. En definitiva, no solo se ha desdoblado orgánicamente la protección de los derechos fundamentales, confiando su defensa primera al Poder Judicial y una defensa extraordinaria y subsidiaria a la Corte Constitucional, sino que la dispensada por la jurisdicción ordinaria se descompone, a su vez, procedimentalmente, en una protección ordinaria (art. 88) y en varias especiales (arts. 89, 90, 91, 92).

En el caso boliviano la estructura constitucional de las garantías jurisdiccionales es parcialmente diferente en tanto que el constituyente ha mantenido el sistema vigente en la anterior Constitución; es decir, un sistema basado exclusivamente en unas acciones ordinarias ante cualquier juez o tribunal competente, sean ellas en garantías de todos los derechos como el amparo constitucional o la acción popular, o en garantías de derechos concretos como la acción de libertad o la acción de protección de privacidad.

Finalmente, es necesario apuntar que la Constitución de Ecuador dedica el capítulo tercero del título sobre las garantías constitucionales a las disposiciones comunes, es decir, a un conjunto de disposiciones que supuestamente deberían aplicarse en general a todas las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, la efectiva aplicación general profesada por el constituyente para estas disposiciones deberá ser comprobada y, en su caso, matizada para cada una de las garantías jurisdiccionales en tanto que no en todos los casos será posible aplicar dichas disposiciones. En este sentido,

tal vez hubiese sido preferible que el mismo constituyente introdujera dichas matizaciones sin dejarlas abiertas a la interpretación.

Antes de pasar a analizar de manera específica las garantías jurisdiccionales que desde el punto de vista procedimental o material se consideran más relevantes, hay que hacer una breve referencia, en primer lugar, a la acción de hábeas corpus o acción de libertad según el constituyente boliviano, ya que mientras la disciplina de esta última coincide desde el punto de vista material y procedimental con las previsiones de la mayoría de constituciones comparadas, el hábeas corpus previsto por el constituyente de Ecuador presenta varias peculiaridades. Desde el punto de vista procedimental, en aplicación del artículo 86 de la Constitución perteneciente a las disposiciones comunes, los sujetos legitimados a interponerla serán “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad”; esta apertura debe ser interpretada como la consideración por parte del constituyente de que la violación de cualquier derecho no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguno, una consideración que ya estaba presente en el texto constitucional de 1998 (que en su art. 93 admitía que cualquier persona pudiera demandar la libertad de quien se encontrara privado ilegítimamente). Además, el objeto de la misma no se limita a la garantía de la libertad, ya que según el artículo 87 de la Constitución, esta acción tiene la finalidad de “recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”; por otra parte, este mismo artículo prevé que “en caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable”. Es evidente que los tres elementos analizados modifican completamente la configuración del hábeas corpus, dotándole de una significación y de unos efectos mucho más garantistas.

En segundo lugar, cabe analizar brevemente la acción de hábeas data, llamada de protección de privacidad en el ordenamiento boliviano. En ambos casos, la finalidad de esta acción es garantizar a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales que sobre sí mismo, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas en soporte material o electrónico, así como la de garantizar el derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen, el destino y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.<sup>20</sup> Una vez más, las diferencias se producen en relación con los legitimados, que mientras en el ordenamiento boliviano son las personas naturales o colectivas que crean estar afectadas y, en el de Ecuador, en aplica-

---

20. Artículo 130, CPB; 92, CRE.

ción del citado artículo 86 de la Constitución de Montecristi, es cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

En tercer lugar, debe mencionarse la acción de acceso a la información pública prevista por el artículo 91 de la Constitución de Ecuador y desarrollada por los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.<sup>21</sup> Como el mismo nombre indica, se trata de una acción que tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública cuando haya sido denegada expresa o tácitamente, cuando se cree que la información proporcionada no es completa o que haya sido alterada, cuando se ha negado el acceso físico a las fuentes de información o cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma. A tales efectos, se considera información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que en materia de información tengan participación del Estado o sean concesionarios de este.

Por último, hay que hacer referencia a la acción popular prevista en el artículo 135 y 136 de la Constitución boliviana. Esta acción procede contra acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medioambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por aquella Constitución. La acción popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos y para interponerla no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir. Están legitimados para interponerla cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y, con carácter obligatorio, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos. El procedimiento seguido es el de la acción de amparo.

## **ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

### **Naturaleza**

En la Constitución de Ecuador de 1998, las acciones cautelares en garantías de los derechos se configuraban como acciones excepcionales, ya que solo procedían al producirse una vulneración o amenaza de vulneración de derechos causantes de un

---

21. Ley del 10 de septiembre de 2009. Segundo Suplemento del Registro Oficial, año I, Quito, jueves 22 de octubre de 2009, No. 52.

daño grave e inminente, es decir, que el daño para la procedencia de la acción debía ser calificada como grave e inminente.<sup>22</sup> En todos los demás casos se debía seguir la acción ordinaria que declararía la violación del derecho y su reparación.

En la Constitución de 2008 esta acción cambia su naturaleza en tanto que podrá interponerse cuando se trate de evitar una vulneración de derechos, acción preventiva, o cuando debe detenerse el cometido de una violación de derechos, sin importar en ningún caso la gravedad. Además, la configuración constitucional de estas acciones de protección introduce una lógica que rompe completamente con aquella de la Constitución de 1998, y ello en relación con la ubicación de estos recursos en el sistema jurisdiccional configurado, como es sabido, por una jurisdicción ordinaria y una constitucional.<sup>23</sup> Lo que se quiere decir es que las diferentes acciones previstas por la Constitución se configuran como procedimientos ordinarios y no constitucionales; la Corte Constitucional se queda al margen de estos recursos, cuya especialidad no radica en que el juez en estos casos, y solo en ellos ejerce un control de constitucionalidad, ya que todos los jueces como cualquier otro servidor público tienen la obligación de aplicar y controlar el respeto de la Constitución. La especialidad de estas acciones encuentra su fundamento en razón de la especial relevancia del bien protegido, y es exactamente esta especial relevancia la que justifica la previsión de un procedimiento especial que se caracteriza por ser rápido, sencillo, eficaz y con especiales consecuencias jurídicas.

También en el caso boliviano, como ya se apuntó, la Constitución ha previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los jueces y tribunales. En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, el artículo 129, CPB, indica expresamente que esa forma de tutela judicial se ha de reclamar ante cualquier “juez o tribunal competente”.

Ambas constituciones confían al Poder Judicial la defensa de todos los derechos. Se trata de una defensa perfectamente garantizada, pues se atribuye a quien tiene encomendado el ejercicio de la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, esto es, la competencia para asegurar la indemnidad del ordenamiento mediante la fiscalización del proceder de todos sus órganos, de manera que no puedan imputarse al Estado las normas, los actos o las conductas que, sometidos al control de la jurisdicción, no obtengan un pronunciamiento (relativamente) irrevocable de conformidad.

---

22. Acerca de la definición que el Tribunal ha elaborado de estos requisitos véase Rafael Oyarte Martínez, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006, 2a. ed., pp. 124 y ss.

23. Se elimina la posibilidad de recurrir a la resolución del juez ante el Tribunal Constitucional y se prevé que “la sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial”.

La defensa se confía, por tanto, a quien mejor puede dispensarla, tanto por la extensión de sus facultades de control como por las características propias de sus pronunciamientos. Además, la atribución de la competencia para tutelar derechos se lleva a cabo configurándola, a su vez, como un derecho de los titulares, el derecho que habilita a “todas las personas” para “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.<sup>24</sup>

Como ya se apuntó, ambas constituciones han previsto para la protección de los derechos un procedimiento específico de garantía por parte de los jueces y tribunales, desdoblando orgánicamente la protección de los derechos fundamentales y confiando su defensa en primera instancia al Poder Judicial y solo subsidiariamente al Tribunal Constitucional. A este respecto, hay que evidenciar la profunda diferencia entre los dos ordenamientos que aquí se estudian, ya que mientras la Constitución de Ecuador prevé una acción extraordinaria de protección que procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos, la Constitución de Bolivia contempla tan solo una revisión elevada de oficio ante el Tribunal Constitucional de las resoluciones dictadas en las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular.

En lo que respecta a la dimensión orgánica sobre la que se activan estos procesos, los artículos citados anteriormente indican expresamente que esa forma extraordinaria de tutela judicial se ha de reclamar ante los “tribunales ordinarios de justicia”; el dato excluye *a priori* la creación de una jurisdicción específica para la defensa de los derechos fundamentales al margen de los órganos judiciales encargados de las diferentes jurisdicciones “ordinarias”.

La errónea interpretación de la naturaleza de estas acciones realizada en ambos ordenamientos se refleja claramente en el caso boliviano en la Ley No. 027, de 6 de julio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que muy a pesar de su nombre disciplina todas las acciones ordinarias, es decir todos aquellos procedimiento que, en garantía de los derechos constitucionalmente previstos, se desarrollan ante las jurisdicciones ordinarias. Y, en el caso de Ecuador, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la que, como el mismo nombre indica, se reúnen todos aquellos procedimientos jurisdiccionales considerados como “constitucionales”.

Cuanto aquí es defendido encuentra su reflejo en el ordenamiento español, en el que la existencia de una garantía judicial específica para los derechos fundamentales era una singularidad sin equivalentes en el Derecho comparado. Un ordenamiento en

---

24. Artículo 75, CRE; y 115, CPB.

el que no faltan, obviamente, recursos especiales ante tribunales constitucionales o supranacionales, esto es, al margen del Poder Judicial propiamente dicho, o mecanismos procesales de protección de derechos concretos, como el hábeas corpus. Pero, como señala Ignacio Díez-Picazo,

lo que no existe [...] son instituciones procesales de tutela ante los tribunales ordinarios de la generalidad de los derechos fundamentales. Estas instituciones de tutela diferenciada [...], que son típicas de tribunales constitucionales y de jurisdicciones supranacionales, no existen en lo que respecta a los tribunales ordinarios, que tutelan los derechos fundamentales a través de los mismos cauces procesales que los demás derechos.<sup>25</sup>

Por estas razones, el desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución española ha impuesto la creación de varios procedimientos especiales, esto es, uno por cada orden jurisdiccional.<sup>26</sup>

No obstante, más allá de esta equívoca interpretación de la naturaleza de lo que podría ser definido como amparo judicial, lo que parece preocupante con respecto a estas acciones es el problema que se plantea en relación con los requisitos para interponer la misma.<sup>27</sup>

---

25. Este dato llevará al autor citado, entre otros, a cuestionar el acierto de la originalidad del art. 53.2 de la Constitución y preguntarse si no sería suficiente con un régimen de protección que, contando con el remedio excepcional del amparo, se articulara en la jurisdicción ordinaria a través de los procedimientos comunes, sin más especificidad, en su caso, que la arbitrada por medidas concretas que aseguraran alguna celeridad procesal o por el juego de los mecanismos de la justicia cautelar: Ignacio Díez-Picazo Giménez, “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en Andrés de la Oliva e Ignacio Díez-Picazo, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

26. Este desarrollo mediante la creación de una pluralidad de procedimientos (o de adición de especialidades en los existentes) se inició ya antes de que entrara en vigor la Constitución misma, por obra de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que disciplinó la garantía de una parte de los derechos en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo. Con posterioridad, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 2/1979, Orgánica del Tribunal Constitucional, ampliaría el ámbito de la Ley 62/1978 a todos los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Constitución, convirtiéndose así esta ley en la principal norma de desarrollo de aquel precepto constitucional. La Ley 62/1978 diseñó unas garantías civil, penal y contencioso-administrativa que durante muchos años han constituido el núcleo del denominado “amparo judicial”. Hoy día solo continúan en vigor los artículos dedicados a la garantía penal, pues las previstas para los otros dos órdenes han sido respectivamente derogadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) y por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio). Por otra parte, también se han sucedido diversas normas reguladoras de procedimientos específicos para determinados derechos o ámbitos materiales: cabe mencionar los recursos electorales de la Ley 5/1985, Orgánica de Régimen Electoral General; la protección del derecho de reunión prevista en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio; la dispensada al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; o las garantías de derechos fundamentales en el ámbito laboral, disciplinadas en la Ley de Procedimiento Laboral.

27. El artículo 128 de la Constitución de Bolivia establece: “La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley” y

Ahora bien, en cuanto al ordenamiento ecuatoriano, la acción de protección tiene por objeto “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución” y podrá interponerse cuando exista cualquier vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales imponiendo el requisito de la gravedad del daño tan solo en el caso en que la violación proceda de una persona particular.

Por otra parte, el artículo 128, CPB, prevé como único requisito de viabilidad de la acción de amparo constitucional la amenaza de restricción o vulneración de un derecho constitucional.<sup>28</sup> En este sentido, hay que poner de relieve que si bien la Constitución española, al igual que la de Ecuador y de Bolivia, no prevé como requisito de la petición la inminencia de daño grave, sí limita el que se define como amparo judicial a los derechos reconocidos en sus artículos 14 a 29. Además, esta protección especial solo se extiende a lo que en los artículos 14 a 29 de la Constitución pueda definirse como derechos subjetivos, pero no a la totalidad del contenido de estos preceptos, en ocasiones mucho más amplio. Y si bien es cierto que el artículo 129, CPB, introduce la subsidiariedad de la acción al establecer que “La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada [...] ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”, cabe preguntarse: ¿cuáles son los elementos que permitirán discernir el procedimiento ordinario del procedimiento especial?

En el caso boliviano, la solución, para evitar que la casi totalidad de la jurisdicción ordinaria se convierta en acción de protección paralizándolo y volviendo ineficaz este instrumento de garantía de los derechos, ha sido añadir a través de la ley que disciplina esta acción el requisito de la “inmediatez de la protección”.<sup>29</sup>

En este sentido, el artículo 76 establece que “la acción de amparo no procederá cuando exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos

---

el artículo 88 de la Constitución de Ecuador: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

28. El artículo en palabras establece que “La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

29. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, No. 027, del 6 de julio de 2010. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, No. 0149.

y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”. Sin embargo, el legislador de Ecuador hace referencia a “la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.<sup>30</sup>

Establecer cuándo el recurso ordinario garantice o no la protección inmediata o cuándo “no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos”, no será tarea fácil, y hay que presumir que, hasta que la Corte o el Tribunal Constitucional Plurinacional no definan estos requisitos, la totalidad de recursos en garantía de los derechos se tramitarán a través de estas acciones.

### **Legitimación activa**

Acercas de la legitimación para interponer la acción también en este caso es de aplicación el artículo 86.1, CRE, que señala que todas las acciones previstas en la Constitución podrán ser instadas por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

La amplitud de la legitimación reconocida por el constituyente ecuatoriano demuestra claramente que su pretensión es que las vías de protección especial de los derechos no queden ocluidas o limitadas en su acceso por condiciones de legitimación restrictiva.

Por su parte, el legislador no ha especificado dicha legitimación ya que el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad reproduce el texto constitucional, dejando por tanto a la Corte Constitucional la difícil tarea de modular la legitimación en lo que se refiere a la conexión entre el actor y la pretensión sustentada, pero una vez definida dicha conexión entre el elemento subjetivo y objetivo no podrán ser establecidos límites subjetivos de carácter adicional.

Por su parte, la Constitución boliviana no aporta nuevos elementos al esquema clásico, otorgando la posibilidad de interponer la acción exclusivamente a las personas afectadas, a la Defensoría del Pueblo y al Procurador General del Estado.

### **La autoridad competente, el procedimiento y los efectos de la sentencia**

La Constitución ecuatoriana de 1998 se remitía a la ley para la determinación de los órganos de la Función Judicial competentes para conocer las acciones de garantía, a excepción del hábeas corpus, cuya competencia era atribuida a los alcaldes. Por

---

30. Artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, del 10 de septiembre de 2009. Segundo Suplemento del Registro Oficial, año I, No. 52, Quito, jueves 22 de octubre de 2009.

su parte, la Ley del Control Constitucional atribuía esta competencia a los jueces de lo civil, a las cortes superiores de justicia y a los distritales de lo contencioso-administrativo y de lo fiscal del lugar donde se consumara o pudiera producir sus efectos el acto ilegítimo.

La Constitución de 2008, en cambio, establece que será competente para conocer la acción constitucional “la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos”; como ya se apuntó, la segunda instancia es resuelta por las cortes provinciales de justicia eliminándose así la intervención de la Corte Constitucional.

