



IURIS DICTIO

Publicación Periódica del
Colegio de Jurisprudencia

La noción "derechos fundamentales" en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser

"derecho constitucional").
Farith Simon Campaña.

Vías de hecho de la Corte Constitucional que corrigen sentencias y autos judiciales ejecutoriados por "error de derecho" e "injusticia del resultado". Comentarios a la sentencia No.020 -09 - Sep - CC (Caso: 038-09-EP) de 13 de agosto de 2009 con referencia a la sentencia No.003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA) de 23 de julio de 2009.

Jorge Zavala Egas.

Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del ius Novus ecuatoriano.

Jaime Vintimilla Saldaña.

Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción.

Juan Pablo Aguilar Andrade.

Cuestionamiento a la aplicación generalizada del método de la ponderación judicial a partir de una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional.

Salim Zaidán.

Inconstitucionalidad del recargo tributario en España.

Javier Bustos A.

Sobre la ilicitud del objeto en el caso del Artículo 1487 del Código Civil. Comentario a la sentencia 322-2007 de 17 de octubre, de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Luis S. Parraguez R.

**Universidad
San Francisco
de Quito**

ÍNDICE IURIS DICTIO No. 13

1.- La noción "derechos fundamentales" en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser "derecho constitucional").- Farith Simon Campaña.	9
2.- Vías de hecho de la Corte Constitucional que corrigen sentencias y autos judiciales ejecutoriados por "error de derecho" e "injusticia del resultado". Comentarios a la sentencia No.020 -09 - Sep - CC (Caso: 038-09-EP) de 13 de agosto de 2009 con referencia a la sentencia No.003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA) de 23 de julio de 2009.- Jorge Zavala Egas.	33
3.- Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del <i>Ius Novus</i> ecuatoriano.- Jaime Vintimilla Saldaña.	47
4.- Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción.- Juan Pablo Aguilar Andrade.	59
5.- Cuestionamiento a la aplicación generalizada del método de la ponderación judicial a partir de una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional.- Salim Zaidán.	91
6.- Inconstitucionalidad del recargo tributario en España.- Javier Bustos A.	105
7.- Sobre la ilicitud del objeto en el caso del Artículo 1487 del Código Civil. Comentario a la sentencia 322-2007 de 17 de octubre, de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Luis S. Parraguez R.	119

IURIS DICTIO
Revista Periódica del
Colegio de Jurisprudencia
de la
Universidad
San Francisco de Quito

Comité Editorial
Fabián Corral B.
Luis Parraguéz
Diego Pérez O
Farith Simon

Diseño y Diagramación
G&R Comunicación Gráfica

Quito - Ecuador

ISBN:

Este número de
de la Universidad
dedicado al análisis
Corte Constituci

En el Colegio
desde una perspectiva
locales e intern
legales y estructu
tribunales marq
En este número
relacionados co
análisis académ
sentencia del T
Corte Suprema c
su análisis a la
instituciones jur

ÍNDICE IURIS DICTIO No. 13

1.- La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”).- Farith Simon Campaña.	9
2.- Vías de hecho de la Corte Constitucional que corrigen sentencias y autos judiciales ejecutoriados por “error de derecho” e “injusticia del resultado”. Comentarios a la sentencia No.020 –09 – Sep – CC (Caso: 038-09-EP) de 13 de agosto de 2009 con referencia a la sentencia No.003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA) de 23 de julio de 2009.- Jorge Zavala Egas.	33
3.- Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del <i>Ius Novus</i> ecuatoriano.- Jaime Vintimilla Saldaña.	47
4.- Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción.- Juan Pablo Aguilar Andrade.	59
5.- Cuestionamiento a la aplicación generalizada del método de la ponderación judicial a partir de una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional.- Salim Zaidán.	91
6.- Inconstitucionalidad del recargo tributario en España.- Javier Bustos A.	105
7.- Sobre la ilicitud del objeto en el caso del Artículo 1487 del Código Civil. Comentario a la sentencia 322-2007 de 17 de octubre, de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.- Luis S. Parraguez R.	119

IURIS DICTIO
Revista Periódica del
Colegio de Jurisprudencia
de la
Universidad
San Francisco de Quito

Comité Editorial
Fabián Corral B.
Luis Parraguéz
Diego Pérez O.
Farith Simon

Diseño y Diagramación
G&R Comunicación Gráfica

Impreso en V&M Gráficas.
Quito - Ecuador

ISBN:

EDITORIAL

Este número de la revista *Iuris Dictio*, que publica el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito desde hace diez años, está enteramente dedicado al análisis de fallos jurisprudenciales, con énfasis en las sentencias de la Corte Constitucional.

En el Colegio de Jurisprudencia consideramos que es fundamental analizar desde una perspectiva académica y científica los fallos que emiten los tribunales locales e internacionales. Sobre todo en épocas de cambios constitucionales, legales y estructurales como las que vive Ecuador, es crítico que las cortes y los tribunales marquen el camino hacia la previsibilidad y hacia la seguridad jurídica. En este número varios expertos y profesores universitarios – no necesariamente relacionados con la Universidad San Francisco de Quito- han llevado a cabo un análisis académico de varios fallos de la Corte Constitucional del Ecuador, de una sentencia del Tribunal Constitucional español y de una sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia. En todos los casos los autores han procurado no limitar su análisis a la crítica jurisprudencial, sino que se han propuesto explicar las instituciones jurídicas relacionadas con los fallos y la lógica jurídica utilizada.

El número empieza con un análisis de Farith Simon sobre la noción de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Este artículo, que estudia la tendencia jurisprudencial reciente de dicho tribunal de control, cuenta con todos los años de experiencia de su autor en materia de derechos fundamentales. Jorge Zavala Egas, un conocido estudioso de la materia constitucional, nos ha aportado un artículo respecto de las llamadas “vías de hecho” que según su criterio ha implementado la Corte Constitucional para corregir errores de hecho e injusticias en providencias jurisprudenciales. En este artículo el profesor Zavala ha hecho un estudio profundo del nuevo papel asumido por dicha Corte, como agente del cambio de modelo constitucional. En la misma línea del trabajo anterior Jaime Vintimilla, profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, ha hecho su aporte a este número de Iuris Dictio con su visión respecto del papel que juegan los principios y las reglas en la formación del nuevo régimen jurídico ecuatoriano. Con base en los fallos de la Corte Constitucional, de igual forma, Juan Pablo Aguilar ha contribuido a este número (el decimotercero) con su análisis estudioso de la posición que ha tomado dicho tribunal respecto de los estados de excepción frecuentemente implementados desde la Función Ejecutiva. El profesor Salim Zaidán, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de Quito ha aportado con un trabajo respecto del concepto y de la aplicación del principio de ponderación en los fallos constitucionales recientes.

Hay dos fallos examinados que no tienen su origen en la Corte Constitucional ecuatoriana: un caso del Tribunal Constitucional español relacionado con la inconstitucionalidad de los recargos tributarios, comentado por Javier Bustos y una sentencia de la vieja Corte Suprema de Justicia (a cargo de Luis Parraguez) respecto del concepto del objeto ilícito.

Este número constituye –estamos seguros– un nuevo aporte del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito a la discusión sobre las cuestiones jurídicas en el país, con especial importancia en el papel de la administración de justicia.

El Editor

NUESTROS COLABORADORES

Farith Simon Campaña.- Profesor del Colegio de la Universidad San Francisco de Quito; Master en Derechos de la Infancia en la Universidad Internacional de Andalucía. Profesor invitado de la Universidad Andrés Bello de Venezuela.

Jorge Zavala Egas.- Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Guayaquil. Es autor de varios libros en materia Penal, Aduanera y Constitucional. Miembro de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional.

Jaime Vintimilla Saldaña.- Profesor a tiempo completo del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Diplomado superior en Manejo Internacional de Conflictos, Universidad Santa María de Chile y DULA (Ecuador). Director Ejecutivo del Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES).

Juan Pablo Aguilar Andrade.- Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. Consultor en temas de Derecho Público. Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de Quito.

Salim Zaidán.- Profesor de “Técnicas de litigio en derechos humanos” y “Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional” en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Universidad Internacional SEK y Universidad de las Américas. Ex agente del Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Javier Bustos A.- Master en Derecho de los Negocios (España), representante del Ecuador al 11º Foro Mundial de la OCDE sobre fiscalidad, delegado del Servicio de Rentas Internas a la Agencia Española de Administración Tributaria.

Luis S. Parraguez R.- Posgrado en Derecho Civil, Universidad de Salamanca, 2006. Profesor principal de Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, 1975-1981; profesor de la Maestría en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito 1995-1997; profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Derecho Civil, Derecho de Familia, 1999 a la fecha.

La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraor- dinaria de protección por no ser “derecho constitucional”).

Resumen: Existen fallos en los se afirma que el “nuevo constitucionalismo” no protege únicamente los derechos fundamentales “sino todos los derechos constitucionales”, lo que se evidencia como un absurdo, ya que como hemos visto en la Constitución se protegen los derechos “constitucionales” y no existe referencia a los derechos fundamentales.

Farith Simon Campaña

La confusión conceptual de la autodenominada Corte Constitucional

El uso contradictorio y confuso de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de transición no es una mera anécdota, esto se traduce en la ampliación o restricción de la protección y garantía a los derechos¹ constitucionales.

Una análisis de las sentencias en las que se resuelven los recursos extraordinarios de protección –desde el momento en que se autodenominaron Corte Constitucional- pone en evidencia la incomprensión de ciertos conceptos y el uso “equivocado” algunas fuentes doctrinales (del neoconstitucionalismo y el garantismo).

Uno de los aspectos que más llama la atención al revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la intención-presente en muchos de sus fallos- de realizar análisis doctrinarios vinculados a los fundamentos teóricos de la nueva Constitución. Existen análisis claramente innecesarios en los que se despliega un arsenal de autores y teorías jurídicas para referirse a la aplicación de normas o instituciones constitucionales² en las que no existe disputa o duda de su alcance. Esos fallos se

1 A propósito de los problemas vinculados a la diversidad del “lenguaje de los derechos” y su relevancia se puede revisar el texto “El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos” de Juan Antonio Cruz Parceró, publicado por editorial Trotta en el año 2007.

2 Por ejemplo la jerarquía constitucional, el valor de los instrumentos internacionales, la naturaleza “normativa” de la Constitución, la mera descripción del Ecuador como “estado constitucional de derechos y de justicia”, etc.

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

Puntualizar estos temas no significa dejar de reconocer la aportación conceptual y jurídica que realizan algunas sentencias sobre aspectos en los que existía dudas, discrepancias³ o sobre el alcance de ciertos derechos.

En este artículo presentaré (1) una revisión general de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, (2) contrastaré el uso de ese concepto en el nivel doctrinal, y (3) presentaré un análisis general de la manera en que los derechos están tratados en la Constitución ecuatoriana del 2008, esto para demostrar el impacto del uso de ciertos conceptos en la justificación de las opciones “morales” de los jueces constitucionales ecuatorianos, tomando como ejemplo concreto el derecho de propiedad.

Temporalmente el presente análisis cubre un período que va desde diciembre del año 2008 a marzo del 2010. Por un tema metodológico decidí centrarme en aquellas sentencias⁴ emitidas por la autodenominada Corte Constitucional⁵, pero el estudio de ese lapso de tiempo no ha sido exhaustivo.

1. Revisión general de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de Corte Constitucional (de transición)

La Corte Constitucional, en mi opinión, ha usado la categoría “derechos fundamentales” en cuatro formas diferentes: a) un uso amplio para referirse a todas las clases de derechos y garantías; b) como un concepto diferente y más limitado que los derechos constitucionales; c) como una categoría diferente a los derechos consti-

³ Ejemplo de esto son las sentencias en que se interpreta la naturaleza del recurso extraordinario de protección, las que se revisa la naturaleza de los acuerdos arbitrales y el papel de los jueces frente a estos, varias sentencias que estudian aspectos específicos del debido proceso, etc.

⁴ A lo largo de la Resolución de 20 de octubre del 2008, en que el Tribunal Constitucional asumió las competencias de Corte Constitucionales, se usa la categoría “derechos fundamentales”. Esta “confusión” presente de manera significativa en las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición”, Resolución No. 1 de la autodenominada Corte Constitucional de 12 de noviembre del 2008, en la que se usa para referirse a las normas que contienen derechos como “derechos fundamentales” y para referirse a las normas jurídicas internacionales en la materia como “tratados internacionales de derechos humanos”. En la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, publicada en Registro Oficial Suplemento No 52 de 22 de octubre del 2009, se usa la categoría “derechos y garantías fundamentales” en una sola ocasión (artículo 101), se privilegia el “derechos constitucionales”, en cambio la noción derechos humanos se la usa para referirse a los instrumentos y organismos de derechos humanos, sin embargo en unas pocas ocasiones se usa “derechos humanos” de manera sustancial (por ejemplo artículos 66, 142, 202). Se usa el concepto derechos sin adjetivos, derechos de la persona (artículo 2), derechos intangibles (artículo 123). Además se usa “derechos de los pueblos”, “derechos de la naturaleza”, “derechos de las mujeres”.

⁵ Los miembros del Tribunal Constitucional asumieron “el ejercicio provisional de las atribuciones constitucionales referentes al control, interpretación constitucional y administración de justicia en esa material mediante Resolución adoptada en la sesión de 20 de octubre del 2008, que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451, del 22 de octubre del 2008.

He utilizado exclusivamente las sentencias en que se desarrolla de forma alguna el concepto “derechos fundamentales”.

tucionales pero complementaria; y, d) como una categoría específica de derechos.

a) Derechos fundamentales como sinónimo de todas las clases de derechos

La tendencia jurisprudencial mayoritaria es usar indistintamente diferentes denominaciones para referirse a los derechos, usando como concepto más general “derechos fundamentales” y como sinónimos “derechos humanos” o de derechos constitucionales.

Ejemplo de la equiparación de derechos fundamentales es la sentencia del caso No. 027-09-AN⁶. Los jueces constitucionales expresan lo siguiente:

...Con el surgimiento del neo-constitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los **derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental**, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos. **La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos** y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna...(resaltado no consta en el original)

Como se puede ver del párrafo citado la Corte se habla de “derechos fundamentales” de las personas, colectivos y entorno ambiental (se entiende que se refiere a la naturaleza), después se presentan algunas denominaciones de los derechos que están contemplados en la Constitución, para finalmente referirse a la categoría “derechos humanos”.

Otro ejemplo es la Sentencia del Caso No. 0001-08-EE⁷:

6 Sentencia de 9 de diciembre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega). En el mismo sentido y de manera textual se reproduce la cita en la Sentencias de los casos No. 0026-09-AN de 8 de octubre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 0005-09-IS de 29 de septiembre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); No 0187-2009 de 6 de agosto del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); No. 0159-09-R de 15 de julio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ;No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 1075-07-RA de 16 de junio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); Nro. 0086-09-RA de 16 de junio del 2006 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); Nro. 0060-2009-RA de 16 de junio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 0126-09-EP de 1 de octubre del 2009 (Juez sustanciador Edgar Zárate Zárate); No. 1147-08-RA de 22 de julio del 2009 (Juez Ponente Roberto Bhrunis); No. 1493-08-RA de 30 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato);No. 0150-09-RA de 30 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato); No. 0139-09-RA de 23 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato); No. 0022-2009-RA de 24 de diciembre del 2009 (Jueces ponentes Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie).

7 Sentencia de 5 de diciembre del 2008 (Juez Ponente Roberto Bhrunis Lemarie).

En cuanto a la proporcionalidad de la limitación de los **derechos fundamentales**, es necesario reiterar que en un plano teórico el Estado tiene la obligación jurídica de reconocer y garantizar en toda circunstancia de tiempo y de lugar, ciertos derechos y sus garantías, ya que el simple reconocimiento de los derechos sin aquellas no tiene sentido. La restricción de ciertos **derechos humanos**, debe ser entonces estar justificada y ser limitada y guardar estricta relación con los motivos o causas que lo originan y que sean oportunas, es decir que no debe existir otra alternativa para cumplir el fin (resaltado no consta en el original).

Los derechos constitucionales se equiparan a los derechos fundamentales en varias sentencias, esto a partir de la definición de Ferrajoli⁸ :

En el Estado Constitucional los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los **derechos constitucionales**, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esta titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular (el resaltado es nuestro)

[...] Son derechos fundamentales todos aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

Es un paradoja que otros jueces ponentes usen la misma cita en contextos donde se afirma que: los “derechos constitucionales” comprenden un “universo” más amplio que los derechos fundamentales.

En varios fallos aparece la interpretación de que la noción derechos fundamentales ha evolucionado de contener exclusivamente a los derechos civiles y políticos y posteriormente se ha extendido a los derechos “Económicos, Sociales y Culturales o de los derechos de última generación”. Textualmente dice la Corte:

Tradicionalmente, desde el Estado Liberal francés, se asocia la noción de derechos fundamentales con los tradicionales derechos civiles y políticos, sin embargo, dentro de la dinámica que caracteriza al Derecho, y en especial a los Derechos Humanos, aquellos se hacen extensivos a otros derechos como los Económicos, Sociales y Culturales o de los derechos de última generación que, en su conjunto, constituyen una amalgama de derechos que deben ser protegidos por los jueces constitucionales⁹.

⁸ Caso No. 0269-09-EP de 13 de enero del 2010 (Juez Ponente Edgar Zárate).

⁹ Caso No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Jueza Ponente Ruth Seni Pinoargote); Caso No. 0038-08-EP (Ponente Edgar Zárate); Caso 0064-08-EP (Ponente Nina Pacari Vega)

En el mismo sentido de equiparación en jurisprudencia reiterada¹⁰ se afirma que:

Los **Derechos Constitucionales** son también los **derechos fundamentales** acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución (Bloque de Constitucionalidad) (resaltado no consta en el original).

b) Como categoría más limitada y diferente a los “derechos constitucionales”

Como respuesta a las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición” en la que se usa únicamente la categoría “derechos fundamentales”, varios fallos¹¹ contienen la afirmación que debido al espíritu garantista el texto constitucional se habla de “derechos constitucionales”, como un universo más amplio de derechos contenido bajo la categoría derechos fundamentales. Así:

...la acción extraordinaria de protección pretende amparar los derechos que nos asisten a las personas, derechos que emanan de una visión amplia que no se limitan exclusivamente a **derechos fundamentales**, sino que en concordancia con las tendencias modernas del constitucionalismo, lejos de competir unos derechos con otros, siguiendo una suerte de “darwinismo jurídico”, lo que se pretende es que todos los **derechos constitucionales** sean protegidos por esta acción (resaltado no consta en el original).

Una consecuencia directa del tratamiento que la Corte da a los derechos en estos fallos, es la afirmación de que es contrario al constitucionalismo -que “tiende a que los derechos coexistan armónicamente”- el uso del método de la ponderación, proponiendo como método alternativo de interpretación la “teoría del contenido esencial de los derechos” para “armonizar derechos en pugna”. Señalo esta particularidad, ya que no es el objeto de este trabajo analizar los métodos de interpretación de la Corte, por la contradicción con la tendencia mayoritaria que privilegia el uso de la “ponderación”.

c) Como categoría diferente pero complementaria de los derechos constitucionales

El ejemplo más claro del tratamiento diferenciado, pero complementario de los derechos constitucionales y los derechos fundamentales, es la Sentencia del Caso No. 0007-09-IS. En éste fallo la Corte califica al derecho a la salud como “derecho fundamental e integral”, por tanto concluye, no puede ser negado bajo ninguna circunstancia por que se pueden violar otros “derechos fundamentales”.

10 Sentencias casos No 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 (Ponente Patricio Pazmiño); No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (Ponente Patricio Pazmiño); No. 0002-09-IS de 3 octubre del 2009 (Ponente Freddy Donoso).

11 Sentencias casos No. 0290-09-EP de 13 de enero del 2010 (Juez Ponente Ruth Seni Pinoargote); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Juez Ponente Ruth Seni Pinoargote) ; No. 0050-08-EP de 19 de mayo del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); No. 0064-08-EP de 14 de mayo del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega).

Más adelante añade que se adquiere un compromiso en el respeto de los “derechos fundamentales y constitucionales” para finalizar advirtiendo que el establecimiento de limitaciones al acceso a programas de salud pueden “violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales”¹².

Si bien los fallos no aclaran en que se diferencian las dos clases derechos (constitucionales y fundamentales) los hacen aparecer como diferentes, pero no contradictorios o excluyentes, sino complementarios.

d) Como una categoría diferenciada de derechos

Existen fallos en que se utiliza la categoría “derechos fundamentales” como una categoría diferenciada de derechos.

(i) Se ha hecho una diferenciación entre derechos fundamentales y patrimoniales. A partir de esta distinción se colige que los derechos patrimoniales -en particular el derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad- no procede para ser “ventilado por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección”.

El análisis que la Corte realiza en la Sentencia del caso No. 0132-09-EP¹³ utiliza la propuesta de Luigi Ferrajoli en esta materia, pero al hacerlo de forma descontextuada se desdibujan de cierta forma su tesis que es un tema sobre el que volveré más adelante.

De manera textual se señala:

Así analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, se colige que, en el presente caso, el asunto de fondo se relaciona con el reconocimiento del derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad, hecho que nos sitúa en un ámbito de derechos posesorios, de dominio, patrimoniales, que eventualmente y de manera expectante podría asistir a la accionante, cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección.

12 “Es por este motivo que esta Corte asegura que el derecho a la salud es un derecho fundamental e integral que no puede ser negado bajo ninguna circunstancia, más aún cuando dicha negativa nace de una resolución que por sí viola ya otros derechos fundamentales vinculados. Por medio de este derecho, el Estado se ve obligado a garantizar el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas de salud, lo que implica además una importante lucha contra las desigualdades existentes en la sociedad, por lo que no brindar dicha atención generaría su incumplimiento, además se adquiriría de esta manera el compromiso en el respeto de los derechos fundamentales y constitucionales, que implica proteger, garantizar real y efectivamente estos derechos de acuerdo con su sentido, espíritu, naturaleza y alcance, por lo que no pueden establecerse limitantes a la reparación, más aún cuando dichos limitantes pueden violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales y por tal no resulta concebible que las instituciones que brindan dicha atención se rehúsen a aceptar a una persona que la requiere de manera urgente”.

13 Sentencia de fecha 11 de marzo del 2010 (Juez Sustanciadora: Nina Pacari Vega)

En igual sentido se pronuncia la Corte en la Sentencia del Caso No. 0177-09-EP¹⁴, en la que utilizando los argumentos de Ferrajoli se concluye que:

A la luz del escenario expuesto, el tema medular se circunscribe a un asunto **eminente patrimonio**, el cual se pone en marcha en pos de un reclamo de daños y perjuicios y en donde el núcleo central u objeto mismo de la discusión se centra en la disputa de un bien inmueble; en este marco, corresponde analizar si la disputa por un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental.

[...]

Así **analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales**, se colige que en el presente caso, debido a que se trata de un derecho patrimonial, **el derecho de propiedad resulta ser el núcleo central de la demanda en cuestión sin que se evidencie violación de derechos constitucionales**.

Esto no implica que Corte Constitucional no haya reconocido en otros fallos el derecho de propiedad. La Sentencia del Caso No. 0041-09-EP, de 24 de febrero del 2010, acepta el recurso extraordinario de protección por considerar que el incumplimiento de las normas del debido proceso y a la tutela judicial efectiva ha:

...afectado directamente la cuantificación del justo precio a consignar por concepto del bien inmueble objeto de la expropiación, lo que, a nuestro criterio, **atenta contra el derecho de propiedad** y la amenaza de cometerse una injusticia; consecuentemente, convertir a la figura de la expropiación en una confiscación que prohíbe la Constitución.

Sobre este tema volveré más adelante a propósito del análisis de la categoría “derechos fundamentales”, sin embargo queda claro que se ha protegido el derecho de propiedad como derecho constitucional.

- (ii) Al analizar la “presunción de inocencia”¹⁵ realiza dos afirmaciones llamativas: la primera, que “la inocencia es un derecho connatural al hombre que existe antes de toda forma de autoridad y de Estado”; la segunda, que califica a esta como “...condición natural y derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable...”.

la Corte asume una posición iusnaturalista al hablar de derecho “connatural” anterior a la autoridad y al Estado, introduce una nueva categoría de derechos al hacer suya una caracterización doctrinal¹⁶.

14 Sentencia de 13 de agosto del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega)

15 Sentencia del Caso No. 0025-09-CN de 25 de febrero del 2010 (Jueza Constitucional Nina Pacari Vega Vega).

16 Orlando Alfonso Rodríguez, “La presunción de inocencia” Principios Universales. 2da. edición. Reimpresión. Bogotá, pág. 147.

2. Algunas aclaraciones conceptuales sobre el uso de la categoría “derechos fundamentales”

La Constitución vigente califica exclusivamente al “derecho humano al agua”¹⁷ como “fundamental e irrenunciable”, por esto llama la atención que la Corte Constitucional de manera reiterada haya utilizado la categoría “derechos fundamentales”, inclusive la Resolución de 20 de octubre del 2008, en la que el Tribunal Constitucional asumió las competencias de Corte Constitucional se usa exclusivamente la categoría “derechos fundamentales”. Esto se reprodujo en la Resolución No. 1 de la Corte en la que se aprobó las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición”, en esta se usa la categoría “derechos fundamentales” para referirse a las normas sobre derechos y en el caso de las normas jurídicas internacionales se habla de “derechos humanos”. No obstante la Corte aprobó varios fallos, como se puntualizó más arriba, en los que se establece que “derechos constitucionales” comprende un “universo” más amplio que el de los derechos fundamentales.

Es obvio que el uso de esta categoría no se deriva de normas constitucionales, es tomado de la doctrina, en particular de la obra de Luigi Ferrajoli¹⁸ el autor más influyente en esta materia en la Corte Constitucional ecuatoriana.

He podido identificar al menos 17 sentencias en la que se lo cita con diferentes propósitos: para definir derechos fundamentales¹⁹, para establecer la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, para analizarla la diferencia entre los derechos y sus garantías, para referirse a la dimensión “axiológica” de los textos constitucionales²⁰, para distinguir garantías primarias y secundarias²¹, para referirse a la crisis del derecho o la llamada “inflación legislativa” que se dice Ferrajoli describe con fenómenos como de “incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas”²², para subrayar la importancia de las garantías²³, para establecer como normas “constitucionales sustanciales” a los derechos fundamentales²⁴.

17 Es interesante la opinión de Prieto Sanchís respecto a que una exigencias universales como el aire o agua no se elevaron a rango de derechos humanos por constatar su universalidad, sino cuando se comprobó su escasez. Op. Cit. p. 35

18 Otros autores citados de manera recurrente son: Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, Luis Prieto Sanchís, Carlos Bernal Pulido.

19 Casos ya citados No. 0132-09-EP, 0296-09-EP, 0290-09-EP, 0038-08-EP, 0064-08-EP.

20 Sentencias de los casos: No. 1082-2008-RA de 7 de julio del 2009 (Juez Ponente Manuel Viteri Olvera); No. 1197-2008-RA de 30 de junio del 2009, No. 0839-2007-RA de 2 de abril del 2009, No. 0544-2007-RA de 2 de abril del 2009 (Juez Ponente Roberto Bhrunis).

21 Sentencia de los casos No. 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 y No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (Juez Ponente Patricio Pazmiño)

22 En realidad en Ferrajoli al señalar esos fenómenos cita a otros autores (Luhman, Teubner y Zolo), como se puede verificar la página 17 del libro “Derechos y garantías: la ley del más débil” y toma distancia de ese diagnóstico afirmando que el mismo responde “...a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser –importa poco si en clave determinista o apologética– es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación”. Analizar otras citas equivocadas de la Corte en esta materia me alejaría del objetivo del presente artículo pero se le atribuye varias afirmaciones que en realidad son críticas a lo dicho por otros autores.

23 Sentencias de los casos No. 0615-2008-RA de 25 de agosto del 2009 (Juez Ponente Fredy Donoso) y sentencia s/n de 2 de diciembre del 2008 (Juez Alfonso Luz Yunes)

24 Sentencias casos No. 0103-09-EP de 19 mayo del 2009 (Juez Sustanciador Dr. Roberto Bhrunis Lemarie) y No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Jueza Ponente Ruth Seni).

La caracterización de un derecho como fundamental depende directamente del enfoque que se use, no de la facilidad de uso del concepto. La incorporación acrítica de los distintos enfoques propuestos por los autores a los que la Corte Constitucional recurre con frecuencia para fundar sus fallos ha producido que un positivista -Ferrajoli- sea equiparado para todos los efectos con Alexy, Zagrebelsky y Dworkin, autores que rechazan o cuestionan esa posición. No quiero decir con esto que no exista la posibilidad de combinar aspectos de las diferentes teorías para lograr una mejor protección de los derechos, asumiendo una suerte de pragmatismo jurídico garantista, lo que rechazo es el uso de promiscuo de conceptos incompatibles que dan como resultado fallos que debilitan la protección de los derechos de las personas, al ser contradictorios, aunque en apariencia marquen una línea de interpretación constitucional de “avanzada”.

La única forma de dar cuenta de las contradicciones existentes es describir brevemente cada uno de los enfoques²⁵ acerca de los derechos fundamentales, agrupándolos alrededor de cuatro categorías: a) iusnaturalista-individualista; b) historicista; c) estatalista²⁶; y, d) formalista o estructuralista.

- a) La visión liberal de los derechos es de corte esencialmente iusnaturalista-individualista (en su vertiente iusracionalista²⁷). En esta se asume una total separación entre estado y sociedad. De acuerdo a Thomas Hobbes los ciudadanos, portadores de derechos naturales, especialmente la autopreservación, los ceden al soberano para transitar del estado de naturale-

25 Existen otras explicaciones de la noción derechos fundamentales, por ejemplo para B. Martínez de Vallejo “...la distinción más unánime recogida reserva la expresión derechos humanos para los derechos positivados en el ámbito internacional (las declaraciones y Convenciones internacionales), junto a aquellas exigencias básicas que, rodeadas de determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de la persona, no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. A su vez se restringe el término derechos fundamentales para los derechos positivados en el ámbito interno, es decir, los derechos humanos garantizados por los ordenamientos jurídicos estatales” (Megías Quirós (c), *Manual de Derechos Humanos*, p. 50). De igual forma, aunque claramente vinculado al iusnaturalismo, y como se podrá concluir cercano –en clave inversa- a algunas interpretaciones de la Corte Constitucional sobre el alcance de derechos constitucionales y fundamentales-, así se afirma que “...no se puede identificar plenamente los derechos humanos con los derechos fundamentales por dos razones; la primera es que los derechos humanos son más amplios que los establecidos como fundamentales en los textos constitucionales, y la segunda es que constituyen una clase de derechos que están por encima de cualquier positivación posible, sea interna o internacional”, Megías, Op. Cit. P. 51.

26 Una obra fundamental para entender la evolución histórica de los derechos fundamentales es: “Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones” de Maurizio Fioravanti, de la editorial Trotta, Madrid, 1996. En esta Fioravanti propone una aproximación a lo que el llama el “problema de las libertades” con tres enfoques: historicista, individualista o estatalista”. Considera que existe una “doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del siglo XIX) (p. 25).

27 De forma general se puede decir que el iusnaturalismo racionalista considera que a partir del uso de la razón se puede establecer la existencia de ciertos “principios” de carácter universal. El iusnaturalismo teológico sostiene que los principios se derivan de la existencia de una voluntad suprema. De forma independiente a la clase de iusnaturalismo que se asuma Nino dice que puede ser caracterizado por dos tesis: a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivos por ciertos órganos o individuos; b) que es un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior. Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 28 y siguientes.

za a la conformación de la sociedad. John Locke considera que la vida, la propiedad y la libertad son derechos innatos del hombre, estos mediante un “contrato originario” ceden una parte de estos derechos inalienables al estado, si éste no los respeta tienen el derecho natural a revelarse.

- b) Es obvio que el poder del estado es muy limitado en esta interpretación, ya que se reconoce que los derechos preexisten a su creación, debiendo ser considerados estos derechos como “el fundamento de cualquier ordenamiento jurídico”²⁸.

En la concepción liberal clásica de los derechos hay una diferencia entre derechos fundamentales -los que preexisten al estado- y derechos constitucionales como producto de cada norma fundamental, es decir del proceso de deliberación democrática, sin embargo esto explica una exclusiva dimensión, la no dependencia normativa de la existencia de los derechos. A continuación seguiré a Bastida para puntualizar algunas características de esta concepción²⁹:

- (i) Los derechos fundamentales serán aquellos que se entiendan como más básicos o esenciales al ser humano, ya que son “inherentes” al desarrollo de su personalidad;
- (ii) El origen de la “fundamentalidad” de los derechos se halla en el ser humano (en su *ser*), más allá de los textos constitucionales (y su *deber ser*). No es relevante que los derechos se encuentren la constitución como norma fundamentadora del ordenamiento jurídico;
- (iii) Al tener un origen previo a la sociedad civil pueden ser limitados excepcionalmente, por eso son derechos *absolutos*, esto se lo puede hacer por medio de la ley, siempre que sea permitido por la norma constitucional, de esto se deriva que sean considerados derechos “inalienables, inviolables, imprescriptibles”;
- (iv) Estas son libertades privadas ya que le corresponden a cada individuo, por esto los “llamados derechos de participación (sufragio) o de prestación no son fundamentales”, ya que excepto el derecho de defenderse de “injerencias que no tengan apoyo legal” no hay más vínculos con el poder público. De esto se deriva que en la “doctrina liberal los derechos fundamentales reciban el nombre de *libertades negativas*, *libertades civiles* o *derechos de libertad* y se articulan jurídicamente como *derechos reaccionales* o *de defensa*”;
- (v) Los derechos al no depender de una fundamentación normativa, ni siquiera de la norma más importante como la constitucional, su regulación se circunscribe exclusivamente al establecimiento de sus limitaciones y los medios para defenderse de injerencias indebidas;
- (vi) Estos derechos, por las limitaciones de regulación positiva, se encuentran en la “esfera social” básicamente sin interferencias del estado, por eso no se puede defender con una acción jurídico-estatal las amenazas a los derechos que surjan de la propia sociedad.

28 José Justo Megías Quirós (c), Manual de Derechos Humanos, Thomson Aranzadi, 2006, p. 49.

29 Cfr. Francisco J. Bastida. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”. Publicado en “Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación”. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 109-111-

En resumen, esta es una posición esencialmente axiológica-valorativa.

Como ejemplo de esta concepción, Javier Pérez Royo -en su influyente Curso de Derecho Constitucional- define a los derechos fundamentales como “los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de soberanía popular”³⁰.

b) La comprensión historicista tiene algunos rasgos comunes con la anterior, es decir presupone la existencia de ciertos valores – por ejemplo: dignidad, igualdad y libertad- que deben ser materializados por medio de los derechos, los derechos son instrumentales y van tomando forma en cada momento histórico, por ello existe una evolución de contenidos y de estructuras a lo largo de la historia³¹.

Al tener que responder a ciertos valores, las transformaciones normativas no tienen un carácter arbitrario. Para discernir cuales son derechos fundamentales se propone el uso de dos criterios³²: la *universalidad* y la *supremacía*.

- i) Los derechos deben deberían representar o expresar las exigencias morales más importantes frente a la comunidad política, estos tienen “prevalencia en caso de conflicto con cualquier otro bien o valor que haya decidido tutelar dicha comunidad”. El segundo rasgo es de carácter institucional, la *supremacía* se refleja en la constitucionalización de esos derechos. Prieto Sanchís advierte que esto presenta tres dificultades: (a) la existencia de limitaciones normativas a los derechos por criterios o conceptos indeterminados como orden público, moral, los mismos que son calificados por el mismo estado; (b) el hecho que los derechos pueden entrar en colisión entre sí o conflictos entre valores (el clásico debate de que prevalece la libertad o la igualdad), no existiendo de antemano reglas de prioridad; y, (c) pero no se tiene forma de establecer cuales son los valores que deben ser tutelados, por tanto no sabemos que derechos son fundamentales sino luego del proceso de decisión.
- ii) Un derecho es fundamental si puede predicarse su *universalidad*. El criterio de *universalidad* para identificar un derecho fundamental tiene dos formas -de acuerdo a Prieto Sanchís-: (a) en sentido activo “si es susceptible de predicarse de todos los seres humanos, con independencia de cualquier circunstancia histórica o social”, obviamente lo invariable son los valores que se defienden; (b) en sentido pasivo porque son derechos oponibles a todos (*erga omnes*), es decir el círculo de obligados es universal.

Esto implica que se retome la idea de los “fines” de Kant, ya que los derechos fundamentales representan aquellas “exigencias morales que pudiera pretender cualquier hombre antes de preguntarse por las necesidades que nacen de su específica posición social”³³.

30 Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 219.

31 Francisco J. Ansuástegui Roig, La historia de los derechos humanos, publicado en Diccionario crítico de los derechos humanos, Universidad Internacional de Andalucía- Sede Iberoamericana de la Rábida, Huelva, 2000, p. 72.

32 Cfr. Luis Prieto Sanchís, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Editorial Palestra, Lima, 2007, pp. 32 y sgts. El trabajo citado fue publicado originalmente en la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Trotta, 2000.

33 Prieto Sanchís, Op. Cit. p. 35.

c) Como reacción a la afirmación de la existencia de “derechos naturales” (es decir al iusnaturalismo) surge el positivismo que critica esta noción por diferentes razones y matrices ideológicas “por considerarlos construcciones irracionales, que carecen de sentido, meras abstracciones formales que defienden los intereses de una clase, la burguesía, y que se olvidan del hombre concreto”.

En resumen, para el positivismo (lo que implica un alto nivel de simplificación) los derechos son tales porque una norma jurídica lo determina.