En comparación con la anterior, la nueva Constitución modifica el procedimiento de manera sustancial estableciendo, en este ámbito, un inédito modelo procesal. Según el artículo 86 el procedimiento será oral en todas sus fases e instancias y, por su propia naturaleza, deberá ser sencillo, rápido y eficaz. Se considerarán hábiles todos los días y horas. Las acciones podrán ser presentadas oralmente o por escrito, sin formalidades y sin necesidad de citar la norma infringida. No será obligatorio el patrocinio de un abogado para proponer la acción. Las notificaciones podrán efectuarse por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

Una vez presentada la acción, el juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, la práctica de pruebas podrá ser ordenada en cualquier momento del proceso y podrán ser designadas comisiones para recibirlas. Los fundamentos alegados por la persona que presente la acción se presumirán ciertos cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

La acción se resolverá mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. En el caso de que un funcionario público no cumpla la sentencia o la resolución, el juez ordenará su destitución del cargo o empleo y ello sin perjuicio alguno acerca de su responsabilidad civil o penal. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o la resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. Y, además, los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Las diferencias con respecto al procedimiento previsto por la Constitución de 1998 son considerables: desaparecen todas las formalidades procedimentales, elimi-

nándose, por ejemplo, la obligación de presentar la demanda por escrito, la necesidad del patrocinio de un abogado, así como introduciendo la posibilidad de presentar una demanda oralmente y sin necesidad de conocer la norma que se considera vulnerada siendo suficiente la exposición de los hechos ocurridos. Se aplica el principio de la *restitutio in integris* y se introduce el concepto de reparación para que la misma, a diferencia de la indemnización, pueda configurarse también como resarcimiento inmaterial; el proceso ya no termina con la sentencia sino solo cuando se haya conseguido la reparación integral del daño. Y estas no son más que algunas de las novedades procedimentales introducidas por la Constitución de 2008, novedades que si bien deben considerarse como avances desde el punto de vista de la extensión de las garantías de los derechos y sobre todo del acercamiento de la justicia a todos los ciudadanos, podrían llegar a entorpecer la viabilidad de los procedimientos previstos en la garantía de los derechos y volverse contraria a la misma voluntad del constituyente que, sin duda, era la de crear unos instrumentos para hacer efectivo el estado constitucional de derechos proclamado por la misma Constitución.

En este sentido, no puede dejarse de apuntar algunas dudas en relación a la real eficacia de las acciones sumariamente descritas.

En primer lugar, hay que referirse a la incertidumbre que plantea la previsión de la posibilidad de presentar la demanda verbalmente y sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional a la “exposición clara” de los hechos ocurridos. Y ello porque, a pesar de su relevancia, el constituyente no indicó cuál debería ser el órgano encargado de “traducir” los hechos en derecho. Sin duda, la mejor solución hubiese sido la de prever en las leyes de desarrollo de estos preceptos constitucionales la creación de un órgano especializado integrante del Ministerio de Justicia y encargado de esta función; sin embargo, se ha atribuido al juez la función de adecuar las solicitudes a los requerimientos formales de una demanda por escrito y establecer durante el proceso las normas aplicables o presuntamente violadas, lo cual parece criticable desde el punto de vista de la garantía de la independencia del juez, que al traducir la exposición de los hechos podría llegar a confundir su papel con el del demandante.

En segundo lugar, es obligado referirse a la posibilidad de realizar las notificaciones por cualquier medio, incluso los que podrían definirse como “difícilmente certificables”, como pueden ser una llamada telefónica o un correo electrónico, y cuya utilización podría crear situaciones de incertidumbre que entorpecerían en lugar de favorecer la rapidez del proceso y podrían llegar a configurarse como casos de indefensión.

La Constitución boliviana sigue un esquema procesal mucho más clásico: la acción de amparo constitucional, que podrá presentarse por escrito ante la sala de los departamentales de justicia o el juzgado público de la materia en las capitales de

departamento y en las provincias en los juzgados públicos.<sup>31</sup> Una vez admitida la acción, el juez o tribunal señalará el día y la hora de la audiencia que deberá ser celebrada en las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la demanda.<sup>32</sup> Las audiencias serán orales y se desarrollan bajo la dirección del juez o tribunal escuchando en primer lugar la exposición del accionante y seguidamente la del demandado. La resolución se pronunciará de manera fundamentada en la misma audiencia pública, y en caso de conceder el amparo con ella se ordenará la restitución y la tutela de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados y se podrá determinar la responsabilidad civil y penal del demandado.<sup>33</sup> Este rápido análisis del procedimiento previsto por el amparo demuestra que el constituyente boliviano muy a pesar de las importantes novedades introducidas por el texto constitucional de 2009 y a diferencia del de Ecuador, no ha aportado prácticamente ninguna novedad con respecto a lo previsto en la Constitución de 1967.

## LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Además de estas acciones que podríamos definir como ordinarias en tanto que se desarrollan en los distintos órdenes del Poder Judicial, la Constitución de Ecuador prevé, en su artículo 94, una acción extraordinaria de protección que “procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional”, cuando “se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

Este artículo impone una exigencia de carácter procesal previa a la presentación de una acción extraordinaria de protección o amparo constitucional: agotar el proceso judicial que se ha sustanciado ante los tribunales de justicia ordinarios. Esto significa que el recurso viene a impugnar en realidad una resolución judicial, en la que no se ha obtenido una respuesta favorable para hacer frente a la vulneración del derecho.

De este modo, el objeto del recurso viene delimitado tanto por la resolución judicial como por la conducta, objeto a su vez de la demanda que se ha sustanciado en la jurisdicción ordinaria.

El requisito señalado por el artículo 94 de la Constitución, del agotamiento de la vía judicial, no hace sino confirmar la naturaleza subsidiaria de la acción extraordi-

---

31. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, art. 58.

32. *Ibid.*, art. 61.

33. *Ibid.*, arts. 62, 78 y 79.

naria de protección, ya que para elevar la reclamación a la Corte Constitucional el ciudadano/actor tiene que haber intentado previamente solucionar el conflicto en un proceso judicial ordinario, a través de la vía ordinaria. La falta de cumplimiento de esta condición conllevará lógicamente la inadmisión del recurso o una sentencia desfavorable al amparo solicitado.

La razón de ser de una exigencia procedimental como esta encuentra explicación en la condición de garantes naturales de los derechos fundamentales de los órganos de la justicia ordinaria. Por lo tanto, la intervención de la Corte Constitucional se ha de limitar únicamente a los casos en los que no haya sido posible restablecer el derecho vulnerado por el cauce normal de la tutela judicial. Para ello, es necesario que no haya ningún otro recurso disponible, y que se invoque el derecho fundamental lesionado con el fin de que los mismos órganos jurisdiccionales puedan reparar el daño lesionado.

En la medida en que esta acción se entienda como extraordinaria en relación con la tutela prestada por los jueces ordinarios en materia de derechos fundamentales, la subsidiariedad de la misma solo puede entrañar la necesidad de agotamiento de todos los recursos disponibles por parte del ordenamiento jurídico, a fin de dar la posibilidad a la jurisdicción ordinaria de efectuar esa reparación.

Por todo ello, de entrada debe señalarse que la supremacía de la Corte Constitucional sobre la Corte Nacional de Justicia resulta clara en materia de tutela de los derechos fundamentales en todos los ordenamientos constitucionales europeos y en la mayoría de los de América Latina. En este punto no se plantea ningún problema dogmático, puesto que, según las constituciones de la mayoría de los países que prevén el recurso de amparo este último tiene como función la de remediar las vulneraciones de los derechos producidas por cualquiera de los poderes públicos, incluido, por supuesto, el Poder Judicial. De ese modo, la Corte Constitucional tiene potestad para anular sentencias de los jueces y tribunales, y por lo mismo de la Corte Nacional de Justicia o Tribunal Supremo, con retroacción, o sin retroacción, de actuaciones cuando así lo exija el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho. Aquí la capacidad revisora de la Corte Constitucional con respecto a la jurisdicción ordinaria (incluido, claro está, la Corte Nacional) es indudable, con la única salvedad de que deberá abstenerse de conocer los hechos que dieron lugar al proceso judicial y de efectuar cualquier consideración sobre la actuación de los órganos judiciales que no sea la de concretar si se ha violado el derecho y la de preservarlo o restablecerlo. El recurso de amparo para no ser desnaturalizado debe, por tanto, ser considerado el último recurso en tanto que subsidiario, y por ello la Corte Constitucional la última instancia en la materia.

Cuestión distinta es que el recurso de amparo, así como está configurado, pueda convertirse en la práctica en una ulterior instancia del recurso ordinario, con la co-

rrespondiente sobrecarga de trabajo para la Corte Constitucional, en lugar de, como debiera ser, un recurso realmente extraordinario y quizá incluso excepcional. En este sentido, como se señaló, la nueva Constitución de la República de Ecuador perfila una estricta regulación de tal atribución al establecer en su artículo 94 que la acción extraordinaria de protección puede ejercerse cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.

Constatado que, en lo que se refiere concretamente al amparo o acción extraordinaria de protección, la supremacía de la Corte Constitucional sobre la Corte Nacional de Justicia debe ser definida como “natural”, la cuestión de las relaciones entre Corte o Tribunal Constitucional y la Corte Nacional de Justicia debe plantearse en el marco de la tarea de aplicación-interpretación de la Constitución y de aplicación-interpretación de la ley. Para ello, el modelo de justicia constitucional, que configura el presupuesto mismo de la existencia de la Corte o Tribunal Constitucional, es un referente necesario para enfocar correctamente el tema.

En principio, parecería que esas relaciones solo pueden darse en la materia en que ambos órganos jurisdiccionales participan, esto es, en la justicia constitucional, pero no en lo que podría denominarse justicia no constitucional, ya que esa actividad es ajena a la Corte Constitucional. Según este presupuesto, cabría decir que en el ejercicio de la aplicación de la ley sin aplicación de la Constitución, el tribunal superior, en todos los órdenes, es, sin duda, la Corte Nacional de Justicia. En este ámbito los dos órganos no estarían “relacionados”, sino separados. En cambio, en el ejercicio de la justicia “constitucional”, materia en la que sí actúa la jurisdicción ordinaria y, por lo mismo, la Corte Nacional de Justicia, el tribunal superior, en todos los órdenes, es la Corte Constitucional, como exige el modelo de justicia constitucional al que pertenece la nueva Constitución, y como dispone el mismo artículo 429, de cuya letra se desprende, sin duda alguna, que es el tribunal superior en materia de “garantías constitucionales”.

Ahora bien, este primer planteamiento resulta muy poco operativo, pues sin descartar la existencia de supuestos en que pueda realizarse por la Corte Nacional de Justicia o, más en general, por la jurisdicción ordinaria; en la mayoría de las ocasiones la aplicación judicial de las leyes y los reglamentos será, al mismo tiempo, aplicación de la Constitución, es decir, justicia constitucional, porque la Constitución impregna la totalidad del ordenamiento jurídico. No se dará, en tales casos, una aplicación directa de la Constitución, pero sí una aplicación indirecta o interpretativa. Esta obligación de los órganos judiciales de interpretar las leyes y los reglamentos de conformidad con la Constitución, lo que los norteamericanos llaman la interpretación *in harmony with the Constitution* y los italianos la *interpretazione conforme alla Costituzione*, es algo universalmente aceptado y explícitamente impuesto en algunos ordenamientos, como por ejemplo el español, gracias a la previsión contenida en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica

del Poder Judicial (LOPJ)<sup>34</sup>. Y en esa interpretación “conforme”, los jueces y tribunales han de atenerse a la doctrina del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, tal como reconoce, por ejemplo, para el ordenamiento español el propio artículo 5.1, LOPJ, ya citado, cuyo tenor literal es muy expresivo:

...la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos, que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Por tanto, en la actividad de aplicación directa, o interpretativa de la Constitución, realizada por los jueces y tribunales ordinarios, y, a su cabeza, por la Corte Nacional de Justicia, actividad, pues, de justicia constitucional, está claro que el tribunal superior, en todos los órdenes, es el Tribunal Constitucional.<sup>35</sup>

En resumen, el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y esa interpretación vincula a todos los órganos judiciales, tanto cuando aplican directamente la Constitución como cuando la aplican indirectamente interpretando la norma de conformidad con ella. En esa materia, pues, la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no puede ser otra que la supremacía del primero sobre el segundo.

Todo ello demuestra que la configuración de las relaciones entre Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia realizada por el constituyente no es, como parte de la doctrina ecuatoriana ha defendido, una extravagancia, sino una necesidad implícita al concepto de Constitución como norma que no se limita a organizar los poderes públicos, sino que incorpora una serie de mandos materiales y valores que deben informar todo el ordenamiento y que, por tanto, deben ser observados por el Estado en sus actuaciones e, incluso, por los demás agentes jurídicos, públicos y privados.<sup>36</sup>

De esta forma, la tendencia a hacer efectiva la norma fundamental en los casos concretos y particulares se confunde con el interés público y general de garantizar la regularidad del ordenamiento. La aplicación de la Constitución supera el marco de lo objetivo para convertirse en exigencia de todo sujeto público o privado en sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus intereses.

---

34. Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial.

35. Sobre las competencias del juez ordinario en materia constitucional, véase P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1985, pp. 122 y ss.

36. En este sentido hay que poner de relieve que en el Derecho comparado, la que se configura como “extraña” o “atípica” es más bien la restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial que establece la Constitución de 1998.

## **LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO, DE INCUMPLIMIENTO Y LA ACCIÓN POPULAR**

Lo primero que hay que preguntarse a la hora de hablar de la acción de incumplimiento prevista por la Constitución de Ecuador es si coincide o no con la de cumplimiento establecida por parte del ordenamiento boliviano.

Según el artículo 93, CRE, esta acción tiene como objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. La acción procede cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contiene una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible y en contra de toda autoridad pública y persona física o jurídica cuando actúen en ejercicio de funciones públicas o presten servicios públicos. También procede contra particulares en el caso de que las sentencias o decisiones de organismos internacionales impongan una obligación a un particular determinado o determinable. Para que pueda configurarse el incumplimiento, el recurrente deberá haber reclamado con anterioridad el cumplimiento de la obligación a quien debe satisfacerla, y tan solo transcurridos cuarenta días se configurará el incumplimiento. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional que la declarará improcedente en los casos en que el derecho invocado pueda ser garantizado mediante otra garantía jurisdiccional, se tratara de omisiones de mandatos constitucionales o existiera otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia decisión o informe.<sup>37</sup>

Por su parte el artículo 134 de la Constitución boliviana establece que la acción de cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. La acción se interpondrá por la persona individual o colectiva afectada ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la Acción de Amparo Constitucional. La resolución final se pronunciará en audiencia pública; inmediatamente recibida la información de la autoridad demandada y, a falta de esta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el demandante. La autoridad judicial examinará los antecedentes y, si encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido. Hay que destacar que la Ley del Tribunal Constitucional a la hora de desarrollar esta disposición ha establecido entre otras limitaciones, que la acción no procede contra la Asamblea Legislativa Plurinacional, con la intención de exigir la apro-

---

37. La acción por incumplimiento está desarrollada por los artículos 52 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

bación de una ley.<sup>38</sup> Aunque en principio pueda parecer que dicha limitación desnaturalice la configuración de la acción de cumplimiento, hay que tener en cuenta que el mismo dictado constitucional configura esta acción como una garantía frente al Poder Ejecutivo y a los funcionarios públicos y no frente al Legislativo, ya que si así hubiese sido, dicha acción, en tanto que dirigida a cuestionar la inactividad del legislador, no hubiese podido configurarse como recurso ante la jurisdicción ordinaria ya que –no se puede olvidar– solo el Tribunal Constitucional es competente para declarar una inconstitucionalidad por omisión.<sup>39</sup>

## LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares previstas por el artículo 87 de la Constitución de Ecuador de 2008 equivalen al amparo ordinario establecido en el artículo 95 de la Constitución de 1998 con dos diferencias, ya que la primera no califica de grave la violación ni establece un procedimiento judicial. El requisito para que proceda la medida cautelar es simplemente la inminencia de que se vaya a cometer o se haya cometido una violación. La medida cautelar tiene un único objetivo: prevenir o detener la violación. Si previene la violación, no tendrá sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento; si la detiene el juez, deberá además de resolver la medida cautelar iniciar un procedimiento para determinar la violación y la reparación. Es por esta razón que el artículo 87 de la Constitución establece que “se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección”. En el procedimiento no existe citación, notificación, prueba, validación de lo dicho por el accionante, réplica, resolución formal o apelación; el juez, si considera que el hecho expuesto implica una violación, debe creer y actuar. Sin

---

38. Artículo 89.4.

39. Sobre la inconstitucionalidad por omisión, entre muchos otros, véase Néstor Pedro Sagüés, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 7, No. 2, 2009, pp. 71-79; José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, Derecho comparado, el caso español*, Madrid, Civitas, 1998; Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1997; Ignacio Villaverde Menéndez, “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, No. 8, 1996, pp. 117-154; Manuel Pulido Quecedo, “El control de inconstitucionalidad *ex silentio legis* (por omisión) y el artículo 55.2 de la LOTC”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, No. 3, 2003, pp. 1734-1737; José Julio Fernández Rodríguez, “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, No. 42, 1995, pp. 207-232; Pablo Dermizaky Peredo, “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, No. 6, 2002, pp. 63-72; Alfredo Quispe Correa, “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 4, No. 1, Santiago, 2006, pp. 241-250; Luz Bulnes Aldunate, “La inconstitucionalidad por omisión”, en *ibid.*, pp. 251-264.

embargo, por no ser un juicio contradictorio ni tener un procedimiento reglado –bajo la premisa de que cualquiera es legítimo siempre que sea efectivo y respetuoso de los derechos– la resolución no puede considerarse prueba de un hecho violado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer Callejón, Francisco, “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: la garantía del contenido esencial de los derechos”, en Aparicio Pérez y Miguel Ángel, coord., *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2001.
- Bulnes Aldunate, Luz, “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 4, No. 1, 2006.
- De Otto, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Ignacio Retortillo Baquer, Pablo Dermizaky Peredo, “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, No. 6, 2002.
- Díez-Picazo Giménez, Ignacio, “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en Andrés de la Oliva e Ignacio Díez-Picazo, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- Díez-Picazo, Luis María, “Constitución, Ley, Juez”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 15, 1985.
- Fernández Rodríguez, José Julio, “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, No. 42, 1995.
- *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, Derecho comparado, el caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, traducción de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Madrid, Trota, 2001.
- “Prólogo”, en Víctor Abramovich y Cristian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trota, 2004, 2a. ed.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, 4a. ed.
- Gargarella, Roberto, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, en *Jueces para la Democracia*, No. 31, 1998.
- Garrorena Morales, Ángel, “Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 13, enero-febrero 1980.
- Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trota, 2003.

- Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson, 2003.
- Jiménez Blanco, Antonio, y Carrillo de Albornoz, “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en Sebastián Martín-Retortillo Baquer, coord., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Madrid, Civitas, 1991.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, Ignacio de Otto y Pardo y Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- Martínez-Pujalte, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Oyarte Martínez, Rafael, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005.
- Parejo Alfonso, Luciano, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981.
- Pemán Gavín, Juan María, “Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes de derecho”, en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 1, Madrid, Civitas, 2005.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.
- Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1985.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trota, 2007.
- Pulido Quevedo, Manuel, “El control de inconstitucionalidad *ex silentio legis* (por omisión) y el artículo 55.2 de la LOTC”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, No. 3, 2003.
- Quispe Correa, Alfredo, “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 4, No. 1, 2006.
- Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- “Constitución”, en Manuel Aragón Reyes, coord., *Temas básicos de Derecho constitucional*, vol. 1, Madrid, Civitas, 2000.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 7, No. 2, 2009.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción y presentación de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- Serramalera, Mercé Barceló, *La ley orgánica: ámbito material y posición en el sistema de fuentes*, Barcelona, Atelier, 2005.

Sirvent, José Chofre, *Significado y función de las leyes orgánicas*, Barcelona, Tecnos, 1994.  
Villaverde Menéndez, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, No. 8, 1996.  
— *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1997.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2011  
Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2011

Alfredo Benítez Rivas,  
*Derecho tributario. El Código Tributario Boliviano desde la perspectiva de diversas doctrinas jurídicas*, La Paz, Azul Editores, 2009, 453 pp.

por Pamela Juliana  
Aguirre Castro\*

En la obra que el doctor Alfredo Benítez Rivas nos presenta *Derecho tributario. El Código Tributario Boliviano desde la perspectiva de diversas doctrinas jurídicas*, aunque modestamente sostenga en el prólogo que está lejos de ser un tratado de Derecho tributario, ciertamente lo es; pues comprende un estudio minucioso de todas las áreas que abarca esta ciencia jurídica, estudio que solo podía ser realizado por tan insigne abogado boliviano como resultado de años de investigación y práctica profesional, tanto en la función pública

–Subsecretario del Ministerio de Hacienda de la República de Bolivia– como en el libre ejercicio profesional privado.

El autor busca como objetivo, basándose en la exposición de conceptos doctrinales de prestigiosos tratadistas europeos como latinoamericanos, ofrecernos una obra que se constituye como guía para los operadores jurídico tributarios a la hora de enfocar y resolver los determinados problemas que pueden suscitarse entre el Fisco y el contribuyente, clarificando justamente que la tributación debe ser analizada como pilar fundamental en la construcción de un sistema cohesivo e integral que debe preocupar a toda la colectividad por su trascendencia en la actividad estatal.

Y es precisamente en este orden de ideas, y sin aferrarse a ningún esquema ideológico ni juicio de valor predeterminado, que el autor ubica al lector en la introducción en la actividad financiera del Estado, señalando su naturaleza, enfocada desde las diversas teorías tanto económicas como políticas, para terminar este apartado en las concepciones actuales. Ya en el primer capítulo ofrece un estudio pormenorizado del Derecho financiero, introducción que resulta acertada, toda vez que esta representa la base esencial del funcionamiento de la tributación y su incidencia en los presupuestos generales de las distintas naciones.

En el segundo capítulo, el autor nos introduce doctrinariamente en el Derecho tributario, en su definición y autonomía frente al Derecho civil y al Derecho admi-

\* Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Universidad del Azuay, 2007. Magíster en Derecho, mención en Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009. Asesora institucional en la Corte Constitucional del Ecuador.

nistrativo, y las teorías eclécticas existentes con respecto a este tema, las subramas jurídicas que conforman el Derecho tributario para culminar esta sección con los sistemas de codificación del Derecho tributario y positivamente con un análisis al Código Tributario Boliviano –CTB–, desde una óptica crítica. En el cuarto capítulo nos encontramos con el desarrollo de las fuentes del Derecho tributario precisamente desde la regulación del artículo 5 del CTB, en relación a fuente, prelación normativa y derecho supletorio de la legislación tributaria.

El análisis de la interpretación de las normas tributarias no podía faltar en este estudio, de ahí que comprenda el desarrollo del cuarto capítulo; estudio que resulta necesario, toda vez que, como es señalado por el autor con gran acierto, el Derecho tributario es una ciencia que se constituye a partir de criterios jurídicos y económicos, razón por la cual posee métodos particulares de interpretación que coexisten con los tradicionales, los cuales nos permitirán encontrar la norma aplicable al caso concreto.

En el quinto capítulo, el autor procede a la observación de las normas tributarias en el espacio, sin perder de vista el artículo 2 del CTB y los casos de posible doble imposición interna que pudieran llegar a suscitarse. El sexto capítulo corresponde al análisis de la temporalidad de las normas desde un muy interesante estudio de la irretroactividad de las leyes en general, para en lo particular examinar la irretroactividad de la norma tributaria en base a las distintas teorías, como son la de los derechos adquiridos, hechos cumplidos y la situación jurídica.

La relación jurídico-tributaria es materia del séptimo capítulo, relación que resalta el autor, se suscita entre el Estado, personificado en las distintas administraciones tributarias, y el sujeto pasivo, relación que destaca que no está regida por el poder, sino por derecho en un plano de igualdad, lo que da lugar a la obligación tributaria. A lo largo de este apartado realiza un análisis pormenorizado de los elementos constitutivos de la relación jurídico-tributaria, los sujetos obligados, distinguiendo de una manera sucinta los distintos tipos de subjetividad pasiva previstos en el CTB, mismos que en su generalidad coinciden con los regulados por nuestro Código Orgánico Tributario ecuatoriano (arts. 24 al 29).

Como no podía ser de otra manera, en esta completa obra de estudio del Derecho tributario boliviano, el autor entrega en el octavo capítulo, desde el plano técnico doctrinario al práctico, las distintas categorías de tributos existentes en dicho país, utilizando la clasificación construida por Ataliba, de los tributos vinculados y no vinculados, que a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico tributario, comprende también como tributo no vinculado a las contribuciones de seguridad social. En el noveno capítulo, el autor desarrolla la causa de la obligación tributaria, para lo cual entrega las posiciones doctrinarias que defienden los causalistas y

los anticausalistas; la imposición de los actos nulos o anulables; además, debate si es posible la imposición tributaria de actividades ilícitas, criminosas e inmorales.

En el décimo capítulo, Benítez Rivas realiza la distinción fundamental entre el domicilio civil y el domicilio tributario y su regulación en el CTB. Más adelante, en el decimoprimer capítulo, analiza las causas de extinción de la obligación tributaria previstas en el ordenamiento jurídico boliviano, como son el pago, la compensación, la confusión, la condonación y la prescripción. Cabe destacar aquí que la figura de la caducidad que contempla nuestro Código no está prevista en el ordenamiento jurídico boliviano.

El Derecho tributario administrativo o formal es materia del décimo segundo capítulo, rama especializada del Derecho tributario que analiza precisamente la actividad de la administración tributaria, en las potestades que la legislación boliviana le confiere, como son la determinación, la resolución y la absolución de consultas; así como la manera de manifestar su proceder mediante la emisión de actos de determinación. El capítulo décimo tercero trata sobre el ilícito tributario, comenzando por un estudio acerca de la naturaleza jurídica tanto de las infracciones meramente administrativas como las conductas delictivas; establece, también, la distinción entre “el fraude a la ley” y “la economía de opción”, para aterrizar en el estudio de los delitos tributarios, previstos en el Código Penal y en el Código Tributario boliviano, con todos sus elementos.

Uno de los mecanismos que permite el eficaz derecho a la defensa del contribuyente constituye la posibilidad de impugnar los actos de la administración en vía administrativa, y justamente este es el tema del décimo cuarto apartado, que comienza por un análisis de los sistemas de impugnación en el Derecho comparado, la naturaleza de la jurisdicción administrativa en el ordenamiento del Derecho público boliviano, examina el proceso contencioso-administrativo para terminar con unas acertadas críticas sobre los medios de impugnación existentes en la legislación de dicho país y las posibles reformas que deben ejecutarse.

El décimo quinto capítulo estudia el Derecho constitucional tributario, normas fundamentales sobre las cuales gravita todo el ordenamiento jurídico tributario. Aquí el autor, con gran destreza, establece cuáles son los principios constitucionales de la tributación recogidos expresamente por la Constitución Política del Estado boliviano y aquellos que, sin estar recogidos manifiestamente, forman parte del cúmulo de principios que deben ser observados por los operadores tributarios. Termina esta sección con el desarrollo de lo que él denomina “acción de amparo tributario”, la que se diferencia de la impugnación ante la vía administrativa justamente por los efectos de inmediatez en la protección de derechos del contribuyente, razón por la cual Benítez Rivas la desarrolla en esta sección.

El autor termina este tratado con el estudio, como no podía ser de otra manera, del Derecho tributario internacional: aborda objetivamente las nociones de doble imposición internacional, los atributos de la potestad tributaria, los sistemas adoptados por los países exportadores de capital para evitar la doble imposición, la importancia de los tratados suscritos para evitar la doble tributación, el establecimiento permanente. No escapa a este análisis el tema muy controvertido y en constante discusión del arbitraje como instrumento para dirimir litigios tributarios, incorporado en cláusulas de tratados suscritos entre Estados, tema que ha resurgido en América Latina, sobre todo en lo que concierne a la protección de las inversiones extranjeras.

De todo lo dicho se concluye que la obra presentada constituye un material impecable y de gran valía dentro del examen del Derecho tributario boliviano e incluso latinoamericano, toda vez que, como ya se ha mencionado, la obra ofrece una cantidad innumerable de citas y referencias bibliográficas que permiten al lector confrontar tesis y distintas legislaciones, ofreciendo un panorama amplio sobre el campo jurídico examinado.

Por último, vale resaltar que el conocimiento impregnado por el autor en todas las páginas de este libro posee un valor agregado fundamental, ya que reconoce al tributo como realidad económica y jurídica. Dice con autoridad lo siguiente:

...realidad económica porque consiste en una detracción coercitiva de una porción de la renta o ingresos de los particulares con destino a un ente público del Estado y al mismo tiempo es una realidad jurídica fundamentada en determinados hechos o conductas de las personas que al estar normadas por las leyes, generan obligaciones tributarias.

Programa Andino de Derechos Humanos, *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Programa Andino de Derechos Humanos, PADH/Abya-Yala, 2010, 529 pp.

por Gina Benavides, Gardenia Chávez y Silvana Sánchez\*

El Programa Andino de Derechos Humanos, de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, asumió desde el año 2009, el reto de elaborar una publicación de balance sobre la vigencia de los derechos humanos en Ecuador, con proyección a mantenerla de manera periódica los subsiguientes años.

Esta publicación persigue ser una herramienta para el trabajo de promoción, garantía y exigibilidad de los derechos humanos, con trascendencia política, técnica y pedagógica. Busca promover el carácter integral de los

derechos humanos a través de una reflexión que articule los diferentes tipos de derechos, su articulación, complementariedad e interdependencia.

Se construyó de manera participativa, fomentando los lazos de relación entre organizaciones de la sociedad civil, academia y cooperación internacional, por lo que se define como un espacio alternativo, no estatal, independiente.

El informe tuvo como temas centrales de análisis los derechos de justicia, seguridad y ambiente; y como temas conexos los derechos de información, participación, salud, trabajo, movilidad humana y territorio. Además, cuenta con artículos que dan cuenta de los avances del país en materia de protección internacional de derechos humanos a nivel universal y regional; e incorpora resúmenes de los informes alternativos elaborados por organizaciones de la sociedad civil.

A continuación se presenta una breve reseña de los artículos que lo integran:

## JUSTICIA

### LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO HUMANO: UNA APROXIMACIÓN A SU CONCEPCIÓN Y SITUACIÓN EN EL ECUADOR, VANESA AGUIRRE GUZMÁN

Ubica el alcance del Derecho constitucional a la tutela judicial y sus concreciones en la legislación procesal (el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley

---

\* Programa Andino de Derechos Humanos (PADH).

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); determina que las violaciones a este derecho suceden con mayor frecuencia en el transcurso del proceso. Sostiene, entre otros aspectos, que es absurdo pensar que el aumento *físico* de juzgados contribuya a la renovación judicial, mientras no cambien las prácticas de los operadores de justicia y de los usuarios del servicio, pues la normativa por sí sola no basta.

### **LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL 2009, AGUSTÍN GRIJALVA**

Analiza el fortalecimiento o debilitamiento de las garantías constitucionales en el Ecuador, a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Señala que la ley expresa dos concepciones jurídicas antagónicas: una garantista y otra restrictiva, anclada en el formalismo y legalismo, y que se expresa en disposiciones de dudosa constitucionalidad.

### **AVANCES EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA. BALANCE 2009, GINA BENAVIDES LLERENA**

Ubica algunos avances en la adecuación al nuevo marco constitucional de la normativa, institucionalidad y políticas públicas de justicia. Y como límites destaca: la implementación de políticas centradas en cambios administrativos con pocos avances en los planes sustantivos de práctica y efectividad; pocos avances en reconocimiento de la justicia indígena; incidencia del Ejecutivo sobre el desarrollo normativo, institucional y de políticas públicas; respuestas punitivas frente a las demandas sociales; escasos resultados frente a violaciones a derechos humanos.