Son derechos subjetivos establecidos normativamente, son intereses protegidos por el derecho³⁴, que permite que el sujeto pueda protegerlos, demandarlos, ejercerlos. Son derechos fundamentales aquellos que la norma positiva -la constitución como la de mayor jerarquía- así lo establece³⁵. Su incorporación a la constitución – la norma suprema, la fuente principal del ordenamiento- les dota de esa condición, asumiendo dos características que los configuran³⁶:

- i. Por estar el derecho recogido en la constitución le esta vedado al poder público, especialmente a los legisladores “disponer” de esos derechos, por tanto no pueden ser alterados o vulnerados por normas de inferior jerarquía e inclusive se establecen reglas especiales para poner límites a la reforma constitucional de esos derechos, por tanto son *indisponibles* por el legislador³⁷;
- ii. La segunda característica parte de reconocer que las normas constitucionales tienen eficacia directa, es decir puede exigirse su cumplimiento, por tanto el garantizar y respetar estos derechos es un elemento central en el funcionamiento estatal.

34 Esto es criticado por Kelsen, quien considera que el interés es un “hecho psíquico”. En realidad la teoría del interés de Ihering se presente como respuesta a la teoría la voluntad por la que un derecho es tal porque el sujeto puede exigir determinado comportamiento al obligado por un derecho subjetivo, esta teoría es defendida por Savigny, Puchta y Windscheid. Posteriormente aparecen las teoría eclécticas de Jellinek, Saleilles, Ferrara, que toman elementos de las dos teorías anteriores. Todas estas teorías se elaboraron alrededor del derecho civil y han sido utilizadas para brindar explicaciones a temas de derecho público.

35 Muchos autores identifican en este proceso con la caracterización de la “constitución democrática” propuesta de Kelsen. Maurizio Fioravanti (Constitución. De la antigüedad hasta nuestros. Editorial Trotta, Madrid. Primera Edición en español 2001. Segunda edición 2007. Pág. 154) explica esto de la siguiente manera “Para Kelsen la constitución democrática es, sobre todo, el tipo histórico de constitución que desde la Revolución francesa en adelante ha asumido la tarea de demoler, progresivamente, todo poder privado de un explícito fundamento normativo, de una formal atribución de competencia, a través de las mismas normas constitucionales. En pocas palabras, la constitución democrática es la constitución que tiende a afirmar el principio del necesario fundamento normativo de todo poder. Es democrática porque tiende a excluir poderes autocráticos, es decir, poderes que buscan autolegitimarse, afirmar un fundamento propio y distinto, distinto por su naturaleza de aquel de la norma constitucional, que es por el contrario el único fundamento, según Kelsen, admisible en democracia. Desde el punto de vista del régimen político, se deduce que es democrático el régimen que no sobrevalora ningún poder, que reconduce todos los poderes a la norma constitucional”.

36 Bastida, Op. Cit. pp. 115 y sgts.

37 Esto no implica que ciertos derechos requieran de un configuración normativa o institucional posterior y se faculte al legislador regularlos para dotarles de efectividad no de eficacia.

Los derechos fundamentales pierden su condición de preestatales, no son inherentes a la persona, ya que la fundamentalidad depende de su reconocimiento constitucional, por tanto “no es consustancial a esos derechos que su titular sea exclusivamente el ser humano”³⁸, abriendo la puerta a que sean los colectivos y la naturaleza titulares de esos derechos.

d. Para explicar el enfoque estructuralista -o formalista- me valdré de la obra de Luigi Ferrajoli como he afirmado el autor más influyente en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, quien propone la siguiente definición de derechos fundamentales (citada recurrentemente de manera parcial por la Corte):

...son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<*status*>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.

Para Ferrajoli varias son las ventajas de esta definición: es válida para cualquier ordenamiento, no importa que derechos fundamentales estén reconocidos, ideológicamente es neutra e “independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales”³⁹.

El propio Ferrajoli explica el alcance de su definición:

- i) Es una *definición teórica*, por tanto no se refiere a las normas de un ordenamiento jurídico concreto o que estos derechos se encuentren sancionados en una ley o en una constitución. Es decir un derecho fundamental es tal no por su contenido específico (por tanto es una definición avalorativa⁴⁰) sino por que son “derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”⁴¹. El hecho de que un derecho se encuentre en ese ordenamiento jurídico es una condición de su existencia o vigencia en ese ordenamiento, pero no tiene impacto alguno en su consideración como fundamental. Tampoco se requiere que el derecho este constitucionalizado

38 Bastida, Op. Cit. p. 117.

39 Ferrajoli, “Derechos y...”, p. 38.

40 En su trabajo “El fundamento de los derechos fundamentales” Ferrajoli señala que, partiendo del concepto kantiano del valor de la persona humana (asumida como medio y nunca como fin), se pueden identificar cuatro criterios axiológicos de los derechos fundamentales, entonces son valiosos por que contribuyen a la igualdad, a la democracia constitucional, a la paz y a la autodeterminación de los pueblos y, a la tutela del más débil. Los cuatro criterios son convergentes y complementarios, pero me parece que es el centro de su propuesta de fundamentación axiológica se encuentra la tutela al más débil. Ferrajoli, “El fundamento...”, pp. 314 a 371.

41 Cfr. *Ibid.*

- (que señala es un garantía de ser observado por el legislador) ;
- i) Es una *definición formal o estructural* “por tanto se dirige a identificar los rasgos estructurales, que en función de dicha finalidad, convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera que sean”.
- A partir de esta explicación Ferrajoli determina tres rasgos de los derechos fundamentales, sin considerar el contenido específico de lo que tutelan⁴²:
- a) que son imputaciones de *carácter universal*, que se refiere al sentido lógico de la “cuantificación universal de la clase de sujetos que como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean titulares”; b) son <<*normas téticas*>>, es decir disponen de manera general y abstracta las situaciones contenidas en ellas (como ejemplo, además de las normas que establecen derechos fundamentales, son de esta clase las normas de señalización vial y las que imponen prohibiciones penales). Esto en oposición a las <<*normas hipotéticas*>>, que establecen con efectos hipotéticos las situaciones que se darían en cada acto (a manera de ejemplo las normas del Código Civil sobre contratos que prevén consecuencias específicas si las condiciones se cumplen); c) son derechos *indisponibles e inalienables*, es decir son de todos sus titulares de igual forma y medida, a estos opone los “derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás
- ii) Es una *definición estipulativa*, por tanto ni verdadera ni falsa, “sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera que sean los derechos (e incluso si no hubiera derechos) allí tutelados como fundamentales”.

Ferrajoli añade, que para tutelar un derecho fundamental es necesario “sustraerlo” -estableciendo su “indisponibilidad”- ya sea por el intercambio mercantil (es decir de contratación entre particulares), y b) “de la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional”, esto implica la “anulabilidad” de las leyes que contradigan a los derechos fundamentales⁴³.

A partir de esta propuesta señala que el fin, el fundamento, la razón del ser del estado constitucional de derecho es la garantía de los derechos fundamentales (todos), entendiendo ese “embrionario “paradigma de democracia constitucional” se podría extender en tres direcciones: en la garantía de todos los derechos; como un freno a todos los poderes, sean públicos o privados, tanto nacionales como transnacionales; la extensión en el nivel nacional e internacional

De la definición se pueden extraer algunas consecuencias: el concepto de igualdad jurídica, la tipología de los derechos fundamentales y las cuatro tesis que sustentan la teoría de Ferrajoli sobre la democracia constitucional⁴⁴⁴⁵:

42 Cfr. Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, publicado en el libro – debate “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 290 y sgts.

43 Ferrajoli, “Fundamento...”, p. 292.

44 Op. Cit. pp. 38 y 39.

45 Ferrajoli, “Fundamento...”, pp. 292 a 294.

- i) Esta definición formal de los “derechos fundamentales” sirve para determinar la *igualdad jurídica*, ya que gracias a su criterio de universalidad se incluye a <<todos>> los sujetos de cada uno de los diferentes <<estatus>>;
- ii) A partir de la definición se establecen dos “*tipologías*” de derechos, la referida “a las clases de sujetos a los que se atribuyen tales derechos (*subjetiva*); la otra que “son el tipo de comportamiento que son el contenido de tales de derechos” (*objetiva*).

- (a) En cuanto a la tipología subjetiva hay que recordar que los posibles titulares de derechos (por su *estatus*) son las personas físicas, ciudadanos, capaces de obrar. De esto Ferrajoli obtiene cuatro clases de derechos: “derechos humanos, que pertenecen a todas las personas físicas [seres humanos]en cuanto tales” sin importar si son ciudadanos o capaces; “derechos civiles, que pertenecen a todas las personas en tanto capaces de obrar”, sin importar su ciudadanía, estos son “potestativos” porque se manifiesta la autonomía privada; “derechos públicos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos” sin importar su capacidad de obrar; “derechos políticos, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar”, sobre estos se “funda la representación y la democracia política”.

Los dos primeros, dice Ferrajoli, pertenecen a todas las personas sin importar su ciudadanía (derechos de la persona o de la personalidad), las otras dos sólo a los ciudadanos (derechos del ciudadano o ciudadanía).

A los derechos humanos y públicos (para los que no es relevante la capacidad de actuar) los llama derechos primarios o sustanciales; a los derechos civiles y políticos (que sólo pertenece a quienes tiene capacidad de actuar) los llama derechos secundarios o formales.

- (b) La tipología objetiva se establece en función de los “tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales”, relacionándose estos la posibilidad de tener ,o no, capacidad de actuar.

Clasifica a las expectativas de actuación en negativas (de no lesiones) o positivas (de prestación).

Los derechos primarios se subdividen en derechos de libertad y derechos sociales. Los derechos de libertad son negativos o de inmunidad (es decir la expectativa es de omisión de interferencias), estos a la vez los clasifica en simples libertades de (como el derecho a la vida, libertad personal), además en libertades *de y para* (como libertad de prensa, asociación y de reunión). Los derechos sociales son derechos positivos, ya que implican prestaciones por parte de otros (como el derecho a la salud, seguridad social).

Los derechos secundarios se identifican por el tipo de poderes que contienen en los derechos de autonomía, que a su vez se clasifican

en derechos civiles y derechos políticos. Los civiles son derechos de autonomía privada (que se refieren fundamentalmente a la disposición de derechos patrimoniales). Los políticos son derechos de autonomía política (un ejemplo el voto).

iii) Para Ferrajoli las cuatro tesis “esenciales para una teoría de la democracia constitucional” son:

(1) La diferencia de estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Los primeros corresponde a clases enteras de sujetos, los otros a cada titular con exclusión de los demás. Es diferencia, dice Ferrajoli, ha estado oculta por el uso de una sola expresión <<derecho subjetivo>> para referirse a “...situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos: derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos disponibles e indisponibles”.

Los derechos fundamentales son “indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos”, los derechos patrimoniales son “disponibles por su naturaleza, negociables u alienables”.

Ferrajoli diferencia en el tema la propiedad “sobre este o aquel bien” (que no es un derecho fundamental), del derecho a ser propietario y a disponer de los bienes objetos de la propiedad (que en la tipología del autor es un derecho fundamental que se encuentra entre los derechos civiles).

(2) Los derechos fundamentales al “corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica” considera que es la dimensión <<sustancial>> de la democracia, previa la dimensión política o <<formal>>, que se funda sobre los poderes de la mayoría.

(3) La “naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales”, formándose un derecho supraestatal, que de acuerdo a Ferrajoli, establecen límites externos (y no sólo internos) a los poderes públicos.

(4) La última tesis se refiere a las “relaciones entre derechos y sus garantías”. Los derechos fundamentales “expectativas negativas o positivas a las que corresponde obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”. A las obligaciones de prestación y a las prohibiciones las llama garantías primarias. A las obligaciones de reparar o sancionar las lesiones a los derechos (las omisiones y los abusos), es decir la violación a las garantías primarias, las llama garantías secundarias.

Con esto Ferrajoli establece que los derechos y las garantías son distintas⁴⁶, la ausencia de garantías no niega la existencia del derecho, es una laguna (un vacío) que debe ser “colmada por la legislación”.

⁴⁶ En este tema contradice particularmente a Kelsen quien no hace distinción alguna entre un derecho y su garantía, esto que considera que un derecho “consiste en el poder jurídico de un individuo que el orden jurídico le otorga con motivo del incumplimiento de una obligación”.

Se puede ver claramente de esta explicación la simplificación excesiva que ha hecho la Corte Constitucional ecuatoriana de la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli. Su impacto en las valoraciones que hacen los jueces constitucionales ecuatorianos es muy alto, considerando el gran poder que tienen y la dimensión de la responsabilidad asignada a la Corte, una configuración inadecuada de los derechos es muy grave.

3) Breve análisis del tratamiento a los derechos en la Constitución del 2008

Un análisis a profundidad del tratamiento a los derechos en la Constitución vigente -más allá de una descripción- es necesario, pero supera el objetivo del presente artículo, no obstante es indispensable realizar un breve de ese tratamiento para contextualizar el fallo de la Corte.

a. Denominaciones usadas para referirse a los derechos

A lo largo del texto constitucional se utiliza varias denominaciones para referirse a los derechos de los seres humanos de manera general: derechos de las personas, derechos humanos, derechos constitucionales, derecho fundamental (en una sola ocasión).

Este uso confuso de las denominaciones (que no se relaciona al agrupamiento de los derechos en el texto) se refleja en algunas de las garantías constitucionales. Por ejemplo en la acción de protección y en la acción extraordinaria de protección se determina que son garantías dirigidas a proteger a los derechos reconocidos en la “Constitución”.

En principio parece que estas no son las acciones idóneas para proteger un derecho contenido en un instrumento internacional y que no se encuentre recogido en el texto constitucional, pero la autodenominada Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada resolvió esto asumiendo la doctrina del “bloque de constitucionalidad”⁴⁷, afirmando que “...los Derechos Constitucionales son también los derechos fundamentales acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución establece”.

De todas las denominaciones usadas la categoría más general es “derechos constitucionales”, bajo esta denominación se encontrarían contenidos los derechos humanos o de las personas, los derechos colectivos y los derechos de la naturaleza, así lo ha entendido la Corte Constitucional en la mayor parte de sus fallos, como se explicó más arriba.

b. Clasificación de los derechos humanos o de las personas⁴⁸

Los derechos constitucionales de los seres humanos se encuentran agrupados en la Constitución bajo siete categorías: derechos del buen vivir⁴⁹; derechos de las

47 Casos No 0027-09-IS; Caso No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009; Caso No. 0002-09-IS.

48 Farith Simon, La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008, publicado en “La Constitución Ciudadana”, compilador Diego Pérez, Editorial Taurus, Quito, 2009, pp. 210 y 211.

49 Agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivien-

personas y grupos de atención prioritaria⁵⁰; derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; y derechos de protección⁵¹.

No existe una explicación por parte de los asambleístas sobre esta forma de organización de los derechos, seguramente porque la decisión fue tomada en «Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución»⁵². Del informe presentado por dicha Comisión al presidente de la Asamblea Constituyente⁵³ se puede concluir que la decisión se tomó por dos razones: (i) para «destacar la trascendencia del buen vivir a lo largo del texto constitucional», renombrándose la sección que en la propuesta original se llamaba «Derechos económicos, sociales y culturales», por considerar que el «buen vivir» se corresponde en términos generales a esos derechos; y (ii) para reforzar el principio de interdependencia de los derechos⁵⁴.

La ordenación de los derechos parecería estar inspirada en la clasificación propuesta por el jurista alemán Robert Alexy⁵⁵, quien propone una agrupación en consideración de la estructura y la función que cumplen⁵⁶.

Alexy lo hace a partir de definir un derecho fundamental como “un haz de posiciones (y normas) de derecho fundamental [que son enunciados de la constitución que contienen derechos fundamentales]”; y, desde una concepción formal, “...son posiciones tan importantes que su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”⁵⁷.

c. “Fundamento” de los derechos

Un tema esencial para la interpretación y aplicación de los derechos es determinar cual es su fundamento, es decir los “valores” que el legislador constituyente estableció como justificación “axiológica” de los derechos constitucionales. Esto se traduce en la pregunta inicial concerniente a que debería establecerse como derechos a partir del establecimiento de criterios “meta-éticos”⁵⁸.

da, salud, y trabajo y seguridad social. Básicamente son los derechos económicos, sociales y culturales.

50 Adultos y adultas mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad, personas usuarias y consumidoras.

51 Que contienen el derecho al debido proceso, seguridad jurídica y la protección judicial.

52 Esta Comisión fue establecida por el artículo 47 del Reglamento de funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

53 Informe presentado por la «Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución» al presidente de la Asamblea Nacional Constituyente. Comunicación de 24 de julio de 2008. Consultada en www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=16175&Itemid=127, el 3 de noviembre de 2008.

54 «La Comisión formuló una clasificación distinta de los derechos, que no altera en esencia el contenido que aprobó el constituyente y que, en todo caso, refuerza el principio de interdependencia de los derechos». Op. cit., Pág. 4.

55 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

56 Se ha señalado que la clasificación propuesta por Alexy se apoya en la propuesta de hecha por Newcomb Hohfeld en el año 1913, el sostiene que los derechos son relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto de un objeto, pero no usa la categoría de derechos y deberes, usa las relaciones a partir de “opuestos” y “correlativos” jurídicos. A propósito de esto se puede revisar Cruz Parceró, Op. Cit., pp. 33 y sgts.

57 Alexy “Teoría de...”. Op. Cit. Pp. 214 y 295.

58 A propósito de esto se puede examinar las obras aquí citadas de Nino, Ferrajoli, Nieto. Este tema ha sido especialmente abordado por la literatura norteamericana sobre los derechos.

A lo largo del texto constitucional se hace referencia permanente a diferentes principios que contienen “valores” que fundamentarían los derechos. En muchos casos se los contempla como específicos de ciertas áreas, materias, funciones y derechos. No obstante es posible identificar algunos principios de carácter más general, que subsumen a los restantes. Esta identificación es muy difícil por lo repetitivo y poco sistemático del texto constitucional, además los asambleístas constitucionales usaron varios conceptos de manera heterodoxa (por decirlo de alguna forma).

Como anticipé, desarrollar una teoría de los derechos no es el objetivo del presente trabajo, sin embargo una lectura detenida del texto constitucional y por lo establecido en el Preámbulo, los artículos 1 (Principios fundamentales), el artículo 11 (Principios de aplicación de los derechos) permiten concluir, de manera provisional”, como principios más generales que contendrían esos “valores” que fundan o justifican los derechos: la dignidad de la persona humana y de las colectividades, igualdad (formal y material) de las personas; el pluralismo, la justicia, la solidaridad y la paz. Un apunte final sobre esto es que en la norma fundamental aparece el “buen vivir” como un objetivo a alcanzar, sin embargo en algunas disposiciones (por ejemplo los artículos 250, 290) aparece como un principio.

Probablemente a partir de un estudio más detallado esto deba reformularse, por ejemplo hay autores⁵⁹ que afirman que la justicia es el resultado de la suma de la igualdad y la libertad. Además es evidente la tensión que existe entre los principios, esto me parece que es un tema central en la aplicación de la Constitución y que la Corte Constitucional debería ser la encargada de establecer el “contenido” y “alcance” de los mismos. El resultado dependerá de la composición ideológica del organismo, lo ideal es que se hiciera a partir de una discusión plural.

A manera de conclusión.

En realidad se puede señalar varias “confusiones” conceptuales de la Corte sobre la naturaleza de los derechos, su interpretación⁶⁰, etc. Existen fallos en los se afirma que el “nuevo constitucionalismo” no protege únicamente los derechos fundamentales “sino todos los derechos constitucionales”, lo que se evidencia como un absurdo, ya que como hemos visto en la Constitución se protegen los derechos “constitucionales” y no existe referencia a los derechos fundamentales.

La “equivocación” conceptual de la autodenominada Corte ha hecho que se extraiga del pensamiento de Ferrajoli que los derechos de propiedad (al no ser funda-

59 Rafael Escudero, Metodología jurídica y conceptos morales: propuesta de análisis, publicado en “Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica”, Trotta, Madrid, 2006, p. 88.

60 Por ejemplo existen fallos en los que se desarrolla la “teoría” del núcleo esencial de los derechos, para no aplicar la ponderación bajo el argumento que se debe mantener. Pero se olvida que esto es una cuestión valorativa, ya que determinar cual es ese núcleo implica una asignación de ciertas características a cada derecho y decidir cuales son insuperables a riesgo de descaracterizar el derecho o volverlo inútil, es decir se termina haciendo un juicio en relación a cada derecho y por tanto se hace lo que se dice rechazar, dar un “peso” a esas características, pero además esto contradice la definición constitucional por la que se algunos derechos deben ser protegidos “especialmente” de acuerdo al artículo 3 del texto constitucional que establece como un deber primordial de Estado “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” (resaltado no consta en el original). Todos estos derechos agrupados bajo la denominación del “buen vivir”

mentales de acuerdo a la definición estructural del autor citado) no se encuentran amparados por la acción extraordinaria de protección como se citó más arriba, que se dirige a la protección de derechos constitucionales.

En la Sentencia del caso No. 0177-09-EP de 11 de marzo del 2010, luego de transcribir parte de la definición de Ferrajoli, la Corte concluye que "...entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales [...] el asunto de fondo se relaciona con los derechos de posesión y/o derecho de propiedad [...] cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección".

La confusión aparece con más claridad en un fallo de 13 de agosto del 2009. La "argumentación" del mismo es tan endeble que puedo afirmar que la sentencia podría ser considerada "arbitraria".

La Corte establece que el punto central en el caso es determinar sí "...la disputa de un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental", posteriormente, y a partir de la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli ya estudiada, concluye que un derecho patrimonial no es un derecho fundamental (correcto desde la perspectiva formal propuesta por el autor), y afirma a partir de esto que al ser "...el derecho de propiedad...núcleo central de la demanda en cuestión [no se] evidenci[a] violación de derechos constitucionales".

Se puede puntualizar lo siguiente sobre las decisiones citadas:

- 1) El derecho de propiedad se encuentra constitucionalmente reconocido. Se protege el derecho a la propiedad⁶¹ en todas sus formas (pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta) con función y responsabilidad social y ambiental (artículos 321 y 66 numeral 26).
- 2) Sí bien Ferrajoli, a partir de su definición estructural, concluye que el derecho de propiedad no es fundamental, si considera en esa condición –como se explicó- el derecho a ser propietario y a disponer de los bienes objetos de la propiedad.
- 3) El texto del artículo 94 de la Constitución no deja dudas de que la acción extraordinaria de protección cubre a todos los derechos constitucionales, es decir se incluye al derecho de propiedad:

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...

La Corte usa la distinción que hace Ferrajoli -desde la perspectiva estructural- para disminuir la cobertura material de una de las garantías constitucionales, lo que claramente no es de su competencia. Si bien muchos textos sobre derechos se en-

⁶¹ Se establecer la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias (57) y la propiedad intelectual (322, 402), etc.

cuentran redactados de forma tal que la Corte puede interpretar su alcance y configurarlos, no puede disponer que un derecho quede fuera de la órbita de protección de una garantía, que por su redacción, no deja dudas que alcance tiene.

Sí a esto le añadimos el hecho de que por otra vía (por el derecho como persona) están reconocidos como derechos fundamentales el derecho a ser propietario y a decidir sobre sus bienes, que se consideran -en la tipología objetiva de los derechos propuesta por Ferrajoli se consideran como derechos fundamentales de autonomía privada- la equivocación de la Corte es mucho más grave.

Era mucho más consecuente con el texto constitucional negar el recurso extraordinario de protección, en el primer caso por considerar que no se habían agotado las vías ordinarias de protección de la propiedad, y en el segundo caso, porque de los hechos del mismo no aparece violación alguna a derechos constitucionales y que se trató de usar la acción extraordinaria de protección como una cuarta instancia, es decir el objetivo era que Corte revisara el fallo y no el subsanar una violación de derechos constitucionales en el trámite o en la decisión.

Parece que las valoraciones de algunos jueces constitucionales se impusieron en la jurisprudencia. A partir de su opción ideológica se tomó una decisión y luego se buscó los argumentos. Como el derecho de propiedad (con una serie de condiciones) se encuentra constitucionalmente protegido no encontraron argumento normativo para negar una de sus garantías, entonces se utilizó de manera parcial y descontextualizada una definición teórica para dar apariencia de legitimidad a una sentencia que en realidad es arbitraria.

Algunos miembros de la Corte han demostrado con sus fallos no entender los conceptos que usan, y en otros, “acomodarlos” para justificar de manera burda sus opciones ideológicas⁶², algo muy peligroso en el órgano de mayor poder en la estructura institucional ecuatoriana.

62 Algo que en términos globales se puede decir que es posible por el margen que dejan muchas de las normas constitucionales, ya que la Corte podría configurar conceptos indeterminados a partir de ciertas opciones valorativas, lo que no es lo mismo que negar la protección a derechos en situaciones en que no existe ese margen.

Bibliografía

Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pulido, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Francisco J. Ansuástegui Roig, La historia de los derechos humanos, publicado en Diccionario crítico de los derechos humanos, Universidad Internacional de Andalucía- Sede Iberoamericana de la Rábida, Huelva, 2000.

Francisco J. Bastida. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”. Publicado en “Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación”. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

Juan Antonio Cruz Parceró, “El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos”, Trotta, 2007.

Rafael Escudero, Metodología jurídica y conceptos morales: propuesta de análisis, publicado en “Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica”, Trotta, Madrid, 2006.

Luigi Ferrajoli , Los fundamentos de los derechos fundamentales, publicado en el libro – debate “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid, 2001.

Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías: la ley del más débil”, Trotta, Madrid, 2000.

Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, Trotta, Madrid, 1995.

Maurizio Fioravanti, “Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, Trotta, Madrid, 1996.

Maurizio Fioravanti (Constitución. De la antigüedad hasta nuestros. Editorial Trotta, Madrid. Primera Edición en español 2001. Segunda edición 2007.

José Justo Megías Quirós (c), Manual de Derechos Humanos, Thomson Aranzadi, 2006.

Carlos S. Nino, Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Luis Prieto Sanchís, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Editorial Palestra, Lima, 2007.

Farith Simon, La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008, publicado en “La Constitución Ciudadana”, compilador Diego Pérez, Editorial Taurus, Quito, 2009.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional citada

Sentencia de 9 de diciembre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega). Sentencias de los casos No. 0026-09-AN de 8 de octubre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 0005-09-IS de 29 de septiembre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); No 0187-2009 de 6 de agosto del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); No. 0159-09-R de 15 de julio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ;No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 1075-07-RA de 16 de junio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); Nro. 0086-09-RA de 16 de junio del 2006 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); Nro. 0060-2009-RA de 16 de junio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 0126-09-EP de 1 de octubre del 2009 (Juez sustanciador Edgar Zárate Zárate); No. 1147-08-RA de 22 de julio del 2009 (Juez Ponente Roberto Bhrunis); No. 1493-08-RA de 30 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato);No. 0150-09-RA de 30 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato); No. 0139-09-RA de 23 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato); No. 0022-2009-RA de 24 de diciembre del 2009 (Jueces ponentes Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie); de 5 de diciembre del 2008 (Juez Ponente Roberto Bhrunis Lemarie); Caso No. 0269-09-EP de 13 de enero del 2010 (Juez Ponente Edgar Zárate); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Jueza Ponente Ruth Seni Pinoargote); No. 0038-08-EP (Ponente Edgar Zárate); Caso 0064-08-EP (Ponente Nina Pacari Vega); No 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 (Ponente Patricio Pazmiño); No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (Ponente Patricio Pazmiño); No. 0002-09-IS de 3 octubre del 2009 (Ponente Freddy Donoso); No. 0290-09-EP de 13 de enero del 2010 (Juez Ponente Ruth Seni Pinoargote); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Juez Ponente Ruth Seni Pinoargote) ; No. 0050-08-EP de 19 de mayo del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); No. 0064-08-EP de 14 de mayo del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); de 11 de marzo del 2010 (Juez Sustanciadora: Nina Pacari Vega); 13 de agosto del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega). Sentencias de los casos No. 0025-09-CN de 25 de febrero del 2010 (Jueza Constitucional Nina Pacari Vega Vega); No. 1082-2008-RA de 7 de julio del 2009 (Juez Ponente Manuel Viteri Olvera); No. 1197-2008-RA de 30 de junio del 2009, No. 0839-2007-RA de 2 de abril del 2009, No. 0544-2007-RA de 2 de abril del 2009 (Juez Ponente Roberto Bhrunis); No. 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009; No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (Juez Ponente Patricio Pazmiño); No. 0615-2008-RA de 25 de agosto del 2009 (Juez Ponente Freddy Donoso); s/n de 2 de diciembre del 2008 (Juez Alfonso Luz Yunes); No. 0103-09-EP de 19 mayo del 2009 (Juez Sustanciador Dr. Roberto Bhrunis Lemarie); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Jueza Ponente Ruth Seni).

Vías de hecho de la Corte Constitucional que corrigen sentencias y autos judiciales ejecutoriados por “error de Derecho” e “Injusticia del Resultado”

COMENTARIOS A LA SENTENCIA No.020 –09 – SEP – CC (CASO: 038-09-EP) DE 13 DE AGOSTO DE 2009 CON REFERENCIA A LA SENTENCIA NO.003-09-SIN-CC. CASO No. 0021-2009-IA) DE 23 DE JULIO DE 2009

Jorge Zavala Egas

Resumen: la Corte Constitucional dice tener legitimidad para examinar un auto o sentencia ejecutoriados y juzgar de un modo diferente si determina error de derecho derivado de una laguna filosófica en la norma aplicada (“la realidad normativa y filosófica que caracteriza la actual Constitución”) y concluye en la «injusticia del resultado» de la sentencia juzgada, pues, se basa esta en un fundamento “pre jurídico e ilusorio”.

Síntesis del caso:

El Procurador General del Estado acusa ante la Corte Constitucional, vía Acción Extraordinaria de Protección, a un auto expedido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia de vulnerar derechos constitucionales inherentes al debido proceso. En ese Auto los juzgadores rechazan el Recurso de Hecho interpuesto contra la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que inadmite el Recurso Extraordinario de Casación, el mismo que había sido presentado contra una sentencia que condena al Estado al pago de una indemnización a favor de una asociación de productores de derecho privado. La Corte Constitucional decide que la actuación judicial vulnera los siguientes derechos constitucionales: a) Tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e interés de las personas (artículo 75 de la Constitución); b) Sacrificio de la justicia por la omisión de formalidades (artículo 169), así como c) la garantía del debido proceso (artículo 76, numerales 1 y 7, literal a).

El Recurso de Casación fue estimado como inadmisibles por la Sala de la ex CSJ por haberse “presentado fuera de término, afirmando que el Recurso Extraordinario de Casación es esencialmente formalista, tal como se ha pronunciado la extinta Corte Suprema de Justicia en múltiples fallos reiterados. Sostienen que la Sala cumplió con lo dispuesto en la Ley de Casación en cuanto a la observancia de los términos aclarando que por la rigidez del recurso de casación la Sala no puede considerar el fondo del asunto (pág.4), tal como se concluye de la contestación a la demanda.

Lo que sucedió fue que dictada la Sentencia por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la Procuraduría solicitó la aclaración y la ampliación del fallo después vencido el término para hacerlo, al caer en cuenta de ello y antes de que se provean dichos recursos horizontales, el Procurador interpuso Recurso de Casación, “el cual, a juicio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, es impropio por apresurado, en virtud de que sólo a partir de la fecha de notificación del auto definitivo que negaba la aclaración y ampliación, discurre el término para la interposición del recurso de casación” (pág.6).

La Corte Constitucional corrige el «error de Derecho» y la «injusticia del resultado»

Para nuestro comentario lo trascendente de la Sentencia de la Corte Constitucional es su afirmación final que explica la razón para decidir: “La aceptación de la presente acción extraordinaria de protección no es de ningún modo arbitraria, pues por el contrario, se sustenta sobre la base del «error de derecho» y la «injusticia del resultado». El error de derecho se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la injusticia del resultado se expresa en la incertidumbre a la que se ven sometidos quienes son menoscabados en sus derechos e intereses mediante un auto con un sustento pre jurídico e ilusorio” (págs. 11/12, los subrayados no son originales).

¿En qué se fundamenta la Corte Constitucional para la corrección del auto ejecutivo determinando «error de derecho» e «injusticia del resultado»?

Dice la Corte que:

1. “Las sentencias y autos luego de manifestadas o expedidas, se basan en una presunción de verdad, mas hay que aclarar que la verdad no es sino la adecuación del concepto que se tiene sobre un objeto y lo que dicho objeto es en la realidad de los hechos. Lograr la verdad absoluta es algo que está fuera del alcance del intelecto del juez, por lo que en una sentencia o auto el juez acoge una aproximación de lo que considera la verdad que idealmente se pretende alcanzar. Esto significa que la verdad es un fenómeno perfectible, pues ante la presencia de nuevos elementos de juicio es posible abordar nuevamente una sentencia para acercarla de mejor manera hacia el ideal de verdad” (pág.11).
2. En conclusión: la Corte Constitucional dice tener legitimidad para examinar un auto o sentencia ejecutoriados y juzgar de un modo diferente si determina «error de derecho» derivado de una laguna filosófica en la norma aplicada (“la realidad normativa y filosófica que caracteriza la actual Constitución”) y concluye en la «injusticia del resultado» de la sentencia juzgada, pues, se basa ésta en un fundamento “pre jurídico e ilusorio” (págs. 11/12).

Esta tesis de la Corte Constitucional ya se aplicó antes (Sentencia No.003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA) de 23 de julio de 2009 y dijo, en esa oportunidad, que la Sentencia que dicta “de ningún modo es una resolución arbitraria de esta Corte, pues, por el contrario, se trata de sustentarse sobre la base sostener la supremacía de la Constitución vigente y corregir eventualmente el error de derecho y la injusticia del resultado”. Y agregó:

“El «error de derecho» se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la «in-

justicia del resultado» se viene expresando con anterioridad a la emergencia del nuevo paradigma constitucional...”.

Tanto el «*error de derecho*» que conlleva la incongruencia con la actual Constitución de normas anteriores a su vigencia como la «*injusticia del resultado*», se afirman, por parte de la Corte Constitucional, porque “*los principios que sustentan las Constituciones de 1998 y 2008 son irreconciliables, no pueden mantenerse, ni aun poniendo en práctica los métodos más sofisticados de interpretación constitucional, pues los fundamentos filosóficos que inspiraron a las sentencias mencionadas¹ y aquellos fundamentos que sostienen la ingeniería constitucional vigente, tienen un génesis tan opuesto... , la evolución del pensamiento científico-doctrinario, así como del pensamiento jurídico-político de una nación como la ecuatoriana, transita hacia la emergencia de un nuevo paradigma que cambia sustancialmente la realidad y las características nucleares de los hechos y situaciones en la que en un momento se basaron las sentencias, sujetas a crítica²”.*

Es decir, la Corte Constitucional según su propia afirmación, tiene potestad para corregir autos o sentencias judiciales ejecutoriadas cuando éstos deriven de la incongruencia entre la norma jurídica vigente que aplican los jueces ordinarios y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución, «*error de derecho*» que conlleva la «*injusticia del resultado*» que se expresa en la inseguridad en que se encuentran quienes sufren el menoscabo de sus derechos e intereses por “*un auto con un sustento pre jurídico e ilusorio*”.

Veamos de qué se trata todo lo expresado.

Los jueces ordinarios y su función

No es discutible que los jueces en los procesos judiciales deben hacer justicia conforme al Derecho (Art.172 CRE) y, lo es, declarar que el recurso de casación debe ser interpuesto dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración (Art. 5 de la Ley de Casación) y, en consecuencia, aplicando la norma procede a inadmitir el que fue interpuesto *antes* que haya sido resuelto el petitorio de aclaración o ampliación o después de los cinco días de tal providencia.

La Corte afirma que esta declaración y aplicación judicial “*se apega a un acto de ruptura a la simple lógica, así como violatoria de la justicia por hacer prevalecer formalidades*” (pág.8). Para sustentar esta conclusión la CC afirma que, en el caso concreto, “*fue más que obvio que dicha petición (de aclaración y ampliación) sería rechazada*” por presentada después del término legal para hacerlo y que, por ello, se justifica que el recurso de casación fuese interpuesto antes que el rechazo sea objeto de la providencia judicial respectiva, y, según la Corte, ¿debió ser admitido aun cuando la ley lo prohíba! Pues, razonaron los jueces constitucionales, “*la petición de dicho recurso es obvia y hasta inminente*” (¿?).

Se trata, en definitiva, de la aplicación de la norma jurídica previa, clara y pública en cumplimiento de la seguridad jurídica (Art.82 CRE) realizada por la Sala de la

1 Se refiere a las sentencias en materia constitucional dictadas con fundamento en la Constitución 1998 (págs.53 y 54).

2 Ídem

ex Corte Suprema, operación aplicativa que es juzgada por la Corte Constitucional como *violatoria de la justicia* porque, según su argumentación, la *petición del recurso es obvia y hasta inminente*. Estamos de acuerdo con que la solicitud del recurso es expresa, patente y manifiesta (obvia) y que era próximo el día de la oportunidad de Recurso de Casación (inminente), pero ello no elimina la realidad: fue presentada en tiempo prematuro, no lo presentó después de negadas las peticiones de ampliación y aclaración y se aplicó la consecuencia prevista en la norma legal que es su inadmisibilidad.

Lo que no se alcanza a entender -ni lo explica la Corte Constitucional es cómo vulneró la *Justicia* la Sala de la Corte Suprema cuando aplicó la norma jurídica vigente y que es adecuada a la Constitución.

De ahí concluye, la Corte Constitucional, que se violó el derecho a la tutela judicial efectiva, *"pues si bien el accionante ejerció inicialmente su legítimo derecho a la defensa en diferentes etapas procesales, es colocado en un estado de incertidumbre cuando el recurso de casación, presentado por el ahora accionante, recibe una respuesta negativa con una argumentación de poca consistencia y sustentada en razonamientos de poco peso jurídico y constitucional"*. Sin decir, por otra parte, que el razonamiento de la Sala de la ex CSJ se concreta en una norma jurídica que, como regla que es, tiene condiciones de aplicación que son del todo claras, detalladas y precisas que no ameritan siquiera interpretación y que estaba en la obligación de aplicarla.