## **SEGURIDAD**

### **NUEVOS HORIZONTES Y DESAFÍOS PARA LA SEGURIDAD, GARDENIA CHÁVEZ**

En la Constitución de 2008 el derecho a la seguridad registra un avance sustancial: más de cien artículos configuran un bloque constitucional en el tema. La ley aprobada no se inscribe plenamente en el mandato constitucional; para la autora, es un retroceso en el cumplimiento de derechos, lo que determina una urgente reforma legal. El Plan Nacional del Buen Vivir no maneja lo integral del tema y las metas al 2013 son pocas. La institucionalidad es amplia y sin claridad en los mecanismos de articulación.

**LA LEY DE SEGURIDAD Y SUS IMPLICACIONES PARA  
LOS DERECHOS HUMANOS, FRANCISCO HURTADO**

La Ley de Seguridad Pública y del Estado no se ha adecuado formal ni materialmente a lo previsto en la Constitución del Ecuador; esto permite, según el autor, que su ejecución provoque violaciones de derechos humanos a largo plazo, en función de priorizar las labores de inteligencia, la protección del territorio nacional y el desarrollo de los sectores estratégicos del régimen de desarrollo, por sobre el ejercicio efectivo de derechos humanos de las personas que habitan en el Ecuador.

**AMBIENTE**

**DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL ECUADOR, RICARDO BUITRÓN C.**

En el Ecuador existe un proceso histórico de concentración y acaparamiento del agua. La política de ajuste estructural promovió su privatización. La actual Constitución reconoce el derecho humano al agua, los derechos de la naturaleza, el manejo exclusivo público y comunitario y su no privatización. La propuesta de Ley de Aguas, impulsada en el año 2009, se realizó sin la participación real de las organizaciones vinculadas al tema ni de los usuarios.

**VIGENCIA Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y AMBIENTALES  
EN EL ECUADOR 2009. REPERCUSIONES DE LA APROBACIÓN  
DE LA LEY DE MINERÍA, GLORIA CHICAIZA**

La actual Constitución contiene avances en derechos colectivos, ambientales y de la naturaleza. Sin embargo, la aprobación de las leyes de Minería y de Seguridad Pública profundiza el modelo extractivista. La autora expresa su preocupación en cuanto a las limitaciones impuestas y la criminalización de la protesta, expresadas en el cierre de organizaciones y juicios contra dirigentes.

**VIGENCIA Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS  
Y AMBIENTALES EN 2009. PETRÓLEO, ALEXANDRA ALMEIDA**

La política petrolera privilegia los ingresos económicos y margina los derechos ambientales y sociales de la población. Existe una entrega de licencias que contra-venien los derechos constitucionales. El gobierno implementa un programa de reparación ambiental y social, pero faltan decisiones fuertes para no ampliar más la

frontera petrolera y para aplicar procesos de reparación integral. Es urgente la derogatoria del Decreto Ejecutivo 1040, que reglamenta la participación social.

### **LA REGIÓN AMAZÓNICA ECUATORIANA: NATURALEZA Y DERECHOS COLECTIVOS EN EL OJO DEL HURACÁN, MARIO MELO**

El autor reseña casos paradigmáticos que sucedieron en el 2009, de violación de los derechos de la naturaleza y derechos colectivos de pueblos y nacionalidades: el Eje Multimodal Manta Manaos; la iniciativa ITT; la normatividad y políticas para la explotación minera industrial en la cordillera del Cóndor; concesiones y privilegios para misiones católicas en la región amazónica; el cierre de radio La Voz de Arutam; el ataque de los pueblos del Yasuní y el caso de Sarayaku. Los casos evidencian que el poder gubernamental continúa atado al modelo preconstituyente, desarrollista y extractivista.

### **EL CASO TEXACO: UN TRABAJO POR LA RESTITUCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS Y DE LA NATURALEZA, PABLO FAJARDO MENDOZA Y MARÍA GUADALUPE DE HEREDIA**

La demanda que promueven pobladores y comunidades indígenas, por daños humanos y ambientales, contra la empresa Chevron (antes Texaco) se inició en 1993, ante tribunales de EE.UU. En el 2003, el caso pasó a ventilarse ante los tribunales ecuatorianos. A la fecha en que se escribió este artículo, los autores destacaron que habían transcurrido más de seis años sin que el proceso haya merecido sentencia, en lo principal, por las manipulaciones, dilaciones y campañas de intimidación promovidas por la empresa.

### **OTROS DERECHOS**

#### **DERECHO A LA COMUNICACIÓN: AVANCES, DIFICULTADES Y EXPECTATIVAS, ROMEL JURADO VARGAS**

Analiza el marco constitucional y legal relativo a la comunicación y destaca los aportes de la Auditoría de Frecuencias de Radio y Televisión, que a su vez actúan de marco sociopolítico para explicar la tensa relación entre gobierno, los periodistas, los medios, las organizaciones sociales y los políticos de oposición. Examina las cuatro propuestas de la Ley de Comunicación y del proceso para su aprobación.

**DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y DERECHO A PARTICIPAR,  
JUAN PABLO AGUILAR**

El autor plantea que el derecho de participación, en la actual Constitución, es un elemento fundamental de la organización estatal; empero, los instrumentos participativos no son suficientes para concretarla. La participación no puede nacer de las leyes sino de una acción política que modifique los esquemas tradicionales de toma de decisiones. Los temas de interés colectivo pasan por la representación o la protesta. Por ello, critica la confusión entre el espacio de lo público con el estatal. En suma, en el Ecuador se adoptan leyes sin participación, fortaleciendo un poder personal y autoritario.

**LOS DERECHOS LABORALES. LÍMITES Y ALCANCES  
DE LAS REFORMAS, ANGÉLICA PORRAS VELASCO**

Identifica avances y límites de la nueva regulación constitucional en el ámbito laboral y esboza los principales desafíos para su implementación. Parte de un breve acercamiento histórico a las principales variables del mercado laboral ecuatoriano así como a las regulaciones laborales que le han acompañado, para luego analizar los cambios que introduce la nueva Constitución en esta materia.

**REGRESIÓN LABORAL EN EL ECUADOR Y SUS CONSECUENCIAS:  
GOBIERNO DE RAFAEL CORREA, DIEGO CANO MOLESTINA**

Analiza la real vigencia de los derechos sindicales y laborales, durante el gobierno de Rafael Correa, en el cual, según el autor, se ha impulsado una serie de contrarreformas que afectan los derechos sindicales y laborales. Se vive, pues, un estado de inseguridad, indefensión y persecución que pone en riesgo la existencia de las organizaciones sindicales y la defensa de lo público. Los problemas de desempleo y subempleo se han agravado, dando lugar a la aparición de una segunda etapa de desregulación y flexibilización laboral.

**DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MOVILIDAD. AVANCES,  
LIMITACIONES Y RETOS EN EL AÑO 2009, JAVIER ARCENTALES ILLESCAS**

Señala que la adecuación normativa en la materia al nuevo marco constitucional no ha progresado; por el contrario, se ha estancado. Así, la institucionalidad y políticas públicas manifiestan dispersión, y reproducen concepciones de “seguridad”.

La legislación adoptó medidas restrictivas: restablecimiento del pasado judicial, reforma al reconocimiento de refugio, intensificación de controles militares y policiales, incremento de procesos de deportación. No existe una sólida política de regularización. Los programas de atención a emigrantes y sobretrata de personas son débiles y ausentes, particularmente en los casos del tráfico de migrantes y desplazamiento forzado.

### **HACIA UNA CONSTRUCCIÓN EMANCIPADORA DEL DERECHO A LA SALUD, JAIME BREILH**

Ubica las bases teórico-metodológicas para una construcción integral del derecho a la salud y el avance de su *justiciabilidad*. Analiza tres elementos clave: a) el principio interpretativo de la determinación social de la salud; b) la perspectiva del derecho a la salud como proceso complejo, individual y colectivo, que abarca mucho más que el acceso a prestaciones individuales; y, c) la necesidad de transformar la noción de bioética, hacia una ética de la salud.

### **IMPACTOS DE LA FLORICULTURA EN LA SALUD Y AMBIENTE. EL CASO DE LA CUENCA DE GRANOBLES (TABACUNDO-CAYAMBE), YLONKA TILLERÍA**

La autora revela cómo la floricultura genera afectación sobre la población trabajadora, sometida a labores intensivas, de ritmo alto, rutinarias y con poco tiempo de descanso. Existe una práctica de uso de plaguicidas indiscriminada, que genera contaminación de suelos y del agua de las cuencas hidrográficas, lo cual evidentemente afecta también a la salud de las personas.

### **DERECHOS, TERRITORIO ANCESTRAL Y EL PUEBLO AFROESMERALDEÑO, JUAN GARCÍA Y CATHERINE WALSH**

Explora el entrettejido de territorio y derecho ancestral y su significado como el derecho humano más grande y primigenio. Para los autores, existe una evidente pérdida del derecho al territorio ancestral en Esmeraldas; analizan las amenazas que se han presentado, particularmente frente a la agresión continua de actores externos y las limitaciones y desconocimientos de los derechos de las comunidades.

## **SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

### **RECOMENDACIONES RECIENTES A ECUADOR DE LOS ÓRGANOS DE LOS TRATADOS Y DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, ESTHER ALMEIDA**

Presenta las principales recomendaciones emitidas sobre el país por los órganos y procedimientos del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en los años 2008 y 2009. En cuanto a la labor de los órganos de los tratados, el artículo se centra en las recomendaciones provenientes del análisis de los informes presentados por el Estado ecuatoriano en el referido período, relacionados con los derechos civiles y políticos, la discriminación racial y la discriminación en contra de la mujer.

### **LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES. ECUADOR, AVANCES Y RETOS, MONI PIZANI**

Destaca los avances legales y constitucionales en el reconocimiento del derecho de las mujeres, pero establece que persisten situaciones de inequidad en los temas como pobreza, violencia contra la mujer y acceso a la justicia. Así, pone de relieve que, de cada cinco hogares pobres jefaturado por una mujer, el 20% está en nivel de indigencia. Un 41% de las mujeres encuestadas declara haber sido víctima de violencia psicológica, un 31% afirma haber sufrido violencia física y un 12% sexual. Sin embargo, el sistema judicial no da respuestas efectivas a las denuncias sobre delitos sexuales y violencia intrafamiliar.

### **LOS SISTEMAS EDUCATIVOS EN LA PERSPECTIVA DEL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN. REFERENCIAS PARA LA REFLEXIÓN, MAGALY ROBALINO**

Presenta los antecedentes de la Declaración Mundial Educación Para Todos (EPT), su estado actual y el cumplimiento de sus metas en Latinoamérica y el Caribe con énfasis en el Ecuador. Toma como base los últimos informes mundiales de monitoreo de los objetivos EPT e información documental oficial. Analiza algunos indicadores actuales de la educación ecuatoriana, en relación con las transformaciones recientes en la institucionalidad del país, y señala algunos retos y desafíos, en orden al cumplimiento de las metas de EPT en el 2015.

**AVANCES Y RETOS EN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN EL ECUADOR, JOSEP HERREROS Y LUIS VARESE**

El artículo ubica la dimensión del refugio en el Ecuador. Alrededor de 135.000 personas residentes en Ecuador tienen necesidad de protección internacional, la mayoría colombianos. Estudia la proclama constitucional de la ciudadanía universal y analiza la política del gobierno en materia de refugio, en particular, la implementación en 2009 del Registro Ampliado (RA), para garantizar el acceso al proceso de reconocimiento de forma ágil y precisa y a través del cual ha logrado reconocer y documentar a decenas de miles de personas refugiadas colombianas en la frontera norte.

**EVALUACIÓN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE ACCIÓN DE DURBAN, JUAN OCLES ARCE**

Desde el 2001, en que se adoptó la Declaración y el Plan de Acción de Durban, el Estado ecuatoriano, sostiene el autor, no ha aplicado una política sostenida, integral, que fomente una amplia aplicación de este plan. Aunque se han implementado una serie de mecanismos que le ayudan en este propósito, sin embargo, el nivel de racismo y discriminación en el país es muy alto (bordea el 10% de personas que se reconocen abiertamente racistas). Es necesario redoblar los esfuerzos para cumplir con la Constitución de 2008, y los instrumentos internacionales de protección.

**ECUADOR ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO 2009, CÉSAR DUQUE**

Para el autor, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el país se ha pronunciado de manera sustantiva sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, desde la década de los noventa. Además, ha emitido medidas cautelares y una visita *in loco*, que motivó varias recomendaciones, cuyo cumplimiento ha supervisado a través de diversos informes de seguimiento. En el año 2009, ha conocido y resuelto algunos casos. Su uso, empero, plantea una serie de límites y retos.

João Bosco Coelho Pasin, *Derecho tributario y ética*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2010, 272 pp.

por Andrés Pretelt Arango\*

Varias veces dentro del sistema constitucional se ha expresado la necesidad imperante de regir al sector público en términos de legitimidad, dejando al derecho sustancial y formal públicos como guardas del respeto a los derechos fundamentales de los administrados. Tal vez no existe una especialidad del Derecho público donde lo anterior pueda ser más visible que en el ámbito tributario. Es en la relación jurídico-tributaria donde los principios generales del derecho pueden hacer su aparición, resaltando los

valores del *pro hominem* en cada una de las actuaciones de la administración tributaria. Sin embargo, no se puede reducir el estudio del Derecho tributario y sus principios –como ya se lo ha hecho– a los contenidos del artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador,<sup>1</sup> sino que debe expandirse el análisis de los mismos más allá de lo convencional, situación que se repite en los análisis de los principios tributarios españoles<sup>2</sup> y brasileros.<sup>3</sup>

El trabajo de João Coelho Pasin da un paso interesante al anexar el estudio de la moral, en la presentación del principio de moralidad, frente a las actuaciones de la administración y los contribuyentes partiendo de las experiencias en la legislación española y rescatando las vivencias del sistema jurídico de su país, el Brasil, que en la Constitución tiene positivizado el “principio de moralidad” como fundamento basilar de la actuación de la administración pública.<sup>4</sup>

El nivel de esta investigación es muy elevado: es una tesis doctoral en Derecho de la Universidad de Salamanca, dirigida por Eusebio González García (†),<sup>5</sup> y a su vez contiene un ensayo preliminar de José Luis Pérez de Ayala;<sup>6</sup> este último refiere de la

---

\* Abogado y egresado en Finanzas, maestrante del Programa Internacional en Derecho con mención en Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Es decir a los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449, 20 de octubre de 2008.

2. Principio de Igualdad y Progresividad. Constitución española de 1978, artículo 31.

3. No se establecen principios en forma taxativa, pero se coligen los principios de capacidad económica, no confiscatoriedad e individualización de los tributos. Constituição da República Do Brasil 1988, artículo 145.

4. Constituição da República Do Brasil 1988, artículo 37.

5. Falleció el 2 de noviembre de 2008, lo que ocasionó una pérdida irreparable para el desarrollo del pensamiento del Derecho tributario en España y en toda América Latina.

6. Conde de Cedillo y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de la Corona.

obra que: “[...] es una magnífica exposición sobre la moralidad de la administración tributaria con referencia a los fundamentos éticos de la imposición de los teóricos italianos de la *causa impositionis*, y en la línea escolástica-tomista de la escuela de Salamanca”.<sup>7</sup> Expresión puntual y reveladora de la obra de Coelho Pasin.

*Derecho tributario y ética* se divide en tres partes importantes: “Introducción”, “Bases fundamentales” y “Bases analíticas”; se trata de un buen ejemplo para estructurar investigaciones académicas, ya que la manera como se desarrollan las ideas lleva a conclusiones comprensibles, sin por ello dejar de ser innovadoras y con la profundidad que requiere una tesis doctoral.

La introducción de la obra se plantea varios retos: primero, el objeto de la investigación, que es el estudio de la aplicabilidad del principio de moralidad en el Derecho tributario y la incidencia de los principios generales del derecho desde la teoría general, evidenciando el carácter instrumental de la Filosofía del Derecho, en especial en lo atinente a la hermenéutica, utilizando la moral como el prisma con el cual apreciar las relaciones jurídico-tributarias.

En segundo lugar, se plantea los antecedentes que se adentran al desarrollo de la moralidad en la Antigua China con el pensamiento de Confucio, Mencio y Xunzi (551-238 a.C.), y en la India de antaño con Kautilya (siglos IV-III a.C.) con su obra *Arthashastra*, que inspiró el pensamiento occidental de Max Weber. Realmente un análisis histórico valioso y fuera del estilo convencional.

En tercer lugar se contempla el origen científico del estudio de la moralidad pública; Coelho Pasin atribuye a Maurice Hauriou la autoría en el desarrollo de sus estudios sobre moralidad institucional. Hauriou expresa que:

[la moralidad] proviene del hecho de que todo aquel que posee una conducta hace necesariamente la distinción entre el bien y el mal. Como la administración tiene una conducta, hace esta distinción al mismo tiempo que diferencia lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito, lo honroso y lo deshonroso, lo conveniente y lo inconveniente. La moralidad administrativa es, en general más exigente que la legalidad.<sup>8</sup>

Un silogismo del que parte el autor para desarrollar su investigación, y más adelante analizar el desvío del poder.

En cuarto lugar, se analiza el papel del Derecho público, ya que el estudio se marca alrededor de la institucionalidad, más explícitamente del Derecho institucionalista que tiene un amplio desarrollo como movimiento doctrinal que exalta lo

---

7. José Luis Pérez de Ayala, “Ensayo preliminar”, en João Bosco Coelho Pasin, *Derecho tributario y ética*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2010, p. 30.

8. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, Recueil Sirey, 1921, pp. 352 y 353.

estatal, y ya que el Estado es considerado la mayor de las instituciones, la naturaleza pública de la moralidad institucional es indiscutible.

En quinto lugar, el autor destaca que en los últimos tiempos se ha dado un especial interés al estudio de la ética pública, otorgándole autonomía académica, y específicamente a la ética administrativa. Destaca que la corrupción ha llegado en los últimos tiempos a niveles muy preocupantes, lo que pone de manifiesto la crisis de la moralidad institucional y la moral ciudadana; así también, la legislatura y la jurisprudencia, tanto en el *civil law* como en el *common law*, respectivamente, no han dado una solución efectiva a la conducta inmoral y contraria al interés público.

En sexto lugar, la imposición y la moralidad pública son estudiadas desde la perspectiva de la ética tributaria que, en términos de Tipke: “[...] es la teoría que estudia la moralidad de las actuaciones en materia tributaria desarrolladas por los poderes públicos –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– y por el ciudadano contribuyente”.<sup>9</sup>

La preocupación del autor es en doble vía: le preocupa la moralidad objetiva que practica la administración, y a su vez la moral subjetiva desde el ciudadano contribuyente; así, la ética tributaria debe de ser considerada como un capítulo relevante dentro del estudio del Derecho tributario.

En séptimo lugar, el estudio del principio de moralidad y su aplicación es de importancia si el objetivo perseguido es el bien común. Por ello, debe asegurarse la implementación del principio mencionado en un sistema impositivo, como principio rector de las actuaciones, no solo de las relaciones jurídico-tributarias, sino de toda la Administración Pública.

Como última consideración de la introducción, el autor –basado en Tipke– menciona la necesidad de alinear la ética tributaria con la ética de los derechos humanos fundamentales. Por ello, sostiene que la defensa de la ciudadanía por medio de la fiscalidad no debe ser vista como una utopía. Es decir, que la línea de investigación del autor nos lleva a concebir al sistema tributario como una poderosa herramienta para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, en un sistema garantista, protector del ciudadano, concepto nuevo y alejado de los conflictos entre administración y contribuyente.

En el apartado que se ocupa de las “Bases fundamentales”, dentro de la noción del principio de moralidad, es trascendental la equiparación de este con los principios de justicia, los cuales son mandatos supremos, rescatando a su vez que una especie de estos últimos, los principios generales del derecho, tienen tres características básicas: ser inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, como ocurre con los derechos humanos fundamentales. Dentro de los principios de justicia, los únicos

---

9. Klaus Tipke, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 21.

exigibles por someterse a positivización son los principios generales del derecho, es por ello que se hace necesario el estudio de sus fuentes. A pesar de que los mismos principios son fuentes de derecho, estas últimas se pueden dividir en formales u objetivas, y materiales o subjetivas; las fuentes formales del derecho son siempre escritas y se encuentran en la legislación o en la jurisprudencia; las fuentes materiales del derecho son subjetivas y no tienen ningún tipo de reconocimiento formal, aunque podrían coincidir con situaciones contempladas en el ordenamiento jurídico.

Al autor le interesa analizar las fuentes del Derecho público estrictamente, por lo que recrea las siguientes fuentes: normas constitucionales, normas no constitucionales, normas consuetudinarias en sentido estricto, normas consuetudinarias, en sentido lato, y los principios generales del derecho. Podría discutir con el orden, pero respeto la exposición del autor. El interés es llegar hasta las fuentes del Derecho tributario, que son las mismas del Derecho público, por ser el primero una especie del segundo. La particularidad está en la hermenéutica, en cuanto a la metodología económica o jurídica necesaria para entender los principios generales del derecho. En el caso puntual de la existencia de lagunas jurídicas u oscuridad, se analiza la opción de la analogía *juris* y de la analogía *legis*.

Coelho Pasin procede a analizar los fundamentos de la justicia tributaria, para ello menciona que los problemas centrales del Derecho tributario constituyen, en primer lugar, los fundamentos mencionados; y, en segundo lugar, señalar fehacientemente los límites del Estado en la determinación y recaudación de tributos a lo largo de la historia, precisando que no se puede dejar a una sola materia este desafío, sino que han debido intervenir el Derecho, la Economía, la Filosofía, la Teología, entre otras,<sup>10</sup> por eso considera no separar lo uno de lo otro.

Igualdad, objetividad y seguridad jurídica pueden constituir los principales fundamentos de justicia tributaria, y deben cubrir todos los segmentos de los tributos, en cuanto a lo normativo y lo aplicativo. Cita a Neumark para analizar varios principios, dividiéndolos primero en postulados éticos, jurídicos y políticos, agrupando a los principios de generalidad, igualdad y proporcionalidad; y después en postulados de una justa técnica fiscal aglomerando a los principios de congruencia, transparencia, factibilidad, continuidad, economicidad y comodidad,<sup>11</sup> anexando al estudio los principios de objetividad, subsidiariedad y seguridad jurídica, cada uno de ellos desarrollados en el texto.

---

10. Ottmar Bühler, *Principios de Derecho internacional tributario*, serie IV, vol. XIV, *Tratados de Derecho financiero y Hacienda Pública*, traducción de Fernando Cervera Torrejón, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1968, p. 191.

11. Fritz Neumark, *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*, traducción de José María Martín Oviedo, Colección *Tratados de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Madrid, Derecho Financiero,

En el acápite que revisa las “Bases analíticas”, el autor, a través de un excelente antecedente histórico sobre la ética tributaria, inicia la estructuración de su análisis, deduciendo que, tanto en el Viejo como en el Nuevo Mundo, el impuesto se convirtió en una herramienta de confiscación para las diferentes formas de Estado, en especial el monárquico. Se parte de la necesidad de analizar la moralidad dentro de la ética tributaria, de ahí su vinculación lógica con el principio de moralidad cuyo estudio repercute en pensar una administración tributaria que toma una postura acorde con la política fiscal del gobierno. El cumplimiento o no de estos parámetros por parte del ciudadano es un punto de partida de la moral tributaria, pero la medida real estará siempre en el *quantum* recaudado. También el efecto de la desviación de poder generará repercusiones económicas, ya que puede incidir en el comportamiento de los agentes económicos, pero siempre contra la realización del bien común y la paz pública.<sup>12</sup>

El orden jurídico, en su forma positiva y natural, forma parte de los elementos del Estado junto con los elementos materiales –pueblo y territorio– y es expresión de la soberanía estatal, *suprema potestas imperio*; esto en el ámbito tributario es mucho más visible en el concepto de soberanía tributaria,<sup>13</sup> el cual no es ilimitado y responde a los principios de democracia. El autor recrea la diferencia entre poder tributario y potestad tributaria, en sus propias palabras “potestad tributaria normativa” y “potestad de imposición”.<sup>14</sup> Esto es importante porque desemboca en el estudio de la moralidad tributaria dentro de las diferentes funciones del Estado o por lo menos las tradicionales, en el campo de la ciencia política: Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

La moralidad legislativa se expresa evidentemente en la aplicación del principio de legalidad; sin embargo, Coelho Pasin manifiesta que esto no es suficiente, ya que la materia tributaria es un ámbito que conlleva la utilización de una herramienta fundamental de los últimos tiempos: la planificación. Esta es la que guía las políticas públicas y, por lo tanto, recae sobre ella una fuerte carga de moralidad institucional; cualquier política pública sin la debida planificación es, por tanto, inmoral. Así, los legisladores son quienes deben inteligenciarse de los fines de las reformas tributarias desde una perspectiva macro y constatar si consigue claramente el objetivo del bien común en aquello que debaten y aprueban. Es decir, que toda acción legislativa debe estar orientada a consagrar honestos agentes fiscales, los funda-

---

1963; *Principios de la Imposición*, traducción de Luis Gutiérrez Andrés, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda/Instituto de Estudios Fiscales, 1994, 2a. ed.

12. El concepto de paz pública lo desarrolla John Finnis en *Principios de política, derecho y Ciencia de la Hacienda*, traducción de Enrique R. Mata, Madrid, Reus, 1935, p. 213.

13. Contemplado en la Constitución del Brasil de 1988, artículos 145 a 161, y en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 301.

14. Ernesto Lejeune Valcárcel y Eusebio González García, *Derecho tributario*, vol. 1, Salamanca, Plaza Universitaria, 2000, 2a. ed., pp. 119 y 120.

mentos de una buena administración tributaria y una equilibrada carga tributaria, en palabras del autor.

Dentro del campo de acción moral de la administración, debemos dejar de decir que esta es un “mal necesario”,<sup>15</sup> sino más bien un instrumento capaz de transformar para bien la vida social de los ciudadanos. La administración no tiene otro cometido que el de aplicar la ley pero sometida al fin del bien común, tal como lo explica Messner:

La ética de la responsabilidad también exige [del funcionario], en primer lugar, que se atenga a la norma del bien común, y en segundo lugar, no obstante, que examine cuidadosamente la situación objetiva dada; en tercer lugar, que influya en lo posible sobre la situación de hecho, de modo que la norma del bien común halle una correspondencia progresivamente mejor [con el hecho aludido].<sup>16</sup>

El administrador tributario tiene algunos deberes que cumplir, pero los más relevantes son, en primer lugar, la recaudación de tributos de conformidad con las normas constitucionales, la fiscalización de los deberes tributarios y la orientación general de la sociedad civil, y la difusión de información a los ciudadanos sobre sus deberes tributarios.

La estabilidad del sistema tributario depende de la moralidad y la legalidad, pero esta última depende en gran medida de la primera para ser legítima.

La moralidad judicial analiza al juez cohesionado con la ética al realizar su tarea jurídica, cuando declara el derecho con el debido sentido ético jurídico cada vez que su competencia es provocada, así la judicatura está diseñada para asegurar la moral pública. La moral tributaria debe ser defendida por los jueces competentes, ya que es su labor natural; el autor despliega diversos ejemplos en España y Brasil.

Finalmente, el autor explica y desarrolla el progreso constitucional y la formulación del principio de moralidad en forma detallada utilizando el ejemplo brasilero, con conclusiones brillantes de la necesidad de incorporar este principio al ordenamiento jurídico en la Administración Pública y, más concretamente, al ámbito tributario.

*Derecho tributario y ética* es una obra bien escrita, metódica y clara. Contiene temas complejos y de actualidad que derivan en cuestionamientos que acercan la moralidad institucional nuevamente a los debates académicos; es una gran investigación, con excelencia en el reconocimiento de ideas ajenas, con una bibliografía relevante que denota un trabajo alabado por los grandes del Derecho tributario. A

---

15. Eduardo García de Enterría, *La Administración Española*, Madrid, Alianza, 1972, p. 30.

16. Johannes Messner, *El funcionario en la sociedad pluralista*, traducción de Rafael de la Vega, Madrid, Rialp, 1962, p. 333.

ciencia cierta constituye una obra que recomiendo para la lectura crítica, permite recordar en pocas páginas desde conocimientos básicos hasta temas especializados, todo ello en apenas un poco más de doscientas páginas, donde el lector encontrará una lectura entretenida y de mucho aporte.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bühler, Ottmar, *Principios de Derecho internacional tributario*, serie IV, vol. XIV, *Tratados de Derecho financiero y Hacienda Pública*, traducción de Fernando Cervera Torrejón, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1964.
- Finnis, John, *Principios de política, derecho y ciencia de la Hacienda*, traducción de Enrique R. Mata, Madrid, Reus, 1935.
- García de Enterría, Eduardo, *La Administración Española*, Madrid, Alianza, 1972.
- Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, Recueil Sirey, 1921.
- Lejeune Valcárcel Ernesto, y Eusebio González García, *Derecho tributario*, vol. 1, Salamanca, Plaza Universitaria, 2000, 2a. ed.
- Messner, Johannes, *El funcionario en la sociedad pluralista*, traducción de Rafael de la Vega, Madrid, Rialp, 1962.
- Neumark, Fritz, *Principios de la Imposición*, traducción de Luis Gutiérrez Andrés, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda/Instituto de Estudios Fiscales, 1994, 2a. ed.
- *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*, traducción de José María Martín Oviedo, Colección Tratados de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Madrid, Derecho Financiero, 1963.
- Pérez de Ayala, José Luis, “Ensayo preliminar”, en João Bosco Coelho Pasin, *Derecho tributario y ética*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2010, p. 30.
- Tipke, Klaus, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2002.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Constitución española de 1978.
- Constituição da República Do Brasil 1988.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008.



## Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario

*Oswaldo Santos Dávalos\**

### RESUMEN

Los sujetos pasivos que impugnen ante la vía judicial un acto administrativo mediante el cual se pretenda determinar o recaudar tributos, deben rendir una caución equivalente al 10% de la cuantía de su demanda. De no presentársela en el término de quince días, el acto impugnado queda ejecutoriado y los jueces deben ordenar el archivo del proceso. Nuestra Corte Constitucional para el Período de Transición considera que no se vulnera derecho alguno en ese caso, siempre y cuando se exija rendir la caución después de calificada la demanda.

Estudiaremos los fundamentos que tuvo la Corte Constitucional para llegar a esa conclusión. Pretenderemos analizarlos y cuestionarlos objetivamente, para así demostrar por qué su falta de coherencia y de sustento permite concluir que su análisis pecó por falta de imparcialidad, y por qué es razonable suponer que sus móviles no fueron jurídicos en lo absoluto; sin perjuicio de que, a la par, demos nuestro parecer al respecto. Independientemente de la trascendencia jurídica que puedan o no tener en nuestro ordenamiento, esperamos se entienda por qué creemos que estos precedentes deben ser considerados como un capítulo funesto en la historia de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, garantías de los derechos, garantías jurisdiccionales, garantías normativas, ley orgánica, procedimiento constitucional.

### SUMMARY

The taxable persons who before the courts challenge an administrative act that attempts to determine or collect taxes must pay a deposit equivalent to 10% of the amount of their claim. Provided that is not submitted within a period of fifteen days, the contested act is executed and judges must order the process to be filed. The Constitutional Court for the Transitional Period considers that no rights are infringed in this case, provided that the payment is done after the demand is qualified.

\* Abogado en el estudio jurídico Santos & Asociados, candidato a máster en Derecho de Empresa en la Universidad San Francisco de Quito; especialista superior en Tributación por la UASB y abogado por la USFQ.

We will study, without prejudice that, at the same time, we give our opinion on the matter, the reasons that the Constitutional Court had to reach that conclusion. We will also analyze and question them objectively in order to demonstrate why its lack of legal consistency and justification led us to conclude that its analysis erred because its lack of impartiality; and why it is reasonable to assume that its motives were not legal at all. Whatever the legal implications that these may or may not have in our system, we hope it is clear why we believe that these precedents must be considered a fateful chapter in the history of Ecuador's constitutional case law.

KEY WORDS: Constitutional Court, administrative action, taxes, payment.

FORO

## ANTECEDENTES

Son incontables los interrogantes que se suscitan cuando se intenta desentrañar la naturaleza jurídica de la obligación de afianzamiento. Por ejemplo, su calificación jurídica convencional de “obligación” parece no ser adecuada. Algunas de las formas de “afianzamiento” previstas parecen no ser tales. Incluso cabe preguntarse si fue o no derogada por la Constitución de 2008.<sup>1</sup>

Sin embargo, los cuestionamientos de mayor trascendencia guardan relación con la constitucionalidad de este requisito, dado que parece vulnerar de manera manifiesta una serie de derechos constitucionales.