De las formalidades y solemnidades como núcleo duro de la seguridad jurídica a la injusticia del resultado

La Corte Constitucional deja entrever en su oscuro razonamiento que la Sala de la ex Corte Suprema de Justicia hizo prevalecer una formalidad jurídica sobre la *justicia* del caso y que esto se encuentra prohibido por la Constitución (Art.169), pero es necesario aclarar que el Recurso de Casación es extraordinario porque se configura de modo particular y limitado y, además, porque no impugna la decisión sobre todo el fondo del litigio, sino por determinados errores de derecho. Por ello es rigurosa y esencialmente formalista. Ha reiterado ese órgano y lo sigue haciendo, ahora con el nombre de Corte Nacional de Justicia, que *"el recurso de casación es de carácter extraordinario, formalista, restrictivo en cuanto a los condicionamientos que la Ley exige para su procedencia"*, que *"se constituye en recurso eminentemente formalista, es decir, que quien impugna acogiéndose a esta institución, debe cumplir estrictamente lo dispuesto por la correspondiente Ley de Casación, que rige este tipo de impugnaciones; vale deducir, que deben sujetarse a cumplir en forma escrita lo requerido por la indicada Ley"* o que *"se constituye en un recurso eminentemente formalista, es decir, que quien impugna acogiéndose a esta institución, debe cumplir estrictamente lo dispuesto por la correspondiente Ley de Casación, que rige este tipo de impugnaciones..."*. Esto responde a doctrina jurídica universal y pacífica sobre los recursos extraordinarios y particularmente al de Casación.

La Constitución no reprueba el formalismo procesal, ha dicho la ex CSJ, *"lo que condena es que se conviertan meras complicaciones de las formas, que impongan la realización de prácticas vacías de contenido, que se constituyan en un fin de tal manera que el proceso se convierta en un instrumento a su servicio al punto que la justicia pase a segundo plano"* (Juicio No. 208 – 00 de 12 de octubre de 2000. Aldaz vs. Bco. Pichincha). Sobre este punto el profesor Santiago

ANDRADE UBIDIA, ex Magistrado de la ex CSJ, afirma que si se encuentra pendiente de resolución la aclaración o la ampliación, no cabe interponer el Recurso de Casación y si se lo hace tendrá que volver a presentarlo dentro de los cinco días posteriores a que se haya proveído aquélla³. No hacerlo equivale a no presentarlo, agregamos y su solución normativa es la inadmisibilidad.

La Corte Constitucional acepta lo esencial del respeto a las formalidades y solemnidades procesales diciendo que “Es la necesidad de certeza y seguridad jurídica uno de los principios que alimentan el núcleo duro del deber ser de las formalidades y solemnidades que caracterizan a los procesos en derecho”, pero relativiza esa afirmación y dice que “sin embargo, la seguridad jurídica no se agota en las meras formas, pues en muchos casos dichas formalidades y solemnidades podrían ser el mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sin razón jurídico” (pág.11). El valor referente es la Justicia y la Corte Constitucional justifica las formalidades cuando sean “justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues de lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia” (ídem). Ahora bien, ¿cuándo la omisión del cumplimiento de las solemnidades procesales provoca desenlaces justos y cuándo resultados injustos? En el caso en cuestión, resuelta la causa por su fondo, declarado el derecho de la parte a recibir una indemnización por parte del Estado, vencido el plazo para interponer cualquier recurso ordinario, ejecutoriada la decisión, presentado un recurso extraordinario de casación fuera del término y pasando la sentencia en autoridad de cosa juzgada formal y material, ¿por qué es injusto el resultado? Dice la Corte Constitucional que “una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada” (pág.11). Si el auto de inadmisión del recurso de casación está sustentado en norma legal expresa, válida y eficaz, evidentemente es justo y bien fundamentado, pero no resulta así dado que, según la Corte, hay una incongruencia de la norma vigente y aplicada con la norma y el sustento filosófico actual que fluye de la Constitución, el mismo que no es explicado razonadamente por la Corte, afirma simplemente una incongruencia filosófica que es producto de su voluntad y de su intuición.

El error de derecho es creación de una falsa laguna en el sistema jurídico por parte de la misma Corte Constitucional

En efecto, la Corte Constitucional arguye que su decisión “se sustenta sobre la base del error de derecho... (Que) se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza la actual Constitución” (págs.11/12).

Es decir, afirma la Corte Constitucional que la norma contenida en el Art.5 de la Ley de Casación, que es la que sirve de fundamento al auto de la Sala de la ex Corte Suprema de Justicia por el que se inadmite el Recurso, es incongruente con respecto a la realidad normativa y filosófica que particulariza a la Constitución vigente. En otras palabras, dice la Corte, que la norma fundamentadora de la providencia judicial atacada no se nutre del contenido filosófico que tiene la actual Constitución y por ello es incongruente. Pura voluntad e intuición.

Esto es, la situación jurídica objetiva resuelta por el auto judicial atacado tiene solución jurídica prevista por una norma del Ordenamiento, en consecuencia, no hay laguna normativa; pero la solución prevista por el Ordenamiento jurídico no es satisfactoria con respecto a la *realidad normativa y filosófica*, es decir, existe laguna desde el punto de vista de un derecho perfectible por alguna norma que existe en una dimensión ideal y que se concretará en el futuro (*de lege ferenda*), pero no una laguna existente en el Ordenamiento normativo vigente (*de lege lata*). He aquí el caso de una laguna axiológica: el hallazgo de una solución normativa legal, pero injusta por intuición.

La Corte en su operación crea una falsa laguna, pues, no hay ausencia de norma para el caso, sino que ésta es defectuosa y falla al no dar una solución satisfactoria para su concepción sobre la justicia del caso. Lo que la CC plantea es que, en efecto, la presentación del recurso de casación fue prematura y, por ello, inadmisibile, según la norma procesal de la Ley de Casación, pero que ésta no es una situación *justa*, según su criterio. De este modo, según la Corte, la norma de la Ley de Casación crea una *injusticia* al sancionar con la inadmisibilidad a toda presentación del recurso de casación que esté fuera del término previsto en la Ley sin diferenciar cuál sea el momento anterior (por eso pone el ejemplo de un recurso de casación presentado apenas iniciado el proceso en la página 9, en que ahí sí la inadmisibilidad sería una solución justa), igualando el legislador la relevancia del caso al recurso interpuesto en tiempo posterior a los cinco días de la ejecutoria de la sentencia. Esa relevancia legislativa igualitaria de las dos situaciones es lo que choca con la diferencia de relevancia que otorga la Corte a la no presentación del Recurso de Casación que, sin embargo, es *obvio e inminente*. Por ello, la norma legal dejaría de crear una situación *ilegítima* (injusta) si no se subsume el caso del recurso interpuesto antes que la sentencia se ejecutorie, he aquí la corrección que hacen los jueces constitucionales al legislador, no aplicando la ley para no subsumir el caso real al supuesto fáctico de la norma que son idénticos.

En este caso, la CC no declara la norma procesal inconstitucional en sí misma, si así fuera lo habría declarado y la norma sería anulada, lo que hace es juzgarla como creadora de una situación injusta o ilegítima si no se la acompaña de la nueva norma que la Corte agrega: *será admitido el recurso si se lo presenta después de dictada la sentencia, antes que se provea su aclaración o ampliación y hasta cinco días después de notificada esta providencia*.

Es decir, la afirmación, por parte de la Corte Constitucional, de la situación de ilegitimidad que produce la norma procesal aplicada es equivalente a la creación de una laguna del valor justicia, principio axiológico que la Constitución reconoce "*normativa y filosóficamente*" (El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y «Justicia», Art. 1 CRE) y la Corte procede a colmar o integrar esa aparente laguna con la norma que dicta en su Sentencia.

Objetivamente, en este caso no hay una laguna auténtica, pues, el Ordenamiento jurídico tiene una norma (Art. 5 de la Ley de Casación) que prevé el caso juzgado, además de aprehender otros dos supuestos fácticos, es decir, contempla el precepto legal citado la situación del recurso interpuesto. En definitiva el Recurso de Casación es normativamente:

- a) Inadmisible una vez que ha sido dictada la sentencia y antes de proveída la aclaración o ampliación solicitada;
- b) Inadmisible el que no es presentado dentro de ese término, sino después.
- c) Admisible sólo cuando se presenta dentro y hasta los quince días⁴ después de ejecutoriada la sentencia o después de proveída la aclaración o la ampliación

Para el primero (a) y segundo caso (b) la solución normativa (Art. 5 de la Ley de Casación) es la inadmisibilidad del recurso, formalmente sólo es admisible el tercer recurso (b). Lo que sucede es que la solución de la norma es, para la Corte Constitucional, insatisfactoria o injusta para el primer caso y crea una laguna ideológica o axiológica. Es decir, surge una falsa laguna porque existe una expresa prescripción legal, pero lo que falta es una más justa disposición, según la Corte. Para ésta el primer caso (a) tiene relevancia porque ha sido dictada la sentencia desfavorable y se interpone inmediatamente el recurso, diferente al caso en que se deja transcurrir con exceso el término de cinco días. Es claro que hay un conflicto entre el criterio de relevancia del juzgador y el que tiene la norma legislativa, lo que equivale a una discrepancia valorativa. O sea una laguna axiológica que crea, en este caso, la Corte Constitucional al expresar su criterio de relevancia del caso concreto que juzga.

Esta laguna axiológica se provoca, por parte del juzgador, con la evidente finalidad de no aplicar el derecho vigente y, en su lugar, encubrir la creación de una norma que elabora y concreta para el caso él mismo, norma que no es previa a la situación que juzga, a la que le concede efectos retroactivos, que no es pública, tampoco es clara (Art.82 CRE) y que la Corte no tiene potestad atribuida para crearla, ejerciendo, de facto, tal potestad normativa. Es decir, la Corte ha dictado una decisión que es una auténtica *actuación de hecho (vía de hecho)* en sede de la jurisdicción constitucional, pues, no encuentra, la decisión, calificación como acto jurídico de ninguna especie.

En el caso, se impone la pregunta ¿por qué es *injusta* la situación del que presenta el recurso de casación antes que la sentencia esté ejecutoriada, no obstante haber sido dictada y notificada, siendo como es un medio de impugnación extraordinario y, por tanto, de interpretación restrictiva y de aplicación formalmente rígida?

La Corte Constitucional se atribuye facultades carentes de juridicidad y legitimidad democrática.

En conclusión, el Ordenamiento jurídico es objeto de alteración, pues la ley, que es la fuente de Derecho reconocida como legítima, ha sido sustituida por una norma de creación judicial, sin legitimidad ni juridicidad alguna, que supuestamente es más justa que aquélla.

Al respecto de lo antes analizado y como justificación dice la CC en la página 11:

“Un auto como el que es objeto actual de análisis vale como mandato que contiene una voluntad

4 En este caso por ser la Procuraduría General del Estado

imperativa del Estado, manifestada, en este caso, por los magistrados de la extinta Corte Suprema de Justicia; pero esta eficacia del auto no puede por sí misma impedir a un juez posterior, investido también él de plenitud de los poderes otorgados por la Constitución, como es el caso de esta Corte Constitucional, examinar el auto decidido y juzgar de un modo diferente.

Cabe hacer lugar a la posibilidad de atacar un auto sin el sustento y motivación coherente del Ordenamiento normativo del país y la supremacía del paradigma democrático en curso”.

Esta doctrina es ajena al sistema constitucional ecuatoriano, más aún, es contraria a nuestra Constitución y, por tanto, prohibida aplicarla por la Corte Constitucional.

Para demostrarlo comencemos por la primera afirmación de la Corte en la Sentencia que comentamos:

“Para esta Corte, la acción extraordinaria de protección en el Ecuador es una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir causas (sic) que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo1); que los derechos son plenamente justiciables, sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento (artículo 11, num.3); que el Estado es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso (artículo 11 num.9); que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, sin que pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades (artículo 169)” (pág.4).

Luego, afirma que le corresponde *“efectuar un análisis a través del cual se coteje los principios, normas y derechos constitucionales presuntamente violados, frente a los hechos materiales que subyacen del caso concreto y disponible en la documentación constante en el proceso, para así lograr plantear los problemas jurídico – constitucionales a ser descifrados, con la finalidad de encontrar una solución en apego al derecho y a la justicia” (pág.5).*

Luego, la Acción Extraordinaria de Protección es según la opinión de la Corte Constitucional:

1. Un medio para examinar el auto o sentencia decididos y juzgar de un modo diferente a como lo ha hecho el Poder Judicial.
2. Un instrumento para tener la posibilidad de atacar un auto sin el sustento y motivación coherente del Ordenamiento normativo del país y la supremacía del paradigma democrático en curso.
3. Una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir cauces que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo1).
4. Una oportunidad para efectuar un análisis a través del cual se coteje los principios, normas y derechos constitucionales presuntamente violados, frente a los hechos materiales que subyacen del caso concreto y disponible en la documentación constante en el proceso, para así lograr plantear los problemas jurídico – constitucionales a ser descifrados, con la finalidad de encontrar una solución en apego al derecho y a la justicia.

Después de leer esos párrafos de la Sentencia expresamos nuestra más absoluto desacuerdo con esa descripción de la Acción Extraordinaria de Protección que termina siendo no la garantía creada por el constituyente para la defensa de los derechos constitucionales, sino un instrumento forjado por la Corte Constitucional para construir el Derecho ecuatoriano de acuerdo a los valores, las ideologías y las concepciones ético-políticas de jueces que se declaran, en forma expresa, situados más allá de los límites que la Constitución les impone, a extramuros de la democracia y del Derecho y ejemplares redivivos para adjudicar la justicia soberana del Cadí.

Lo que se concluye es que, con esas afirmaciones, los autos de admisión de las acciones propuestas serán dictados, no una vez cumplidos los presupuestos y requisitos que exige la norma, sino por la conveniencia de escoger las sentencias judiciales que se quieran revocar o anular o que sirvan para instaurar un nuevo paradigma democrático o una nueva justicia con un contenido sesgado y que de a cada quien lo que le corresponde, según lo que decidan los jueces constitucionales. Esa es una conclusión obvia derivada de la postura *sui generis* que asume la Corte. Se utiliza el valor *Justicia* como excusa para la misma, pero se olvida que éste es un valor que todo juez toma como referencia y no como parámetro con un contenido prefijado por la Constitución. O, al menos, la Corte no enuncia cuál es el *contenido* de la Justicia al cual referir cada fallo judicial y, en la realidad, será un contenido *ad hoc*, propio y único para cada caso.

De hecho, en el Fallo ya mencionado (Sentencia No.003-09-SIN-CC. Caso No. 0021-2009-IA) de 23 de julio de 2009 la situación de injusticia provocada por la laguna axiológica del ordenamiento jurídico fue que los fundamentos filosóficos de la Constitución de 1998 pregonan “*el rol mínimo del Estado y de la dimensión estructural de la dinámica social sometida a las fuerzas del mercado y de la libre oferta y demanda y a los designios del hombre como agencia individual que se superpone a la dimensión colectiva del desarrollo*”. Filosofía que es totalmente distinta a lo que se ha llegado con “*la evolución del pensamiento jurídico-político de una nación como la ecuatoriana, transita hacia la emergencia de un nuevo paradigma que cambia sustancialmente la realidad y las características nucleares de los hechos y situaciones*”, y, por ello, todos los precedentes del ex Tribunal Constitucional carecen de obligatoriedad, pues, ahora la Corte Constitucional se trata de sustentar “*sobre la base de sostener la supremacía de la Constitución vigente y corregir eventualmente el error de derecho y la injusticia del resultado*” (págs. 55/56).

En el actual que analizamos, la *incongruencia* entre la norma vigente y aplicada por los jueces de la Sala de la ex CSJ y la *justicia* del caso es que la formalidad exigida para que el Recurso de Casación sea presentado indefectiblemente dentro de los cinco días después de ejecutoriado el auto o la sentencia, constituye una violación al debido proceso, pues, la parte procesal, de presentarlo fuera de ese plazo y serle inadmitido, queda en indefensión.

En ambos casos el contenido de la Justicia ha sido pura creación de la Corte Constitucional, no siquiera en forma discrecional, sino en acto de pura decisión fáctica o acto judicial sin motivación jurídica, *per curiam*.

El futuro parámetro que, como *contenido de la Justicia*, imponga la Corte para cada fallo judicial queda en poder de ésta y, como es natural comprenderlo, ni ella misma lo

puede conocer aún y ahí va el Ecuador con su poder judicial disminuido, acotado, desnaturalizado y sin potestad para decir el Derecho que es aplicable en definitiva mientras la Corte no lo estime congruente con el que debe ser según su intuición de la justicia del caso.

Esta usurpación de atribuciones efectuada por la Corte Constitucional rompe en su base la división de poderes del Estado y quiebra el principio de representación popular democrática, pulveriza el imperio de la Ley y el principio vital de la seguridad jurídica. El Ecuador, si triunfa esta tesis de la Corte por indolencia de la Asamblea Nacional, del Poder Judicial y del cuerpo de abogados del país, dejará de ser una democracia representativa y pasa a ser un Estado bajo la férula de nueve togados quienes son los que dictarán las normas que constituyan la justicia que concrete el *paradigma democrático en curso*.

La pretensión de corrección según la Corte Constitucional y el abandono del positivismo jurídico.

La Acción Extraordinaria de Protección, de acuerdo al constituyente de Montecristi y al legislador, tiene como exclusiva finalidad juzgar las violaciones a los derechos constitucionales y al debido proceso, cometidas en autos definitivos, sentencias o resoluciones judiciales con fuerza de sentencia, sea por acción u omisión y en forma directa e inmediata (Arts.94 y 437 CRE y Art.58 LOGJYCC) y disponer la reparación integral al afectado (Art.63 LOGJYCC). Esto es de claridad meridiana y no encierra ningún misterio reconocerlo en nuestra normativa constitucional.

Sin embargo, la Corte Constitucional, como vemos en las dos sentencias citadas, considera al proceso constitucional extraordinario de protección como un medio para, en cualquier caso, *“examinar el auto o sentencia decididos y juzgar de un modo diferente”* a como lo ha hecho el Poder Judicial o como instrumento para tener *“la posibilidad de atacar un auto sin el sustento y motivación coherente del Ordenamiento normativo del país y la supremacía del paradigma democrático en curso”* y, a su criterio, es *“una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir cauces que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo1)”*.

No tiene sustento normativo jurídico alguno la supuesta potestad de la Corte Constitucional para sustituir las normas legales vigentes por decisiones valorativas de los jueces constitucionales salvo que, en consideración a éstas constaten su contradicción material con la Constitución, en cuyo caso deberán proceder a la declaración de inconstitucionalidad y a su expulsión del ordenamiento jurídico. Si las normas con rango de ley son adecuadamente constitucionales, por su forma y contenido material, se aplican al caso. Si en situación especiales las normas vigentes son insatisfactorias para lo que la Corte Constitucional considera, por *intuición*, que es justo para el caso concreto, ésta debe dar preferencia a la obra del legislador por defectuosa que haya sido la valoración efectuada al momento de expedir la ley; pero no postergar la aplicación de ésta dando preferencia a la justicia *intuida* por el juez.

No se trata de otra la postura de la Corte Constitucional ecuatoriana al suponer que la norma dictada por el legislador ubica a los juzgadores, en ocasiones, en la posición de crear un estado de injusticia. Se trata, así es, de aplicar la tesis de Robert ALEXY y otros quienes afirman que el poder normativo (léase legislativo) tiene una *pretensión de corrección* o, lo que es lo mismo, que está necesariamente vinculado con la moral crítica social. Esto significa, dicen, que nadie dicta normas con el propósito de crear injusticias y es deber del juzgador impedir las aplicando en sus fallos la convicción de lo que *intuye que* es justo, acoplado la decisión jurídica a la moral crítica social. Esto de por sí, convengamos en ello, es un abandono del positivismo jurídico.

En efecto, en casos como el analizado, la Corte Constitucional juzga en base de normas sí, pero de normas morales que se estiman correctas, pues la justicia es un concepto ético. Claro, si la Constitución impone que los jueces hagan *justicia* conforme o según el Derecho se afirma, a la vez, una conexión entre éste y la moral y no puede, en consecuencia, admitirse el Derecho injusto, por eso la necesaria corrección judicial aplicando reglas justas (morales) en lugar de normas jurídicas válidas y vigentes. Nuestros jueces constitucionales se adhieren a la tesis que lo que justifica la decisión, en ciertos casos especiales, es una argumentación jurídica y si es cierto que la argumentación jurídica tiende a concretar la justicia, resulta claro que el Derecho se vincula a una argumentación y a una decisión moral. Un ejemplo se encuentra en las dos sentencias comentadas en que la argumentación es exclusivamente de moral política, no cita una sola norma reconocida como válida en el Ordenamiento jurídico ecuatoriano para sustentar las correcciones a los fallos de los que afirman produjeron una *injusticia de resultado*.

Por nuestra parte, afirmamos que nuestra Constitución no autoriza a que ningún juez fundamente su decisión en un criterio, por intuitivamente justo que sea, contrario a una norma legal que no ha sido declarada inconstitucional. No obstante lo valioso que puedan ser sus concepciones morales o políticas no pueden los jueces del nivel al que pertenezcan, en función de éstas, traspasar los límites que le imponen las normas de autoridad. El juez está impedido de considerar como aplicable lo que él estima correcto de acuerdo con su particular idea de justicia. Las normas legales válidas, dotadas de las suficientes condiciones de aplicación (las reglas) constituyen razones suficientes y excluyentes para decidir.

Una decisión jurídica, siguiendo la línea del pensamiento de Atienza, está justificada si y sólo si: 1) respeta los principios de *consistencia* que pauta la lógica, de *universalidad* y de *coherencia*; 2) no elude la utilización como premisa de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; 3) no desconoce la existencia de hechos probados en la debida forma; y, 4) no utiliza como elementos decisivos criterios éticos, políticos, etc. no previstos específicamente por el Ordenamiento jurídico.

En la Sentencia analizada la norma vinculante que debía utilizarse como *premise mayor* es: El Recurso debe interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días (Art. 5 Ley de Casación). El hecho probado constituye la *premise menor* y es que el Recurso se interpuso antes que sea negada o aceptada

la ampliación o aclaración de la sentencia. La *conclusión* debió ser, como fue en la instancia de casación: El Recurso es inadmitido por inoportunamente interpuesto. Mediando esta regla que enuncia sin indeterminación alguna la que debe ser la consecuencia en el supuesto previsto, la Corte Constitucional decide, sin embargo, por la justicia del caso, que la premisa mayor no la aplica por ser insatisfactoria y la *corrige* creando una norma especial: “sin embargo, si el Recurso se ha interpuesto en tiempo *anterior* al del auto definitivo que niegue o acepte la ampliación o aclaración será admitido”. Lo cual no guarda consistencia lógica con la regla válida que precisa días *posteriores* al auto definitivo que niegue o acepte la ampliación o aclaración.

Es decir, la Corte Constitucional dictó una sentencia irracional (sin consistencia lógica), eludiendo una norma válida y vinculante, argumentando criterios éticos y políticos no reconocidos por nuestro Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, expidió una sentencia sin justificación alguna, un acto de hecho, pues, jurídicamente no tiene calificación posible.

Comentario a manera de epílogo

A partir de 1950 los Tribunales o las Cortes Constitucionales comenzaron a desarrollar sus competencias como jurisdicción especial en el mundo europeo, aun cuando antes lo había hecho la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero en no pocas ocasiones aquellos jueces quisieron adueñarse de la potestad judicial y sepultar la potestad legislativa. La reacción no se hizo esperar por parte de los poderes del Estado lesionados por la envidia y el desenfrenado activismo constitucional que mutaron a los jueces constitucionales en creadores de normas y correctores de fallos, entablándose las guerras de las Cortes entre los protagonistas. Todas concluyeron suscribiendo la paz, luego de la mesurada comprensión que los tribunales y cortes constitucionales debían respetar el Ordenamiento jurídico válido por imperfecto y perfectible que fuese o nos lo parezca.

En nuestro país no se puede aceptar que se generalicen fallos como los que hemos comentado, pues, la inseguridad jurídica que generaría sería de tal dimensión que mejor es preguntar a la Corte Constitucional, antes que los legisladores expidan las leyes y los jueces las apliquen, si la valoración ética y política efectuada por los primeros es conforme a lo que ella comprende por Justicia y, los segundos, si en el caso concreto, al aplicar las leyes vigentes, cumplirán o no la expectativa de la Justicia que ella intuya aplicable.

La esencia de nuestro Estado democrático no es compatible con el esquema construido por la Corte Constitucional en el que prima una concepción canónica del sistema jurídico, vale decir, sólo se acepta como justicia lo que deciden los jueces si es adecuado a lo que ella percibe y declara que lo es. Se ha auto-erigido como única sede donde se concibe la justicia, con exclusión del legislador y de los demás jueces a quienes debe corregir en su labor. Es una fiel réplica de la única sede donde vive la justicia divina entendida por los hombres: el Vaticano, que es único legislador y solitario juez de los católicos creyentes.

Esta impostura amerita un llamado de atención a los integrantes de la Corte Constitucional para que reciban el consejo que dieran tres de los más ilustres Magis-

trados del Tribunal Constitucional español, a saber: Francisco RUBIO LLORENTE, Francisco TOMÁS Y VALIENTE y Luis DIEZ-PICAZO: "(STC No.53/1985)⁵: "El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca, por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica. En la fundamentación de la presente Sentencia falta ese razonamiento riguroso y es esa falta de rigor la que conduce a la... errada decisión".

Aún es oportuno reflexionar y enmendar.

5 Lo escrito es del primero, pero es de los tres la línea de pensamiento en cada uno de sus votos.

Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano

Resumen: Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades facticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización.

Jaime Vintimilla Saldaña

Magistratibus igitur opus est, sine quorum prudentia ac diligentia esse civitas non potest
Cicerón

Introducción

Desde el inicio del último proceso constituyente, donde se advirtió la generación forzada de un poder constituyente originario fundacional, la presencia de reglas y principios ha insertado a la realidad jurídica ecuatoriana dentro de la órbita del neoconstitucionalismo y otras doctrinas post positivistas o contra positivistas¹.

En la práctica forense cotidiana los jueces han empezado, no necesariamente con éxito, a utilizar este tipo de normas, especialmente en las sentencias constitucionales de la autodenominada Corte Constitucional en transición, sin dejar de lado el control de legalidad y la actuación misma de los funcionarios públicos.

Al respecto, el caso² constitucional que nos inspiró para la redacción del presente artículo fue la sentencia interpretativa No. 001-09-SIC-CC, pues dentro de ella la Corte Constitucional advierte en las consideraciones y gracias a una cita indirecta de la doctrina, ya que no estudia a los juristas creadores, varios aspectos que valen la pena mencionar, a saber:

1 Vigo, Rodolfo, *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 2006; Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ariel Derecho, primera edición, Barcelona, 1984; *La decisión judicial*, H. L. A. Hart y Ronald Dworkin, estudio preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, primera reimpresión de la segunda edición, Madrid, 2008; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 1999; Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2003; Cárcova, Carlos María, *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

1. La presencia de textos indeterminados dentro de la Carta Magna nos aleja de su interpretación literal, ya que “la necesidad de interpretar la Constitución surge precisamente porque ésta se caracteriza por estar conformada por textos abiertos o indeterminados (especialmente en la Carta de Derechos o principios) donde la sola literalidad de la norma no resuelve los casos concretos”³.
2. Expone la división de las normas jurídicas en principios y reglas así como brevemente esboza una definición de cada una de ellas.

Textualmente la Corte indica: “Los autores con frecuencia, hacen una distinción dentro de las normas jurídicas: hablan de reglas, por un lado, y de principios, por el otro. Las reglas son aquellas proposiciones jurídicas en las que existe un antecedente (un hecho típico claramente definido) y un consecuente (una consecuencia jurídica expresa unida al hecho típico antecedente). Los principios, en cambio, son normas jurídicas en las que: a) no hay relación de subsunción entre hechos y consecuencias (entre antecedente y consecuente), y b) su contenido se expresa en lenguaje de alta abstracción, sin que se repita o especifiquen los casos o consecuencias de su aplicación”.

3. Una reflexión sobre la naturaleza de los principios en tanto en cuanto forman o no parte del Derecho y si realmente son normas. La Corte cita al jurista colombiano Diego López Medina y explica lo siguiente: “Es por esta razón que positivistas estrictos, incluyendo al mismo Kelsen, consideran que los principios no son derecho en sentido estricto; a lo más se tratarían de normas de optimización. Su indeterminación es tan alta que no cualificarían como normas jurídicas que restrinjan el arbitrio interpretativo. Esta opinión estricta, sin embargo, ha sido confrontada por una postura más contemporánea que acepta que el sistema jurídico contiene al mismo tiempo, reglas y principios; y que los dos tipos de prescripciones son de naturaleza normativa”.
4. Que los principios y reglas son elementos constitutivos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia⁴.
5. La existencia de relaciones normativas que deben ser interpretadas en la administración de justicia tanto legal como constitucional, pues pueden aparecer colisiones entre principios y reglas claras sustentadas en princi-

3 Esta realidad nos lleva a dos temas fundamentales que se presentan para complementar o contrarrestar el positivismo: la argumentación y la tópica. La primera se refiere al discurso jurídico justificativo en tanto que la segunda es la técnica del pensamiento problemático o aporético, pues nos da pautas para enfrentar las aporías gracias a la invención de caminos. De la primera en Atienza y Alexy encontramos a dos grandes defensores así como Aristóteles y Cicerón son los principales exponentes de la segunda, siendo Tópica para el gran orador la retórica o práctica de argumentar manejando unos lugares comunes esquematizados en un catálogo elaborado pensando en esa utilización. Se recomienda estudiar Tópica Jurídica de Francisco Puy, Editorial Porrúa, primera edición, México, 2006.

4 El considerando completo es: “La Constitución ecuatoriana vigente identifica al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, respetuoso de la soberanía que radica en el pueblo, cuya voluntad se funda en la autoridad que se ejerce a través de los órganos del poder público, y, es una Constitución que trae incorporados principios y reglas”.

pios como ocurre en la sentencia *in comento*.

Antecedentes para la nueva realidad normativa

El jurista mexicano Jaime Cárdenas Gracia⁵ en su artículo “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” expresa algunas razones por las cuales el Derecho debería cambiar, pues sus fines no se han cumplido en nuestras sociedades, entre ellas menciona a las siguientes: el reduccionismo, el positivismo excesivo, la negación del contexto, desconocimiento del modelo jurídico de nuestro tiempo, considerar a la constitución como proyecto único, creer que el poder judicial está a la altura de las circunstancias, considerar lo jurídico como un dato secundario, entre otros.

Por su parte, Ramiro Ávila expresa en este mismo sentido que “el constitucionalismo contemporáneo, *neoconstitucionalismo* o *garantismo*, como quiera llamársele, surge como una respuesta ante un sistema jurídico formal, positivista, descriptivo, que no supo resolver los problemas y las necesidades de la gente”⁶.

Es decir, se colige un movimiento renovador de la Teoría y de la Filosofía del Derecho, aunque parecería ser que se trata de vino nuevo en odres viejos, pues no se observa una formación integral humanista de todos los operadores jurídicos donde la lógica del raciocinio especializado y la prudencia sean el norte, no existen cambios en la capacitación judicial, los abogados se han anclado en la etapa formal, el sistema adolece de vacíos estructurales y conceptuales enormes, se ignora el significado del pluralismo jurídico y de las nuevas fuentes del Derecho, etc.

Esta triste y angustiante realidad ha pretendido ser combatida gracias a la Carta de Montecristi, desafortunadamente las buenas intenciones chocan con una serie de elementos sistémicos que no fueron observados a debido tiempo y que hoy empiezan a hacer mella sin desconocer que el *Ius Vetus* tampoco ha constituido una verdadera solución.

El reto que tenemos entre manos es aprender a usar las nuevas normas, caso contrario, se corre el riesgo de que el remedio resulte mucho peor que la enfermedad, pues del formalismo, la incipiente seguridad y la lógica de la subsunción podríamos pasar a la arbitrariedad, la desproporcionalidad, la anomia, la justicia *a la carte* y la desinstitucionalización orgánica del Estado y no solamente de la Función Judicial.

Por esta razón, vamos a explicar qué son las reglas y los principios y como deberían ser interpretados para asegurar que la justicia, la paz, la igualdad de oportunidades y otros fines sean una realidad y no una mera manipulación ideológica, ya que la Constitución no contiene un único proyecto de nación o desarrollo, además no se debe a ningún grupo dominante de antaño u hogaño, al ser “una constitución sin

5 Cárdenas Gracia, Jaime, Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico, en *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, Pedro Torres compilador, Limusa: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2006, páginas 41 a 66.

6 Ávila, Ramiro, Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, serie Estudios Jurídicos, Número 30, Quito, 2009, página 422.

soberano específico, pues sería contradictorio hablar de derecho constitucional y adherirse, al mismo tiempo, a un proyecto político particular cerrado”⁷.

Los principios jurídicos

Para comprender debidamente los principios se hace ineludible comprender los conceptos jurídicos que “se refieren a objetos que no tienen una existencia autónoma, como podría ser un árbol o una piedra”⁸.

Esto nos suscita dificultades en tanto en cuanto podemos navegar en dos escenarios reales. Por un lado, encontramos que muchos conceptos jurídicos recaen sobre cosas que también son objeto de otros conceptos que no son jurídicos, por ejemplo, agua, mar, camino, etc., en que una misma cosa es objeto a la vez de diferentes concepciones. Por otro, esta situación es distinta de la de conceptos que se refieren a objetos que no poseen existencia aparte de la que les crea el Derecho, como los conceptos de herencia, deber jurídico, prenda y otros por el estilo.

Conforme lo defiende el profesor García Máynez en estos casos las nociones jurídicas se superponen a otras no jurídicas, de lo que resulta que se produce identidad de objeto material pero no así la de objeto formal, que es distinto en cada caso⁹.

Así las cosas los conceptos jurídicos se dividen en conceptos totalmente contruidos y parcialmente contruidos. A los primeros corresponden objetos cuya existencia es exclusivamente jurídica, por lo que no existen otras nociones que se superpongan (ficción legal); los segundos, en cambio, se refieren a un objeto material al cual también se refieren otros conceptos no jurídicos (padre, hijo, filiación, etc.).

A esto se debe sumar, aunque no es objeto del presente ensayo, los tipos y las categorías jurídicas que se relacionan naturalmente con los principios, pues el paso del concepto al principio se logra dándole la forma de una proposición o enunciado; así, los conceptos de dominio y riesgos de las cosas se enlazan para formar el principio “las cosas perecen para su dueño”. Por esto, en cierto modo, la elaboración de los principios es paralela a la de los conceptos. Así como se puede pasar de los conceptos a los principios, se puede de éstos extraer los conceptos respectivos¹⁰.

En la práctica jurídica los principios del Derecho han presentado varias acepciones, así: 1) Un conjunto de exigencias de índole axiológica que sirven de inspiración y base a las prescripciones de los ordenamientos positivos (intuición), 2) Los principios existen dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de normas establecidas, pues al decir de Carnelutti, se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o la esencia de la ley (inducción), 3) Fuente supletoria en la solución de casos, 4) Pautas valorativas que poseen la virtud o

7 Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit. Páginas 56 a 58.

8 Quintana, Fernando, Prudencia y Justicia en la aplicación del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 2001, página 182.

9 García Máynez, Eduardo, Lógica del raciocinio jurídico, Fontamara, Colección Argumentos, primera edición, México D. F., 2007; García Máynez, Eduardo, Introducción a la lógica jurídica, Fontamara, Colección Argumentos, primera edición, México D. F., 2007.

10 Quintana, Fernando, op.cit., página 215.

capacidad para actuar sobre otra cosa, 5) *Ratio essendi* o elementos ontológicos del Derecho, ya en sentido formal, ya en el del Derecho Natural, 6) *Ratio cognoscendi* o elementos del conocimiento del Derecho.

Frente a los vacíos, defectos o lagunas el uso de los principios presenta una doble posibilidad: a) heterointegración, es decir se admite que los principios generales corresponden a ideas y conceptos extralegales que se aplican en los casos de vacíos legales (defectos y casos nuevos); b) autointegración, es decir pensar que la norma contiene de modo implícito conceptos y principios generales que habría que derivar de la legislación, o sea, los principios se extraen de la propia legislación positiva, se hacen explícitos como normas jurídicas y con ellas se integran los vacíos, defectos o lagunas¹¹. Es decir, los principios, en definitiva, guardan relación no solamente con la aplicación e interpretación del Derecho sino que tiene estrecha relación con la integración y creación jurídica.

Al respecto, Atienza y Ruiz Manero¹², siguiendo a Carrió y Guastini, enlistan 6 acepciones de principios que las denominan significativas, conforme al siguiente orden:

- a) Principio en el sentido de norma muy general, entendiéndose por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. El ejemplo típico es el artículo del código civil que expresa que el contrato es ley para las partes.
- b) Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos gracias a la presencia de conceptos jurídicos indeterminados o dúbiles como orden público, abuso de derecho, etc.
- c) Principio como norma programática o directriz, esto es, de norma que dispone la obligación de perseguir determinados fines, tal es el caso del artículo 191 de la Constitución de Montecristi que explica los fines que tiene la Defensoría Pública.
- d) Principio como norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son el reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo, de una institución, etc. Ejemplos son los artículos 9, 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución.
- e) Principio como norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. Esto se advierte en el artículo 436, numeral 1 de la Carta Magna vigente.
- f) Principio como *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales prin-

11 Ibídem. Páginas 223 y 224.

12 Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Ariel Derecho, primera edición, Barcelona, 1996, páginas 3 a la 25.

cipios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Ejemplo de lo primero en el derecho local sería el principio *iura novit curia* que aparece en el artículo 4, numeral 13 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Esto nos llevaría a diferenciar entre principios implícitos y explícitos¹³.