La obligación de afianzamiento fue merecedora de fuertes críticas desde el momento mismo de su gestación. Asambleístas constituyentes y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario manifestaron sus reparos a la aprobación del artículo que la consagra, dado que, en su decir, la inconstitucionalidad de la que adolece es flagrante. La regla del *solve et repete*, figura considerablemente similar a la obligación de afianzamiento y que llegó a estar vigente en nuestro país,<sup>2</sup> ha merecido el repudio

---

1. La disposición derogatoria de la Constitución de 2008 reza lo siguiente: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”. Si es que, en realidad, el afianzamiento tributario es contrario a la Constitución, está ya derogado.

2. De acuerdo con José Vicente Troya, hasta el año 1959, en el que se creó el Tribunal de lo Fiscal, los sujetos pasivos debían pagar la totalidad de la obligación tributaria previo a impugnar el acto de determinación respectivo. Desde 1959 hasta la entrada en vigor del Código Tributario en 1975 ya no se exigía el pago del tributo para impugnar la actuación de la administración, pero dicha impugnación no suspendía los efectos del acto. Desde la entrada en vigor del Código Tributario hasta que se promulgó la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria no debía presentarse caución alguna ni pagar la obligación tributaria previo a impugnar el acto correspondiente,

unánime de la doctrina más calificada.<sup>3</sup> Podría suponerse que la obligación de afianzamiento despertaría una opinión similar, dado que comparte muchas de sus características. El silencio de los asambleístas oficialistas al encararlos sobre este particular parecía corroborar esas sospechas.

Sin embargo, el afianzamiento tributario pasó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico el 29 de diciembre de 2007, cuando la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria fue publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 242, de esa fecha.

A pesar de que los magistrados<sup>4</sup> de los tribunales de lo distrital fiscal empezaron a exigir la rendición de la caución aludida regularmente, las dudas sobre su validez no cesaron.

Una vez que entró en vigor nuestra nueva Constitución el 20 de octubre de 2008, los cuestionamientos relativos a la constitucionalidad de la obligación de afianzamiento se tornaron aún más patentes. Nunca ha tenido nuestro país una norma fundamental más garantista, ni se había declarado a favor de los particulares una gama tan amplia de derechos.<sup>5</sup> Creemos que ello explica en gran medida el porqué varias de las salas de los tribunales distritales de lo fiscal y la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia presentaron consultas ante la Corte Constitucional, entidad a la que le compete dictaminar sobre la exequibilidad de las normas jurídicas jerárquicamente inferiores a nuestra Constitución, con el objeto de que se pronuncie sobre la vali-

---

y dicha impugnación sí suspendía los efectos del acto. José Vicente Troya, *El Contencioso Tributario en el Ecuador* (inédito), Quito, 2009.

3. Para Spisso, “deviene inadmisibile la obligación de pago de una deuda fiscal determinada por la Administración sin que exista la posibilidad de que un tribunal de justicia evalúe siquiera la procedencia de la suspensión de la intimación formulada por el organismo fiscal”; para García de Enterría, es un “sorprendente y abusivo requisito (...) radicalmente contradictori(o) con el principio del derecho a la tutela judicial efectiva”; Villegas lo califica “como un ‘inicuo instrumento de tortura’ llamado a desaparecer”. Rodolfo Spisso, *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 536; Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, t. II, Bogotá-Lima, Palestra-Temis, 2008, p. 608; Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 515.
4. A partir de la entrada en vigor del Código Orgánico de la Función Judicial en el mes de marzo de 2009, se le denomina “jueces”.
5. De acuerdo con Claudia Storini, “En general puede afirmarse que, en comparación con la Constitución de 1998, el nuevo texto constitucional amplía y fortalece el complejo entramado de garantías de los derechos; incrementando, por una parte, sus instrumentos de defensa, y especificando y desarrollando, por otra, el contenido de las garantías ya existentes en la anterior Constitución. En este sentido, la Constitución de 2008 puede considerarse como un texto claramente garantizador, por la amplitud de mecanismos e instituciones que se destinan a la protección de los derechos y libertades”. Claudia Storini, “Las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2009, p. 187.

dez de la obligación de afianzamiento.<sup>6</sup> Se generó una gran expectativa en torno a su dictamen, por el interés jurídico y práctico que representa.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 283 de 23 de septiembre de 2010 se publicó dos sentencias<sup>7</sup> de la Corte Constitucional relativas a la constitucionalidad de la obligación de afianzamiento; pronunciamientos que, según anticipamos, declaran que el requisito de rendir dicha caución es válido siempre y cuando se la exija después de calificada la demanda respectiva.

## **SOBRE LA VALIDEZ DE LA OBLIGACIÓN DE AFIANZAMIENTO DE ACUERDO A LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Es necesario sintetizar el contenido de los fallos de la Corte Constitucional a los que ya nos hemos referido previo a analizarlos. Creemos pertinente abordarlos a partir de su parte considerativa, ya que es allí donde se exponen los argumentos jurídicos en los que la Corte pretende sustentar su criterio. Además, las cuestiones previas abordadas en las sentencias no parecen tener mayor trascendencia.

La Corte se plantea dos cuestiones jurídicas para determinar si el artículo 7 de la Ley de Equidad Tributaria es constitucional o no.<sup>8</sup> La primera se refiere a si el afianzamiento tributario contraría el derecho a la gratuidad de la justicia; la segunda, en cambio, analiza si dicho requisito conculca el derecho a la tutela judicial efectiva. Posteriormente, dicha entidad analiza cuáles son las finalidades del afianzamiento tributario. Finalmente, emite sus conclusiones y su decisión. Examinaremos todos estos puntos a continuación.

---

6. La facultad que tiene cualquier jueza o juez de consultar a la Corte Constitucional sobre este respecto está prevista en el artículo 428 de la Constitución: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”. A su vez, la facultad de la Corte para absolver dichas consultas está contemplada en el artículo 436, *ibidem*.

7. La primera, de 19 de agosto de 2010, signada con el número No. 022-10-SCN-CC, dictada dentro del caso No. 0005-10-CN; y, la segunda, dictada el mismo día, signada con el número No. 023-10-SCN-CC, dentro del caso No. 0020-10-CN.

8. Sostiene lo siguiente: “corresponde a la Corte Constitucional determinar si la norma contenida en el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, que en definitiva reformó el Código Tributario, puesto que mandó a agregar un artículo innumerado a continuación del artículo 233 del referido Código, se encuentra en contradicción con la norma constitucional que establece el derecho de acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, ya que la referida norma exige, previo a la calificación de la demanda, la presentación de una caución equivalente al 10% de la cuantía, sin la cual se tendría por no presentada la demanda (...)”.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### **Sobre la violación del derecho a la gratuidad de la justicia**

La primera cuestión jurídica que la Corte se plantea es si la obligación de afianzamiento contraría o no el derecho a la gratuidad de la justicia.

En una exposición innecesariamente extensa que, en realidad, no contiene mayores elementos para dar respuesta al interrogante planteado, la Corte, en la parte pertinente, expone que “la exigencia de la caución del 10% no constituye un costo/gasto en perjuicio del administrado, ya que se trata de un valor restituible que se lo (sic) deposita a título de garantía”; no sin antes exponer por qué y cómo el derecho a la gratuidad de la justicia se relaciona con el derecho al acceso a la justicia, y que la obligación de afianzamiento afecta al acceso a los órganos que administran justicia.<sup>9</sup>

Finalmente, sin que se explique por qué se incluyó tal proposición en esa parte de su argumentación, la Corte asevera que la declaratoria de inconstitucionalidad de normas jurídicas tiene el “*carácter de ultima ratio (...) priorizando la tarea del legislador y pregonando por la conservación del derecho*”.<sup>10</sup>

### **Sobre la violación del derecho a la tutela judicial efectiva**

Según la Corte, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita tiene un contenido amplio que abarca el derecho a acceder a la justicia, el derecho a que el proceso se desarrolle en un tiempo razonable y el derecho a que se ejecute la sentencia:

[...] esto es, acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia. [Incluye, además], el derecho a (sic) los ciudadanos un trato justo y equitativo, respetando en todas las fases de los procesos las garantías básicas del debido proceso, concluyendo con la expedición de una sentencia que sea oportuna, motivada y justa para las partes [...].

---

9. Según sostiene la Corte, “Efectivamente, tal y como está prevista la norma acusada, deviene en inconstitucional por limitar el derecho al acceso a la administración de justicia (...)”.

10. Asevera lo siguiente: “La Corte, en reiteradas oportunidades, ha venido sosteniendo el carácter de último ratio de la declaratoria de inconstitucionalidad, priorizando la tarea del legislador y pregonando por la conservación del derecho [pie de página omitido]; es así como se encuentra plenamente justificada la adopción de sentencias constitucionales modulativas que tiene como propósito garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional)”.

Cita varios tratados internacionales en materia de derechos humanos que se refieren a este derecho.<sup>11</sup>

Afirma que el acceso a la justicia forma parte medular del derecho a la tutela judicial efectiva, y que toda limitación a acceder a la justicia constituye una *restricción injustificada* a ese derecho.<sup>12</sup> Esto lleva a la Corte a concluir que la exigencia de la caución en materia tributaria, previo a la calificación de la demanda, configura una denegación de justicia.

## FINALIDADES DEL AFIANZAMIENTO TRIBUTARIO

La Corte aduce que el legislador persiguió dos finalidades al instaurar el afianzamiento: lograr impedir el ejercicio abusivo del derecho de acción por parte de los sujetos pasivos tributarios, *para no afectar derechos de terceros que requieren una tutela judicial efectiva*; e imposibilitar la evasión del cumplimiento de obligaciones tributarias.

Al analizar si dichas finalidades son legítimas, la Corte asevera que el afianzamiento “logra” que no se presente un gran número de demandas sin sustento, y manifiesta asimismo que la administración tributaria debe tener un respaldo para el cobro de las obligaciones tributarias impagas. En su decir, ello “responde a un fin constitu-

---

11. “El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, se encuentra además reconocido en varios instrumentos internacionales, a saber: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros. De esta forma, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama: ‘Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal’. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en forma similar a los demás instrumentos internacionales, consagra el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos, en su artículo 8 titulado ‘garantías judiciales’: ‘1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. *En esta línea, el artículo 25, numeral 1 ibídem, dispone: ‘Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales’*”.

12. Manifiesta que “Así enmarcado este derecho, es claro que el acceso a los tribunales de justicia forma parte medular de este derecho. De esta forma, el derecho a la tutela efectiva comprenderá la eliminación de todos los obstáculos que impidan ese libre acceso a la jurisdicción. Es evidente que la limitación al acceso al sistema jurisdiccional constituye una restricción injustificada al derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita”.

cional y legítimo”, y es conforme con los principios que rigen a la administración de justicia y al sistema tributario.<sup>13</sup>

## CONCLUSIONES

Después de su exposición, concluye que el afianzamiento no es *per se* inconstitucional, ya que su finalidad es legítima. La inconstitucionalidad –sin embargo– deriva del momento en el que se requiere la rendición de la caución, y no de lo que regula o pretende regular. Asevera también que declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado es una salida extrema que no ofrece mayores soluciones al problema de constitucionalidad planteado.<sup>14</sup>

## DECISIÓN

Finalmente, la Corte Constitucional opta por dictar una “sentencia modulativa”, en virtud de la cual condiciona la permanencia en el ordenamiento del artículo 7 de la Ley de Equidad Tributaria a que se le dé la siguiente interpretación: la caución del 10% debe ser presentada una vez calificada la demanda y no antes, “preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva”. De esa manera, mantiene la vigencia del afianzamiento tributario.

## ANÁLISIS Y CRÍTICA

No resulta sencillo determinar de qué forma debe ordenarse la crítica a los pronunciamientos de la Corte que estamos analizando. Creemos, sin embargo, que puede estructurársela así: en primer lugar, veremos por qué la argumentación de la Corte no es lógica; en segundo lugar, por qué las premisas en las que debía basarse su razonamiento son falsas y por qué su exposición es incoherente; y,

---

13. “(...) cabe preguntarse si estas dos finalidades son legítimas a la luz de la Constitución. La Corte no pretende desconocer que el hecho de exigir la constitución de una caución reduce en gran número la presentación de demandas y recursos sin fundamento, y que la administración tributaria debe tener un respaldo de cobro generado por la obligación tributaria”.

14. Sobre el particular, expone lo siguiente: “En el caso concreto, esta Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria *per se*, no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo, es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular. Por lo tanto, se declara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva”.

finalmente, por qué, sin perjuicio de lo anterior, no podía adoptar la solución que adoptó.

### FALLIDA ARGUMENTACIÓN A CONTRARIO

Según se explicó, la Corte sostiene que el afianzamiento es inconstitucional tal como está planteado en la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, dado que constituye una restricción injustificada al acceso a la justicia. Por ese motivo, dispone que los tribunales distritales de lo fiscal exijan la rendición de la caución una vez calificada la demanda presentada, ya que así, en su decir, se salva la constitucionalidad de esa figura.

El razonamiento de la Corte puede resumirse de la siguiente manera:

- El afianzamiento es inconstitucional si se lo exige previo a la calificación de la demanda.
- Por tanto, el afianzamiento no es inconstitucional si se lo exige después de calificada la demanda.

Ese es un razonamiento contrario (*argumentum e contrario*),<sup>15</sup> y tiene la siguiente forma en la lógica tradicional:

- Todo S es P.
- Por tanto, ningún no-S es P.<sup>16</sup>

El razonamiento a contrario no es admisible,<sup>17</sup> ya que la conclusión “ningún no-S es P” no necesariamente deriva de “todo S es P”.

Para que la premisa “Todo S es P” permita llegar a la conclusión “Ningún no-S es P”, todo P debería ser S. Caso contrario, repetimos, la conclusión “Ningún no-S es P” no se infiere sin más de “Todo S es P”.

Haciendo uso de las leyes convencionales de la inferencia, de la premisa “todo afianzamiento exigido antes de calificarse la demanda es inconstitucional” solo puede deducirse siete conclusiones,<sup>18</sup> entre las que no está la siguiente: “el afianzamiento exigido después de calificada la demanda no es inconstitucional”.

---

15. Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1998, p. 176. Se caracteriza a este argumento por medio de las fórmulas latinas: “*Qui dicit de uno, negat de altero*” o “*Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*”. *Ibid.*, p. 178.

16. *Ibid.*, p. 179. Se habrá notado que nosotros expresamos esta conclusión como “todo no-S es no P”.

17. *Ibid.*

18. Expresamos la premisa anterior de otra manera, para adaptarla a la forma que toma este tipo de argumento, según Ulrich. Las conclusiones a las que puede llegarse en base a la premisa anotada son las siguientes: Por subalternación: algunas medidas que restrinjan el derecho a ser oído por un juez son inconstitucionales; por oposición

Cabe ilustrar este punto con un ejemplo. Supongamos que se afirma lo siguiente: “Todo humano es mamífero”. El argumento a contrario de esa afirmación es el siguiente: “todo no-humano no es mamífero”. Para que la conclusión “todo no-humano no es mamífero” sea cierta, debería ser cierto lo siguiente: “todo mamífero es humano”. Si esa premisa no ha sido establecida, no puede obtenerse la conclusión “todo no-humano no es mamífero” exclusivamente con base en la premisa “todo humano es mamífero”. El razonamiento que se ha expuesto no es lógico, ya que carece de validez universal.

En resumen, no tiene sentido concluir que el afianzamiento tributario es constitucional si se lo exige después de calificada la demanda por el solo hecho de que el afianzamiento exigido antes de calificársela es inconstitucional. Este es el primer gran cuestionamiento que puede hacerse al razonamiento de la Corte, y es independiente de que su premisa y su conclusión sean ciertas o no.

## **FALSEDAD DE LAS PREMISAS Y FALTA DE COHERENCIA**

Explicamos por qué, en nuestro criterio, el razonamiento de la Corte no es lógico. Sin embargo, debemos determinar si las premisas de las que habría debido partir la Corte, siguiendo su línea de pensamiento, son ciertas o no, dado que la conclusión a la que nos referimos líneas atrás no necesariamente es equivocada solo por ser ilógica.<sup>19</sup>

Por ese motivo, en este apartado intentaremos determinar si puede considerarse que el afianzamiento tributario exigido después de presentada la demanda es o no constitucional. De ser falso ese supuesto, la conclusión de la Corte no será verdadera. Si exigir la rendición de la caución después de calificada la demanda no es válido, no es cierto que la “interpretación” que la Corte ordena dar al precepto cuestionado sea conforme a la Constitución.