Para concluir se deben considerar dos aspectos básicos que diferencian los principios generales del Derecho de los principios jurídicos¹⁴. En primer lugar, los distintos sistemas legales se apoyan en principios regulativos “comunes e inmanentes”, acerca de los cuales existe una conformidad general, forman un “Derecho detrás” o anterior al derecho vigente en un momento dado. Por otro lado, el concepto de principio jurídico es uno que “abarca todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídico (principios de Derecho y equidad naturales) y que informan el sistema de normas que regulan las diversas instituciones (principios sistemáticos del Derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la Ciencia del Derecho) y que rigen la realización práctica de unas y otras (reglas del arte del Derecho o reglas técnicas jurídicas), constituyen el llamado Derecho fundamental que se forma de principios de Derecho natural y, complementariamente, por los principios básicos que informan la mentalidad jurídica en una determinada fase o ciclo histórico de la civilización.

Me atrevería a indicar que los principios jurídicos, más allá de doctrinales, empiezan a transformarse en herramientas discursivas y argumentativas para encontrar soluciones adecuadas, especialmente donde existe una pluralidad de derechos y sujetos que conllevan colisiones. Su finalidad es ayudarnos a desenredar las lagunas axiológicas¹⁵ más que las mismas normativas.

Los principios frente a las reglas y valores

Gracias a la influencia directa de Ronald Dworkin y Robert Alexy¹⁶ se ha empezado a defender la idea de que las normas jurídicas, en general, y, las constituciones vigentes, en particular, se dividen o se encuentran conformadas de tres tipos (de normas): reglas, principios y directrices o valores.

Por su parte, Manuel Atienza al hablar de Dworkin explica que la tesis fundamental de este último es “que el Derecho no puede verse simplemente como un conjunto de reglas, tal y como habría hecho Hart”¹⁷. Además de la reglas, esto es, pautas relativamente específicas de conducta, los Derechos contienen también principios,

13 Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 2008, páginas 205 a 212.

14 Quintana, Fernando, *op. cit.*, página 225.

15 Conforme lo explican Alchourrón y Bulygin en su “introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Editorial Astrea, 3. a reimposición, Buenos Aires, 1998, para la existencia de una laguna axiológica es necesario que el caso tenga una solución, pues de lo contrario, se trataría de una laguna normativa, y los conceptos de laguna normativa y laguna axiológica son incompatibles (mutuamente excluyentes).

16 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, segunda edición, Madrid, 2008, páginas 349 y siguientes.

17 Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel Derecho, 3.a edición, Barcelona, 2007, página 74.

que pueden ser de dos tipos: las *policies* o directrices, las normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral (como aquella *Nemini doluus suus prodesse debet*) que establecen derechos.

Siguiendo a los juristas citados y a otros como García Amado, podemos hacer las siguientes distinciones:

Por la naturaleza normativa, las reglas son normas de mandato o simples mandatos que se cumplen o no dependiendo de cada caso, sin términos medios ni conciliación posible entre ellas en caso de que se contradigan, los principios, en cambio, se refieren a mandatos de optimización, pues obligan a que un bien o interés se proteja en cada caso y sea realizado en la mayor medida posible.

Siguiendo nuevamente a Dworkin desde el punto de vista de su carácter relativizable, los principios se distinguen de las reglas. Las reglas son aplicables a la manera del “todo o nada”, del *aut-aut*. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible. No sucede así con los principios, porque éstos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia.

La alusión a la comparación de principios introduce la segunda distinción sustancial entre éstos y las reglas. La aplicación de los principios hace necesario pesar o ponderar su valor relativo en unas circunstancias determinadas. El derecho a la intimidad, por ejemplo, puede prevalecer o no sobre la libertad de prensa dependiendo de todos los hechos y los datos jurídicos relevantes para determinar su peso relativo mayor. Las reglas carecen de esta dimensión, pues cuando chocan entre sí surge la pregunta ¿deroga una regla a la otra? y ¿es una regla una excepción a la otra? La respuesta afirmativa a una de las dos incógnitas resuelve satisfactoriamente el problema.

Estas distinciones nos llevan a la diferencia pregonada por Alexy en su fórmula del peso, pues “el fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Como ya se dijo, las reglas, como consecuencia, son normas que siempre pueden cumplirse o no.

Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

Jorge Zavala Egas, entre otros aspectos, señala dos puntos esenciales que expre-

san la relación lógico-jurídica existente entre reglas y principios: 1) El Derecho de principios no es contrapuesto al Derecho de reglas, pues no hay antítesis en la concepción del Estado legislativo y el Estado constitucional, sólo hay diferencia cualitativa de intensidad, éste es más complejo que aquél. 2) Únicamente cuando las normas-reglas generan duda, dejan lagunas o entran en contradicción, las normas-principios entran en acción con toda su fuerza directriz y con el vigor de la obligatoriedad proporcionada por la Constitución¹⁸.

Finalmente y aunque no es menester estudiar los valores, muy a pesar que se hallan en correlación estricta y se determinan recíprocamente con los principios, se diferencian de éstos al ser conceptos axiológicos que responden al criterio de lo bueno, lo mejor. Los principios especifican o concretan valores. Los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que el Derecho tiene la misión de realizar¹⁹.

En definitiva, el Constitucionalismo contemporáneo nos propone un Derecho donde priman los principios, situación que nos lleva a replantear la naturaleza de la actividad tanto de los operadores socio-jurídicos como de los servidores públicos²⁰. Al respecto, Luis Fernando Torres nos indica “que se ha desarrollado una teoría de los principios con una nueva teoría de la argumentación²¹ elaborada no por los legisladores sino por los jueces”²².

Esta realidad nos llevaría al nacimiento del denominado Derecho de los Jueces²³ o Derecho judicial.

¿Cómo se aplican los principios?

El jurista Carlos Bernal Pulido²⁴ explica claramente que las reglas se aplican por medio de la subsunción, en cambio, los principios se aplican mediante la ponderación,

18 Zavala Egas, Jorge, Apuntes sobre Neoconstitucionalismo. Acciones de protección y ponderación. Acción de inconstitucionalidad. Proceso Constitucional. Un caso: “La declaración patrimonial”, Guayaquil, 2009, página 30.

19 Vila Casado, Iván, Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo, Legis, primera edición, Bogotá, 2007, páginas 230 y 231.

20 En el país todavía existen pocas investigaciones, pero es posible diferenciar cuatro vertientes: Ramiro Avila, Luis Fernando Torres, Jorge Zavala Egas y las publicaciones del Ministerio de Justicia y derechos humanos, especialmente los volúmenes 6 y 13 de la serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad.

21 Conforme lo indica Juan Antonio García Amado “los hechos de la sentencia son una narración que el juez hace, una historia que él cuenta. Pero cada capítulo de esa historia ha de ir acompañado de razones que puedan convencernos de que es la historia real (o la más real y realista posible) de los hechos que se discutían, no la historia que al juez le apetecía contar para hacernos comulgar con el fallo que él deseaba para el caso”. Estudiar su artículo “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial sobre los hechos:”, en Teoría y práctica de la justicia constitucional, Claudia Escobar editora, volumen 13, Ministerio de Justicia y derechos humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, primera edición, Quito, 2010.

22 Torres, Luis Fernando, Presidencialismo Constituyente: La ruta del autoritarismo en el Ecuador, Cevallos editora jurídica, Corporación Autogobierno y democracia, Fundación Hans Seidel, primera edición, Quito, 2009, página 324. También se puede estudiar la obra de Manuel Atienza denominada “Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica:”, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México D. F., 2003.

23 López Medina, Diego, El derecho de los Jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, Legis, cuarta reimpresión, Bogotá, 2002.

24 Bernal Pulido, Carlos, La racionalidad de la ponderación, en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ministerio de Justicia y derechos humanos, volumen 6, serie Justicia y derechos humanos, primera edición, Quito, 2008, página 44.

a veces conocida como razonabilidad, proporcionalidad en *lato sensu* o interdicción de la arbitrariedad²⁵. Por ello, la ponderación se ha transformado en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales, aunque diría con más concreción para la aplicación de los derechos constitucionales vigentes donde se busca fomentar una prohibición de excesos o defectos.

Como se sabe los principios generan un derecho de textura abierta, pues estas normas reciben determinación y precisión a la luz de las exigencias del caso concreto o particular. La concreción de significados se perfecciona gracias al uso de la razonabilidad y la ponderación. Adicionalmente, me atrevería a decir que estos mecanismos serán mucho más efectivos siempre que se valgan de la prudencia que hizo de los romanos el pueblo que realmente conoció la justicia y el Derecho en la práctica, sin dejar de lado sus falencias humanas.

Es decir, los principios deben aplicarse proporcionalmente no debiendo excluirse entre sí, sino que en cada caso se pondera o pesa cuál ha de tener la preferencia y en qué medida.

La prudencia romana es muy similar a la ponderación contemporánea²⁶, pues en la aplicación compleja de principios jurídicos nos indica cuál es el más pertinente para resolver una diferencia o reclamación donde se muestra como una virtud que nos permite encontrar la salida más adecuada, ya sea aplicando un principio que se superpone a otro en colisión, ya sea utilizando uno distinto de aquellos en conflicto e incluso un modelo orientado por reglas²⁷. Lo interesante es que el uso de la prudencia, al decir del profesor Quintana Bravo, tantas veces citado, procura no solamente cuidado o cautela, sino que busca un beneficio moral que trasciende el caso particular que lo conecta con la exigencia de fines éticos presupuestos en todo Derecho²⁸.

La razonabilidad guarda estrecha relación con lo aceptable, lo cual, a su vez, excluye la arbitrariedad. Para Perelman, el ser “razonable” es el que busca lo que se acepta en su medio, y aun, lo que debería aceptarse por todos; “poniéndose a sí mismo en el lugar de los demás, no se considera a sí mismo una excepción sino procura actuar conforme a principios de acción que sean aceptables para cualquiera”²⁹.

25 Prieto Sanchís, Luis, El juicio de ponderación constitucional, en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Editor Miguel Carbonell, Ministerio de Justicia y derechos humanos, serie justicia y derechos humanos, tomo 6, primera edición, 2008, página 99.

26 Gustavo Zagrebelsky indica que la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, tercera edición, Valladolid, 1999.

27 Clérico, Laura, Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, en Teoría y práctica de la Justicia Constitucional, Claudia Escobar editora, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, serie Justicia y derechos humanos, tomo 13, Quito, 2010.

28 Quintana, Fernando, op. cit., páginas 156 a 169.

29 Quintana, Fernando, op. cit., página 166.

La ponderación³⁰, por su parte es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Es más, la Carta Magna se aplica mediante este sistema de comparación y peso³¹, especialmente cuando los principios, todos de igual jerarquía, deben aplicarse en distintas realidades³².

Lamentablemente y a pesar que la nueva Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional coloca en su artículo 3, numeral 3 a la ponderación como un método de interpretación constitucional y ordinaria³³, considero que la calidad de muchas sentencias muestra que esta regla no es todavía usada con solvencia o sencillamente es omitida, tal es el caso de la sentencia dictada por la jueza segunda de garantías penales de Guayas que sanciona al periodista Emilio Palacio sin aplicar las reglas óptimas de interpretación muy a pesar de la existencia de la colisión, más que obvia, entre dos principios como son el derecho al honor y la libertad de expresión³⁴.

Esta regla o principio tiene a su vez tres sub principios que deben considerarse o aplicarse en sentido estricto mediante los denominados elementos, tests, exámenes o juicios sucesivos de idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto o *stricto sensu*.

Con la idoneidad o utilidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

El juicio de indispensabilidad o subprincipio del medio más benigno o de la intervención más restringida o menos restrictiva posible de la libertad, exige que toda intervención en los derechos fundamentales resulte la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas las que al menos revisten la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto³⁵.

30 Cárdenas y Comanducci expresan que el neoconstitucionalismo, a diferencia del “excesivo positivismo”, presenta a la Constitución como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico; pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho sino mediante la ponderación.

31 Bernal Pulido, Carlos, El neoconstitucionalismo a debate, Temas de derecho Público 77, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, primera edición, Bogotá, 2006, página 12.

32 Al decir de Alexy dos o más derechos fundamentales colisionan cuando en una situación determinada no pueden al mismo tiempo ser realizados de forma completa.

33 La norma en mención dice textualmente: 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

34 Juicio No. 09252-2009-1968 que sigue el Ing. Juan Camilo Samán Salem en contra de Emilio Palacio Urrutia. Se recomienda la lectura del texto de Jorge Zavala Egas denominado La aplicación directa de la Constitución en el juzgamiento a Emilio Palacio por escribir y publicar “Camilo, el matón”. La búsqueda de la solución judicial correcta, Guayaquil, 2010.

35 Sieira Mucientes, Sara, El principio de proporcionalidad como juicio de necesidad y la debida intensidad de control en su aplicación al Legislador en www.acoes.es. También el artículo citado de Jaime Cárdenas, página 46.

El principio de proporcionalidad en *stricto sensu*, o ponderación, sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa; es decir, que exista un equilibrio entre la medida objeto de control y el fin perseguido por la misma. Se busca establecer una relación de precedencia condicionada tal y como los dispone nuestra Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional que en su artículo 3, numeral 3 sigue al pie de la letra las enseñanzas de Alexy.

Retos para el Ius Novus

Resulta imprescindible e inaplazable un proceso de formación de los operadores judiciales para que puedan familiarizarse con la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, es decir, entre las reglas para encontrar el principio de un caso o fundamentos de soporte o cosa juzgada explícita y los argumentos de mera referencia o auxiliares que no tienen relación directa con la parte dispositiva o *decisum* de la sentencia. Esta diferencia que ha operado en el *common law* e incluso en Alemania, también ha empezado a filtrarse en países como Colombia y Ecuador.

Es vital, siguiendo a García Amado, evitar que la ponderación se transforme en un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales, porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto.

Finalmente, de lo que se puede advertir, los jueces no ponderan sino que escogen los principios *ad libitum* o *a piacere* sin consideración de los derechos de los ciudadanos, muchas veces, bajo presión política, omitiendo los fines de los principios y los valores constitucionales.

La meta debe ser la presencia de jueces probos e independientes así como de una justicia constitucional plenamente especializada, caso contrario, las tempestades jurídicas no tardarán en aparecer con fuerza inusitada generando graves destrozos institucionales y morales, pues hoy en día ponderan no solo los operadores jurídicos sino que lo podrían hacer todos los servidores públicos, ya que tienen a los derechos como elemento transversal del Estado Constitucional de derechos y justicia vigente, al menos, formalmente.

Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción

Juan Pablo Aguilar Andrade

*Los maestros de la ley ... enseñan y no cumplen.
Todo lo hacen para aparentar ante los hombres;
por eso hacen muy anchas las cintas de la Ley que llevan colgando,
y muy largos los flecos de su manto.*

Mt. 23, 2-5

Resumen: lamentablemente, los hechos demuestran que la Corte ha resignado su papel de control para convertirse, más bien, en instrumento justificador de las actuaciones del Ejecutivo.

La retórica de lo nuevo

El 20 de octubre de 2008, el mismo día en que se promulgó la nueva Constitución de la República, el Tribunal Constitucional que acababa de ser suprimido se auto-proclamó Corte Constitucional y, al hacerlo, anunció que se había instaurado un “nuevo paradigma constitucional”, que describió como el paso de una Constitución “programa político” a una Constitución “norma jurídica directamente aplicable” y fuente del resto del ordenamiento¹.

En decisiones posteriores la Corte Constitucional repitió el anuncio del nacimiento de un nuevo Estado, al que incluso llegó a calificar como “la aproximación máxima a la que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental”²; con el fervor del converso la Corte proclamó que solo a partir de la

¹ Resolución de los integrantes del Tribunal Constitucional, 20 de octubre de 2008, Suplemento del Registro Oficial 451, 22 de octubre de 2008. Puede consultarse en www.tribunalconstitucional.gov.ec/c_resolucion.asp.

² Corte Constitucional, sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, 28 de noviembre de 2008, juez sustanciador Alfonso Luz Yunes. Publicada en el suplemento del Registro Oficial 479, 2 de diciembre de 2008. Puede verse en www.tribunalconstitucional.gov.ec.

nueva Constitución el Ecuador asumía el “paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano”, lo que implicaba una reformulación del derecho “en su naturaleza y génesis” y el establecimiento, “por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana”, de “una nueva forma de Estado”³.

Sin embargo, las tan pregonadas novedades existen menos en la realidad que en la retórica de la Corte y son, más bien, el resultado del súbito despertar de sus integrantes a ciertos temas de la teoría constitucional que antes del 20 de octubre de 2008 parecen haber ignorado por completo.

En efecto, la milagrosa transustanciación que convirtió al viejo Tribunal en nueva Corte parece haber abierto los ojos de los ahora jueces constitucionales, quienes “descubren” el principio de aplicación directa de la Constitución y lo califican como algo nunca antes visto en nuestro ordenamiento; al parecer, que ese principio lo establecía el artículo 18 del texto constitucional de 1998 y que era una consecuencia clara de lo previsto en los artículos 272, 273 y 274, es algo que jamás vieron los responsables de la justicia constitucional, quienes tampoco parecen haber conocido las expresas referencias de la doctrina ecuatoriana a la Constitución como norma jurídica directamente aplicable⁴.

Tampoco ha percibido la Corte que de los cinco rasgos básicos que según ella sustentarían la novedad del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuatro se encontraban ya en el texto constitucional de 1998 y solo uno puede considerarse como verdaderamente nuevo: la asignación a la Corte Constitucional de la potestad para interpretar la Constitución⁵.

En realidad, la retórica de la Corte y el tan pregonado paradigma neoconstitucional, no son otra cosa que barniz que cubre la persistencia de las viejas prácticas de la justicia constitucional que, por medio de la transformación del discurso, pretenden seguir siendo lo que siempre han sido, eficaces instrumentos para satisfacer los intereses de los poderes de turno.

Para mostrarlo, voy a revisar en las siguientes páginas la forma en que la Corte Constitucional ha asumido la que constituye una importante novedad de la Constitución elaborada en Montecristi: la competencia para controlar la constitucionalidad de las declaraciones de estado de excepción.

3 Ibid.

4 “... la norma constitucional, es de aplicación directa e inmediata” (ZAVALA, 2003: 62); “... la Constitución como norma jurídica es directa e inmediatamente aplicable” (TRUJILLO, 2006: 142); “Las normas constitucionales no son simples enunciados o simples declaraciones de principios, por lo que sus disposiciones deben aplicarse aún cuando el legislador no las haya desarrollado” (OYARTE, 2006: 27). Puede verse también Zavala (1999: I, 104-108) y Trujillo (2004).

5 Corte Constitucional, sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, 28 de noviembre de 2008, juez sustanciador Alfonso Luz Yunes. Publicada en el suplemento del Registro Oficial 479, 2 de diciembre de 2008. Puede verse en www.tribunalconstitucional.gov.ec. En esta sentencia, la Corte establece los siguientes rasgos básicos: “a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional”.

El estado de excepción⁶

El estado de excepción, sea cual fuere la denominación que se le dé en cada ordenamiento (estado de emergencia, estado de sitio, facultades extraordinarias, etc.), es la institución creada para enfrentar la que Jean Rivero denomina “hipótesis de peligro público” (1984: 92) y que autoriza a concentrar poderes en una autoridad, limitar ciertos derechos o, en general, adoptar medidas que no se admiten en circunstancias normales.

Ante las posibilidades que ofrece, el estado de excepción se convierte, por lo menos, en una tentación para el ejercicio de poderes arbitrarios, ante la cual en no pocos casos han cedido las autoridades de turno. Los estados de excepción, muchas veces, se han convertido en instrumento rutinario de gobierno y recurso constante que acaba transformando lo excepcional en común y corriente; en palabras de Despouy, “en toda una serie de casos los estados de excepción se habían transformado en el instrumento jurídico mediante el cual se pretendía ‘legalizar’ los peores abusos y las más perniciosas arbitrariedades” (1999: 2);

Desde el campo de la legalidad se ha pretendido controlar esos abusos y arbitrariedades y, sobre todo, salvaguardar los derechos humanos que en estas situaciones “están expuestos a ser violados y por lo tanto requieren mayor protección” (DESPOUY, 1999: 5).

Para ello la doctrina ha desarrollado una serie de exigencias que se han ido incorporando en la legislación y que parten de considerar al estado de excepción, no como una huida de la legalidad, sino como una institución del Estado de Derecho que, “como tal, debe reunir determinadas condiciones y requisitos que obran a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis” (DESPOUY, 1999: 4).

Esas condiciones y requisitos se concretan en una serie de principios cuyo incumplimiento haría que el estado de excepción rompa los límites impuestos por la legalidad y, en consecuencia, violente los mandatos constitucionales. El punto de partida de esos principios es la necesidad de que el estado de excepción se fundamente en lo que el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ denomina “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”; o con los casos de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, a los que se refiere el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸. La noción de excepcionalidad

6 Lo que se pretende en este apartado es hacer un repaso muy general del tema, que permita enmarcar la revisión de las sentencias de la Corte Constitucional que se hace más adelante. Para un análisis más detallado del estado de excepción puede consultarse DESPOUY (1999); FIX ZAMUDIO (2004) o DÁVALOS (2008).

7 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El Ecuador firmó el Pacto el 4 de abril de 1968 y lo ratificó el 9 de enero de 1969; se publicó en el Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969. Se lo puede consultar en www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm.

8 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. El Ecuador ratificó la Convención el 21 de octubre de 1977. Está publicada en el Registro Oficial 801, de 6 de agosto de 1984. Puede consultarse en www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html.

es aquí fundamental, y tiene que ver con el hecho de que la gravedad y magnitud de la crisis hagan imposible superarla por medio de los instrumentos normales del ordenamiento jurídico.

La aplicación de las causales para declarar el estado de excepción debe evaluarse a la luz de los principios de necesidad (“solamente se puede recurrir a las medidas de excepción cuando sea rigurosamente necesario” (DÁVALOS, 2008: 131)), proporcionalidad (“la adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas ... y la naturaleza e intensidad de la crisis” (DÁVALOS, 2008: 136)) y razonabilidad (entendido dentro del concepto de interdicción de la arbitrariedad⁹). A estos principios se agrega la exigencia de que el estado de excepción sea temporal, territorialmente delimitado y difundido públicamente. Así mismo, se establecen siempre derechos que se mantienen intangibles aún durante el estado de excepción, sin que sea admisible la suspensión de los instrumentos de garantía de los derechos¹⁰; esto último incluye la existencia de mecanismos de control constitucional de la propia declaratoria del estado de excepción¹¹.

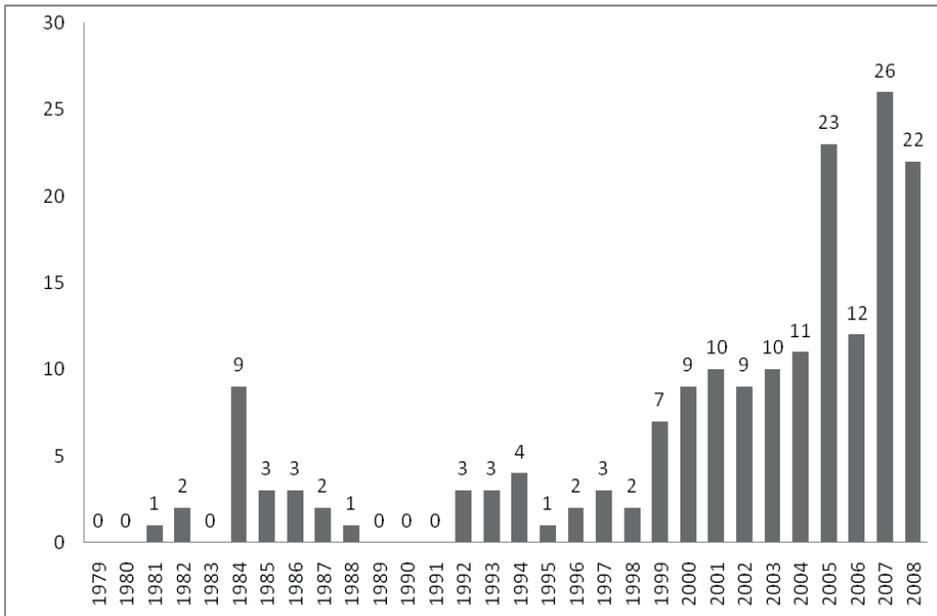
En el caso del Ecuador, no puede decirse que este desarrollo doctrinario haya tenido aplicación práctica. El estado de excepción ha sido un recurso comúnmente utilizado por diversos gobiernos y, como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en uno de sus informes anuales, “Ecuador tiene una larga historia de declaraciones de estados de emergencia, dictados para paliar problemas tanto sociales como económicos, así como la delincuencia” (1999: párrafo 65).

La situación se ha agravado en los últimos años. Como puede verse en el gráfico siguiente, ciento setenta y nueve estados de excepción se han decretado desde el inicio del último período democrático hasta la promulgación de la Constitución vigente; de ellos ciento treinta y dos (las tres cuartas partes), son posteriores al año 2000. Durante la presidencia de Rafael Correa, y hasta el 20 de octubre de 2008, se decretaron cuarenta y ocho estados de excepción, lo que casi alcanza los cincuenta y seis que sumaron sus dos antecesores. Parece claro, sobre todo en el período reciente, que la excepción se ha convertido en la regla.

9 García de Enterría y Fernández conciben a la interdicción de la arbitrariedad como la “... proscripción formal de un tipo de mando, de poder, entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta, sea éste quien sea y por grande que sea también su legitimidad de origen ... De lo que se sigue necesariamente la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en la que el poder se exprese. El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas” (2001: I, 477-478).

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opiniones consultivas 8/87 de 30 de enero de 1987 y 9/87 de 6 de octubre de 1987. Pueden consultarse en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/.

11 “... independientemente de la dimensión política que se le reconozca, el carácter jurídico del estado de excepción es tal que los actos que lo constituyen ..., así como las medidas que se adoptan mientras está en vigor ... deben situarse en el marco de los principios que rigen el Estado de Derecho y que, por ese motivo, pueden ser objeto de control” (DESPOUY, 1993: párrafo 51).

Ecuador: Estados de Excepción 1979-2008¹²

FUENTE: Silec (Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana) Lexis S.A.

Este recurso rutinario al estado de excepción ha corrido paralelo al intento de reformar la institucionalidad heredada de la última dictadura militar. La regulación constitucional de los estados de excepción se modificó sustancialmente en la Constitución de 1978¹³ que, recogiendo la doctrina de la seguridad nacional, trasladó al Presidente de la República, como máxima autoridad de la fuerza pública, la facultad de decretar las medidas extraordinarias, y asumió como idea central la de que toda crisis debía tener un mismo tratamiento y manejarse bajo la conducción militar¹⁴.

El texto constitucional de 1998 pretendió poner límites precisos al estado de excepción: se estableció un tiempo máximo de duración de la emergencia y se redujo sustancialmente el número de derechos que podían ser suspendidos¹⁵. El avance constitucional, sin embargo, no hizo mella en la mentalidad imperante ni se tradujo en la necesaria modificación del resto de la legislación vigente, que siguió “anclada

¹² Hasta el 20 de octubre de 2008.

¹³ La Constitución de 1978 y la codificación de 1998 no hablaban de “estado de excepción” sino de “estado de emergencia”. La forma en que las diversas constituciones han abordado la institución del estado de excepción puede verse en Tobar Donoso y Larrea Holguín (1996: 510-516).

¹⁴ Hasta la Constitución de 1967, la declaratoria de estado de excepción era competencia de la Legislatura y se daba un tratamiento diferente a la emergencia derivada de guerra o conmoción interna, y a la que tenía su origen en una catástrofe natural. El ejemplo más claro de la forma en que a partir de la última dictadura se entregó el manejo de las emergencias a la conducción militar es el de la Dirección Nacional de Defensa Civil; pese a su nombre, el artículo 88 de la Ley de Seguridad Nacional disponía que la entidad estuviera a cargo de un oficial de las Fuerzas Armadas.

¹⁵ En la Constitución de 1978 (art. 78:n) se podía suspender cualquier derecho, salvo los derechos a la vida y a la integridad personal. En el texto de 1998 (arts. 180-182), solo podían suspenderse los derechos a la libertad de opinión, a la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, a transitar libremente por el territorio nacional, a la libertad de asociación y a no ser obligado a declarar contra el cónyuge o los parientes.

en la vieja y superada Doctrina de Seguridad Nacional de la Guerra Fría” (GARCÍA y NÁJERA, 2005: 7).

La Constitución vigente profundizó la reforma iniciada con el texto de 1998¹⁶. Si bien agrega la causal de calamidad pública y mantiene el defecto (y con él parte del espíritu de la doctrina de la seguridad nacional), de asignar las mismas consecuencias a todas las causales del estado de excepción, le fija un límite temporal muy claro (sesenta días prorrogables hasta por treinta adicionales), enumera los principios a los que debe sujetarse la declaratoria, fija requisitos formales para la misma, reduce el número de derechos que pueden ser suspendidos y, lo que resulta fundamental, asigna a la Corte Constitucional la competencia de pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto que establece el estado de excepción.

Lamentablemente, este importante cambio normativo no ha venido acompañado por lo que reclama Daniela Dávalos, un “cambio integral del paradigma de seguridad nacional a uno de garantías para los derechos humanos” (2008: 157). Veamos los hechos.

A partir de la promulgación de la Constitución vigente, en un año y medio, se han decretado dieciocho estados de excepción¹⁷. Durante todo este tiempo, salvo el primer mes de vigencia constitucional y unos seis días en los meses de enero y abril de 2009, en el Ecuador siempre ha regido algún estado de excepción.

¿Cómo bajo una Constitución que sus autores pregonan garantista puede vivirse bajo una permanente excepción?

En este caso, la respuesta está en la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional y los estados de excepción

Fix Zamudio considera fundamental, en la regulación de los estados de excepción, el establecimiento de controles judiciales que aseguren su constitucionalidad. La judicialización de los estados de excepción, dice, es la “única manera efectiva de evitar la arbitrariedad en las declaraciones de emergencia”; la revisión judicial “puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas” (2004: 811-812).

De ahí la importancia del aporte hecho por la Constitución vigente al establecer, entre las competencias de la Corte Constitucional, la de “efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción” (art. 436:8). La norma convierte a la Corte en instrumento de control del Ejecutivo y en garante de la preservación de los derechos constitucionales; evitar el ejercicio arbitrario de la potestad presidencial de decretar la excepción resulta ser,

¹⁶ La Constitución regula el estado de excepción en sus artículos 164-166.

¹⁷ La lista completa se agrega como anexo 1.

así, un cometido fundamental que la Constitución asigna a los jueces constitucionales, para la protección de los derechos.

Lamentablemente, los hechos demuestran que la Corte ha resignado su papel de control para convertirse, más bien, en instrumento justificador de las actuaciones del Ejecutivo.

De los dieciocho estados de excepción decretados durante la vigencia de la actual Constitución y hasta el 31 de marzo de 2010, doce han merecido un pronunciamiento de la Corte¹⁸; en todos los casos, se aceptó la constitucionalidad de la medida¹⁹.

Curioso resulta que una Corte que se autoproclama seguidora del “paradigma neoconstitucional”, no se cuestione la utilización de los estados de excepción como instrumento normal de gobierno y no le parezca por lo menos digno de análisis el hecho de que las medidas excepcionales se hayan aplicado en diecisiete de los dieciocho meses de vigencia de la Constitución.

La misma Corte, en un curioso párrafo²⁰ que aparece al final de la parte considerativa de la sentencia 005-09-SEE-CC²¹, sostiene que “el estado de excepción no puede convertirse en un permanente actuar Estatal [sic] para establecer políticas gubernamentales o suspender los derechos de la población de forma descontrolada”. No le parece raro, sin embargo, que el gobierno ecuatoriano haya convertido al estado de excepción precisamente en eso, un permanente actuar estatal; todo lo contrario, la Corte se ha ocupado de construir los argumentos necesarios para justificar, como constitucionales, todos los estados de excepción que han caído en sus manos, una docena hasta el 31 de marzo de 2010²².

La falta de vinculación entre el discurso teórico que la Corte desarrolla en sus sentencias y la decisión final que toma en ellas es evidente en todos los casos. Se empieza siempre por exponer lo que podríamos denominar una visión garantista de los estados de excepción, pero a la hora de examinar cada decreto se recurre a cualquier pirueta mental para conseguir que, a la larga, se justifique precisamente la clase de decisiones que la teoría busca descalificar.

18 La lista de las sentencias consta como anexo 2. Las sentencias pueden consultarse tanto en el Registro Oficial como en www.tribunalconstitucional.gov.ec.

19 La sentencia 003-09-SEE-CC, de 3 de septiembre de 2009, Registro Oficial 29, 18 de septiembre de 2009, contó con el voto salvado de Nina Pacari Vega, que opinó a favor de declarar improcedente la declaratoria de estado de excepción en la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador.

20 El párrafo resulta curioso porque es el último de la parte considerativa y aparece aislado y sin vínculo alguno con los párrafos que le anteceden, como si hubiera caído ahí de la nada o alguien se hubiera olvidado de eliminar un texto proveniente de viejos borradores.

21 Las sentencias sobre estados de excepción se citarán únicamente por su número. Los datos de cada sentencia pueden consultarse en el anexo 2.

22 Me refiero a las sentencias publicadas hasta esa fecha en el Registro Oficial. Pueden existir sentencias de fecha anterior sobre estados de excepción, que aún no han sido publicadas y sin duda hay decretos de estado de excepción que están siendo estudiados por la Corte.

El mundo del discurso

Las sentencias en las que la Corte Constitucional se pronuncia sobre los estados de excepción contienen, en general, y pese a las deficiencias en la redacción, buenas exposiciones de lo que podríamos denominar una visión garantista de las situaciones excepcionales, que asume la necesidad de un enfoque protector de los derechos humanos. Se llega incluso a reproducir, sin citarlos, textos del estudio de Daniela Dávalos, que responden a una clara visión garantista²³; uno de esos textos sirve para dejar sentada la concepción que la Corte tiene sobre el estado de excepción:

El Estado de Excepción es una potestad²⁴ de la que disponen los Estados para conjurar problemas y defender los derechos de las personas que viven en su territorio y que, por una situación no previsible, no pueden ser garantizados con los mecanismos regulares y ordinarios establecidos en la Constitución y en la ley. El Estado utiliza, entonces, esta figura jurídica para solventar crisis extraordinarias y emergentes (SENTENCIA 001-08-SEE-CC).

Aparecen aquí dos elementos que la Corte seguirá tratando en ésta y en otras sentencias.

El primero tiene que ver con el hecho de que la excepción no sirve únicamente para “conjurar problemas”, sino sobre todo para defender los derechos de las personas. Citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y copiando también en este caso el trabajo de Dávalos), la sentencia 001-08-SEE-CC afirma que “el único fin de los estados de excepción, es la defensa de la democracia, de las instituciones del Estado y el respeto a los derechos”.

El segundo es el relacionado con el carácter extraordinario del estado de excepción, al que se hace referencia cuando se afirma que éste sirve “para solventar crisis extraordinarias y emergentes”. Este carácter extraordinario aparece posteriormente en otras sentencias cuando se habla, por ejemplo, de “... situaciones excepcionales que deben ser afrontadas por los gobiernos” (SENTENCIA 001-09-SEE-CC), y se lo entiende como “una circunstancia fáctica que ponga en peligro o riesgo la normal convivencia de la sociedad y, por tal, requiera una inmediata respuesta del Estado” (SENTENCIA 004-09-SEE-CC).

Sostiene también la Corte que el estado de excepción no es una fuga hacia la ilegalidad ni una puerta abierta para la arbitrariedad; como institución del Estado Constitucional, debe someterse a reglas y controles²⁵. El siguiente texto es bastante claro:

23 La sentencia 001-08-SEE-CC transcribe, sin citarlos, en el número 1 de la letra C, párrafos que constan en las páginas 124 a 126 del trabajo de Dávalos (2008)

24 Al reproducir el texto de Dávalos (2008: 124), la Corte sustituye la palabra mecanismo, correctamente utilizada por la autora, por potestad, incurriendo en un grave error pues el estado de excepción es un instrumento y no una potestad; la potestad es la de decretar la excepción.

25 La noción de que el estado de emergencia es una institución del Estado Constitucional y, como tal, sometida a los mandatos constitucionales la recoge el artículo 28 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado: “El estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración”.

... el estado de excepción no es una carta blanca del actuar Estatal [sic] para que este suspenda los derechos de la población de forma descontrolada; al contrario, de la lectura de la Constitución se vislumbra que su art. 165 establece de manera taxativa los derechos que pueden ser suspendidos en la eventualidad de que sea absolutamente necesario ... Se establece así que el objetivo de los Estados de Excepción [sic] es garantizar los derechos constitucionales, en privación de otros, durante un tiempo determinado y por circunstancias especiales, para la consecución de la normalidad institucional del Estado, generando un remedio a las amenazas que atentan contra la propia organización de la sociedad y de los ciudadanos que la componen (SENTENCIA 004-09-SEE-CC).

Como puede verse, protección de derechos y excepcionalidad de la medida aparecen constantemente en los razonamientos de la Corte como elementos propios del estado de excepción.

A partir de estas ideas, la Corte concede, acertadamente a mi juicio, especial importancia a la que denominan “revisión constitucional” de los estados de excepción, instrumento que considera necesario para “salvaguardar los principios [de] excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad” (SENTENCIA 004-09-SEE-CC).

Como resultado de ésto, los jueces constitucionales conciben que su papel consiste en el análisis del cumplimiento de “los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad, entendidos estos en su conjunto e integralidad” (SENTENCIA 004-09-SEE-CC). Para ello, sostienen, es necesario que se demuestre “que las normas que regulan situaciones similares en tiempo de normalidad son insuficientes para conjurar la situación anómala, o que las medidas adoptadas para lograr el restablecimiento del orden perturbado están exclusivamente destinadas a ese fin”; a esto lo califican como un “requisito ... de trascendental importancia, pues de allí se deriva la posibilidad de impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad” (SENTENCIA 001-10-SEE-CC).

El análisis que la Corte haga de las declaratorias de estado de excepción debe ser, en todo caso, restrictivo: “en los casos dudosos, le corresponde a la Corte Constitucional guiarse por el principio ‘pro favor libertatis’, pues para ello se tiene presente que la restricción es lo excepcional, y ello debe justificarse sin dejar margen a la duda” (SENTENCIA 001-10-SEE-CC).

Hasta aquí un discurso claramente alineado con el garantismo y con los paradigmas que la Corte afirma se han instaurado en el país con la vigencia de la nueva Constitución, pero ¿hasta qué punto responden a esas ideas las decisiones de los jueces constitucionales?

La mano que acierta y el codo que borra

El número 8 del artículo 436 de la Constitución define la competencia de la Corte Constitucional en relación con los estados de excepción. Le corresponde, dice, “efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las

declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”.

La aclaración final que contiene la norma, ¿implica que no son controlables los decretos en los que no se establezca explícitamente la suspensión de alguno de los derechos enumerados por el primer inciso del artículo 165 de la Constitución? ¿O que escapan al control las declaratorias de excepción que no suspendan derechos, aunque sí los restrinjan?

Si bien la Corte no se hace estas preguntas ni se cuestiona expresamente si el texto constitucional que se ha transcrito contiene o no una limitación a sus competencias, sí ha hecho afirmaciones y desarrollado argumentos que resultan esclarecedores en relación con este punto.

En varias sentencias, la Corte ha afirmado su competencia para “pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de todos y cada uno de los decretos que establezcan estados de excepción” (SENTENCIAS 002-09-SEE-CC, 001-10-SEE-CC, 002-10-SEE-CC y 005-10-SEE-CC ²⁶); considera, por lo tanto, que toda declaratoria, contenga o no una explícita referencia a la suspensión o limitación de derechos, debe pasar por el examen de constitucionalidad.

Ninguna de las sentencias explica el por qué de tan tajante afirmación, pero sí se desarrolla un argumento que permite entenderla: “toda declaratoria de Estado de Excepción –afirma la Corte- por su propia naturaleza, implica o tiene la potencialidad de vulnerar o limitar derechos”; y más adelante ratifica: “la limitación de los derechos es intrínseca a los Estados de Excepción [sic]” (SENTENCIA 001-08-SEE-CC).

Aunque no se trata de un pronunciamiento expreso sobre el alcance del número 8 del artículo 436 de la Constitución, ni se plantea la diferencia entre suspensión y limitación de derechos, parece que nos encontramos ante un paso prometedor que no se queda en la mera declaración doctrinaria, sino que tiene evidentes consecuencias prácticas.

En efecto, el estado de excepción, si recordamos un texto ya citado de Despouy, genera situaciones en las que los derechos “están expuestos a ser violados y por lo tanto requieren mayor protección” (1999: 5); correcto resulta, entonces, que la Corte se ocupe de toda declaratoria de estado de excepción, contenga o no una expresa suspensión o limitación de derechos, ante el peligro potencial de que esa suspensión o limitación se produzca en la práctica.

Lamentablemente, explicaciones adicionales, vacilaciones y contradicciones parecen borrar con el codo lo que se ha hecho con la mano.

Poco feliz resulta, por ejemplo, el intento de la Corte de desarrollar el argumento expuesto, de por sí suficientemente claro, cuando luego de reiterar que la declaratoria de estado de excepción implica por naturaleza “la posibilidad (que se puede

concretar o no) de limitar el ejercicio de determinados derechos”, ensaya la siguiente explicación:

... en su declaratoria no se puede alegar de antemano si se limitará o no derechos, pues es materialmente imposible conocer cuáles serán las contingencias que dentro de un lapso de excepción, pueda conducir a que se ejercite las prerrogativas extraordinarias contenidas en la declaratoria. En este contexto, la frase “[...] cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales”, no hay que concebirla como un condicionante, sino como una proyección prevista por el Constituyente, pues la declaratoria de excepción no suspende como tal derechos, sino otorga la posibilidad de que a consecuencia de las circunstancias fuera de lo común que incentivaron su declaratoria, se llegue a limitar el ejercicio de alguno de ellos (002-09-SEE-CC)²⁷.

La sentencia sustituye un argumento suficientemente claro (todo estado de excepción contiene al menos la amenaza de suspender o limitar derechos y por ende debe ser controlado), por una frase oscura que pretende explicar el texto constitucional y al final nada dice (“una proyección prevista por el Constituyente”).

La afirmación que se hace es además falsa, porque no se trata de dos momentos distintos: la declaratoria de estado de excepción y la suspensión de derechos. Es el Presidente de la República el que puede escoger entre suspender derechos en el mismo decreto que declara la excepción, o hacerlo con un decreto posterior. La misma Corte había sostenido este criterio, que contradice el transcrito, en una sentencia anterior en la que afirma que el Presidente puede no hacer referencia a suspensión o limitación²⁸ de derechos en el decreto que declare la excepción, pero si esa suspensión o limitación es necesaria, “así deberá establecerlo y determinar cuál o cuáles de los derechos determinados en el artículo 165 de la Constitución serán suspendidos o limitados” (SENTENCIA 001-09-SEE-CC).

El decreto que declara el estado de excepción, entonces, conforme este último criterio, puede contener o no una suspensión o limitación de derechos, pero de todas maneras debe ser controlado porque puede llevar a esa suspensión o limitación, que es intrínseca a los estados de excepción (SENTENCIA 001-08-SEE-CC).

Esto parece suficientemente claro, y el hecho de que la Corte haya venido pronunciándose sobre declaratorias de estado de excepción que no suspenden ni limitan derechos, parece ratificar que el criterio que se está aplicando es aquél según el cual todo decreto que declare la excepción debe ser controlado. Existen, sin embargo, cabos sueltos.

En la misma sentencia en la que la Corte afirma que todo decreto de estado de excepción debe ser controlado, termina sus razonamientos afirmando que en el caso concreto debe inhibirse de hacer un pronunciamiento pues “no existe una limitación expresa de los derechos”; cuando se produzcan declaratorias de estado de

²⁷ En realidad, lo que pretende la Corte en este párrafo es, nuevamente, encontrar justificaciones para el Presidente y mostrar que no hay problema si éste no enuncia los derechos que se suspenden o limitan en virtud de la excepción. Sobre éste punto, el voto salvado de Nina Pacari Vega a la sentencia 003-09-SEE-CC sostiene que cuando un decreto de excepción no se refiere a los derechos afectados, deja “una carta abierta para que puedan suspenderse toda clase de derechos.

²⁸ Si se revisa bien el texto de esta sentencia, la Corte parece utilizar los términos suspensión y limitación como sinónimos.

excepción que lleguen a limitar derechos, concluye, “éstas deberán ser conocidas por esta Corte Constitucional para pronunciarse sobre cada caso concreto” (SENTENCIA 001-08-SEE-CC).

Probablemente se trata de un defecto de redacción, porque contra lo que parece afirmar el texto citado, la Corte no se abstuvo de pronunciarse y acabó declarando constitucional el Decreto que analizaba, pero queda ahí un texto impreciso al que debe sumarse el hecho de que, hasta el 31 de marzo de 2009, la Corte no ha opinado, o al menos no ha publicado su pronunciamiento, sobre la declaratoria de estado de excepción para “superar la emergencia provocada por los niveles de contaminación de la laguna de Yahuarcocha”, en Ibarra²⁹.

Al momento el plazo constitucional de duración del estado de excepción, pues el Decreto no fija ninguno, se encuentra vencido, pero como puede verse en el anexo 1, es el único caso del año 2009 que no cuenta con una sentencia publicada. ¿Se debe esto a que el Decreto en referencia no contiene ninguna suspensión o limitación expresa de derechos?³⁰ ¿O se trata, más bien, de una omisión consciente a fin de no abordar la serie de problemas que genera un Decreto que no indica la causal constitucional en la que se basa, no señala plazo y no dispone más medidas que la prohibición a la que se refiere la última nota al pie?

En definitiva, lo que pudo ser un primer paso importante a la hora de fijar con claridad el alcance de las competencias de la Corte, queda oscurecido por deficiencias que pueden convertirse en caminos disponibles hacia resultados contrarios a los que se desprenden de la primera categórica afirmación de la sentencia 002-09-SEE-CC, en el sentido de que todo decreto de estado de excepción debe ser conocido por los jueces constitucionales.

La conmoción eterna

Salvo en dos casos³¹, en los que no se señala una causal expresa, todas las declaraciones de estado de excepción hechas a partir del 20 de octubre de 2008 se relacionan con una sola causal, la que el artículo 164 de la Constitución denomina “grave conmoción interna”. En otras palabras, entre noviembre de 2009 y febrero de 2010 se han dictado en el Ecuador dieciséis decretos ejecutivos (uno por mes) que se fundamentan en la idea de conmoción interna para adoptar medidas excepcionales en los más variados espacios y materias; al parecer, vivimos en un país en permanente conmoción, en el que existe un sinnúmero de problemas que no pueden solucionarse por medio de los instrumentos corrientes del Estado Constitucional.

El hecho, por sí solo, genera no pocas dudas y llama la atención que una Corte Constitucional que se lanza a la arena enarbolando las banderas del garantismo, no haya hecho otra cosa que ratificar como constitucionales doce de esos dieciséis decretos, esto es, todos aquellos sobre los cuales ha emitido pronunciamiento.

²⁹ Decreto Ejecutivo 107, Registro Oficial 61 de 6 de noviembre de 2009.

³⁰ Aunque el artículo 2 del Decreto contiene una “prohibición total de cualquier tipo de descargas y de toda actividad que genere impactos ambientales”.

³¹ Se trata de los decretos 107 (Registro Oficial 61 de 6 de noviembre de 2009) y 245 (Registro Oficial 134 de 22 de febrero de 2010). El primero tiene como antecedente la contaminación de la laguna de Yahuarcocha y el segundo el proceso eruptivo del volcán Tungurahua. No existe pronunciamiento de la Corte sobre ninguno de estos dos casos.

En ninguna de sus sentencias la Corte se cuestiona esta avalancha de convulsiones. Peor aún, ni siquiera trata de analizar qué es lo que debemos entender por grave conmoción interna, cuando ese debió ser el paso previo para establecer el alcance de la norma constitucional y determinar si las decisiones presidenciales se ajustaban a la misma.

La Corte asume, simplemente, que los hechos invocados por el Presidente se encuentran dentro de lo que debe considerarse como grave conmoción interna y olvida, al hacerlo, sus propios argumentos sobre lo extraordinario de la crisis que se pretende afrontar con el estado de excepción (SENTENCIA 001-08-SEE-CC), sobre la necesidad de que las situaciones sean excepcionales (SENTENCIA 001-09-SEE-CC) y sobre el hecho de que deben ser tales que pongan “en peligro o riesgo la normal convivencia de la sociedad” (SENTENCIA 004-09-SEE-CC).

Una grave conmoción interna no es una simple agitación, ni siquiera una protesta de proporciones. Hay autores que consideran que para poder hablar de grave conmoción interna se necesita un conflicto armado no internacional o tensiones internas y disturbios interiores (ÁVILA y VALENCIA, 2006: 54), siendo estos últimos, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que cita al Comité Internacional de la Cruz Roja, motines (“disturbios que desde un comienzo no están dirigidos por un líder y que no tienen una intención concertada”), actos de violencia aislados y esporádicos u “otros actos de naturaleza similar que entrañen, en particular, arrestos en masa de personas por su comportamiento u opinión pública” (1997: párrafo 149). Lo que se produce en estos casos, dice la misma Comisión, es “una confrontación dentro de un país, que se caracteriza por cierta gravedad y duración y que trae aparejados actos de violencia” (1997: párrafo 150).

No cualquier tumulto, levantamiento o alteración del orden, dice Hernán Salgado, puede calificarse como conmoción interna; para que esta última exista los hechos deben ser, necesariamente, graves (2004: 144).

Incluso el Tribunal Constitucional del viejo estado sustituido gracias al nuevo paradigma constitucional que pregona la Corte, era más severo a la hora de considerar lo que puede calificarse como grave conmoción interna; este concepto no incluye, según el indicado Tribunal, “situaciones conflictivas que podían ser enfrentadas por los conductores o mandatarios del pueblo, sin necesidad de recurrir a facultades extraordinarias propias de tal estado de excepción”³².

En contraste, la Corte que se autoproclama seguidora del paradigma neoconstitucional, pese a que no cumple su deber de definir el alcance de la única causal que invoca el Presidente de la República en dieciséis de sus decretos de estado de excepción, parece tener una idea bastante generosa de la forma en que debe entenderse la causal, pues la identifica con la urgencia (SENTENCIA 004-09-SEE-CC) o con el simple inconformismo y las reacciones violentas (SENTENCIA 004-09-SEE-CC), sin atender a lo fundamental: la gravedad de los hechos.

Una cosa es que las autoridades deban reaccionar con urgencia para conjurar determinados peligros, y otra muy diferente que estos últimos solo puedan controlarse recurriendo a medidas extraordinarias, distintas de las que resultan suficientes en situaciones normales.

Una cosa es la protesta, las muestras de inconformidad o rechazo, y otra la situación de enfrentamiento y violencia que haga imposible la normal convivencia ciudadana. La inseguridad en Quito, Guayaquil y Cuenca, a la que se refiere una de las declaratorias de estado de excepción³³, puede generar muchas cosas (inquietud, reclamos airados, manifestaciones públicas) pero en ninguna de las ciudades se han producido graves confrontaciones ni más actos de violencia que los propios de la actividad delictiva; la población puede estar molesta, indignada o temerosa, pero no ha existido una situación tal de conmoción que, utilizando las palabras de la Corte, ponga “en peligro o riesgo la normal convivencia de la sociedad” (SENTENCIA 004-09-SEE-CC).

Pero el problema con la causal permanentemente invocada por el Ejecutivo no termina con el alcance del concepto “grave conmoción interna”; hay un elemento adicional que ni siquiera es mencionado por la Corte.

Salvo el caso del estado de excepción para combatir la delincuencia en Quito, Guayaquil y Manta, todos los decretos presidenciales se refieren, no a la existencia de una grave conmoción interna, sino a la simple posibilidad de que esta se produzca: la deficiente administración de Petroecuador “puede provocar una grave conmoción interna”³⁴; el brote de influenza porcina “puede provocar una grave conmoción interna”³⁵; el estado de excepción para recuperar la capacidad operativa de los embalses La Esperanza y Poza Honda previene “hechos que causen conmoción interna a la población usuaria del recurso hídrico”³⁶; la falta de generación eléctrica “significaría una afectación importante a la producción, productividad, transporte, seguridad ciudadana y, en general, en la calidad de vida, lo que provocaría una grave conmoción interna”³⁷; y así podemos seguir con la sequía en Cotopaxi o el Carchi o con las inundaciones en Esmeraldas: todo puede ser el origen de una grave conmoción interna.

La imagen del Ecuador en los decretos presidenciales y en las sentencias de la Corte, es la de un país propenso a conmocionarse con cualquier alteración del clima, problema sanitario, de administración de servicios públicos o de eficiencia de un ente administrativo.

El artículo 164 de la Constitución es muy claro cuando establece que la causal para declarar el estado de excepción es la grave conmoción interna, esto es, el hecho de que ella exista efectivamente, se esté dando y deba ser conjurada. Los números 1 y 2 del artículo 121 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por su parte, son muy claros cuando disponen que la Corte establezca si los hechos alegados han tenido real ocurrencia y si constituyen una grave conmoción interna. Y, evidentemente, hay una gran diferencia, que la Corte se niega a ver, entre la conmoción y la posibilidad de que ésta llegue a darse, entre hechos que han tenido real ocurrencia y pronósticos de sucesos futuros.

33 Decreto Ejecutivo 82, suplemento del Registro Oficial 42 de 7 de octubre de 2009.

34 Decreto Ejecutivo 1440, Registro Oficial 477 de 28 de noviembre de 2008.

35 Decreto Ejecutivo 1693, Registro Oficial 585 de 7 de mayo de 2009.

36 Decreto Ejecutivo 69, suplemento del Registro Oficial 42 de 7 de octubre de 2009.

37 Decreto Ejecutivo 124, suplemento del Registro Oficial 67 de 16 de noviembre de 2009.

Sin embargo, el Ejecutivo decreta el estado de excepción porque le parece que puede producirse conmoción. Las medidas extraordinarias, entonces, no se adoptan porque la causal exista, sino porque al Presidente se le ocurre que puede llegar a darse.

Hernán Salgado ha explicado este tema de los que podríamos llamar estados de excepción preventivos, refiriéndose a un caso concreto.

Respecto a las huelgas, que suelen ocurrir en el país y por las cuales se decreta el estado de excepción, éstas deben ser consideradas con objetividad para poder calificarlas como grave conmoción; una cuestión discutible resulta el anticiparse a la huelga y antes de que ésta se inicie declarar la emergencia. Esto significaría que se usa el estado de excepción como una medida de previsión, cautelatoria, lo cual no sería correcto (SALGADO, 2004: 144).

Salta a la vista lo grave de aceptar, como la Corte lo ha hecho en quince oportunidades, que una mera posibilidad pueda servir de fundamento para una medida de la gravedad de la declaratoria del estado de excepción. Lo que ha hecho la Corte es dejar sentada una lamentable jurisprudencia: basta que al Presidente de la República se le ocurra que a lo mejor la causal puede darse, para que ésta se aplique sin problemas y se puedan suspender o restringir derechos constitucionales; no se trata, entonces, de justificar que hechos se han dado, como pide el ya citado artículo 121 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sino de ejercer una función más cercana a la de los augures y los profetas.

Qué poco se compadece esta jurisprudencia con las invocaciones al garantismo que los jueces constitucionales se complacen en incluir en sus sentencias. ¿Cómo se puede hablar de guiarse por el principio “pro favor libertatis” (SENTENCIA 001-10-SEE-CC) si se admite que una simple sospecha del Presidente puede ser fundamento suficiente para suspender o restringir las libertades?

¿Motivos o pretextos?

La Constitución vigente no se limita, como las anteriores, a enumerar las causales para decretar el estado de excepción; recoge también los principios que la doctrina considera que deben ser cumplidos para que esta última se considere constitucional: “el estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad” dice el segundo inciso del artículo 164.

El segundo inciso del artículo 29 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado agrega otro elemento que la doctrina considera fundamental: el decreto de excepción “será dictado en caso de estricta necesidad, es decir, si el orden institucional no es capaz de responder a las amenazas de seguridad de las personas y del Estado”.

Lo menos que se puede esperar es que la Corte Constitucional, al momento de pronunciarse sobre los estados de excepción, haga un análisis detallado y profundo que permita establecer si estos principios y exigencias han sido cumplidos. Así lo mandan expresamente los artículos 121 y 123 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Jurisdiccional.

No se puede decir que la Corte no toque en sus sentencias todos los puntos a los que se refieren las normas citadas. El problema es que lo hace de una manera lamentable, sin ir más allá aceptar por evidentes, públicos y notorios, los fundamentos que el Presidente expone en sus decretos.

A partir del criterio de que el Presidente motiva sus decretos “de forma sucinta, pero suficiente” (SENTENCIAS 001-08-SEE-CC y 002-09-SEE-CC), la Corte no exige mayores detalles al Ejecutivo ni busca por su cuenta hechos ni explicaciones. El resultado son conclusiones como las siguientes: afirmar que “... es público y notorio que las empresas del sistema Petroecuador han disminuido drásticamente su eficiencia en todos sus niveles de actividad” (SENTENCIA 001-08-SEE-CC), sin aportar una sola cifra o dato que permitan establecer la verdadera situación empresarial; o sostener que “es también evidente y pública la crisis financiera mundial, la caída de los precios del petróleo y la disminución de la producción” (SENTENCIA 001-08-SEE-CC), sin un análisis que demuestre cómo esta disminución de precios es diferente de otras anteriores que no motivaron excepción alguna; o simplemente cerrar el tema con afirmaciones categóricas del orden de “... no cabe duda que son medidas plenamente ajustadas a la Constitución” (SENTENCIA 003-09-SEE-CC) o “... son medidas absolutamente necesarias” (SENTENCIA 004-09-SEE-CC), sin una mínima explicación del por qué.

En realidad, la Corte no controla; asume sin beneficio de inventario los argumentos del Presidente de la República, los califica de evidentes y, sin contrastarlos con la realidad, los acepta y justifica. En un caso, incluso, asume como prueba de que el decreto de excepción está debidamente fundamentado, las afirmaciones del Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República: como ha puntualizado ese funcionario, dice la sentencia 001-09-SEE-CC, “implementar las soluciones para superar la crisis de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, es otro proceso crucial y estratégico, cuyo retraso o no implementación también significarían grave conmoción”.

En ninguna de las sentencias la Corte se detiene a investigar, acumular pruebas o por lo menos pedir informes que le permitan tener certeza sobre los presupuestos fácticos invocados por el Presidente de la República.

Si la Corte se hubiera preocupado de cumplir el mandato legal que le obliga a establecer si los hechos alegados en un decreto de estado de excepción existen en la realidad, hubiera podido comprobar, por ejemplo, que el incremento de la inseguridad ciudadana en el que se basó el Presidente para decretar el estado de excepción en Quito, Guayaquil y Cuenca³⁸, no era tal. En Quito, las muertes violentas, los delitos contra la propiedad y el robo de automotores fueron en general menores en 2009 que en 2008 y tampoco se dio, en los meses anteriores a la declaración del estado de excepción, ningún incremento importante que permitiera hablar, como lo hace la Corte, de “elevados índices delictuales” o de “real estado de conmoción social” (SENTENCIA 005-09-SEE-CC)³⁹. En Guayaquil, si bien las cifras de delitos son superiores en 2009 en relación con 2008, tampoco hubo un incremento notable

38 Decreto Ejecutivo 82, suplemento del Registro Oficial 42, 7 de octubre de 2009.

39 Los datos pueden consultarse en www.observatorioseguridaddmq.net.

en los meses anteriores a la declaratoria sino, más bien, un leve decrecimiento⁴⁰. En el caso de Manta, tampoco existió un repunte significativo que excediera las cifras normales⁴¹.

Tampoco toman en cuenta los jueces constitucionales las contradicciones del Ejecutivo. El 29 de septiembre de 2009 el Presidente decreta el estado de excepción en las presas La Esperanza y Poza Honda⁴² y lo justifica, entre otras cosas, porque el agua que debía tener otros usos, se estaba empleando para generar energía eléctrica. Menos de dos meses después, el 6 de noviembre, un nuevo Decreto fundamenta el estado de excepción en la insuficiente generación de energía hidroeléctrica⁴³.

La superficialidad es, lamentablemente, el denominador común en las sentencias en que la Corte analiza las declaratorias de estado de excepción. Voy a tomar como ejemplo una de ellas, la 002-10-SEE-CC, para seguir la que resulta forma corriente de argumentar de los actuales jueces constitucionales.

La referida sentencia se refiere al Decreto Ejecutivo 146, que establece el estado de excepción en la provincia de Manabí, porque el prolongado déficit hídrico en la misma "puede generar una grave conmoción interna en ese territorio"⁴⁴.

Lo primero que conviene preguntarse es si una sequía constituye razón suficiente para declarar un estado de excepción. Claro que puede tratarse de un acontecimiento grave que exija medidas urgentes, ¿pero se puede sostener válidamente que no es posible solucionarlo recurriendo a los instrumentos normales del ordenamiento constitucional?

La Corte no se hace estas preguntas, simplemente asume como propios los argumentos presidenciales. Veamos cómo analiza cada uno de los componentes de la constitucionalidad material del estado de excepción.

Empieza por la comprobación de que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia y, al hacerlo, no comprueba nada. El Decreto que se analiza, dice la Corte, motiva la excepción en la sequía, lo que constituye un serio problema porque el agua "es un elemento natural indispensable para la subsistencia de todos los habitantes del planeta"; luego sigue describiendo la situación a partir de lo que el Presidente expone en los considerandos de su Decreto y termina afirmando que "la situación crónica de ausencia de recursos hídricos es una realidad palpable en la provincia de Manabí".

¿En qué se basa para hacer esta afirmación? Únicamente en la palabra de la autoridad a la que debe controlar, porque no aparece en la sentencia ningún otro elemento que haya sido considerado por la Corte para establecer que la situación era tal como la describía el Presidente; no hay ni siquiera una breve referencia a notas de prensa que informen sobre lo que ocurre en Manabí, peor aún datos concretos sobre la gravedad del fenómeno que se pretende controlar.

40 Los datos pueden consultarse en www.icm.espol.edu.ec/delitos/.

41 Los datos pueden consultarse en www.policiamanta.gov.ec/est.php.

42 Decreto Ejecutivo 69, suplemento del Registro Oficial 42, 7 de octubre de 2009.

43 Decreto Ejecutivo 124, suplemento del Registro Oficial 67, 16 de noviembre de 2009.

44 Registro Oficial 79, 2 de diciembre de 2009, art. 1.

Y eso es todo, los hechos alegados existen porque el Presidente lo dice. La Corte solo agrega un breve atentado contra el castellano, cuando afirma que la situación “se ha vuelto insostenible para sus pobladores, ante lo cual se determina que los mismos se encuentran ocurriendo de forma real y permanente”.

Luego la Corte muestra cómo es verdad que existe una grave conmoción interna en la provincia de Manabí, pese a que el Decreto presidencial se limita a decir que esa conmoción podría darse. Para la Corte, como “el ‘líquido vital’ es el motor primordial para todas las actividades humanas, así como para la subsistencia de plantas y animales”, carecer de agua “representa una grave conmoción dentro de la provincia”.

Aquí se ve cuán conveniente ha sido no detenerse en definir con claridad el concepto de “grave conmoción interna” y pasar por alto las consideraciones que en torno al mismo ha hecho la doctrina. No pronunciarse sobre el tema abre la puerta a que todo acontecimiento que escape a la normalidad termine conmocionando a la Corte y justificando un estado de excepción; si aceptamos el criterio de la Corte, no hay crisis que no justifique un estado de excepción y dentro del concepto de grave conmoción puede incluirse tanto un levantamiento popular contra el gobierno, como la incomodidad ante nuevas exigencias tributarias o la implantación de sistemas de restricción vehicular.

Para justificar que los hechos que originan la declaratoria no pueden superarse por medio del régimen constitucional ordinario, la Corte sostiene que nos encontramos ante un hecho de la naturaleza que involucra un recurso de fundamental importancia para las personas, por lo que resulta “necesario emprender acciones que permitan superar esta crisis”. Conclusión: “de ello se desprende que ante la permanente sequía no existen otros mecanismos constitucionales ordinarios que permitan hacer frente a este problema”.

Magistral silogismo. Del hecho de que la sequía es un fenómeno natural, se desprende que no es posible controlarla por medios constitucionales normales; de la importancia que tiene el agua se concluye la impotencia de la Constitución para combatir una sequía.

Dejamos de lado el problema de la temporalidad y la territorialidad, que aquí no revisten mayor dificultad, y pasemos al siguiente tema, directamente relacionado con el anterior: la prueba de que los medios ordinarios no son suficientes para devolver la normalidad institucional.

En este caso, el argumento de la Corte es igual de impecable que los anteriores: “pese a las acciones hasta hoy emprendidas, la crisis de recursos hídricos se mantiene permanentemente en la provincia de Manabí, evidenciándose que los medios ordinarios no han sido suficientes para superarla”. En otras palabras, nuestra inoperancia anterior puede ser el justificativo perfecto para decretar un estado de excepción; que hasta ahora no hayamos podido hacer las cosas, significa que no es posible hacerlas.

Este es un peligroso antecedente jurisprudencial. La Corte deja de preguntarse si existen o no instrumentos suficientes en el ordenamiento jurídico para enfrentar una crisis y prefiere analizar si antes se hizo algo para solucionarla; que las cosas no funcionen como quisiéramos se convierte, así, en motivo suficiente para decretar un estado de excepción.

Luego la Corte se refiere a “la necesidad de causalidad necesaria entre los hechos ... y las medidas ... propuestas”, en el siguiente párrafo de antología:

Se establece como medida extraordinaria dentro de este decreto, la movilización de toda la provincia de Manabí, para que el Estado central, las instituciones de la provincia y los gobiernos seccionales autónomos de Manabí emprendan acciones para superar la crisis, lo cual va de la mano con la provisión de recursos suficientes por parte del Ministerio de Economía y Finanzas. Esto se halla justificado en la necesidad de la adopción de estas medidas frente a los hechos que se encuentran suscitando en esta provincia.

Las medidas que se adoptan, dice la Corte, están justificadas porque es necesario tomarlas.

Finalmente, cuando analiza el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, la Corte incluye dos párrafos sobre lo que la teoría jurídica entiende como medidas razonables y proporcionales y un tercero en el que salta directamente a la conclusión: el análisis del Decreto muestra que las medidas contenidas en el mismo resultan razonadas y proporcionales; nunca sabremos por qué.

Lo que debería explicar la sentencia, y no hace, es cómo esa teoría que desarrolla en dos párrafos se aplica al caso concreto; es indispensable detallar por qué la Corte considera que los principios de razonabilidad y de proporcionalidad se han cumplido y no basta con que nos exponga una conclusión que no ha sido debidamente argumentada⁴⁵.

EL REGRESO A LA INSUFICIENCIA DE LAS LEYES

Pablo Celi entiende bien los textos constitucionales que regulan el estado de excepción, cuando sostiene que éstos se encuentran redactados “en el supuesto de que estos tipos de situación serán poco frecuentes, puesto que se trata de que la normativa y la institucionalidad democrática cuenten con los mecanismos e instancias necesarias para afrontar la diversidad de demandas sin recurrir a mecanismos de excepción que subroguen a las instancias responsables de la administración pública” (2008: 261).

En efecto, como dispone el ya citado artículo 29 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, la excepción no sirve para enfrentar cualquier eventualidad, sino únicamente aquéllas que no sea capaz de solucionar el orden institucional.

⁴⁵ Para entender cuán deficiente es esta forma común de proceder de la Corte, basta con hacer una sustitución mental: en el tercer párrafo digamos que las medidas no son razonables ni proporcionales y veremos que no pasa absolutamente nada. Es lógico, si mi conclusión se relaciona con los párrafos que le anteceden solo por el tema, pero no se fundamenta en ellos, puedo cambiarla sin que se afecte en lo más mínimo la estética del discurso.

La cantidad de estados de excepción decretados en el último año y medio, y la absoluta conformidad de los jueces constitucionales con todos ellos, parecen ser una muestra de que el texto redactado en Montecristi se quedó encerrado en el papel y jamás traspuso los umbrales de la Corte Constitucional que, a la hora de ejercer su rol de control sobre el Ejecutivo, se ha mostrado absolutamente complaciente.

La jurisprudencia de la Corte ha establecido, contra el expreso mandato constitucional, que no hay tema que no amerite una excepción y que, al parecer, nada puede ser solucionado recurriendo a la legalidad ordinaria.

Los decretos presidenciales se refieren a una amplia variedad de problemas para los que, si hemos de creer al Presidente y a la Corte Constitucional, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ofrece respuestas satisfactorias: problemas de gestión empresarial, ineficiencia en el manejo de servicios públicos, aguas contaminadas, déficit hídrico, sequía, inundaciones.

La ancha manga de la Corte no se compadece con las exigencias constitucionales, para las cuales incluso casos que en principio podrían parecer justificados, no pasan el análisis estricto que debe hacerse cuando se trata de una institución potencial o efectivamente limitadora de derechos.

En el caso de brotes delincuenciales, por ejemplo, la Corte olvida que la Comisión Interamericana de Derecho Humanos ha descalificado el recurso al estado de excepción refiriéndose, precisamente, al caso ecuatoriano:

La Comisión está consciente ... de la gravedad del fenómeno de la delincuencia en varias localidades de Ecuador, incluyendo la provincia del Guayas. En este sentido, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, a través de métodos que respeten los estándares de los derechos humanos en el marco de una sociedad democrática. La Comisión es de la opinión que aminorar el malestar social por la situación económica y combatir la delincuencia mediante la suspensión de garantías individuales en virtud del estado de emergencia, no se ajusta a los parámetros exigidos por la Convención Americana para que sea procedente su declaración. El Estado tiene y debe contar con otros mecanismos para canalizar el malestar social y combatir la delincuencia que no signifiquen la derogación de garantías esenciales de la población (1999: párrafo 65).

Probablemente los únicos casos en que un estado de excepción pudo estar justificado fueron los referidos al virus de la influenza porcina y a la crisis de generación eléctrica. Pero aún en ellos queda la duda de si las medidas que se dispusieron en los decretos respectivos no hubieran podido tomarse sin necesidad de recurrir a la excepción. Las disposiciones presidenciales en el segundo caso, por ejemplo, bien pudieron estar en un Decreto Ejecutivo dictado en ejercicio de la competencia de dirección de la administración pública conferida por el número 5 del artículo 147 de la Constitución.

En realidad, lo que está detrás de esta forma de proceder es el viejo fantasma de la insuficiencia de las leyes. El ordenamiento jurídico, se ha sostenido muchas veces desde el poder, es deficiente y no confiere los instrumentos necesarios para solucionar los problemas nacionales; hay pues que romper ese ordenamiento, torcerlo o simplemente ignorarlo, en todo caso ir más allá de sus reglas normales, para que el gobierno pueda funcionar adecuadamente.

Lo grave es que ahora ese argumento, que sirvió de base para legitimar dictaduras y autoritarismos, es el telón de fondo de las sentencias de la Corte Constitucional, que acepta que la Constitución es insuficiente para conseguir que Petroecuador funcione adecuadamente o para descontaminar la laguna de Yahuarcocha.

El cuadro es completo si sumamos las preocupantes afirmaciones de los jueces constitucionales en relación con la intervención de la Armada ecuatoriana en la empresa estatal de petróleos; esa intervención, dice la Corte sin explicar sus razones, no implica “un aumento de las facultades constitucionales de las Fuerzas Armadas, lo que sería inconstitucional” (SENTENCIA 003-09-SEE-CC).

He buscado detenidamente en la Constitución y no encuentro norma alguna que pueda sustentar la participación de los militares en la administración pública o el manejo de recursos naturales. Nada de eso está comprendido en la defensa de la soberanía e integridad territorial ni en actividades económicas relacionadas con la defensa; tampoco hay ley alguna que establezca que la administración de una empresa petrolera es una forma de aportar el contingente militar para apoyar el desarrollo nacional.

Peor que ésto, sin embargo, es el argumento al que recurre la Corte para justificar la intervención militar:

... si bien resulta controvertido entregar la gestión del principal recurso estratégico del país al poder militar, en la coyuntura ecuatoriana, donde el Estado prácticamente desapareció durante más de una década, la capacidad de planificación, la experiencia administrativa y el potencial logístico de la Marina resultan esenciales a la hora de reconstruir la industria petrolera ecuatoriana (SENTENCIA 003-09-SEE-CC).

Parece mentira, pero lo que sostiene el Tribunal responsable de velar por el Estado Constitucional, es que éste no funciona y es necesario recurrir a la intervención de las Fuerzas Armadas para reconstruir las instituciones. Un teórico de la dictadura militar no puede argumentar mejor.

De cómo lo provisional se convierte en permanente

En la Constitución de 1978 no llegó a establecerse límite temporal alguno para las declaratorias de estado de excepción lo que, en la práctica, llevó a que éstos se prolonguen indefinidamente. Para evitarlo, el texto constitucional de 1998 dispuso, en su artículo 182, que el decreto de excepción tenga una vigencia máxima de sesenta días, pero admitió la posibilidad de que se lo renueve. Esto último restó efectividad a la reforma, pues lo único que acabó existiendo fue una exigencia adicional de renovar el estado de excepción cada cierto período de tiempo, sin que se viera afectada la posibilidad de su prolongación indefinida.

En la Constitución vigente se evidencia la clara intención de poner un límite definitivo a la duración del estado de excepción. En el artículo 166 se establece un plazo máximo de sesenta días y no se habla ya de la posibilidad de renovación en general, sino que se establece que la renovación podrá hacerse “hasta por treinta días más”.

La diferencia entre el texto vigente y aquél que le antecedió parece absolutamente clara. No conferir simplemente la facultad de renovar el estado de excepción, sino establecer un límite temporal para su prolongación, de hasta treinta días, implica que el constituyente quiso dejar en claro que ningún período excepcional podía durar más allá de noventa días. La preposición hasta denota un claro límite temporal y no puede sostenerse que, si la norma dispone que se haga algo hasta cierto momento, se lo pueda seguir haciendo después.

El caso de Petroecuador, sin embargo, ha servido a la Corte Constitucional para volver a la situación anterior al 20 de octubre de 2008 y mantener, en la práctica, la vigencia del anterior esquema de duración de los estados excepcionales.

El primer Decreto que declaró el estado de excepción para la empresa estatal de petróleos se dictó el 29 de noviembre de 2007⁴⁶. Esto quiere decir que cuando la Corte Constitucional recibió la notificación de la primera declaratoria hecha bajo el imperio de la nueva Constitución, el 24 de noviembre de 2008, Petroecuador llevaba ya un año bajo régimen excepcional.

Esto, sin embargo, no fue materia de preocupación de los jueces constitucionales, que actuaron como si el mundo hubiera empezado el 20 de octubre de 2008 y nada de lo hecho anteriormente existiera o tuviera importancia.

El problema de la temporalidad empieza a presentarse para la Corte cuando, fenecido el plazo del primer estado de excepción bajo el nuevo régimen constitucional, el Presidente de la República continúa dictando nuevos decretos de excepción, todos, salvo el último, prorrogados por treinta días más.