---

contraria: es falso que ninguna medida que restrinja el derecho a ser oído por un juez sea inconstitucional; por oposición contradictoria: es falso que algunas medidas que restringen el derecho a ser oído por un juez no sean inconstitucionales; por inversión (impropia): algunas medidas inconstitucionales son aquellas que restringen el derecho a ser oído por un juez; por contraposición (propia): ninguna medida constitucional es aquella que restringe el derecho a ser oído por un juez; por contraposición (impropia): algunas medidas constitucionales no son aquellas que restringen el derecho a ser oído por un juez. Nada más puede inferirse de la premisa “toda medida que restrinja el derecho a ser oído por un juez competente es inconstitucional”.

19. ¿Podría un razonamiento ser lógico sin ser sus conclusiones ciertas? Sí. Pongamos un ejemplo. Si se parte de la premisa “todos los ecuatorianos son mayores de edad”, y se establece que Juan es ecuatoriano, la conclusión lógica es que Juan es mayor de edad. Sin embargo, dado que la primera premisa es falsa, la conclusión obtenida puede no ser verdadera. Sin embargo, nótese que el razonamiento no es ilógico. En sentido contrario, un razonamiento puede ser ilógico y su conclusión no necesariamente por eso será falsa.

En doctrina, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, para, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, hacer justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que dice relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia.<sup>20</sup>

De acuerdo con el profesor Pablo Esteban Perrino,<sup>21</sup> la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos, entre otros:

- A acudir ante los tribunales de justicia y *a obtener de ellos una sentencia útil.*
- A peticionar y obtener tutela cautelar para que *no se torne ilusorio el derecho que se defiende.*
- *Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia.*
- *A una decisión fundada* que haga mérito de las principales cuestiones planteadas.
- A impugnar la sentencia definitiva.
- A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada.
- Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable.

El derecho a la tutela judicial efectiva será tal si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones, y previo a dictar sentencia ha observado un debido proceso, garantizando a las partes su derecho a la defensa.

Bajo estas consideraciones, la estricta observancia tanto del derecho a la tutela judicial efectiva como del derecho al debido proceso dentro del juicio *son de vital importancia,*

*...pues de nada vale acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garanticen una correcta administración de justicia, pero tampoco podrá pregonarse el respecto (sic) de las categorías procesalmente debidas cuando aquello que se va a conocer por intermedio del proceso es,*

---

20. Jesús González Pérez, *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas Ediciones, 2001, p. 57.

21. Pablo Esteban Perrino, "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 261-262.

por voluntad misma del Estado, deficientemente planteado o una vez resuelto, ineficazmente cumplido.<sup>22</sup> (La cursiva me pertenece).

Por tanto, debe ser posible determinar que durante todas las fases sustanciadas en un juicio se haya garantizado a las partes los siguientes derechos: a la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, para evitar así que los encargados de velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y de los derechos en ella consagrados hayan omitido la aplicación de normas legales sustanciales, generando *inseguridad jurídica*.

Los criterios doctrinarios que acabamos de exponer fueron extraídos de la sentencia interpretativa No. 0006-09-SIC-CC de la Corte Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 8 de octubre de 2009. Solo los parafraseamos o citamos; no introdujimos comentario o sustento bibliográfico adicional alguno.

La propia Corte ha sostenido y considera que el derecho a la tutela judicial efectiva –como es evidente– consiste en el derecho a que el proceso se desarrolle debidamente<sup>23</sup> y a que se dicte sentencia de mérito<sup>24</sup> dentro de un tiempo razonable. Por tanto, con base en sus propios razonamientos concluimos que una restricción al derecho a que el proceso se desarrolle y a que culmine con la dictación de una decisión de fondo por parte del juez conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros.

Las sentencias materia de nuestro análisis son abierta y manifiestamente incoherentes. Su conclusión resulta contradictoria con los antecedentes expuestos en ellas, y con los antecedentes y las conclusiones contenidas en otras sentencias de la misma Corporación; y, además, es *falsa*, ya que no es cierto que el afianzamiento sea válido si se lo exige después de presentada la demanda, dado que de igual manera transgrede el derecho a la tutela judicial efectiva. Todo ello, insistimos, con fundamento en lo que la propia Corte ha manifestado al respecto.

---

22. Luis R. Sáenz Dávalos, “La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional 1*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 1999, p. 490.

23. En la parte pertinente de los fallos analizados, asevera lo siguiente: “La Corte considera que el derecho a la tutela judicial efectiva es sinónimo de eficiencia del sistema de administración de justicia. Un sistema es eficiente si el órgano jurisdiccional cumple con ciertas condiciones que le impone la Constitución y brinda a los ciudadanos un trato justo y equitativo, respetando en todas las fases de los procesos las garantías básicas del debido proceso, concluyendo con la expedición de una sentencia que sea oportuna, motivada y justa para las partes”.

24. Claro está, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos de la sentencia de mérito. Según Devis Echandía, son los siguientes: legitimación en la causa; el interés sustancial para obrar; la correcta acumulación de pretensiones; una petición que no sea defectuosa; la ausencia de cosa juzgada, transacción, desistimiento o perención de proceso anterior con valor de tal; y la litispendencia, cuando constituya una necesaria prejudicialidad. Entendemos que también deben cumplirse los presupuestos procesales de la acción, de la demanda, y del procedimiento. Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Universidad, 2004, p. 279.

Por tanto, el razonamiento expuesto en los fallos materia de nuestro análisis es ilógico, contradictorio y erróneo.

## **SOBRE LA SUPUESTA LEGITIMIDAD DE LOS MÓVILES**

De acuerdo con la Corte, el afianzamiento es legítimo, ya que reduce en gran medida el número de acciones deducidas de manera infundada por los particulares y da un respaldo a la administración tributaria para el cobro de la obligación respectiva. Es necesario determinar si esas aseveraciones son ciertas o no.

Analizamos los resultados de 30 juicios tributarios elegidos al azar,<sup>25</sup> cuyas sentencias de casación fueron dictadas entre 2005 y 2008. Se excluyó a aquellas sentencias que no permiten determinar si la pretensión del actor fue finalmente aceptada o no. La muestra es representativa. Por tanto, se determina que los resultados obtenidos permiten inferir cuáles son los resultados de todos los juicios tributarios de los años examinados.<sup>26</sup>

El 46,7% de las demandas fue aceptado en su totalidad; el 43,3% fue rechazado totalmente; y el 10% fue aceptado parcialmente.<sup>27</sup> Es decir, la Función Judicial en los últimos años ha considerado en un mayor número de ocasiones que las impugnaciones de los sujetos pasivos a los actos administrativos tributarios tienen sustento.

Por eso, sostener que el afianzamiento es legítimo por reducir en gran medida el número de acciones deducidas abusivamente no es correcto: la mayoría de acciones no solo que no se ejerce de manera abusiva, sino que tienen sustento jurídico;<sup>28</sup> y, además, el afianzamiento también reduce el número de acciones deducidas sin temeridad o mala fe. En principio, no hay motivo alguno para pensar que no puede ser así, y la experiencia así lo demuestra. El afianzamiento ha resultado un obstáculo insalvable en situaciones en las que la determinación de la administración tributaria ha sido manifiestamente y deliberadamente injusta, ya que el contribuyente, al no contar con los medios para rendir dicha caución, ha quedado en indefensión. Sorprende que la Corte, sin contar con fundamento empírico alguno, haya partido del supuesto

---

25. Mediante un muestreo aleatorio sistemático. Douglas A. Lind, William G. Marchal y Robert D. Mason, *Estadística para Administración y Economía*, Bogotá, Alfaomega, 2004, p. 268. La razón por la que examinamos 30 muestras es porque ese es el tamaño mínimo para que se pueda emplear el teorema del límite central; así, su distribución se acerca a una de tipo normal (p. 278).

26. El 95% de los resultados estará dentro de dos desviaciones estándar con respecto a la media. Douglas A. Lind, William G. Marchal y Robert D. Mason, *Estadística para Administración y Economía*, Bogotá, Alfaomega, 2004, p. 300.

27. Ver el anexo 1.

28. Cabe hacer una precisión terminológica: no es la acción lo que tiene o no sustento, sino la pretensión contenida en la demanda mediante la cual se instrumenta el ejercicio del derecho de acción.

implícito de que el afianzamiento disuade únicamente a quienes pretenden impugnar las actuaciones de la administración tributaria de manera abusiva, contrariando a lo que, al menos en nuestra experiencia, repetimos, es diáfano.

Además, según resaltamos en su momento, la Corte estima que el afianzamiento evita que se afecte derechos de terceros que requieren una tutela judicial efectiva, al dificultar el que se deduzcan acciones de manera abusiva. ¿Quiénes son esos terceros? El legítimo contradictor pasivo en tratándose de los juicios contencioso tributarios es la autoridad emisora del acto impugnado, quien, claro está, al ejercer sus atribuciones actúa a nombre del Estado. Por tanto, la Corte estima que el afianzamiento es legítimo porque así evita que se conculque el derecho a la tutela judicial efectiva del Estado.

Surge otra inquietud. Toda administración tributaria tiene la potestad de autotutela,<sup>29</sup> es decir que no requiere acudir ante juez ordinario alguno para ejercer la acción de cobro de sus acreencias tributarias. ¿Bajo qué circunstancia puede el ejercicio del derecho de acción menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva de las administraciones tributarias? No entendemos cómo puede eso ser posible.

La segunda razón por la que, según el criterio de la Corte, el afianzamiento tributario es legítimo, es netamente un juicio de valor, sobre el que no cabe realizar análisis objetivo alguno. Es decir, sostener que es favorable que la administración cuente con un respaldo para el cobro de la obligación tributaria es tan solo una opinión, partiendo del supuesto, claro está, de que el afianzamiento sí facilita al sujeto activo tributario el recaudo de su respectiva acreencia, lo cual parece ser cierto. Ello no quiere decir que compartamos ese punto de vista. No consideramos que ese propósito sea legítimo, ya que las administraciones tributarias cuentan con un exorbitante andamiaje para ser resarcidas por los perjuicios que ocasiona el pago tardío de tributos.

Sin perjuicio de lo que acabamos de exponer, veremos que poco importa que el segundo móvil al que hace referencia la Corte sea legítimo o no.

---

29. “La administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad (...), de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad sino solo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola su ejecutoriedad”. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Bogotá-Lima, Palestra-Temis, 2008, p. 474.

## **SOBRE LA POSIBILIDAD DE DICTAR SENTENCIAS CON EFECTOS MODULADOS**

Como se explicó, la Corte decide dictar una sentencia con efectos modulados, en virtud de la cual dispone que debe “interpretarse” el último inciso del artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria de manera que no se exija la rendición de la caución antes de calificarse la demanda presentada por el sujeto pasivo.

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que las juezas y los jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, deben regular los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional. Los objetivos de este tipo de sentencias son dos, cabe recalcarlo: garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.

La posibilidad de modular los efectos de las sentencias no es exclusiva del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Es una herramienta de la que se han valido prestigiosas entidades jurisdiccionales extranjeras con el fin de resguardar la integridad y la supremacía de la Constitución,<sup>30</sup> y de asegurar respeto a los derechos de los particulares.

### **Sentencias interpretativas, integradoras y de constitucionalidad temporal**

Con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se puede clasificar a las sentencias moduladas en tres grandes categorías: las sentencias interpretativas o condicionadas; las sentencias integradoras o aditivas; y, las sentencias de constitucionalidad temporal.

*Sentencias interpretativas o condicionadas:* La Corte Constitucional colombiana ha dictado este tipo de sentencias cuando de una disposición jurídica deriva más de una interpretación, de las cuales solo una resulta conforme a la Constitución.<sup>31</sup> Del mismo modo,

---

30. Édgar Solano González, “La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, dirs., *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 527.

31. Édgar Solano González, *La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, p. 531.

se ha optado por expulsar del ordenamiento a una determinada interpretación, pero manteniendo en el ordenamiento a la norma cuya constitucionalidad fue condicionada.

Así, en la sentencia T397/97 sostuvo lo siguiente:

En efecto, si es posible inaplicar una norma jurídica por ser manifiestamente contraria a la Constitución, con mayor razón, en aras de asegurar la preservación del derecho, es procedente que el juez constitucional pueda hacer una interpretación conforme con la Constitución, sin necesidad de inaplicar la norma, dado que no se presenta la situación de incompatibilidad de dos disposiciones que no puedan ser aplicadas y subsistir al mismo tiempo. De esta manera, se produce una especie de actualización de la norma frente a la nueva Constitución, o dicho de otro modo, una especie de incorporación de los mandatos constitucionales a dicha norma. Lo anterior ha sido la solución que la Corte ha dado cuando ha dictado sentencias modulativas o condicionadas, en el sentido de escoger entre muchas interpretaciones de una norma la que se adecua o acomoda a los preceptos de la Constitución.<sup>32</sup>

Cabe acotar que si todas las interpretaciones que se dan al texto legal son contrarias a la Constitución, se debe retirar la disposición analizada del ordenamiento jurídico.<sup>33</sup>

Las razones para no declarar, sin más, la inexecutable de precepto en cuestión son dos: el principio de conservación del derecho y el principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución.

*ii. Sentencias integradoras o aditivas:* La Corte Constitucional colombiana ha optado por proferir sentencias aditivas, con el fin de “*adicionar o agregar un precepto constitucional a la disposición impugnada sin la cual sería inconstitucional*”.<sup>34</sup> Es decir, mediante esta clase de sentencias se pretende integrar “*aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal*”.<sup>35</sup> Esta clase de sentencias procede cuando una disposición tiene un alcance normativo menor al que, constitucionalmente, debería tener.<sup>36</sup> Se encuentran íntimamente ligadas con el tema de las omisiones legislativas, es decir, “*con la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución*”.

---

32. Sentencia T-397/97 de la Corte Constitucional colombiana.

33. Sentencia C-492/2000 de la Corte Constitucional colombiana, en Édgar Solano González, *La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, p. 537.

34. *Ibid.*, p. 544.

35. Sentencia C-109 de 1995 de la Corte Constitucional Colombiana, en *ibid.*, p. 545.

36. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977. Citado en *ibid.*, p. 546.

Los presupuestos que ha debido verificarse para que la Corte dicte este tipo de sentencias son los siguientes:

a) Que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que estén y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma; y, e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.<sup>37</sup>

Uno de los casos en los cuales la Corte Constitucional colombiana dictó una sentencia de este tipo fue el siguiente:<sup>38</sup> Se acusó la inconstitucionalidad de una disposición que establecía que los hijos de ciertos funcionarios públicos podían gozar de ciertas pensiones hasta los 24 años de edad, mientras que, en supuestos similares, los hijos de agentes de la Policía Nacional fallecidos podían gozar de dicha pensión hasta los 21 años de edad.

La Corte estimó que el trato que la normativa daba a los hijos de los agentes policiales no era igualitario. En conclusión, declaró la constitucionalidad de la disposición acusada, pero dispuso que la otra norma se interprete de manera que los hijos de los agentes de la Policía Nacional tengan derecho a percibir dicha pensión hasta los 24 años de edad.