La sentencia 003-09-SEE-CC no puede dejar de observar lo que se ha convertido en el procedimiento presidencial, lo que la Corte llama “la dinámica del Ejecutivo”, que se concreta en “agotar los 60 días que establece el artículo 166 segundo inciso, e inmediatamente decretar un nuevo Estado de Excepción por 60 días más”. Esta forma de actuar, se preguntan los jueces constitucionales, ¿rompe o no con los principios de temporalidad y excepcionalidad?

La pirueta mental a la que recurre la Corte para salvar los decretos es una clara muestra del que aparece como su comportamiento consistente, al menos en el caso de las declaratorias de estado de excepción: decirle siempre sí al Presidente.

Para empezar, la Corte parte de un principio que es contrario al que sostiene la Constitución. Mientras para esta última, el estado de excepción debe durar sesenta días, pudiendo prolongarse hasta por treinta días más, los jueces constitucionales argumentan a partir de la idea de que la situación excepcional debe perdurar mientras subsistan las razones que la motivaron, razones que, hemos visto, se manejan con absoluta flexibilidad.

La Corte parte de constatar que en este caso la interpretación literal “no es suficiente para comprender el verdadero alcance de la norma constitucional” y que se

necesita un método de interpretación dinámico que permita adaptar el texto constitucional a las circunstancias actuales” (SENTENCIA 003-09-SEE-CC).

Eso de “adaptar” el texto constitucional suena a conseguir que diga lo que queremos que diga y moldear la norma hasta que coincida con el afán de satisfacer al Ejecutivo. Porque el mandato de la Constitución es absolutamente claro y, además, encaja plenamente en la integralidad del texto constitucional que, partiendo del paradigma garantista, busca limitar las circunstancias excepcionales que pongan en riesgo los derechos de las personas. Esta es, por otra parte, la forma en que la Constitución debe interpretarse, por expreso mandato de su artículo 427.

Lo cierto es que los jueces constitucionales se ven en la necesidad de “adaptar” la norma y lo hacen en los siguientes términos:

La declaratoria de un Estado de Excepción debe mantenerse siempre y cuando persista la situación de crisis ... ¿Qué pasaría entonces si la situación de crisis persiste y el tiempo de vigencia del Estado de Excepción concluyó? Un razonamiento equivocado nos llevaría a concluir que por lo tanto se requiere la adopción de otra alternativa que ponga fin a tal situación de anormalidad, pero tal alternativa ha quedado agotada, pues previo a decretar un Estado de Excepción, se habrá analizado⁴⁷ todas aquellas posibilidades reales para apalelear [sic !!!]⁴⁸ la situación riesgosa o peligrosa, que en el presente caso, se da en Petroecuador y sus empresas filiales. Esto último no es más que aplicar excepcionalmente la medida (SENTENCIA 003-09-SEE-CC).

No alcanzo a entender eso de aplicar excepcionalmente una medida excepcional, a no ser que se esté sugiriendo que sobre el estado de excepción caben medidas adicionales que, por imperio de las circunstancias, escapan a la temporalidad constitucionalmente establecida y, por ende, a la legalidad. Y esto es lo que parecería estar en el fondo de la consideración que hace la Corte cuando afirma “que a pesar de la perentoria duración del estado de excepción determinada por la Carta Fundamental, que podría durar hasta noventa días, las situaciones de crisis pueden permanecer durante más tiempo” (SENTENCIA 003-10-SEE-CC), lo que significa que los hechos prevalecen sobre el mandato de la Constitución y, por ende, el estado de excepción deja de ser lo que la Corte ha dicho que es: una institución del Estado Constitucional.

Buscando respaldo para su criterio, la Corte cita al Tribunal Constitucional peruano, que “sostiene que el Estado de Excepción [se] regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad” (SENTENCIA 003-09-SEE-CC). No toma en cuenta, sin embargo, que ese Tribunal Constitucional está aplicando una norma distinta a la de la Constitución ecuatoriana y similar, más bien, a la que constaba en el texto constitucional de 1998. En efecto, el artículo 137 de la Constitución peruana fija plazos para los estados de excepción y dispone que éstos podrán prorrogarse, pero no establece plazo alguno para la prórroga.

47 No vale la pena detenerse en eso de que se “habrá analizado todas aquellas posibilidades reales para, corrijamos, paliar la situación riesgosa”, que es una muestra más de que la Corte presupone aquello cuya realidad está obligada a establecer.

48 En todo esto, la única apaleada resulta ser la Constitución.

En su afán por justificarse o, mejor, por justificar al Presidente, la Corte hace una curiosa lectura de los textos constitucionales.

Por otro lado, el propio artículo 166 tercer inciso, establece que “[c]uando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcán, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación (...)” es decir, solo se dará por terminado el Estado de Excepción cuando las causas desaparezcán, por el contrario, al no haber desaparecido las causas que originaron el estado de excepción en Petroecuador, entonces procede dictar uno nuevo (SENTENCIA 003-09-SEE-CC).

Pero lo que dice la Constitución no es que la excepción terminará cuando se hayan superado las causas que lo motivaron, sino todo lo contrario. Es tan importante para el texto constitucional mantener el carácter extraordinario y restringido del estado de excepción, que se cuida de disponer que éste no durará necesariamente todo el plazo previsto en un inicio y, para ello, dispone al Presidente que si desaparecen las causas en las que se fundó, debe terminar la excepción aunque no se haya cumplido el plazo para el cual fue decretada.

Claro que este afán por ajustar los mandatos constitucionales a las necesidades presidenciales o, para usar las palabras de la Corte, de “adaptar el texto constitucional a las circunstancias actuales” (SENTENCIA 003-09-SEE-CC), va acompañado de las deficiencias que ya hemos señalado como comunes en todos los estados de excepción.

Ni los repetidos decretos, ni el que siempre se presenten a las circunstancias que vive Petroecuador como las mismas, lo que al menos debería llevar a sospechar que el tratamiento excepcional no está rindiendo los frutos que se esperan, motivan a la Corte para analizar los hechos. No hay una sola referencia a tasas de producción o a resultados de la gestión empresarial, ni un mínimo intento por contar con informes calificados que permitan establecer si los supuestos fácticos de los decretos se ajustan a la realidad.

Un buen ejemplo: no hay cifra alguna que le permita afirmar a la Corte, como afirma, que “a pesar de la mejoría relativa de la situación de la empresa y sus filiales, para conseguir la meta es necesario revertir definitivamente la tendencia negativa en la producción petrolera” (SENTENCIA 003-09-SEE-CC). Y sin duda es mejor no conocer las cifras, porque si vieran los datos registrados por el Banco Central del Ecuador, los jueces constitucionales deberían admitir que la producción petrolera, desde enero de 2007, decreció únicamente en el sector privado, mientras que Petroecuador y Petroamazonas⁴⁹ mantuvieron un lento pero constante incremento en sus niveles de explotación de crudo; nunca hubo, ni antes ni durante la emergencia, fluctuaciones

⁴⁹ Petroamazonas es la empresa de propiedad del Estado que maneja los bloques 15 y 27 y que fue incluida también en los decretos de estado de excepción.

importantes en los volúmenes de producción⁵⁰.

Para la Corte lo fundamental es que “según el Gobierno Nacional, sigue siendo indispensable mantener la emergencia en Petroecuador y continuar con el esfuerzo iniciado” (SENTENCIA 003-09-SEE-CC). Si lo dice el Presidente, “así ha de ser”; la Corte Constitucional declina su competencia de controlar y prefiere consentir.

Tan es así que luego de la primera sentencia en que se pronuncian sobre el tema Petroecuador, los jueces constitucionales prefieren no seguir analizando los motivos de la excepción, a partir de un peregrino argumento:

Esta Corte, en relación al análisis de constitucionalidad material de la declaración de estado de excepción contenida en el Decreto Ejecutivo No 1544, debe señalar que al realizar este análisis en relación del Decreto Ejecutivo 1440 que dispuso el estado de emergencia en el año 2008 en las empresas Petroproducción y sus filiales y Petroamazonas, determinó la constitucionalidad de la medida, en consideración a que los distintos aspectos previstos se enmarcaban dentro de los principios doctrinariamente aceptados para la adopción de estados de excepción. Revisadas las dos declaraciones de estado de excepción, se establece que contienen iguales medidas a adoptarse, razón por la que se reproduce el análisis ya realizado por esta Corte ... (SENTENCIA 001-09-SEE-CC).

En otras palabras, como hace dos meses vimos un decreto igualito ya ni analizamos los fundamentos de la nueva declaratoria, porque “bien ha de estar”; los hechos no son de interés de la Corte, el que se hayan mantenido o no las razones de la declaratoria inicial parece no ser algo que preocupe a los responsables del control constitucional. Posteriormente, una nueva sentencia explicará que lo que ha ocurrido es que se ha marcado un precedente jurisprudencial y doctrinario.

En este sentido, la Corte reitera que ha marcado una línea jurisprudencial al respecto y que en relación al caso sub examine, no cabe romper con el precedente jurisprudencial y doctrinario (overruling) creado por esta Corte en los anteriores casos sometidos a su dictamen, por cuanto, ambas decisiones están enmarcadas correctamente en lo que dispone la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia en la materia (SENTENCIA 003-09-SEE-CC).

Parece que para la Corte, el haber aceptado un decreto de estado de excepción le obliga a seguir aceptando los que posteriormente se dicten sobre el mismo tema, sin que el hecho de que las circunstancias pudieran haber variado importe mayormente. ¿Deberíamos entender, entonces, que se ha sentado un precedente jurisprudencial y que, en adelante, toda excepción que comprenda a Petroecuador y que utilice las mismas motivaciones debe ser necesariamente aprobada?

Los extremos a que se ha llegado para justificar la emergencia en Petroecuador explican, sin duda, que en este caso se haya dado la única ruptura de la unanimidad que ha prevalecido en todas las sentencias sobre estado de excepción. La sentencia 003-09-SEE-CC tiene un voto salvado de Nina Pacari Vega⁵¹, en el que se hace notar

⁵⁰ Los datos pueden consultarse en www.bce.fin.ec.

⁵¹ Nica Pacari Vega votó a favor de la primera sentencia sobre Petroecuador, dio su voto salvado en el caso de la tercera y no estuvo presente en la votación de las otras tres.

que la forma de proceder de la mayoría Corte contradice los mandatos constitucionales.

Una declaratoria de excepción, dice el voto salvado, solo se justifica ante “una situación de conmoción que lleve a la destrucción o caos del sistema político o que se produzca un caos social”; esto no ocurre en el caso de Petroecuador, en el que más bien se “ha venido empleando aquella situación ‘excepcional’ como una medida recurrente por medio de la cual se pretende dejar de lado el procedimiento regular para la adopción de medidas legislativas”⁵².

Para la magistrada que en este caso disiente de la opinión de la mayoría, una empresa estatal “no puede ser objeto de una administración permanente bajo esta modalidad de estado de excepción ... no es concebible colocar a una institución en una situación de incertidumbre y gobernada por medidas excepcionales”, sobre todo si se toma en cuenta que el “Ecuador en cuanto a la fase petrolera vive una época de permanente crisis, lo cual comporta una cierta situación de normalidad, lo que contradice a la naturaleza excepcional de un estado de sitio”⁵³.

La persistencia del pasado

Daniela Dávalos sostiene que “en el Ecuador se necesita un cambio conceptual con relación al estado de excepción” (2008: 155). Ese cambio conceptual abarca, sin duda, como lo sostiene la misma autora, “un cambio global de la legislación”, porque “solo modificar unos cuantos artículos constitucionales no serviría de mucho si la ideología que está atrás ... no se rige a un pensamiento de derechos humanos” (2008: 156).

Sin duda es así, pero pienso que tanto o más importante que la reforma legislativa que acompañe a los textos constitucionales, es un cambio radical en la forma de entender las instituciones. Esto porque para la conciencia general, los estados de excepción siguen apareciendo como la única respuesta posible ante cualquier emergencia⁵⁴ y no se valora adecuadamente la gravedad que reviste una medida como esa.

Probablemente el mejor ejemplo lo constituyen las exhortaciones legislativas para que se decrete el estado de excepción. He encontrado tres casos posteriores a la vigencia de la nueva Constitución y en ninguno de ellos se trataría de una medida justificada: dos se refieren al control delincriminal en varias provincias⁵⁵ y el tercero al control de los daños ocasionados por la emisión de cenizas del volcán Tungurahua⁵⁶.

Lo curioso es que muchos de los que aprobaron estos pedidos al Ejecutivo inter-

52 No deja de llamar la atención que la magistrada no haya sostenido lo mismo en otros casos en los que votó a favor y en los que tampoco existía la “situación de conmoción que lleve a la destrucción o caos del sistema político o que se produzca un caos social”. Pueden verse, por ejemplo, los casos de las presas La Esperanza y Poza Honda (SENTENCIA 004-09-SEE-CC) y del déficit hídrico en Manabí (SENTENCIA 002-10-SEE-CC).

53 El término consta en nuestra legislación pero es utilizado para referirse a los estados de excepción. Estos mismos argumentos debieron aplicarse los casos de problemas hídricos en Manabí; basta recordar que según algunos la etimología de Manabí es “tierra sin agua”.

54 Hay también aquí, sin duda, deficiencias legales que no es del caso analizar en este trabajo.

55 Resolución Legislativa 3, Registro Oficial 108, 14 de enero de 2010 y Resolución sin número, Registro Oficial 119, 29 de enero de 2010.

56 Resolución Legislativa sin número, suplemento del Registro Oficial 129, 12 de febrero de 2010.

vinieron, como asambleístas, en la redacción del nuevo texto constitucional⁵⁷. Al parecer, ni tenían conciencia de lo que aprobaban ni entendieron bien el alcance de las reformas introducidas, cosa por otra parte explicable en un espacio en el que al retórica prima sobre los hechos.

Una Corte Constitucional verdaderamente comprometida con el paradigma garantista debería aportar en el proceso de un nuevo entendimiento de la institución de las facultades extraordinarias; poco se puede lograr, sin embargo, con sentencias como las que se han revisado.

En su rendición de cuentas de 24 de junio de 2009⁵⁸, el Presidente de la Corte Constitucional se refirió al “panorama desolador” que había encontrado al asumir sus funciones dos años antes. La institución, dijo, “lejos de ser el magno recinto de garantía de la supremacía constitucional ... en realidad era, fundamentalmente, una instancia de gestión de los intereses corporativos de las elites del poder”; y citando al Presidente Correa calificó a la justicia constitucional como “un sainete que operaba más como una extensión de los burós de los partidos tradicionales antes que una institución profesional, eficaz, autónoma e independiente, convencida y comprometida con su alta misión institucional”⁵⁹.

La breve revisión de sentencias que se ha hecho en las páginas anteriores pone en evidencia que los cambios introducidos por la Corte se limitan al discurso, a la promesa de un mundo nuevo, a la invocación a una forma de Estado por primera vez instaurada en la República y la asunción de un paradigma neoconstitucional y un punto de vista garantista para interpretar el ordenamiento jurídico a partir de los mandatos constitucionales.

Pero ese discurso, que impregna los considerandos de las sentencias, no consigue llegar a las partes resolutivas, que siguen siendo el fruto de prestidigitaciones verbales para conseguir que, sea cual sea la teoría que se aplica, el resultado siga siendo aquél que no contradiga las resoluciones del Presidente de la República.

La adhesión a dictados externos sigue siendo, entonces, el criterio que prima en las decisiones del órgano de control constitucional, y la independencia y autonomía cobran vida únicamente en las rendiciones de cuentas.

La retórica de lo nuevo, en esa medida, no es otra cosa que un simple instrumento cosmético que da buena apariencia y agradables colores a una forma de actuar que sigue siendo, fundamentalmente, la misma, y que en el caso actual sirve a los concretos intereses de consolidación de un poder personal.

57 Las votaciones pueden verse en las actas de las sesiones de los días 29 de diciembre de 2009, 13 de enero y 2 de febrero de 2010, publicadas en www.asambleanacional.gov.ec.

58 Puede consultarse en www.tribunalconstitucional.gov.ec.

59 El Presidente de la Corte cita el discurso de apertura del Presidente de la República en el Seminario Internacional “La Corte Constitucional un Cambio Ineludible, realizado en Quito, en octubre de 2008.

Referencias bibliográficas

ÁVILA Ramiro y VALENCIA José, 2006, Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario, Quito, Comité Internacional de la Cruz Roja.

CELI Pablo, 2008, "La seguridad y la defensa en una nueva perspectiva", en Nueva Constitución, Quito, ILDIS, La Tendencia, pp. 244-263.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997, Informe 55/97. Caso 11.137, disponible en www.cidh.org/annualrep/97span/argentina11.137.htm.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, Informe Anual, Capítulo IV, disponible en www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo4a.html.

DÁVALOS Daniela, 2008, "Estados de excepción: ¿Mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo", en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 123-162.

DESPOUY Leandro, 1993, La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción, sexto informe anual del Relator Especial nombrado por el Consejo Económico y Social, 1993, en [ww.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d5640c3fde7bb8628025676a0055cd80?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d5640c3fde7bb8628025676a0055cd80?Opendocument).

DESPOUY Leandro, 1999, Los derechos humanos y los estados de excepción, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

ESCOBAR Claudia, "Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?", en Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 285-362.

FIX ZAMUDIO Héctor, 2004, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, volumen XXXVII, número 111, pp. 801-860.

GARCÍA Bertha y NÁJERA María Elena, 2005, "Presentación", en La administración de la defensa en el Ecuador, Quito, Fundación Democracia, Seguridad y Defensa – Fundación Konrad Adenauer, pp. 5-14.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, 2001, Madrid, Civitas.

LEY DE SEGURIDAD PÚBLICA Y DEL ESTADO, suplemento del Registro Oficial 35, 28 de septiembre de 2009.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, suplemento del Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009

OYARTE Rafael, 2006, La acción de amparo constitucional, Quito, Fundación Andrade & Asociados.

RIVERO Jean, 1984, Derecho Administrativo, Caracas. Instituto de Derecho Público – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas – Universidad Central de Venezuela.

SALGADO Hernán, 2004, “El estado de emergencia en la Constitución”, en Pablo Pérez Tremps (coordinador), Los derechos fundamentales, Quito, Corporación Editora Nacional, pp. 141-156.

TOBAR DONOSO Julio y LARREA HOLGUÍN Juan, 1996, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

TRUJILLO Julio César, 2004, “La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, en Foro, Revista de Derecho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, número 3, pp. 89-108.

TRUJILLO Julio César, 2006, Teoría del Estado en el Ecuador, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional.

ZAVALA Jorge, 1999, Derecho Constitucional, Guayaquil, Edino.

ZAVALA Jorge, 2003, Introducción al Derecho Administrativo, Guayaquil, Edino.

**ANEXO 1 Declaraciones de estado de excepción
(20 de octubre de 2008 - 31 de marzo de 2010)**

DECRETO Y FECHA	MOTIVO	R.O.	SENTENCIA	OBSERVACIONES
1440 08-11-19	Petroecuador y sus empresas filiales	477 08-11-28	001-08-SEE-CC	
1544 09-01-20	Petroecuador y sus empresas filiales	518 09-01-30	001-09-SEE-CC	Renovado DE 1627, RO 561 / 09-04-01
1680 09-04-20	Petroecuador y sus empresas filiales	581 09-04-30	003-09-SEE-CC	Renovado DE 1792, RO 627 / 09-07-06
1693 09-04-29	Virus de la influenza porcina	585 09-05-07	002-09-SEE-CC	
1838 A 09-07-20	Petroecuador y sus empresas filiales	648s1 09-08-04	003-09-SEE-CC	Renovado DE 53, RO 37 / 09-09-30
69 09-09-29	Disminución de eficiencia en la prestación de servicios de las presas La Esperanza y Poza Honda	42s 09-10-07	004-09-SEE-CC	
82 09-09-30	"Agresión del crimen organizado" en Guayaquil, Quito y Manta	42s 09-10-07	005-09-SEE-CC	Renovado DE 167, RO 87 / 09-12-14
101 09-10-19	Petroecuador y sus empresas filiales	58 09-10-30	003-10-SEE-CC	Renovado DE 167, RO 98 s / 09-12-30
107 09-10-23	Contaminación de la laguna de Yahuarcocha	61 09-11-06		
124 09-11-06	Deficiencia en la generación de energía eléctrica	67s 09-11-16	001-10-SEE-CC	Reformado DE 162, RO 81 / 09-12-04. Renovado DE 206, RO 109 / 10-01-15
146 09-11-20	Déficit hídrico en Manabí	79 09-12-02	002-10-SEE-CC	
228 10-01-19	Petroecuador y sus empresas filiales	122 10-02-03	004-10-SEE-CC	
230 10-01-20	Garantizar captación, provisión, producción, almacenamiento y distribución de agua en la provincia de Manabí	122 10-02-03	005-10-SEE-CC	
244 10-02-08	Deficiencia en la generación de energía eléctrica	130 10-02-17		
245 10-02-08	Proceso eruptivo en el volcán Tungurahua	134 10-02-22		
246 10-02-08	Déficit hídrico en las provincias de Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo y Bolívar	134 10-02-22		
254 10-02-20	Déficit hídrico en la provincia del Carchi	143 10-03-04		
256 10-02-26	Rigurosa estación invernal en la provincia de Esmeraldas	146 10-03-09		

**ANEXO 2 SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE
DECLARATORIAS DE ESTADO DE EXCEPCIÓN
(20 de octubre de 2008 - 31 de marzo de 2010)**

SENTENCIA	TEMA	D.E.	R.O.	JUEZ SUSTANCIADOR
001-08-SEE-CC	Petroecuador	1440	483 s 08-12-08	Roberto Bhrunis Lemarie
001-09-SEE-CC	Petroecuador	1544	536 s 09-02-27	Hernando Morales Vinuesa
002-09-SEE-CC	Fiebre porcina	1693	590 s 09-05-14	Roberto Bhrunis Lemarie
003-09-SEE-CC	Petroecuador	1680 y 1838 A	29 09-09-18	Patricio Pazmiño Freire
004-09-SEE-CC	Presas La Esperanza y Poza Honda	69	50 09-10-20	Alfonso Luz Yunes
005-09-SEE-CC	Quito, Guayaquil y Manta	82	50 09-10-20	Hernando Morales Vinuesa
001-10-SEE-CC	Sector eléctrico	124	117 s 10-01-27	Manuel Viteri Olvera
002-10-SEE-CC	Déficit hídrico	146	117 s 10-01-27	Patricio Pazmiño Freire
003-10-SEE-CC	Petroecuador	101 y 180	136 s 10-02-24	Manuel Viteri Olvera
004-10-SEE-CC	Petroecuador	228	159 s 10-03-26	Édgar Zárate Zárate
005-10-SEE-CC	Abastecimiento de agua en Manabí	230	159 s 10-03-26	Roberto Bhrunis Lemarie

Cuestionamiento a la aplicación generalizada del método de la ponderación judicial a partir de una sentencia interpretativa de la corte constitucional

Resumen: llama la atención el garantismo retórico imperante en el neoconstitucionalismo en el que los derechos se reconocen de la manera más progresista en la Constitución pero se restringen en la ley y la jurisprudencia.

Salim Zaidán

En los últimos dos años, “neoconstitucionalistas” a través de abundante producción doctrinal se han empeñado en hacernos creer que por decreto hemos superado al Estado Legal para convertirnos en un Estado Constitucional, hemos transitado del Estado de Derecho al Estado de Derechos y hemos dejado atrás el Estado inequitativo para convertirnos en un Estado de Justicia. Y claro, han afirmado que la consecución del buen vivir se facilita gracias a las bondades del método de la ponderación judicial y que el órgano que ostenta el “poder dirimente” en el Ecuador a partir de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional, producirá fallos más motivados y justos.

Los neoconstitucionalistas asumieron que todos los jueces conocerían el contenido de los derechos, particularmente aquellos que figuran en los instrumentos internacionales de derechos humanos y sabrían cómo resolver conflictos aplicando métodos de interpretación. Confiaron en que los assembleístas emprenderían una actividad de desarrollo legislativo armónico con la Constitución, que al menos no restringa derechos y garantías.

Meras aspiraciones y enunciados líricos distantes de la realidad, de la práctica judicial, del ritmo actual del litigio constitucional. Y es que parecería que algunos sectores de incidencia en la actividad legislativa no comprenden que el progresismo normativo no es nada sin el progresismo práctico, que solo se alcanza con la adecuación cultural de modelos externos y con la capacitación a los actores de incidencia en los procesos de cambio. Los jueces de todas las especialidades, ahora jueces constitucionales, necesitan herramientas prácticas para administrar justicia y necesitan conocer los métodos para resolver casos particularmente complejos. Pero también necesitan valorar la pertinencia para utilizarlos.

En la actividad judicial de nuestro medio los métodos de administración de justicia han variado en la doctrina pero en la práctica los jueces los aplican mal o simplemente no los aplican. Vemos que los métodos tradicionales para resolver conflictos como el método jerárquico (norma superior deroga a la inferior), el cronológico (ley posterior deroga a la anterior) y el de especialidad (ley especial deroga la ley general), han sido sustituidos por nuevos métodos, particularmente por la ponderación judicial.

La ponderación no es una fórmula nueva. No es un método para administrar justicia que de manera pionera la Corte Constitucional ecuatoriana se encuentre aplicando. La ponderación judicial es una fórmula de vieja data que se inscribe en el Derecho Constitucional libre y surge en la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica¹, fue aplicada posteriormente por el Tribunal Constitucional español y hace un par de décadas por la Corte Constitucional colombiana. Este método ha surgido en la actividad judicial de Estados Unidos bajo la denominación de “balancing”, fue desarrollado por el Tribunal Constitucional español² y ha cobrado fuerza en las últimas décadas en países sudamericanos como Argentina y Colombia.

Pero lamentablemente en el Ecuador la administración de justicia constitucional emplea el método de la ponderación en casos en los que podría buscar un equilibrio entre derechos sin sacrificar alguno de los que se encuentre en conflicto, en otros casos simplemente utiliza la ponderación inobservando la delimitación normativa de derechos o en ciertas sentencias se advierten considerandos progresistas acompañados de resoluciones restrictivas como la que vamos a analizar más adelante.

De ahí la preocupación en torno a la aplicación de la ponderación. Al ser un método que se basa en el fortalecimiento de la posición del juez, le da valor determinante a sus apreciaciones subjetivas, se fundamenta en el realismo jurídico y en la dimensión axiológica del Derecho, es un método que puede derivar en una discrecionalidad o subjetividad valorativa altamente peligrosa si los operadores de justicia no tienen una buena formación o no ajustan su actuación a los parámetros del derecho preestablecido.

Nadie niega la oportunidad y urgencia de la búsqueda de nuevos métodos para resolver conflictos entre derechos, particularmente por el desgaste del método de la subsunción y la producción mecánica de fallos. Los neoconstitucionalistas dicen que es necesario superar al juez “*bouche de la loi*”, como lo llamaba Montesquieu³. Ellos destacan que “*en el Estado Constitucional de los derechos, el juez constitucional ya no es la boca muda de la ley, sino el creador y concretizador de la norma constitucional, mediante la cons-*

1 En 1936, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Harlan Fiske Stone (magistrado entre 1905 y 1942), habló del acomodo razonable del derecho a las cambiantes necesidades sociales. Afirmaba que el juez desempeña esencialmente la función del legislador y que en un sentido real elabora Derecho.

2 En España el Tribunal Constitucional, mediante sentencia 66/1995, fijó los pasos que comprende la ponderación judicial, aunque la aplicó desde los años 80.

3 Montesquieu estableció en 1758 su teoría sobre la separación de poderes y se refirió al poder judicial como «un poder de alguna forma nulo», que se limitaba a ser «la boca de la ley», que realizaba una simple operación lógica de subsunción de los hechos (premisa menor) en la ley (premisa mayor) para llegar a una decisión.

*trucción de reglas y sub-reglas generadas por la aplicación concreta de su texto*⁴. Lo que no se admite es la sobredimensión de los “logros” del Constitucionalismo actual que parte de un diagnóstico despegado de la realidad tomando en consideración que hace algún tiempo ya se superó ciertas enseñanzas de la escuela exegética. Para la justicia implica un riesgo ir al otro extremo de la subsunción y asignar al juez el rol de creador del derecho sin mayores límites y sin parámetros claros y preestablecidos. Diseñar un método que supere el limitado rol judicial, se tornaba necesario pero no podía ser la excusa para propagar su uso de manera indiscriminada. La subsunción, aplicada aisladamente, en ramas del Derecho como la Constitucional, era perjudicial pero aquello no autoriza ir al otro extremo convirtiendo al juez en actor político y legislativo.

Juristas y filósofos parecerían defender el método de la ponderación judicial afirmando que su utilidad práctica está dada por la ausencia de ponderación legislativa⁵, pues si existiera, el conflicto podría resolverse de acuerdo con el método jerárquico o el de especialidad.

Pero la concesión de márgenes excesivamente amplios desnaturaliza la función judicial y convierte a los jueces en el poder dirimente capaz de resolver en escasas semanas lo que al asambleísta o al poder ejecutivo le ha costado algunos meses ostentando al menos cierto grado de legitimidad democrática. Reconociendo que el Derecho al ser una rama social no debe ser estático, tampoco podemos confiar excesivo poder y legitimidad a la función judicial.

El método de la ponderación judicial ha sido recogido en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Han sido resaltadas sus bondades por “neoconstitucionalistas” de ciertas instituciones del Estado, que en libros y sentencias han puesto de relieve sus cualidades e incluso han reivindicando fórmulas filosóficas sustentadas en la lógica matemática, de compleja comprensión y escasa proyección de aplicación práctica generalizada para resolver conflictos entre derechos.

¿Pero es este el mecanismo de interpretación avalado por la Constitución de la República? Pues no, los asambleístas y principalmente quienes integraron las Mesas de la Asamblea Constituyente que redactaron los artículos de la parte orgánica de la Constitución se inclinaron por seguir a la escuela exegética y defender lo que ellos tanto criticaron: la operación mecánica de la subsunción en la que el juez hace una interpretación literal de la ley. Por supuesto que para no dar una apariencia de teoría clásica agregaron al artículo una referencia tibia al principio pro homine, para insinuar que la jerarquía normativa ha sido desplazada por el principio pro homi-

4 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 14.

5 El legislador pondera, lo hace cuando sus regulaciones privilegian la tutela de un principio en detrimento de otro. Debe hacerlo de manera clara o al menos a través de parámetros ciertos precisamente para reducir el amplio margen de apreciación judicial. Lo hace cuando sus regulaciones privilegian o acentúan la tutela de un principio en detrimento de otro. El asambleísta no puede eliminar un conflicto entre derechos de un modo definitivo mediante una norma general, pues estaría postergando en abstracto un derecho en beneficio de otro y establecería una jerarquía legislativa.

ne en que la jerarquía mayor la ostenta la norma más favorable a los derechos. El artículo es claro y privilegia la interpretación literal de la norma. El artículo 427 de la Constitución refiere que las normas constitucionales deben interpretarse por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

Cuestionamientos al método de la ponderación judicial.

A pesar de la vigencia de la disposición constitucional citada, la Corte Constitucional ha aplicado en la mayoría de los casos sometidos a su conocimiento, la ponderación judicial. Y en aquella práctica judicial, el método de la ponderación ha confirmado la tendencia a una excesiva discrecionalidad. Ronald Dworkin alerta sobre los riesgos de hacerlo. Asegura que la tesis de la discrecionalidad judicial debe ser revisada por dos razones. En primera instancia porque supone una violación del principio de separación de poderes, ya que prácticamente se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo⁶.

El juez constitucional “cerebro de la ley” y “creador del derecho” de ser una referencia “progresista” doctrinaria corre el riesgo de convertirse en práctica cotidiana.

La regulación de garantías jurisdiccionales como la acción de protección, nos dice que las demandas que incurran en la causal de improcedencia de pretendida declaración de derechos serán inadmisibles⁷, pero el método de la ponderación tiende precisamente a eso, a asignar al juez el rol de crear nuevos derechos o reconstruir los constantes en el catálogo de derechos de la Constitución e instrumentos internacionales.

El artículo 11(7) de la Constitución de la República consagra lo que en doctrina se conoce como la cláusula abierta que refiere la existencia de catálogos de derechos no taxativos: “*el reconocimiento de derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento*”, pero esta norma de ninguna manera puede interpretarse como la posibilidad del juez para crear nuevos derechos. Su lectura correcta debería ser que de acuerdo a la evolución de la sociedad y las necesidades de protección, el asambleísta podrá incorporar nuevos derechos a los catálogos vigentes. El juez no puede reemplazarlo en esta tarea.

Por otro lado, Robert Alexy reconoce que la ponderación permite niveles de subjetividad ilimitados y ha dicho que no existen estándares racionales y parámetros objetivos para ponderar. Jürgen Habermas con acierto ha dicho que la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como bueno y malo, correcto e incorrecto. Asegura que la consideración de los derechos como valores a ser ponderados convierte a los juzgadores en negociadores de valores, en una “*instancia autoritaria*” que obviamente se extralimita e invade las competencias del legislador y con ello “*aumenta el peligro de juicios irracionales porque con*

6 Ruiz, Ramón, La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales: especial referencia a la jurisprudencia constitucional española Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006/2007, disponible en www.filosofiyderecho.com/rtfd, página 55.

7 Ver artículo 42 (5) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos⁸. Pero mucho más grave es apreciar las fórmulas del peso propias de la ponderación en que se fijan números de importancia a derechos en un juicio por demás arbitrario, en el que supuestamente cuanto mayor es el grado de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro, pero aquello se valora en escalas numéricas basadas en la absoluta apreciación subjetiva del juez.

Pero el problema no radica solamente en la fórmula de la ponderación en sí misma sino en la aplicación generalizada por la Corte Constitucional y en las bondades mágicas que le atribuye. Bondades que quedan en entredicho cuando apreciamos cierta incoherencia en los criterios de neoconstitucionalistas como Luis Prieto Sanchís que considera que la aplicación del método de la ponderación *“desemboca en el triunfo de uno de los principios en pugna, no en la búsqueda de un punto intermedio que en parte sacrifique y en parte dé satisfacción a ambos”*⁹ y luego afirma que *“el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación, no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos”*¹⁰.

Se asegura también que la ponderación parte de la igualdad de las normas en conflicto sin embargo establece una “jerarquía móvil”¹¹ que contraviene el principio de aplicación de los derechos enunciado en el artículo 11 (6) de la Constitución. La jerarquización la realiza el juez muchas veces en claro desconocimiento de la normativa vigente. El juez no puede relativizar el valor normativo de los derechos, al que han llegado los asambleístas luego de procesos complejos de aprobación de leyes. El Derecho en sus distintas fuentes, particularmente la normativa y jurisprudencial ordenada, es necesario para brindar certeza y parámetros claros de resolución de los conflictos. No se puede magnificar el papel que cumplen los jueces en el proceso de formación del Derecho y darles competencias altas principalmente por el corto tiempo que tienen para resolver las causas constitucionales.

Al respecto, Ignacio Villaverde con acierto señala que *“la ponderación conduce inevitablemente a la jerarquización entre los derechos fundamentales, por cuanto la resolución de sus conflictos no se solventará examinando sus recíprocos límites, sino postergando la aplicación de uno en beneficio de la aplicación del otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen”*¹². Carlos Bernal Pulido reconoce que *“es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías”*¹³.

8 Habermas, Jürgen, Facticidad y validez, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág. 332.

9 Ver Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, editor: Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, tomo VI, artículo de autoría de Luis Prieto Sanchís: El juicio de ponderación constitucional, pág. 85-123.

10 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 14.

11 Los defensores de la ponderación afirman que la jerarquía móvil se da a partir de las circunstancias de un caso en concreto y no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes en conflicto.

12 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, editor: Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, tomo VI, artículo de autoría de Ignacio Villaverde, pág. 179.

13 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, editor: Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, tomo VI, artículo de autoría de Carlos Bernal Pulido: La racionalidad de la ponderación, pág. 48.

El constitucionalista Fabián Corral describe a la perfección lo que está ocurriendo en la actividad judicial y con el método de la ponderación en el Ecuador, cuando manifiesta que *“en contraste con la función inspiradora de valores y principios sobre la legislación, la tesis en boga es que las autoridades y jueces remonten la ley y decidan lo que corresponda sentenciar, a su buen saber y entender, desde la filosofía y no desde la norma, desde la literatura y no desde la regla. La idea es que los jueces sean una especie de filósofos, sociólogos o antropólogos que lleguen a particulares convicciones de lo que debe ser la justicia en cada caso. La ley es entonces una especie de plastilina”*¹⁴.

A la función judicial neoconstitucionalista, Alejandro Ponce Martínez, por su parte la caracteriza como la responsable del retorno de la justicia relativa que no decide de acuerdo al Derecho, sino de acuerdo a la moral de los juzgadores¹⁵. Luis Fernando Torres confirma la posición precedente al señalar que *“bajo los principios de justicia y de verdad, lo que ahora es seguro mañana puede convertirse en inseguro, sin que, necesariamente, cambien las normas. Gracias al activismo judicial se ha abierto el cauce para que los jueces construyan “su” justicia e impongan “su” verdad, en lugar de aplicar el derecho preestablecido”*.¹⁶

Ponderación y Corte Constitucional: un método y un órgano que en algunos casos crean incertidumbre, inseguridad y desconocen a una de las principales fuentes del Derecho: la normativa.

El caso de la explotación del GLP

El objeto de la consulta.-

La doctrina nos dice que en el Estado Constitucional de Derechos y de Justicia quien ostenta el poder dirimente es la Corte Constitucional. La normativa lo confirma reconociendo a este organismo la facultad de interpretar la Constitución en reemplazo del órgano político que antes lo hacía: el Congreso Nacional.

Los artículos 429 y 436 (1) de la Constitución de la República reconocen la condición de único intérprete de la Constitución a la Corte Constitucional. El artículo 19 de las Reglas de procedimiento para el período de transición lo permitía y se reafirma esta facultad en el artículo 154 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Corte Constitucional es el órgano competente para conocer y absolver la consulta del presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado conjuntamente con la Constitución de la República del Ecuador y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008.