Finalmente, una *sentencia de constitucionalidad temporal* es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, dado que la expulsión automática de la disposición implicaría “una situación peor desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales, por lo cual el Tribunal Constitucional establece un plazo prudencial para que el legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada”.<sup>39</sup>

Las reglas para poder dictar este tipo de sentencias son las siguientes: su utilización debe ser excepcional, la sentencia debe ser motivada, el dictarlas debe ser la única alternativa, y el juez debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador. Los criterios para la determinación del plazo son dos: la complejidad del tema y el posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los princi-

---

37. Sentencia C-871 de 2003 de la Corte Constitucional colombiana, en *ibid.*, citada por Solano, pp. 550-551.

38. Sentencia C-080 de 1999 de la Corte Constitucional colombiana, en *ibid.*, p. 558.

39. Sentencia 737-2001 de la Corte Constitucional colombiana, en *ibid.*, p. 571.

pios y derechos constitucionales.<sup>40</sup> “*No se trata de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino el resultado del estudio de los efectos del fallo de inexecutable sobre las normas constitucionales*”.<sup>41</sup>

## CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS CON EFECTOS MODULADOS DICTADAS POR LA CORTE

En su parte pertinente, según anticipamos, la Corte dispone lo siguiente:

1. Declarar la *constitucionalidad condicionada* del artículo agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por el artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre del (sic) 2007, relativo al afianzamiento en materia tributaria. 2. Declarar, como consecuencia de lo resuelto precedentemente, que *la disposición referida será constitucional hasta que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria* y, por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e *interprete* el inciso primero y final del mencionado artículo 7, de la siguiente manera: “El auto en que el Tribunal acepte al trámite la acción de impugnación de obligaciones tributarias, fijará la caución prevenida en el inciso primero y final de este artículo, y dispondrá que el actor consigne la misma en el Tribunal, dentro del término de quince días, contados a partir de su notificación. En caso de incumplir con el afianzamiento ordenado, el acto materia de la acción quedará firme y se ordenará el archivo del proceso” (el énfasis me pertenece).

La Corte dictó sentencias de constitucionalidad condicionada mediante las cuales resuelve dar al precepto cuestionado una interpretación que, en realidad, lo reforma. La manera en la que, según la Corte, debe entenderse el último inciso del artículo 7 de la Ley de Equidad Tributaria no deriva de una interpretación del texto original, ya que por ninguno de los métodos de interpretación se habría podido llegar a la conclusión de que la norma establece que la caución debe ser exigida después de calificada la demanda.

Por tanto, en el fondo, esta sentencia parece ser más de índole aditiva; no es de constitucionalidad condicionada ni interpretativa. Empero, el que se la califique de sentencia de constitucionalidad condicionada supone que la norma es inconstitucional, y que no hay siquiera una interpretación que pueda dársele que sea conforme a la Constitución. Debido a ello, en nuestro criterio, una sentencia no puede ser simul-

---

40. Sentencia C-141 de 2001 de la Corte Constitucional colombiana, en *ibid.*, p. 574.

41. Sentencia C-221 de 1997 de la Corte Constitucional colombiana, en *ibid.*

táneamente de constitucionalidad condicionada e interpretativa. Por tanto, la calificación jurídica que la Corte da a sus sentencias con efectos modulados, en nuestro sentir, es errónea.

### **IMPOSIBILIDAD DE DICTAR SENTENCIAS CON EFECTOS MODULADOS**

Expusimos que las sentencias con efectos modulados pueden dictarse únicamente para garantizar los derechos constitucionales de los particulares y la supremacía constitucional. Revisando la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se habrá podido determinar por qué, en ocasiones, puede resultar imperioso hacerlo.

Sin embargo, nuestra Corte utilizó esta herramienta para obtener un resultado que, en nuestro criterio, es abiertamente adverso al que habrían debido tener. No necesitamos ahondar en mayores explicaciones al respecto; es claro que no habrían podido dictarse sentencias con efectos modulados en tales circunstancias y con esos propósitos.

### **CONCLUSIONES Y OPINIÓN**

Podríamos explayarnos resumiendo la serie de incoherencias y estratagemas que se expone a lo largo de las sentencias que hemos estudiado. Podríamos puntualizar que el nuestro, en teoría, es un Estado constitucional de derechos y de justicia, cuya principal finalidad es hacer efectivos nuestros derechos, y que es inexplicable que sus loables finalidades sean injustificada y eficazmente desmedradas por la entidad a la que le corresponde velar por su consecución. Podríamos apuntalar que no tiene sentido alguno que una autoproclamada Corte Constitucional se valga de razonamientos poco convincentes para concluir que los intereses del Estado priman por sobre nuestros derechos. Podríamos explicar por qué resulta evidente que el momento en el que se dictó la primera de estas sentencias resultó ideal para atacar a los intereses económicos de un opositor político del régimen, lo que evidencia más allá de toda duda el inaceptable sesgo que resultó ser la causa determinante de las polémicas resoluciones de la Corte. Podríamos asimismo cuestionar por qué no se hizo análisis alguno sobre la contradicción entre el afianzamiento y el derecho a la seguridad jurídica, al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, entre otros.

Sí, podríamos hacerlo, pero sería infructuoso, ya que quienes concuerden con nosotros, seguramente basándose en distintos y más sólidos fundamentos, no necesitarán saber cuál es nuestra opinión sobre estas aberraciones jurídicas para concluir que son indudablemente contrarias a la Constitución y a varios tratados internacio-

nales en materia de derechos humanos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Quienes estimen que actuaciones como estas son legítimas y justificables insisten en poner en tela de duda la trascendencia del respeto a la Constitución, de la independencia y de la imparcialidad de la Función Judicial, tres de los elementos esenciales del Estado constitucional de derechos y de justicia.

Los fallos analizados son dos muestras emblemáticas del persistente, abierto y generalizado ataque al orden constituido que ahora nos aqueja. Creemos firmemente que una organización social que mantenga una institucionalidad tan endeble como la nuestra no es viable, pero solo el tiempo dirá cuánto de cierto hay en ello.

La sensación de indefensión que estos pronunciamientos nos han generado, dado que sabemos que no pueden ser impugnados, ha vivificado entre nosotros un dilema recurrente desde antaño, para el que aparenta no haber una respuesta satisfactoria todavía: ¿Quién custodia al custodio?

## BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 2002.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Universidad, 2004.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá-Lima, Palestra-Temis, 2008.
- González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas Ediciones, 2001.
- Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1998.
- Lind, Douglas A., William G. Marchal y Robert D. Mason, *Estadística para Administración y Economía*, Bogotá, Alfaomega, 2004.
- Perrino, Pablo Esteban, “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.
- Sáenz Dávalos, Luis, “La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional I*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 1999.
- Solano González, Édgar, “La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, dirs., *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Spisso, Rodolfo, *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

Storini, Claudia, “Las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2009.

Troya, José Vicente, *El Contencioso Tributario en el Ecuador* (inédito), Quito, 2009.

Villegas, Héctor Belisario, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Astrea, 2005.

Zagrebelesky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2011

Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2011

## Colaboradores

**Pamela Aguirre**, abogada de los tribunales de la República del Ecuador, Universidad del Azuay, 2007. Magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009. Asesora institucional de la Corte Constitucional del Ecuador. *pame\_aguirre@hotmail.com*

**Vanesa Aguirre**, abogada por la PUCE; especialista superior en Derecho Procesal y Docencia Universitaria por la UASB-E; candidata doctoral en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Docente del Área de Derecho de la UASB-Sede Ecuador. Ex asesora jurídica de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de número del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal. *vaguirre@uasb.edu.ec*

**Gina Benavides**, abogada y doctora en Jurisprudencia, PUCE; especialista superior en Derechos Humanos y candidata a magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina, con mención en Políticas Públicas, UASB-E. *morela\_ec@yahoo.com.mx*

**Gardenia Chávez**, antropóloga, Universidad Politécnica Salesiana, Quito; estudios de Diploma Superior en Ciencias Sociales, con mención en Derechos Humanos y Seguridad Democrática, FLACSO-E; magíster en Estudios Latinoamericanos, con mención en Políticas Culturales, UASB-E. Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos de la UASB-E. *gchavez@uasb.edu.ec*

**Elisa Lanas**, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; doctora en Derecho, con mención en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Valencia. Docente del Área de Derecho de la UASB-SE. *elanes@uasb.edu.ec*

**Luis Pásara**, abogado y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde fue profesor entre 1967 y 1976. Estudios de posgrado en la Universidad de Wisconsin. En 1977 fundó el Centro de Estudios de Derecho y Sociedad (CEDYS), en Lima, del que fue director e investigador durante diez años. Ha trabajado sobre el sistema de justicia en Perú, Argentina, Chile, Ecuador, Guatemala y México. Sus libros y artículos son numerosos. En Ecuador ha publicado *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia* y *El funcionamiento de la justicia del Estado*. Desde 2004 es investigador del Instituto de Iberoamérica, de la Universidad de Salamanca. *luis.pasara@usal.es*

**Andrés Pretelt**, abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, tiene una mención en Derecho Económico. Es egresado de Finanzas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Central del Ecuador. Ha sido asesor legislativo y actualmente es maestrante en el Programa Internacional de Maestría en Derecho con mención en Derecho Tributario de la UASB-E. *andres\_pretelt\_arango@hotmail.com*

**Alberto del Real Alcalá**, profesor titular en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén (España). Doctor en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Granada (España). *adelreal@ujaen.es* [<http://www4.ujaen.es/~adelreal>].

**Silvana Sánchez**, abogada, y doctora en Jurisprudencia, PUCE; especialista superior en Derechos Humanos, especialista superior en Derecho Administrativo y magíster en Derecho Constitucional, UASB-E. Docente del Programa Andino de Derechos Humanos y del Área de Derecho de la UASB-E. Integrante del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, CLADEM-Ecuador. *silka-trin@hotmail.com*

**Oswaldo Santos**, abogado por la Universidad San Francisco de Quito, especialista superior en Tributación por la UASB, y candidato a máster en Derecho de Empresa por la USFQ. Ha sido profesor en materia de métodos alternativos de solución de conflictos, y profesor asistente y ayudante de cátedras de Derecho Civil también en la USFQ. *osantosdav@gmail.com*

**Claudia Storini**, doctora en Derecho, Universidad de Valencia; profesora de Derecho Constitucional, Universidad Pública de Navarra. *claudia.storini@unavarra.es*



## ESTUDIOS JURÍDICOS

1. José Vicente Troya, ESTUDIOS DE DERECHO TRIBUTARIO
2. Aníbal Guzmán Lara, DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR, I
3. Aníbal Guzmán Lara, DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR, II
4. José Vicente Troya, DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO
5. Orlando Amores Terán, DERECHO ECOLÓGICO ECUATORIANO
6. Alberto Wray, Elizabeth García, René Larenas, eds., EL MENOR ANTE LA LEY
7. Ernesto Albán Gómez, y otros, LA CASACIÓN: estudios sobre la Ley No. 27
8. Julio César Trujillo, TEORÍA DEL ESTADO EN EL ECUADOR: estudio de Derecho Constitucional
9. Alberto Wray, y otros, MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LEGALES
10. Edmundo S. Hendler, LAS RAÍCES ARCAICAS DEL DERECHO PENAL: aportes de la antropología social al derecho penal
11. Marco Antonio Guzmán, DERECHO ECONÓMICO ECUATORIANO, I
12. Marco Antonio Guzmán, DERECHO ECONÓMICO ECUATORIANO, II
13. José Vicente Troya J., edit., ESTUDIOS DE DERECHO ECONÓMICO
14. Genaro Eguiguren, edit., CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
15. Genaro Eguiguren, edit., REAJUSTES Y CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS
16. Genaro Eguiguren, edit., NUEVAS INSTITUCIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
17. Pablo Estrella Vintimilla, edit., LA EDUCACIÓN LEGAL EN EL ECUADOR
18. Juan Isaac Lovato, PROGRAMA ANALÍTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
19. Berenice Pólit Montes de Oca, EL AMPARO CONSTITUCIONAL: aplicación y límites
20. César Montaña Galarza, edit., TEMAS ESPECIALES DE DERECHO ECONÓMICO
21. Luis Moreno Guerra, DERECHO TERRITORIAL
22. Andrés Páez, comp., JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN SECCIONAL. Primera parte: resoluciones del Tribunal Constitucional
23. Andrés Páez, comp., JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN SECCIONAL. Segunda parte: dictámenes de la Procuraduría General del Estado y fallos de la Corte Suprema de Justicia
24. Santiago Andrade, Julio César Trujillo, Roberto Viciano, eds., LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO
25. César Montaña G., MANUAL DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL
26. Dunia Martínez M., edit., DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL
27. Luis Toscano Soria, edit., NUEVOS ESTUDIOS SOBRE DERECHO TRIBUTARIO
28. Gina Chávez, Xavier Gómez y Agustín Grijalva, TEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: Introducción a la propiedad intelectual • Internet y derechos de autor • Los derechos intelectuales de los pueblos indígenas • Las patentes de segundo uso
29. Genaro Eguiguren, DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ECUADOR
30. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR: Estado, derechos e instituciones

Revista de  
Derecho

# FORO

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Corporación Editora Nacional

## Derecho administrativo

Disertación sobre el servicio público  
*Jorge Fernández Ruíz*

Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos  
autónomos descentralizados  
*Juan Carlos Benalcázar*

La extinción de oficio de los actos administrativos de los  
gobiernos autónomos descentralizados  
*Juan Pablo Aguilar*

Garantías en los estados de emergencia  
*Miguel Alejandro López Olvera*

Las asociaciones público-privadas: una opción para  
contratación administrativa en Latinoamérica  
*Javier Robalino*

Democracia, motín y función policial  
*Daniel Márquez*

13  
I semestre 2010

Documentos • Recensiones • Jurisprudencia

## Normas para colaboradores

1. La revista *Foro* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de Derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en soporte digital a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Área de Derecho.

Av. Toledo N22-80

Quito - Ecuador

Fax (593 2) 322 8426

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436

Dirección electrónica: [mtamarizz@uasb.edu.ec](mailto:mtamarizz@uasb.edu.ec)

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:  
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office Word, con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.  
La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres, aproximadamente.  
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha. Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.  
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.  
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera:  
Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo:

Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Por ejemplo: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, mtamariz@uasb.edu.ec

www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: cen@cenlibrosecuador.org

www.cenlibrosecuador.org

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:\*

Ecuador: US \$ 35,84

América: US \$ 78,40

Europa: US \$ 89,60

Resto del mundo: US \$ 108,64

Valor del ejemplar suelto:\* US \$ 10,08

\* Incluye 12% del IVA.

Dirigirse a:

**CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL**

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: ventas@cenlibrosecuador.org

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR**  
**Centro de Información**

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

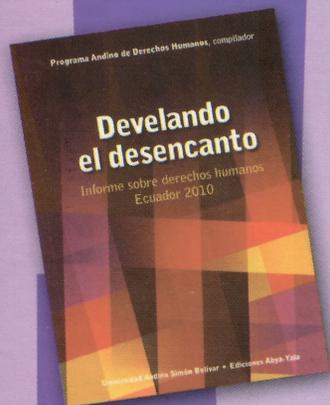
Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec



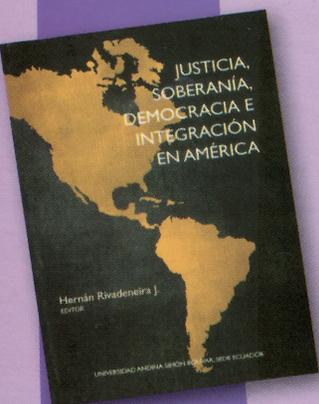
Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Abya-Yala, 2011.

El objetivo principal del presente trabajo es responder varias preguntas, entre ellas las siguientes: ¿Qué significa que la actual Constitución declare que Ecuador es un “Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”? ¿qué requiere la Constitución para ser implementada?, ¿cuáles son sus alcances y limitaciones?, ¿tiene sentido una reforma constitucional?, y otras más que el autor contesta desde una mirada crítica y comprometida.



Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Develando el desencanto. Informe sobre derechos humanos, Ecuador 2010*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Abya-Yala, 2011.

El Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, buscando propiciar un espacio de reflexión sobre la situación de la vigencia de los derechos humanos en el país, presenta el informe correspondiente al año 2010. Este libro recopila información y análisis sobre justicia, seguridad y ambiente, y se complementa con otros temas gravitantes en la vida nacional, como el de la migración y la comunicación. También reúne los principales informes alternativos, publicaciones y videos documentales que abordan temas relacionados con los derechos humanos realizados en 2010.



Hernán Rivadeneira J., edit., *Justicia, Soberanía, Democracia e Integración en América*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones La Tierra, 2011.

Los artículos presentados en este libro reflejan el estado de la cuestión sobre los cruciales temas jurídicos que están en debate en el continente: la problemática de la justicia, los procesos constituyentes –especialmente en los países del Área Andina–; el tema de la soberanía, y la situación de los derechos humanos, y que fueron discutidos en la XV Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas (AAJ), celebrada en Quito en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador



  
**CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL**