En ejercicio de su facultad, el 14 de mayo de 2009, la Corte Constitucional, dentro del caso 0003-09-IC, mediante Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC, explicó

¹⁴ Corral, Fabián, ¿Incertidumbre como regla?, Columna de opinión en Diario El Comercio, edición de jueves 6 de mayo de 2010.

¹⁵ Torres, Luis Fernando, editor, Debate Constitucional: monografías, Corporación Autogobierno y Democracia y Fundación Hanns Seidel, Artículo de autoría de Alejandro Ponce Martínez, Quito, 2010, pág. 77.

¹⁶ Ibid, Comentarios del editor a una sentencia por acción extraordinaria de protección en un caso de expropiación, Quito, 2010, pág. 214.

el contenido y alcance de las normas constitucionales en conflicto a partir de la Resolución N° 36-DIR-2007-06-26, a través de la cual el Directorio Político de PETROECUADOR, resolvió que “La Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP en tierra en Monteverde. PETROECUADOR y FLOPEC, el 25 de julio del 2007 suscribieron el Convenio de Alianza Estratégica N° 2007027 para la “Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP en Tierra en Monteverde y Obras Complementarias”, correspondiéndole a PETROCOMERCIAL construir y operar el Gasoducto y el Terminal de Almacenamiento y Despacho, para lo cual, la institución requiere adquirir varios terrenos de propiedad de las Comunas Monteverde, Saya y San Miguel, ubicados en la Parroquia Colonche, Cantón Santa Elena, Provincia de Santa Elena.

PETROCOMERCIAL mediante Resolución N.º 2008883 de 24 de octubre del 2008 declaró de utilidad pública 58 has., para la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP, de un total de superficie aproximada de 2.557,60 perteneciente a la Comuna Monteverde; sin embargo, no se ha podido registrar la declaratoria de utilidad pública en el Registro de la Propiedad del Cantón Santa Elena, por la negativa del Registrador de la Propiedad. PETROCOMERCIAL no ha podido continuar con el proceso de adquisición de los terrenos por la aparente contradicción que existiría con el artículo 57 de la Constitución.

Por un lado, el Registrador de la Propiedad de Santa Elena manifestó que no podía registrar ninguna transferencia de dominio que implique la división de tierras pertenecientes a comunas, inclusive las que requiere el Estado, basado en lo previsto en el numeral 4 del artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador. Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 de la Constitución de la República, se diseñó el Proyecto para la construcción del sistema de almacenamiento de GLP en tierra, en Monteverde.

Las normas cuya interpretación se solicita son:

Artículo 57 (4): *“Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas de pagos de tasas e impuestos.”*

Artículo 313: *“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficacia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se considerarán sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley”.*

Artículo 321: *“El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta y que deberá cumplir su función social y ambiental”.*

Artículo 323: “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.”

Se indaga si los artículos 313, 321 y 323 de la Constitución de la República se encuentran en contradicción con el artículo 57, numeral 4, a fin de determinar la continuidad del proceso de expropiación de tierras para la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP para la Zona Sur del País.

El razonamiento preliminar: el fin justifica los medios, la importancia económica de un proyecto extractivo admite la restricción de derechos de comunidades.-

Al iniciar el análisis del conflicto normativo planteado, la Corte Constitucional da la pauta de la postura que va a adoptar más adelante, cuando en el último párrafo de la parte introductoria de su sentencia afirma que “la declaratoria de expropiación de tierras comunales se está realizando previa justa valoración, indemnización y pago, con total aceptación de los representantes de las comunas involucradas”, olvidando que el justo precio no debería estar dado solamente por la aceptación de una comunidad sino también por las características étnicas y sociales de los expropiados, su estrecha relación con sus tierras y el desequilibrio de poder existente en la relación expropiante-expropiado.

La Corte Constitucional confunde dos componentes de la expropiación: por un lado la facultad expropiatoria legítima de los Estados que puede ser revisada administrativamente y controvertida judicialmente en la vía contencioso administrativa y constitucional y el justo precio como compensación justa cuando ha quedado en firme la declaratoria de utilidad pública y se debe pagar un precio por la privación del uso y goce de un bien. La Corte defiende la función social de las tierras expropiadas y reconoce la facultad del Estado para ejecutar planes de desarrollo social para lograr el bienestar colectivo por sobre el interés particular o de grupo, presueltos que a su entender prevalecen en relación al artículo 57 (4) de la Constitución de la República. Equivocada conclusión si se considera la complejidad que comporta la resolución de un conflicto, que exigiría la valoración preliminar de la declaratoria de utilidad pública y un juicio previo de ponderación, antes de evaluar si el justo precio cabe en la lógica de una comunidad con una cosmovisión distinta a la nuestra.

Lo lamentable es que la Corte Constitucional parece aproximarse a aquello cuando recuerda en su sentencia que “los tratados internacionales de derechos humanos (...) hacen parte del Bloque de Constitucionalidad”, sin embargo hace abstracción de algunas normas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución, 13 de septiembre de 2007.

La Corte busca honrar compromisos internacionales a favor de comunidades y pueblos, asumidos a través de la ratificación de instrumentos internacionales, pero en la práctica desconoce artículos como el 8 (2) b) de la Declaración citada que dice que “los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto

que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos”, el artículo 23 que señala que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo”. Finalmente el artículo 26 (1) dice que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido” y el artículo 32 (1) “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.

La argumentación de la Corte Constitucional: la aplicación del método de la ponderación judicial.-

Después de una extensa explicación de lo que debe entenderse como interpretación y luego de explicar los tipos de interpretación, la Corte hace una referencia a la ponderación desde la perspectiva de dos autores: Luis Prieto Sanchís y Carlos Bernal Pulido. Comienza manifestando su acuerdo con el criterio de Bernal Pulido de que la ponderación “se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos humanos”.

Para justificar el empleo de la ponderación la Corte dice que “en razón de que existiría una tensión entre dos normas constitucionales de igual jerarquía, esto es, la norma constitucional prevista en el numeral 4 del artículo 57, respecto de las normas constitucionales determinadas en los artículos 313, 321 y 323, respectivamente. El método a utilizarse en el análisis de la presente causa es el de la “ponderación”.

Posteriormente aplica el criterio de Prieto Sanchís de “encontrar un justo medio entre la búsqueda de la justicia y la aplicación estricta de su texto”¹⁷, utilizando la proporcionalidad primero antes de utilizar la ponderación incurriendo en el error de pretender armonizar métodos totalmente incompatibles con resultados diametralmente opuestos. En la ponderación es inevitable el sacrificio de un derecho para proteger otro, en la proporcionalidad es posible buscar el punto de equilibrio entre dos derechos sin necesidad de sacrificar ninguno de ellos, sin embargo la Corte Constitucional asegura conciliar ambos métodos.

La Corte se alinea con el criterio de Prieto Sanchís que destaca que con la ponderación “se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso. Se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que, inevitablemente, ante cada caso de conflicto, sea preciso reconocer primacía a uno u otro, y agrega que el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación, no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos”¹⁸. Teoría que asegura haber seguido pero es evidente ha sido inaplicada en este caso.

17 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 11.

18 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 14.

¿Cómo resolvió el conflicto la Corte Constitucional?

La Corte Constitucional consideró que *“la tensión existente entre las normas constitucionales arriba analizadas se inclina, de manera preferente, por las disposiciones constitucionales determinadas en los artículos 313, 321 y 323 al caso concreto; sin que esto signifique una declaración de invalidez de la norma constitucional prevista en el numeral 4 del artículo 57, ni la formulación de excepción permanente frente a las otras, y menos todavía, la prevalencia de las unas respecto de la otra”*.

Reconoció que *“el numeral 4 del artículo 57 de la Constitución de la República, respecto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades que tienen sobre sus tierras, determina que éstas son inalienables, inembargables e indivisibles, situación que impediría que el señor Registrador de la Propiedad de Santa Elena registre, como en efecto lo ha hecho, la declaratoria de utilidad pública, precisamente al amparo del referido numeral 4 del artículo 57”*.

El máximo órgano de control y justicia constitucional, en apariencia está consciente del carácter que tienen las tierras para las comunidades y no identifica norma alguna que establezca excepciones y relativice el valor de este reconocimiento y afirmó que el Registrador encontró amparo constitucional para impedir el registro. Sin embargo resulta curioso e incoherente advertir una sólida argumentación guiada por el principio *pro homine* que parecería sustentar una posición a favor de los derechos de las comunidades y ver a línea seguida una conclusión en la que dice que no se puede *“descuidar que el Proyecto para la Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP en tierra, en la Comuna Monteverde, por su trascendencia y magnitud, tiene decidida influencia económica, social, política y ambiental para el Estado y está orientado al pleno desarrollo de los derechos y al interés social y general de la población en los términos del artículo 313 de la norma constitucional; es decir, en efecto, se evidencia una verdadera tensión entre las normas constitucionales”*¹⁹.

Posteriormente en un esfuerzo por justificar mejor la restricción de derechos, la Corte Constitucional se apoyó en el contenido de los artículos 321 y 323 de la Constitución de la República, que reconocen el derecho de propiedad en su forma comunitaria, pero que autoriza al Estado limitarla con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo.

La Corte advirtió la íntegra satisfacción de los requisitos para limitar la propiedad a través de la expropiación previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, autorización y opinión de los comuneros, estudios de impacto ambiental y plan de manejo ambiental, recordando que *“hay que destacar que en el trámite de expropiación llevado adelante por PETROCOMERCIAL, a través de sus representantes, no ha encontrado oposición de la Comuna Monteverde”*²⁰.

Lo extraño es que la Corte Constitucional se alinea con la visión que tanto criticó

19 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 14.

20 Ibid, pág. 15.

del pasado: la extracción de recursos naturales debe emprenderse y las comunidades del área de incidencia del proyecto no tienen otra opción que allanarse a ella y aprobarla sin tomar en cuenta sus creencias y costumbres sino los beneficios económicos que les oferta nuestra visión de “desarrollo”. La Corte afirmó que *“en una suerte de beneficios, la comunidad en su conjunto con la Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP, se vería beneficiada”*. En el presente caso, la declaratoria de expropiación de tierras comunales, se está realizando previa justa valoración, indemnización y pago, con el visto bueno de los representantes de las comunas involucradas; tomando en cuenta, además, que dichos terrenos van a cumplir con una función social, con la ejecución de planes de desarrollo social, con un manejo sustentable del ambiente, cuyo objetivo es lograr el bienestar colectivo²¹. Bajo esa lógica, la Corte sugiere que las comunidades sacrifiquen su estilo de vida por un interés superior que incluso les reportará beneficios económicos aún a costa del sacrificio de su esencia como comunidad: su estrecha relación con el territorio.

A partir de esta argumentación, no se alcanza a comprender la pertinencia de invocar algunas de las características del Estado como Constitucional de Derechos para reconocer valor prevaleciente a la potestad expropiatoria del Estado y el bien común frente a los derechos de las comunidades. La Corte Constitucional optó por la solución simple y previsible para futuros casos: privilegiar el bien común respecto a derechos de un grupo, olvidando que en el sistema garantista que ofreció a los usuarios de la administración de justicia, no existe jerarquía entre derechos y los límites de los derechos deben constar en el derecho preestablecido y en este caso se limitaron derechos más allá de los límites normativos.

La Corte al aplicar la ponderación en este caso hizo abstracción de una norma constitucional que obliga al Estado a reformular políticas públicas cuando derechos fundamentales sean violados o amenazados a partir de su diseño o implementación. Se trata del artículo 85 (2) de la Constitución de la República, en el cual el asambleísta ha hecho ejercicio de la ponderación legislativa para exigir la reformulación de una política pública cuando los efectos de su ejecución amenace vulnerar derechos fundamentales. Las políticas públicas extrativistas rara vez son revisadas y reformuladas bajo este criterio, no obstante el mandato constitucional. La ponderación que en ellas se hace es totalmente distante a la ponderación que formuló el asambleísta al redactar esta nueva garantía constitucional denominada política pública. En cambio la ponderación judicial aplicada por la Corte Constitucional coincide con la decisión de las autoridades que privilegian el interés general a costa del sacrificio del interés de una comunidad.

Como bien lo señaló Hugo Black, político, jurista y uno de los más influyentes ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia estadounidense, al manifestar su objeción al método de la ponderación: *“el gran peligro que supone es que en tiempos de crisis confiere al Gobierno el poder de hacer lo que estime necesario para protegerse con independencia de los derechos de los individuos. Si la necesidad es grande, siempre podrá decirse que el derecho del Gobierno tiene más valor o importancia que los derechos individuales”*²².

21 *Ibid.*, pág. 15 y 16.

22 Black, Hugo, “The Hill of rights”, *New York University Law Review*, vol. 35, 1960, pp. 878 y 869-870, citado por: Santiago Sánchez González, profesor de Derecho Constitucional en “La imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”.

Y el peligro se encuentra no solo en tiempos de crisis sino cuando en un juicio en el que dos derechos se encuentran en pugna una de las partes que interviene es el Estado. El otro asunto es preguntarnos si el Estado es o no titular de derechos y si lo es ¿respecto a qué derechos puede ser titular? O ¿qué derechos precautela con su actuación?. Si la tutela judicial efectiva ha sido menoscabada resulta claro que el Estado está legitimado y es titular de ese derecho, pero si como en este caso se encuentran derechos en conflicto dentro de un proceso de expropiación, no existe derecho tutelado a favor del Estado, lo que existe es una acción estatal orientada a la supuesta satisfacción de derechos de la población sacrificando los derechos de otros.

Para la Corte Constitucional el interés público siempre se impondrá. Bajo la línea argumental de la Corte siempre va a prevalecer. Una de las conclusiones de la sentencia interpretativa y la decisión final de la Corte Constitucional lo confirman: *“prioriza el interés general que representa a toda la nación, respecto del interés particular o comunal como en la especie así sucede; tanto es así, que el Eco. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República mediante Decreto N.º 1691, del 29 de abril del 2009, declaró de interés nacional los proyectos hidrocarburíferos específicos de gran magnitud sobre prospección, exploración y explotación de petróleo y de gas natural, que se encuentran ubicados en el Golfo de Guayaquil, Isla Puná y la Península de Santa Elena, así como la construcción del complejo refinador de la Provincia de Manabí y el centro de almacenamiento de gas licuado de petróleo de Monteverde, Provincia de Santa Elena”*.

Bajo ese criterio, la decisión de la Corte Constitucional en la parte declarativa prioriza el interés general respecto al interés comunal en consideración a lo dispuesto en los artículos 313, 321 y 323 de la Constitución de la República del Ecuador y en la parte dispositiva la Corte llamó al Registrador de la Propiedad del Cantón Santa Elena a registrar inmediatamente la declaratoria de utilidad pública de las tierras pertenecientes a la Comuna Monteverde, para destinarlas a la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP para la Zona Sur del país²³.

El reconocimiento de derechos que realiza la Corte Constitucional en este caso a favor de las comunidades no tiene ningún sentido práctico frente al valor prevaleciente que otorgó al interés general. En adelante, las sentencias de la Corte tendrán un alto grado de previsibilidad en casos en los que el Estado pretenda hacer valer su facultad expropiatoria para emprender proyectos extractivos de recursos naturales.

El desarrollo humano que tanto privilegia el Plan Nacional de Desarrollo ha sido desplazado por una agenda política en el que el crecimiento económico sigue teniendo valor prevaleciente frente a derechos de una comunidad. El Estado limita derechos de un grupo para proteger los de la mayoría pero solo de manera aparente, pues la justa redistribución de la riqueza generada gracias a estos proyectos no es precisamente la regla en el país.

23 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 16.

Es clara la importancia que se continúa asignando a las actividades extractivas de recursos naturales, anulando el valor de los derechos de las comunidades cuya relación con sus tierras responde a una visión distinta a la nuestra.

Sin entrar a hacer valoraciones de fondo en torno al caso en análisis, llama la atención el garantismo retórico imperante en el “neoconstitucionalismo” en el que los derechos se reconocen de la manera más progresista en la Constitución pero se restringen en la ley y la jurisprudencia.

Si el Juez Constitucional ya no es “*boca muda de la ley*” y ahora bajo estos conceptos plasmados en la sentencia interpretativa analizada es “*cerebro de la ley*”, me declaro antineoconstitucionalista y partidario de “mínimos” normativos coherentes, realizables y sensatos, antes que sumarme a una corriente de soportes doctrinarios llenos de utopías y “máximos” de papel.

Inconstitucionalidad del recargo tributario en España

Javier Bustos A.

Resumen: Ha señalado el Tribunal Constitucional español que por la aplicación directa del recargo sobre la base de normas administrativas, cuando en su esencia se trataba de una sanción, implica la violación de una serie de derechos constitucionales

Aproximación al régimen tributario ecuatoriano

La figura del “recargo tributario” fue incorporado en nuestro Código Tributario por el Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007. Así el artículo 90 del Código Tributario vigente, dice textualmente:

“Art. 90.- Determinación por el sujeto activo.- El sujeto activo establecerá la obligación tributaria, en todos los casos en que ejerza su potestad determinadora, conforme al artículo 68 de este Código, directa o presuntivamente.

La obligación tributaria así determinada causará un recargo del 20% sobre el principal.”

Naturaleza jurídica del recargo

En nuestra legislación se incorpora el recargo como una *nueva categoría* adicional al tributo y distinta de los intereses y la multa. Recargo que consiste en el aumento de la obligación tributaria como consecuencia de la aplicación de un porcentaje sobre la obligación.

Ello denota su carácter de accesorio ya que el mismo aplica en la medida que existe una obligación determinada por el sujeto activo.

Sin embargo en su esencia nos encontramos frente a un recargo que de su naturaleza aparece como sancionatorio. Ello en razón de que el mismo aplica cuando el sujeto pasivo ha omitido en todo o en parte haber declarado y pagado la obligación tributaria debida (acto culposo), y por una actuación de la Administración Tributaria se llega a determinar el valor que debiendo declararse y pagarse al Fisco no se lo ha hecho.

Tampoco podemos obviar que por el porcentaje adicional que aplica el recargo (20%) rebasa una naturaleza resarcitoria, si consideramos que el perjuicio al Estado se valora a través de intereses moratorios del 1,5 la tasa activa fijada por el Banco Central del Ecuador¹.

De tal forma que si tomamos la tarifa original del IVA del 12% con la aplicación del recargo, la tarifa efectiva² real es del 14,4% y en el Impuesto a la Renta de sociedades con una tarifa original del 25% por efecto del recargo la tarifa efectiva pasa a ser del 30%.

La primera inquietud que se presenta en esta parte y que se pretende aclarar con el análisis de la **Sentencia 276/2000, de 16 de noviembre de 2000 emitida por el Tribunal Constitucional de España**³; es justamente determinar si no nos encontramos ante una violación de la Constitución de la República del Ecuador; en caso de que la aplicación del recargo se estuviera aplicando una doble sanción (multa y recargo) por una misma infracción (falta de declaración del tributo); tal como se determina en el artículo 76 en el numeral séptimo, literal i) que consagra:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”

Y, adicionalmente si tratándose de una sanción se cumple con el procedimiento para la imposición de sanciones establecido en el Libro Cuarto del Código Tributario que trata del *Ilícito Tributario*; en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 76 citado, que determina como una garantía del debido proceso:

“a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”

Finalmente, si se llegare a determinar que el recargo, formalmente calificado así por el Asambleísta, es en su esencia una sanción, la misma aplicaría para las obligaciones tributarias cuya declaración y pago debía efectuarse al día siguiente de la publicación de la reforma en el Registro Oficial, esto es cuyo vencimiento si dio a partir del 30 de diciembre de 2007.

Mas no aplicaría el recargo para las determinaciones realizadas sobre tributos cuya declaración y pago parcial u omisión total de pago era exigible con anterioridad al 30 de diciembre de 2007. Ello en aplicación de lo dispuesto por el artículo 76, numeral tercero de la Constitución de la República del Ecuador:

1 Artículo 21 del Código Tributario

2 Con motivo de la determinación por el sujeto activo

3 Boletín Oficial del Estado de España. Jueves 14 diciembre 2000 BOE núm. 299. Suplemento.

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. **Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza**; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.” Lo resaltado me pertenece.

Ámbito de aplicación del recargo

Por el sujeto

Al haberse incluido el recargo en el Código Tributario, el mismo es aplicable en las determinaciones efectuadas para la recaudación de tributos nacionales internos administrados en el Ecuador por el Servicio de Rentas Internas y todas las instituciones públicas que cobran, por la prestación de servicios, “tasas”; en tributos al comercio exterior por la Corporación Aduanera Ecuatoriana; en tributos municipales por los Municipios; en tributos provinciales por los Gobiernos de la Provincia y también a las Administraciones Tributarias de Excepción (Art. 66 C.T.) en donde tenemos por ejemplo a la Dirección del Parque Nacional Galápagos como sujeto activo por el “tributo al ingreso de turistas al Parque Nacional Galápagos”. Art. 17 de la Ley Especial para la Provincia de Galápagos.

Por su objeto

Al haberse incluido el recargo en el Código Tributario aplica a los tributos; categoría que comprende a: Impuestos, Tasas y Contribuciones Especiales de Mejoras. Así el artículo del Código Tributario dice:

“Art. 1.- *Ámbito de aplicación.*- Los preceptos de este Código regulan las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos y los contribuyentes o responsables de aquellos. Se aplicarán a todos los tributos: nacionales, provinciales, municipales o locales o de otros entes acreedores de los mismos, así como a las situaciones que se deriven o se relacionen con ellos.

Para estos efectos, entiéndase por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora.” Lo resaltado me pertenece.

Con lo cual observamos que el ámbito de aplicación no se limita a los impuestos, solamente, sino también a tasas y contribuciones especiales o de mejora.

Hecho generador del recargo

Recordemos que la figura del recargo se agregó como segundo inciso del artículo 90 del Código Tributario que trata de la “Determinación por el sujeto activo”. Bajo esta premisa la condición esencial para que aplique el recargo es que el tributo (impuesto, tasa o contribución especial) haya sido determinado por el sujeto activo.

Para continuar con el análisis recordemos cual es el concepto de determinación, que consta en el artículo 68 del Código Tributario, como una facultad de la Administración y que refiere a: "...acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo."

Esta es una primera etapa de la determinación, es decir, cuando por disposición legal le corresponde al **sujeto activo** determinar el impuesto que debe pagar el contribuyente, correspondiendo al ente público o recaudador, establecer la existencia de hecho generador, sujeto obligado al pago, la base imponible sobre la que aplica la tarifa y el valor a pagar. En breve analizamos como opera el recargo en estos casos.

Y una segunda etapa en la que la determinación primigenia es realizada por el sujeto pasivo a través de la correspondiente declaración, la cual goza de las características de *definitiva* y *vinculante*, y sobre la cual el sujeto activo tiene facultad de revisar y realizar las comprobaciones que acrediten el pago del tributo en su justa medida.

Esta segunda forma de determinación del impuesto por el sujeto activo se encuentra expresamente prevista en el segundo inciso del artículo 68 del Código Tributario cuando indica: "El ejercicio de esta facultad comprende: **la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables**; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación." (El subrayado me pertenece).

Lo que es hasta cierto punto comprensible, es la existencia del recargo como un medio resarcitorio –al final analizaremos si es propiamente resarcimiento- por la segunda etapa esto es, la aplicación del recargo del 20% cuando ello obedece a acciones de verificación y comprobación que demandan una actividad y una disposición de recursos del Estado para llevar a cabo dicho control.

Lo que no se alcanza a comprender, y de lo que no hay antecedente en la legislación comparada, es la aplicación del recargo cuando por mandato de la Ley, es al sujeto activo a quien corresponde establecer el tributo. Y que por ello el contribuyente deba liquidar un adicional del 20% por concepto de recargo.

Por ejemplo, el Impuesto Predial Urbano, de acuerdo con la Ley, son los Municipios –no los propietarios de los inmuebles- los que deben determinar el impuesto a pagar⁴, es decir el Municipio actúa en ejercicio de su facultad determinadora. Y en cumplimiento al artículo 90 del Código Tributario por esta circunstancia debería aplicar el recargo del 20%.

De tal forma que una "Orden de Cobro" para la recaudación del Impuesto Predial por \$100 dólares debería emitirse así:

Impuesto predial
Recargo

\$100
\$20

⁴ Ley Orgánica de Régimen Municipal

"Art. 328.- Las municipalidades, con base a todas las modificaciones operadas en los catastros hasta el 31 de diciembre de cada año, determinarán el impuesto para su cobro a partir del 1 de enero en el año siguiente."

Total a pagar	\$120
----------------------	--------------

Lo que significaría que con la incorporación del recargo, en la práctica es que los tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales) –cuya determinación la realiza el sujeto activo- se han incrementado su tarifa en un 20%. Tenemos como ejemplo de tributos de determinación por el sujeto activo: Impuesto Predial Urbano, Impuesto adicional del 2 por mil por solares no edificadas, Impuesto a los Predios Rurales, Impuesto de Alcabala, Impuesto de Plusvalía en la compraventa de inmuebles, Impuesto a la Propiedad de los Vehículos, Impuesto a los Espectáculos Públicos, Impuesto al Juego, Impuesto adicional al Cuerpo de Bomberos, Impuesto a las Tierras Rurales, este último cuya determinación corresponde al SRI, entre otros.

El asunto es aún más incomprensible cuando hacemos un análisis de las “TASAS”; a las que el tratadista VILLEGAS define como: “*Las tasas son prestaciones tributarias exigidas por la prestación de un servicio público*”; en este caso, por su naturaleza, le corresponde al sujeto activo que presta el servicio realizar la determinación del tributo; y en consecuencia en los términos del artículo 90 del Código Tributario debería incrementarse la tasa en un 20%. Disposición que aplicaría a los servicios públicos de agua potable, telefonía, alcantarillado, energía eléctrica, aseo de calles, recolección de basura; así como en las tasas establecidas por la Ley a favor de instituciones públicas por el otorgamiento de permisos, licencias, autorizaciones, emisión de certificados, servicios aeroportuarios; y por servicios en general.

Igual situación aplicaría en las Contribuciones Especiales que son determinadas por los Municipios en todos los casos.

Análisis de la Sentencia 276/2000, de 16 de noviembre de 2000 y aproximación al recargo en el Ecuador.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional Español decidió que el recargo previsto en la Ley Tributaria Española del 50% -con exclusión de los intereses de demoras- es inconstitucional y nulo. Bajo las siguientes reflexiones:

Lo que consta en recuadro es cita de la Sentencia 276/2000.

- A. Exclusión formal del recargo del régimen sancionador
- B. *A este respecto, tal y como hicimos en la citada STC 164/1995, hay que dejar constancia antes que nada, con el Abogado del Estado, de la clara voluntad del legislador de excluir el recargo que contemplamos del ámbito de las sanciones. **En efecto, el legislador, no sólo no califica formalmente a dicho recargo como sanción, ni prevé expresamente para su imposición el procedimiento sancionador** que recogen los arts. 77 y ss. L.G.T. y su norma de desarrollo (en la actualidad, el Real Decreto 1930/1998), sino que, cuando el art. 61.2 L.G.T. señala que los «ingresos correspondientes a declaraciones liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo» darán lugar al recargo único del 50 por 100, establece expresamente en estos casos la «exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles», **con lo que claramente está descartando en estos casos la aplicación del ius puniendi del Estado.**⁵*

Tal como hizo el legislador español de no calificar al recargo como una sanción, el asambleísta ecuatoriano denomina al 20% que aplica sobre la obligación principal como recargo; diferenciándolo de la sanción al no incluir el mismo en la enumeración taxativa de sanciones prevista en el artículo 323 del Código Tributario, como podemos observar:

“Art. 323.- Penas aplicables.- Son aplicables a las infracciones, según el caso, las penas siguientes:

- a) Multa;*
- b) Clausura del establecimiento o negocio;*
- c) Suspensión de actividades;*
- d) Decomiso;*
- e) Incautación definitiva;*
- f) Suspensión o cancelación de inscripciones en los registros públicos;*
- g) Suspensión o cancelación de patentes y autorizaciones;*
- h) Suspensión o destitución del desempeño de cargos públicos;*
- i) Prisión; y,*
- j) Reclusión Menor Ordinaria*

Estas penas se aplicarán sin perjuicio del cobro de los correspondientes tributos y de los intereses de mora que correspondan desde la fecha que se causaron.

Estos tributos e intereses se cobrarán de conformidad con los procedimientos que establecen los libros anteriores.”

Por lo que en este punto podemos indicar que en ambas legislaciones el tratamiento es similar.

C. Recargo fundamentado sobre un ilícito tributario

- D. *En efecto, es claro, en primer lugar, que **el recargo del 50 por 100 establecido en el art. 61.2 L.G.T. se aplica a quienes han realizado una conducta en principio tipificada como ilícito tributario en el ordenamiento positivo**, concretamente, en el art. 79 a) L.G.T., en virtud del cual, constituye infracción grave dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria. Es decir, tal y como sucede con las sanciones (SSTC 119/1991, de 3 de junio, F.J. 3; y 61/1990, de 29 de marzo, F.J. 5) el recargo cuestionado se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma ⁶*

En esta parte si existe una diferencia con el régimen español, toda vez que el recargo en Ecuador no se fundamenta en un ilícito tributario; ello en razón de que el pago de la obligación tributaria, fuera de los plazos previstos en el Reglamento, no constituye infracción tributaria –excepto cuando proviene de un acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño; donde estamos frente a un delito de defraudación-. Recordemos que lo que contempla nuestro régimen punitivo en el artículo 100 de la Ley de Régimen Tributario es una sanción por **falta de**

declaración⁷ solamente; sin embargo, para quien habiendo presentado su declaración sin valor a pagar o con pago en parte, y luego paga la totalidad del impuesto no aplica sanción alguna; situación que es diferente en España.

Por lo que es importante determinar si en este punto lo que hizo el asambleísta con la aplicación de un gravamen adicional del 20% sobre el principal -cuando la obligación es determinada por el sujeto activo no es sino la creación de una verdadera sanción- que antes no existía, y que se encubre formalmente bajo la figura del “recargo”.

Tal como aplica el recargo actualmente de forma “automática” a la determinación de la obligación se estaría inobservando el procedimiento determinado para la sanción de contravenciones previsto en el artículo 363 del Código Tributario que dice:

*“Art. 363.- Siempre que el funcionario competente para imponer sanciones descubriere la comisión de una contravención o falta reglamentaria, o tuviere conocimiento de ellas por denuncia o en cualquier otra forma, tomará las medidas que fueren del caso para su comprobación, y **mediante un procedimiento sumario con notificación previa al presunto infractor, concediéndole el término de cinco días para que ejerza su defensa y practique todas las pruebas de descargo** pertinentes a la infracción. Concluido el término probatorio y sin más trámite, dictará resolución en la que impondrá la sanción que corresponda o la absolución en su caso.”*(Lo subrayado me pertenece)

Adicionalmente, si concluimos que existe una sanción *de facto* denominada formalmente como recargo; por su forma de aplicación estaría violando los derechos constitucionales:

- Presunción de inocencia de toda persona.
- Prohibición de ser juzgado o sancionado por un acto u omisión (pago extemporáneo previa verificación del sujeto activo), que a la declaración de la obligación no estaba tipificada como infracción penal ni administrativa.
- En caso de conflicto de leyes de la que estaba vigente al cometimiento de

⁷ Art. 100.- Cobro de multas.- Los sujetos pasivos que, dentro de los plazos establecidos en el reglamento, no presenten las declaraciones tributarias a que están obligados, serán sancionados sin necesidad de resolución administrativa con una multa equivalente al 3% por cada mes o fracción de mes de retraso en la presentación de la declaración, la cual se calculará sobre el impuesto causado según la respectiva declaración, multa que no excederá del 100% de dicho impuesto.

Para el caso de la declaración del impuesto al valor agregado, la multa se calculará sobre el valor a pagar después de deducir el valor del crédito tributario de que trata la ley, y no sobre el impuesto causado por las ventas, antes de la deducción citada.

Cuando en la declaración no se determine Impuesto al Valor Agregado o Impuesto a la renta a cargo del sujeto pasivo, la sanción por cada mes o fracción de mes de retraso será equivalente al 0.1% de las ventas o de los ingresos brutos percibidos por el declarante en el período al cual se refiere la declaración, sin exceder el 5% de dichas ventas o ingresos. Estas sanciones serán determinadas, liquidadas y pagadas por el declarante, sin necesidad de resolución administrativa previa.

Si el sujeto pasivo no cumpliere con su obligación de determinar, liquidar y pagar las multas en referencia, el Servicio de Rentas Internas las cobrará aumentadas en un 20%.

Las sanciones antes establecidas se aplicarán sin perjuicio de los intereses que origine el incumplimiento y, en caso de concurrencia de infracciones, se aplicarán las sanciones que procedan según lo previsto por el Libro Cuarto del Código Tributario.

Para el cómputo de esta multa no se tomarán en cuenta limitaciones establecidas en otras normas.

la infracción en la que no existía el recargo del 20% frente a la vigente que incorpora la figura del recargo debe aplicarse la menos rigurosa en el sentido más favorable a la persona infractora.

E. Falta de proporcionalidad en el recargo

La Ley General Tributaria de España en el artículo 28 mantiene la figura del recargo aplicando el principio proporcionalidad; por el cual se establece:

1. Recargo ejecutivo del 5%, sin aplicación de intereses sobre la obligación tributaria, cuando se satisface la totalidad de la deuda antes de la providencia de apremio.
2. Recargo de apremio reducido del 10%, sin aplicación de intereses sobre la obligación tributaria, cuando el contribuyente ha sido notificado con el apremio.
3. Recargo de apremio ordinario del 20%, más intereses, por cualquier otra circunstancia.

Al incluir el recargo tributario en la legislación ecuatoriana no se consideró el mandato constitucional previsto en el artículo 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador que sobre la “proporcionalidad” determina:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

*6. La ley establecerá la debida **proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones** penales, administrativas o de otra naturaleza.”*

Dicha omisión ocasiona el siguiente trato inequitativo:

Dos contribuyentes (A) y (B) cada uno debía pagar en enero de 2007 la cantidad de \$5000 dólares y no lo hacen. Al sujeto (A) el SRI le determina al mes siguiente y le emite Orden de Pago por \$5000 dólares de impuesto y \$1000 de recargo (20%).

El sujeto (B) ante esta situación se arriesga y confiado en su fortuna cree que el SRI no le realizará una Auditoría; para su desgracia en enero de 2010 (tres años después) el SRI le emite una Orden Pago por \$5000 dólares del impuesto y los mismos \$1000 dólares del recargo.

En conclusión, a quien el SRI le determina a días o meses de la fecha de exigibilidad, paga lo mismo por concepto de recargo que a quien le llega a determinar años después.

Esta circunstancia fue considerada por el Tribunal Constitucional en el análisis de inconstitucionalidad del recargo del 50% ya que el recargo conceptualmente y en la forma estructurada no favorece en buena magnitud al “pago voluntario” de obligaciones; tal como consta de la cita de las palabras del Fiscal General del Estado español:

*La única diferencia que puede apreciarse es que el recargo tiene un componente indemnizatorio del que la sanción carece; diferencia, no obstante, que no tiene magnitud bastante como para favorecer el pago voluntario dado que, como señala el Fiscal General del Estado, «**el único beneficio que recibe el contribuyente moroso que ingresa voluntariamente su deuda es el ahorro del interés de demora, mientras que si elude el pago pierde la atenuante, pero tiene la posibilidad de que la Administración tributaria no perciba su omisión**»⁸*

Aplicado este análisis a la figura del recargo en el Ecuador significaría que un contribuyente que tiene que pagar intereses y multas por una declaración tardía, de no hacerlo pierde la atenuante de que no le aplique el recargo. Pero en todo caso tiene la posibilidad de que la Administración tributaria no perciba la omisión, y librarse del pago de la obligación, intereses, multas y recargo.

F. El recargo y la afectación negativa al patrimonio

Sobre esta parte el Tribunal Constitucional llega a la siguiente conclusión:

*En segundo lugar, también resulta palmario que la medida que enjuicamos, en tanto que consiste en la imposición del pago de una cantidad -un 50 por 100 de la deuda tributaria dejada de ingresar en plazo-, **incide negativamente sobre el patrimonio de los obligados a satisfacerlas, esto es, queda claro que, del mismo modo que las sanciones, dicha medida se traduce en la restricción de un derecho.***

⁹El recargo, que en el Ecuador es del 20%, por su nivel porcentual podemos afirmar que incide negativamente en el patrimonio de los contribuyentes, ya que es alto; sin olvidar que el obligado debe satisfacer además intereses y multas. Por lo que el contribuyente, como desarrollaremos más adelante, satisface una tasa efectiva de hasta el 60% sobre el principal.

Por lo que antes que aparecer el recargo como una figura jurídica independiente del tributo, el interés y la multa. Tiene más elementos comunes con sanciones que constan en la Ley de Régimen Tributario Interno; así por ejemplo:

1. *“h) De no cumplir el declarante con su obligación de determinar el valor del anticipo al presentar su declaración de impuesto a la renta, el **Servicio de Rentas Internas procederá a determinarlo y a emitir el correspondiente auto de pago para su cobro, el cual incluirá los intereses y multas, que de conformidad con las normas aplicables, cause por el incumplimiento y un recargo del 20% del valor del anticipo.**” Art. 41 (La negrilla me pertenece)*
1. *Art. 100.- Cobro de multas.- Los sujetos pasivos que, dentro de los plazos establecidos en el reglamento, no presenten las declaraciones tributarias a que están obligados, serán sancionados sin necesidad de resolución administrativa con una multa equivalente al 3% por cada mes o fracción de mes de retraso en la presentación de la declaración, la cual se calculará sobre el impuesto causado según la respectiva declaración, multa que no excederá del 100% de dicho impuesto.*

(...)

Si el sujeto pasivo no cumpliere con su obligación de determinar, liquidar y

8 Ibidem

9 Ibidem

pagar las multas en referencia, el Servicio de Rentas Internas las cobrará aumentadas en un 20%.

F. La represión como elemento intrínseco de la sanción presente en el recargo del 50%

Lo importante en este caso es determinar si el recargo tiene carácter represivo a efectos de que pueda ser considerado como una sanción. Dentro del análisis, y remitiéndose a una sentencia anterior el Tribunal consideró, por ejemplo, que el recargo del 10% no tiene un fin represivo, no así el recargo del 50%. A continuación los fundamentos:

*Y es que, como hemos venido manteniendo, el carácter sancionador de un acto de las características del que enjuicamos depende, además, de la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse (SSTC 239/1988, F.J. 3; 164/1995, F.J. 4; ATC 323/1996, F.J. 2); en concreto, si halláramos en el instituto de referencia la presencia de la **«finalidad represiva, retributiva o de castigo» que hemos venido destacando como específica de las sanciones** (SSTC 239/1988, F.J. 2; 164/1995, F.J. 4), **habrá que concluir que el recargo tiene sentido sancionador**; si, por el contrario, la medida desfavorable careciese de tal función represiva no estaríamos en el ámbito punitivo y, por ende, habría que descartar la aplicación de los arts. 24.2 y 25 C.E. Éste es, invariablemente, el criterio que ha venido siguiendo este Tribunal en los casos en los que ha tenido que pronunciarse sobre si un determinado acto tenía o no sentido sancionador. Así, **en relación a los recargos del 10 por 100, este Tribunal llegó a la conclusión de que los mismos carecían de carácter sancionador al no ser su función represiva (esto es, al no estar diseñados como castigos del ilícito cometido); sino que, además de justificarse -al menos en parte- como resarcimiento inmediato, cumplían una función «coercitiva, disuasoria o de estímulo» semejante a la de las medidas coercitivas respecto al pago de la deuda tributaria**, excluyendo, por otra parte, la aplicación de más severas medidas sancionadoras. Efectivamente, según se afirma en la STC 164/1995 -a cuya doctrina se remiten las SSTC 171/1995, de 21 de noviembre, 198/1995, de 21 de diciembre, 44/1996, de 13 de marzo, y 141/1996, de 16 de septiembre-, la funcionalidad del recargo del 10 por 100 «no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión para el incumplimiento» (FI 5); y, aplicando esta misma doctrina, los citados AATC 57/1998 y 237/1998, consideraron notoriamente infundadas las cuestiones por las que se planteaba la inconstitucionalidad del recargo del 10 por 100 en la regulación que de este precepto estableció la Ley 18/1991 y acordaron su inadmisión por este motivo ¹⁰*

Sobre este punto, el Tribunal aclara que un recargo del 10% por su tarifa y además de que su aplicación excluía la imposición de multas e intereses –estaban valorados e incluidos en el 10% de recargo-; bajo estas condiciones no era una sanción sino que cumplía una función **coercitiva, disuasoria o de estímulo**. No así el recargo del 50% que por su tarifa, y aún cuando excluía la aplicación de intereses, el mismo se transformaba y su finalidad pasaba a ser de **represión, retribución o castigo**.

Y justamente la discusión abierta es a determinar si el recargo del 20% previsto en la legislación ecuatoriana –en su particular diseño- pasa a ser de **coercitiva, disuasoria o de estímulo** o antes por el contrario de **represión, retribución o castigo**.

Ahora bien, y con el propósito de abundar en este análisis, resulta importante la aclaración hecha por el Tribunal, de que si bien las sanciones pueden tener un fin disuasorio, no todas las medidas disuasivas son una sanción. Así reflexiona:

*Sin embargo, como hemos reconocido en otras ocasiones, una «**cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción**» (STC 164/1995, F.J. 4). De ahí que este Tribunal haya negado carácter sancionador a determinadas medidas que, aunque tenían una función disuasoria, no cumplían al mismo tiempo una función de castigo.¹¹*

Un ejemplo de aquello es por ejemplo el Impuesto a la Salida de Divisas, creado para disuadir de realizar operaciones y transacciones con el exterior cuando pueden adquirirse bienes o servicios en el mercado interno; aunque ello no siempre sea posible (p.ej: importación de bienes tecnológicos que no se desarrollan en el país); o el Impuesto a los Consumos Especiales para desestimular el consumo de bienes perjudiciales a la salud (cigarrillos 150%, cerveza 30% o productos alcohólicos 40% -a los que hay que añadir el 12% de IVA).

Como vemos los tributos muchas veces son instrumentos disuasivos sin ser sanciones propiamente.

En un interesante análisis, el Tribunal profundiza sobre la diferencia entre tributo y sanción, a lo cual realiza el siguiente análisis:

*Es verdad que, como hemos afirmado en ocasiones, el legislador puede establecer tributos con una función no predominantemente recaudatoria o redistributiva, esto es, configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones básicamente extrafiscales (STC 37/1987, de 26 de marzo, F.J. 13; STC 197/1992, de 19 de noviembre, F.J. 6); pero, en todo caso, es evidente que dicha finalidad contributiva debe necesariamente estar presente y que deben respetarse, entre otros, el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 C.E. o, lo que es igual, **el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza** [STC 37/1987, de 26 de marzo, F.J. 13; STC 186/1993, de 7 de junio, F.J. 4 a)]. **Esto es, precisamente, lo que distingue a los tributos de las sanciones** que, aunque cuando tienen carácter pecuniario contribuyen, como el resto de los ingresos públicos, a engrosar las arcas del erario público, ni tienen como función básica o secundaria el sostenimiento de los gastos públicos o la satisfacción de necesidades colectivas (la utilización de las sanciones pecuniarias para financiar gastos públicos es un resultado, no un fin) ni, por ende, se establecen como consecuencia de la existencia de una circunstancia reveladora de riqueza, sino única y exclusivamente para castigar a quienes cometen un ilícito.¹²*

11 Ibidem

12 Ibidem

De este análisis podemos concluir que el recargo no es un tributo, toda vez que su exigibilidad no tiene realización con un hecho económico que evidencie manifestación de riqueza. Si se quiere el “hecho generador” es la actuación de la Administración para determinar el tributo.

G. Conclusión: El recargo del 50% constituye una verdadera sanción

Concluye el Tribunal:

De manera que, no existiendo una diferencia importante entre la cuantía de este recargo y la de las sanciones debemos llegar a la conclusión de que este recargo cumple, además de las ya indicadas, la misma función de castigo que es propia de los actos sancionadores.

Sobre la base del análisis hecho por el Tribunal Constitucional de España, acoplado al recargo previsto en nuestro Código Tributario podríamos señalar: Al no haber existido hasta diciembre de 2007¹³ –fecha de promulgación de la Ley que incorpora a nuestro régimen el recargo en el Código Tributario- deberíamos concluir que a partir de la reforma lo que se hizo fue crear una verdadera sanción para quienes luego de una verificación del sujeto activo, no hubieren ingresado oportunamente la obligación tributaria, bajo la denominación formal de “recargo” cuya función es el castigo que es propia de los actos sancionadores.

A continuación el Tribunal hace el siguiente análisis para determinar que el *nomen iuris* de recargo por su esencia es una sanción:

*Así es, ya advertíamos en el F.J. 4 de la STC 164/1995, que si «pese al nomen iuris utilizado por el legislador **la cuantía del recargo alcanzase o se aproximase al importe de las sanciones, podría concluirse que se trataba de una sanción»; y, «en sentido opuesto», que «la imposición del pago de una suma de dinero cuya cuantía se aleja muy destacadamente, y por debajo, de las multas, no tiene una finalidad represiva»** (F.J. 4); y, en el mismo sentido, en el F.J. 5 de la misma Sentencia señalábamos que la función de los recargos por ingresos extemporáneos sin requerimiento previo «no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas)». Criterio este que también fue uno de los que tuvo en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a efectos de reconocer que a determinados recargos debían resultarles de aplicación las garantías que se deducen del art. 6 del Convenio (STEDH Bendenoun c. Francia, de 24 de febrero de 1994)¹⁴*

H. El recargo como sanción viola el principio *lex previa et certa*

Señala el Tribunal sobre este punto:

*Ciertamente, al encubrir con la calificación de recargo una medida materialmente sancionadora el legislador ha procedido de un modo que puede incidir negativamente sobre los derechos de los afectados; pero que no implica por sí solo la vulneración del art. 25.1 CE desde la perspectiva de la exigencia de *lex previa et certa*, que es la que se plantea en las cuestiones de inconstitucionalidad que son objeto de nuestro enjuiciamiento.¹⁵*

13 LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA DEL ECUADOR, Decreto Legislativo # 0, Registro Oficial Suplemento # 242 del 29-12-2007

14 Ibidem

15 Ibidem

El Tribunal deja entrever que existiría una violación de la *lex previa et certa* en caso de que llegara a aplicarse el recargo sobre tributos liquidados y pagados a una fecha que en cuya omisión no estaba previsto recargo alguno (antes de diciembre de 2007). Por lo que su aplicación debiera restringirse a las determinaciones sobre obligaciones tributarias exigibles a partir de la promulgación de la Ley.

En la práctica la Administración Tributaria ha venido aplicando el recargo para todas las auditorías iniciadas a partir de la promulgación de la Ley, aún cuando correspondía a tributos que a la fecha de declaración y pago no aplicaba recargo. Por lo que queda la duda de si su aplicación se estaría violando la *lex previa et certa*, más aún cuando nuestra Constitución de la República del Ecuador, expresamente lo prohíbe:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

- 2. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”** (Lo subrayado me pertenece).

- I. Violación de derechos constitucionales por la aplicación directa del recargo prescindiendo del procedimiento sancionador

Señala el Tribunal Constitucional que por la aplicación directa del recargo sobre la base de normas administrativas, cuando en su esencia se trataba de una sanción, implica la violación de una serie de derechos constitucionales que se detallan a continuación:

(...) al referirse a la misma como «recargo» y expresar que la aplicación del mismo excluye «las sanciones que pudieran ser exigibles», dirige derechamente a los ciudadanos afectados, a la Administración actuante y a los órganos judiciales hacia las normas que regulan la liquidación de los tributos, en lugar de, como resultara constitucionalmente preceptivo, a la aplicación de los principios y garantías que para el ámbito sancionador (también, insistimos, para el administrativo sancionador) derivan de los arts. 24.2 y 25.1 C.E. Garantías entre las que, sin ánimo de exhaustividad, la STC 81/2000, de 27 de marzo, F.J. 2 a), ha identificado **«el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o, en fin, el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos** [por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, F.J. 6; 14/1999, de 22 de febrero, F.J. 3 a)]».¹⁶

Tal como se incorporó la reforma a nuestro Código Tributario y por su procedimiento particular de aplicación, podríamos indicar que estos mismos derechos detallados en la sentencia están siendo actualmente inobservados.

J. El recargo y sus consecuencias punitivas

El procedimiento para establecer si el recargo conlleva consecuencias “punitivas” ha sido analizado por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

En suma, la previsión de un recargo del 50 por 100, con exclusión del interés de demora, establecida por el art. 61.2 L.G.T., en aquellos casos en los que los contribuyentes ingresen la deuda tributaria fuera de plazo, tiene consecuencias punitivas que, al aplicarse sin posibilidad de que el afectado alegue lo que a su defensa considere conveniente y al obviar la declaración de culpabilidad en un procedimiento sancionador, que la imposición de toda sanción exige, conduce derechamente a la declaración de inconstitucionalidad del mandato normativo impugnado por vulneración del art. 24.2 C.E., con los efectos previstos en el inciso final del art. 40.1 LOTC.¹⁷

Como corolario de lo analizado en este punto, se debe establecer si el recargo en el Ecuador tiene o no un carácter punitivo que lo califique por su esencia como una verdadera sanción, lo cual paso a demostrar con el siguiente ejemplo calculado sobre información real:

Un contribuyente llamado Juan Pérez no declaró ni pagó 1000 dólares de IVA en Abril de 2007. El valor a pagar en abril del 2010, luego de una verificación de la Administración de una deuda firme, será:

ORDEN DE PAGO	
IVA a pagar de abril 2007	\$1000
(capital)	
Intereses (41,438%)¹	\$414,38
Multa (100%)²	\$1000
Recargo (20%)	\$200
TOTAL A PAGAR	\$2614,38

¹ Calculados de acuerdo a la tabla de intereses de mora para obligaciones tributarias, “equivalente a 1.5 veces la tasa activa referencial para noventa días establecida por el Banco Central del Ecuador” Art. 21 del Código Tributario

² De acuerdo al artículo 100 de la LRTI la falta de declaración aplica una multa del 3% mensual sobre el impuesto causado, la que no excederá del 100% de dicho impuesto.

El ejemplo nos demuestra que una persona a la que la Administración Tributaria verifica y determina una diferencia por impuesto, debe pagar un 160% adicional al tributo debido (sin valorar costos indirectos).

Ahora si tomamos únicamente los datos de intereses y recargo que en cualquier caso siempre deben pagarse, ya que la multa es por falta de declaración no de pago; cualquier contribuyente en el mejor de los casos debe pagar por una obligación de tres años atrás un 60% adicional (intereses y recargo) sobre la obligación principal. Lo que a nadie escapará que por su tarifa total (60%) la aplicación es claramente una sanción.

Sobre la ilicitud del objeto en el caso del artículo 1487 del Código civil

Comentario a la sentencia 322-2007 de 17 de octubre,
de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la
Corte Suprema de Justicia
(R.O. N° 624 de 1 de julio de 2009)

Resumen: Aparece de manifiesto que la sentencia de casación la 17 de octubre de 2007 de Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, incurrió en un severo error en el empleo de los precedentes jurisprudenciales y, más grave aún, en la aplicación de la ley.

Luis S. Parraguez Ruiz

I. Los hechos

I.1. La demandante LAMIFORMI CIA. LTDA contrató con la compañía MAERSK DEL ECUADOR C.A. el transporte de cuatro contenedores de 960 cajas de banano orgánico cada uno, con un total de 3.840 cajas de fruta, con valor unitario de \$ 11,50 y total de \$ 44.160,00, desde la ciudad de Guayaquil hasta la ciudad de Los Angeles, Estado de California, Estados Unidos de América, donde debían entregarse al consignatario Coast Citrus Distributors, DBA San Francisco Banana 1120 Pier F Long Beach, California USA 90802. Este contrato se justificó con los conocimientos de embarque MAEUGUQ 31854, MAEUGUQ 031996 y MAEUGUQ 0321116, de fechas 20 de septiembre, 27 de septiembre y 4 de octubre de 2002, respectivamente.

I.2. Transportada la carga en los buques Maersk La Guaira 0272, Maersk La Guaira 0274 Y Maersk La Guaira 0276, los contenedores fueron descargados en el Puerto Balboa de la República de Panamá para transbordar la mercadería, lo que se hizo en un tiempo prolongado, motivo por el cual el banano, un bien perecible, llegó en pésimas condiciones de comercialización y consumo a la ciudad de Los Angeles, por lo que, a juicio de la actora, se contravino el art. 205 del Código de Comercio.

I.3. Con estos antecedentes LAMIFORMI CIA. LTDA. demandó a MAERSK DEL ECUADOR C.A. en juicio verbal sumario, para el pago de US\$ 50.160,00, cantidad que resulta del valor de la mercadería deteriorada (US\$ 44.160,00) más 6,000 por gastos de inspecciones y transporte para botar la fruta; más intereses y costas procesales.

I.4. La demandada opuso, entre otras, la excepción de incompetencia, que es la que interesa para el presente comentario, fundada en la circunstancia de que en el conocimiento de embarque las partes se sometieron a la ley y jurisdicción inglesas.

II. Los fallos de instancia

II.1. Con fecha 19 de mayo de 2005 el Juez Vigésimo Cuarto de Guayaquil dictó sentencia en la que aceptó la demanda y condenó a la demandada MAERSK DEL ECUADOR C.A. al pago de los valores presentados en la demanda, más los intereses y las costas. En el Considerando SEGUNDO del fallo, el juez de la instancia hace constar que la traducción de los conocimientos de embarque no reúne el requisito de autenticación en la forma precisa exigida por los artículos 24 de la Ley de Modernización del Estado y 18.3 de la Ley Notarial. Sin embargo, es preciso observar desde ya que la motivación en este sentido queda incompleta porque el juzgador no deriva de su constatación una consecuencia clara, dejando en el plano especulativo la posibilidad de colegir que, por esa falta de autenticación, no se pronunció sobre la excepción de incompetencia.

II.2. Subida la causa por apelación de la demandada, a la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, esta dictó sentencia el 14 de diciembre de 2005, en la que confirmó el fallo de primera instancia. El Considerando PRIMERO *in fine* de la sentencia de alzada dejó sentado que por haberse celebrado entre las partes el contrato de adhesión de autos, en la ciudad de Guayaquil, son competentes los jueces ecuatorianos de acuerdo con lo establecido por el artículo 14 de la Constitución Política.

II.3. La demandada MAERSK DEL ECUADOR C.A. interpuso recurso de casación acusando a la sentencia de segunda instancia de infracción de los arts. 14, 23, numeral 27, y 24, numerales 10, 11 y 17 de la Constitución Política del Estado, 344, 346, ordinales 1ª, 2ª, y 3ª, y 349 del Código de Procedimiento Civil; 1505 del Código Civil; y 831 del Código de Comercio, y fundamentó el recurso en las causales 1ª y 2ª de casación.

III. La sentencia de casación

III.1. La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso de casación interpuesto, desestimando las distintas acusaciones en que se fundamentó.

III.2. Mención especial, por tratarse del tópico que interesa al presente Comentario, merece la segunda parte del CONSIDERANDO QUINTO del fallo en examen, en el que la Sala examinó la acusación de la casacionista de haberse infringido los arts. 344, 346 y 349 del Código de Procedimiento civil, porque, a su juicio, los juzgadores de instancia carecían de competencia desde que las partes se sometieron a la jurisdicción inglesa. El fallo de casación resume en los siguientes términos la pretensión de incompetencia planteada por la recurrente:

“La alegación de que por la cláusula 27 de los conocimientos de embarque las partes se han sometido a la jurisdicción extranjera para los efectos del transporte contratado, que de la traducción presentada al proceso se lee: “...este contrato estará regido por las leyes de los Estados Unidos y la Corte Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York tendrá jurisdicción exclusiva para conocer de todas las disputas que surjan bajo el presente Conocimiento de embarque, incluyendo cualquier disputa sobre el flete u otras sumas pagaderas al Transportista por el transporte a o desde los Estados Unidos. En cualquier otro caso, este Conocimiento de Embarque está sujeto a la legislación y jurisdicción inglesas.”

La Sala estimó que la estipulación transcrita “...es ineficaz y carece de valor por contravenir al Art. 1.478 (ex 1505) del Código Civil que dispone que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho Público Ecuatoriano”; e invocó en apoyo a su tesis las sentencias de 10.06.69 (GJS. XI, N° 8, p. 1064), 26.04.76 (GJS. XII, N° 11, p. 2253) y 13.09.76 (GJS. XII, N° 13, pp. 2905-2097). De esta última, reprodujo el siguiente pasaje: “...tal estipulación por referirse a la competencia de jurisdicción que está regulada por leyes adjetivas y tiene que ver con el poder de administrar justicia siendo por tanto de derecho público no puede surtir efecto alguno cualquier enuncia o acuerdo que atente contra tal competencia, como el que se menciona por contravenir al derecho público ecuatoriano.”

III.3. El fallo de casación da la razón a la sentencia atacada en cuanto afirma la competencia de los jueces ecuatorianos por haberse celebrado el contrato en la ciudad de Guayaquil y concluye que la naturaleza y alcance del artículo 1.478 (ex 1505) del Código Civil no ha cambiado por la circunstancia de que “...al publicarse la Ley de

Arbitraje y Mediación (R.O. 145 de 4 de septiembre de 1997) se haya derogado la frase final “Así la promesa de someterse en Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto...” que anteriormente contenía.” Con esos antecedentes y motivación, la Sala desestimó el recurso.

IV. La ilicitud del objeto como marco de la lesión al derecho público nacional prevista en el artículo 1478.

IV.1. El concepto de objeto contractual. No es fácil la tarea de precisar la noción de ilicitud del objeto contractual por la sencilla razón de que existe una reconocida dificultad de partida, en la propia definición de *objeto*, tema que al decir de DIEZ-PICAZO ha sido poco debatido y “es por demás oscuro y complejo. Obedece esta complejidad acaso al sentido de la palabra “objeto”, que no sólo es multívoca, sino que es, además, un concepto no jurídico aplicado a realidades y esquemas jurídicos.”¹

a) Al observar la disciplina un tanto errática que ha empleado nuestro Código civil en este capítulo, puede comprobarse que su primera aproximación a la idea de *objeto* apunta a una asimilación con la *cosa* materia del negocio jurídico, que es una de las explicaciones más elementales y populares de las que se han formulado por la doctrina. Así, los artículos 1476 y 1477 declaran que pueden ser objeto de una declaración de voluntad (léase *acto* o *negocio jurídico*), una o más *cosas*, presentes o futuras, que se trata de dar, hacer o no hacer. Comparto la opinión de DIEZ-PICAZO cuando imputa a esta visión el defecto de ser “la más simplista y la más carente de prejuicios conceptuales,”² pues si fuera correcta la articulación *objeto-cosa*, resultaría un verdadero despropósito del legislador hablar luego de objeto *ilícito* porque las cosas, consideradas en sí mismas, no pueden calificarse como lícitas o ilícitas.

b) Se ha dicho también, por otro sector de la doctrina, que el objeto del contrato es la *prestación* o conducta que se imponen las partes o una de ellas, de dar, hacer o no hacer algo. LASARTE expone esta tesis como la posición generalizada de la doctrina española.³ Parecería que el artículo 1476 de nuestro Código civil está a medio camino de esta tesis, porque a pesar de su inicial referencia a las *cosas*, las asocia de inmediato a la conducta *de dar, hacer o no hacer*, es decir, a la prestación. Esta nueva explicación doctrinaria, si bien representa un avance con respecto de la anterior, tampoco satisface, porque en rigor la prestación no es el objeto del contrato, sino *de*

1 Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Tomo I, 6ª edición. Ed. Thomson-Civitas, Pamplona 2007, p. 229. Su crítica se extiende al hecho de que las normas citadas hablan del uso o tenencia de una cosa como objeto, siendo que “el uso y la posesión no tienen ni pueden tener valor de objeto.” Comparto la crítica sólo en el sentido de que el uso y la tenencia no pueden ser objetos del negocio, sin perjuicio de que, en nuestro sistema civil, uno y otra son cosas y pueden ser objeto de una prestación.

2 Ibidem.

3 CARLOS LASARTE: Contratos. Principios de Derecho civil III. 12ª edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 30.

la obligación que nace de él. Es lo que dice MESSINEO, refiriéndose al Código civil italiano: “habiendo constatado, pues, que el objeto de que hablan los arts. 1346-1349 es la prestación y hechas todas las reservas acerca de la propiedad de la terminología de la ley, debe enseguida observarse que la prestación es un concepto que atañe a la materia de la obligación y no a la del contrato, porque la prestación propiamente es el contenido de la obligación.”⁴

c) Por ello, la mejor doctrina sostiene que el objeto del contrato *es la obligación*,⁵ a partir de lo cual puede desplegarse una cadena objetiva que muestra a la obligación como objeto del contrato, a la prestación como objeto de la obligación y a las cosas como objetos de las prestaciones, que es, con leves variaciones en cuanto la extensión de la cadena, la doctrina del fallo de 28 de julio de 2003 de la CORTE SUPREMA, que se refirió detenidamente a la “diferencia conceptual entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación.”⁶ En Argentina, ALTERINI lo plantea haciendo una distinción que parece razonable: el objeto inmediato del contrato consiste en la obligación generada, en tanto que su objeto mediato “es el objeto de la obligación, vale decir, la cosa o el hecho, positivo o negativo, que constituye el interés del acreedor.”⁷

4 FRANCESCO MESSINEO: Doctrina general del contrato, Tomo I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 149.

5 JOSÉ CASTÁN TOBENAS, Derecho civil español, común y foral, Tomo III, Ed. Reus, Madrid, 2008, pp. 662-663. DIEZ-PICAZO critica esta doctrina imputándole como grave defecto inicial una confusión entre el objeto del contrato y el objeto de la relación obligatoria. “Cabría por lo menos objetarle –dice el catedrático español– que el contrato es un fenómeno jurídico con aplicación a todo el campo del derecho patrimonial, y no exclusivamente al campo de las relaciones obligatorias; que puede tenerse contrato y en cambio no existir obligación...” Ello es discutible incluso en el sistema civil español donde el contrato, como sucede en nuestro derecho, está definido como una convención generadora de obligaciones (art. 1254 C.civil: El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio).

6 Primera Sala de lo Civil y Mercantil (R.O. 190 de 15.10.2003): “...Ahora bien, existe una diferencia conceptual entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación. El objeto del contrato es la relación jurídica tutelada por el ordenamiento legal que los contratantes se proponen establecer mediante un negocio jurídico concreto y determinado. En el contrato de compra-venta, el objeto es dar nacimiento a determinadas obligaciones a cargo de los dos contratantes, o sea el deber jurídicamente exigible de dar una cosa, de parte del vendedor, y el deber jurídicamente exigible de pagar un precio en dinero, de parte del comprador; en este punto, cabe una precisión: uno de los problemas más graves en la doctrina es justamente el de establecer la verdadera naturaleza de la figura que se está describiendo; una gran parte de aquella, estima que ésta es tutelada por el ordenamiento jurídico que las partes se proponen alcanzar mediante su negocio, que es igual, uniforme y con idéntica función económica y jurídica, es la causa real y lícita. En todo caso, sea que se le considere como el objeto del negocio jurídico o como la causa del contrato, la opinión coincidente es que existe y que ha de reunir determinados requisitos para su validez y eficacia. A su vez, el objeto concreto de estas obligaciones correspondientes o recíprocas del vendedor y del comprador, será un bien específico y determinado, con existencia real presente o futura y que se halle dentro del comercio, o sea la cosa vendida, y una suma de dinero determinada que es el precio.”

7 ATELIO A. ALTERINI: Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general. 2ª reimpresión de la 1ª. Edición. Ed. Abeledo-Perrot, 2005, p. 216. Este criterio lo sustenta también CARLOS MORALES GUILLEN en sus excelentes comentarios al Código civil boliviano: “Si el contrato es un acuerdo para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica, no es equivocado afirmar que el objeto del contrato es siempre la obligación. Por lo menos el objeto inmediato, que se reduce a una simple definición que abraza por completo la teoría de las obligaciones.” (Código civil, concordado y anotado, Tomo I, 4ª edición. Ed. Gisbert, La Paz, 1994, p. 679).

d) Miradas las cosas de esta manera, y puesto que las obligaciones son, además, los efectos de los contratos (artículo 1454 C. civil), el objeto contractual consiste finalmente en los propios efectos jurídicos típicos correspondientes a la naturaleza y disciplina legal de cada uno (fines jurídicos) que viabilizan, a su vez, la concreción de los fines prácticos que, en último término, buscan las partes. Es lo que sostienen, entre otros, ALESSANDRI y SOMARRIVA: “el objeto de un acto es el conjunto derechos y obligaciones que crea, modifica o extingue”,⁸ y ha encontrado nicho positivo en *corpus* modernos como el CÓDIGO CIVIL DE PERÚ, para el cual *el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar a extinguir obligaciones* (artículo 1402).

Es inocultable que esta doctrina conduce a una colisión, o mejor aún, a un traslape entre causa y objeto, pues ambos reclaman para sus configuraciones el mismo elemento (consecuencia jurídica del negocio) que tan bien responde a la pregunta *por qué* (causa-motivo: “contrato *porque* quiero producir tal o cual obligación”), como a la que se plantea *para qué* (objetivo-objeto: “contrato *para* producir tal o cual obligación). Siendo así, el planteamiento constituye una amenaza para la teoría de la causa y provoca la natural reacción de los causalistas que la sindicaron como un peligroso recurso de los anticausalistas.⁹ Así es, en efecto, porque este es un claro supuesto de inutilidad de la causa, dicho lo cual y puesto en la necesidad de escoger, me quedo con el objeto, por consideraciones cuyo desarrollo demandarían otro trabajo y que, por ahora, dada la naturaleza del presente, me limito a resumir en la afirmación de que, a la hora de examinar la licitud del negocio, más interesa al derecho verificar que es *lo que persigo* cuando me decido a celebrarlo, que *el motivo* que me impulsó a hacerlo.

IV.2. ¿Objeto o negocio ilícito? Pero las dificultades no terminan allí. La cuestión del objeto plantea un nuevo problema que consiste ahora en dilucidar si realmente el *objeto* del negocio puede ser sometido a un escrutinio de ilicitud o ilicitud, como lo plantea el artículo 1461.3. En general la doctrina moderna ha dejado de lado esta idea, para proponer que el juicio de licitud debe recaer propiamente *sobre el negocio*, criterio que, en principio, me parece acertado desde un punto de vista técnico y, a la vez, práctico. Al respecto, el autor español JOSÉ L. DE LOS MOZOS nos dice que “... la licitud o ilicitud no ha de establecerse con referencia a los elementos particulares del negocio, sino en relación con el negocio mismo. Lo que explica que la más autorizada doctrina haya tratado con preferencia de la figura del negocio ilícito

8 Op. cit., Tomo I, p. 359.

9 Es el caso del jurista argentino EDUARDO ZANNONI, que advierte contra el riesgo del “típico anticausalismo que halla la noción del fin del negocio en su objeto, y alude, entonces a objeto-fin” (Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, 2ª. reimpresión. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 98), que es precisamente la noción de objeto o que planteo en el texto.

en su conjunto más que separadamente del negocio con causa u objeto ilícito.”¹⁰ Ocurre, sin embargo, que, salvo excepciones legales expresamente previstas,¹¹ la calificación de la licitud o ilicitud del *conjunto del negocio* solamente es posible a partir del examen de su objeto y, más concretamente, de las prestaciones que el objeto contractual impone. Por ello debe afirmarse, finalmente, que el contrato es ilícito cuando sus prestaciones consisten en un hecho ilícito.¹²

Da la impresión que el legislador nacional intuyó algo de esto, porque, aunque no lo expresa exactamente así, en el artículo 1481 se refiere a la ilicitud de un negocio (el *pacto de de no pedir más en razón e una cuenta aprobada*) y otro tanto hace en los artículos 1480 y 1482 que aluden a la ilicitud de la *enajenación* (art. 1480) y a la del *juego, venta* y los *contratos prohibidos por las leyes* (art. 1482), a pesar de que en ambos preceptos se utilice, sin mayor trascendencia, la expresión “objeto ilícito”.

IV.3. Ilegalidad e ilicitud del objeto. Aceptado lo anterior, se plantea todavía una tercera cuestión en esta materia: ¿es lo mismo contrato *ilegal* que contrato *ilícito*? Repárese en el hecho de que el inciso final del artículo 1477 incluye entre los objetos moralmente imposibles, al prohibido por las leyes, referencia esta última que utiliza nuevamente el artículo 1482 *in fine*, para decir hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; y que las restantes disposiciones relativas al objeto, utilizan la expresión objeto ilícito (artículos 1478, 1480 y 1482).

Pues bien, no cabe duda de que en estos casos estamos ante negocios *ilegales*, pues un contrato es ilegal cuando incumple un deber impuesto por el ordenamiento, o más precisamente, “cuando infringe “una concreta ley prohibitiva o imperativa.”¹³ LACRUZ BERDEJO los distingue de los negocios *ilícitos* que serían aquellos en los que existe una “disconformidad del contenido del contrato con la moral social.”¹⁴ No

10 El negocio jurídico (Estudios de derecho civil). Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 86-87. En el mismo sentido, JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO y otros: “...mas la licitud es una cualidad que excede del objeto para propagarse al contrato entero...” (Elementos de derecho Civil. T. II. Derecho de obligaciones, Vol. I, 4ª. edición. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 415). BARBERO, por su parte, sostiene que similares dificultades que advierte en la disciplina del Código italiano acerca del “objeto del contrato”, obedecen a que “todavía está enredado en la confusión entre “objeto” y “contenido” del negocio, y se refiere indistintamente a uno y otro. En corroboración de lo cual basta cotejar el art. 1347, en que se habla de “posibilidad del objeto” con referencias a la “prestación” (que es un acto del sujeto y, por tanto, constituye lo que decimos ser el “contenido del negocio”)...” (DOMÉNICO BARBERO: Sistema del derecho privado, Vol. I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 490).

11 Por ejemplo, la enajenación de cosas que no están en el comercio o de derechos y privilegios personalísimos, el pacto de no pedir más en razón e una cuenta aprobada, la compraventa de libros de circulación prohibida o los contratos prohibidos por la ley, todos ellos calificados como negocios ilícitos por los artículos 1480, 1481 y 1482 del Código civil.

12 ATILIO A. ALTERINI: op. cit., pp. 218-219.

13 LACRUZ BERDEJO. Obra citada, p. 442.

14 Ibidem.

parece que la distinción tenga mucha trascendencia porque los efectos de la ilegalidad y de la ilicitud, si se admite la diferencia propuesta, vienen a ser los mismos: la nulidad absoluta del negocio. No obstante, con el propósito de dejar zanjado este asunto en nuestro sistema civil, y aunque ello ofrezca un interés más teórico que práctico, parece necesario advertir que el artículo 1482 deja ver que entre legalidad e ilicitud, más que una oposición, existe una relación de género a especie donde el negocio ilícito es el género, que se evidencia en la frase *Hay asimismo objeto ilícito en...*; y el negocio ilegal (*contrato prohibido por las leyes*) es una de las tantas especies de negocios ilícitos allí descritos.

V. Sobre el concepto de *derecho público ecuatoriano*.

VI. Noción de Derecho público. Con las aclaraciones anteriores, estamos en condiciones de analizar esa versión particular de ilicitud del negocio jurídico prevista en el artículo 1478, que tiene sede en la contravención al derecho público ecuatoriano. La doctrina es pacífica en orden a definir el derecho público como “el conjunto de normas que rigen la organización y la actividad del Estado, y de los demás entes políticos menores (como el Municipio) o las relaciones entre los particulares y estos organismos políticos en cuanto actúan en su calidad de poder o político o soberano,” concepto propuesto por los profesores chilenos ALESSANDRI y SOMARRIVA¹⁵ y que se lee en términos muy similares en la obra de los juristas colombianos GUILLERMO OSPINA y EDUARDO OSPINA.¹⁶

Es, por tanto, ilícito, el negocio que transgrede o contraviene esas normas fundamentales, tal como lo proclama, en tonalidad de norma general, el artículo 1478. Por su parte, como se ha adelantado en las líneas precedentes, los artículos 1479, 1480 y 1482, nos refieren hipótesis específicas en las que está presente esta ilicitud: pactos sobre sucesión futura (art. 1479), enajenación de *res extra comercio*, derechos personalísimos y cosas embargadas (art. 1480) y contratos prohibidos por las leyes (art. 1482).

15 ARTURO ALESSANDRI R. y MANUEL SOMARRIVA U.: *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, Parte general (Redactado por Antonio Vodanovic H.), 3ª. edición. Ed. Nascimento, Santiago, 1961, p. 363.).

16 Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 5a. edición. Ed. Temis, Bogotá, 2000, p. 240. Para PLANIOL y RIPERT son disposiciones de orden público, “en primer lugar, y necesariamente, todas las leyes de Derecho público, es decir, aquellas que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, así como las obligaciones y derechos de los particulares en materia política, electoral, de impuestos, servicio militar, etc.” (Tratado elemental de Derecho civil. Tomo I, 2ª. edición. Cárdenas editor, Tijuana, 1991, p. 148

VI. La cláusula de sometimiento a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas.

VI.1. Hasta la dictación de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 (R.O. N° 145 de 4 de septiembre de 1979), la segunda parte del actual artículo 1478 (a la sazón artículo 1505), ponía como ejemplo de ilicitud por lesión al derecho público ecuatoriano, el pacto celebrado en el Ecuador sobre sometimiento *a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas*. En presencia de esa categórica norma, la doctrina y jurisprudencia ecuatorianas, así como las chilenas y colombianas,¹⁷ se alineaban con la tesis de la nulidad absoluta de un pacto de esa naturaleza.

VI.2. Sin embargo, no estaba del todo claro el significado de la frase *jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas*, que, bien leída la norma, a mi juicio dejaba muy en claro dos cuestiones que no llamaron mucho la atención en nuestro medio:

a) Que la prohibición no aludía a jurisdicciones *extranjeras*, como solía pensarse por algunos comentaristas, entre ellos LUIS CLARO SOLAR,¹⁸ sino simplemente a “jurisdicciones no reconocidas” y, puesto que se trataba de una norma prohibitiva, había que interpretarla restrictivamente, es decir, sin agregar ni quitar a la claridad de su texto. En un interesante estudio sobre “El régimen internacional de los contratos por correspondencia”, el profesor chileno FERNANDO ALBÓNICO VALENZUELA, explicó que “la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, no se refiere a los tribunales extranjeros, que no tienen por qué ser reconocidos por las leyes chilenas, sino a jurisdicciones privadas establecidas en Chile, distintas de los tribunales ordinarios o especiales consultados en el artículo 5 del Código Orgánico de tribunales...”¹⁹

b) Que, aun tratándose de jurisdicciones *extranjeras*, que era la lectura más frecuente que se hacía de la norma, la prohibición tampoco se refería al sometimiento a *toda* jurisdicción extranjera, sino únicamente a una jurisdicción *no reconocida* por las leyes ecuatorianas, siendo que la mayor parte de las jurisdicciones extranjeras son *reconocidas*, como no puede ser de otra

17 Recuérdese que los artículos 1462 del C. civil chileno y 1519 del colombiano tienen el mismo tenor que el artículo 1478 ecuatoriano.

18 CLARO SOLAR identificaba “jurisdicción no reconocida” con “jurisdicción extranjera”, como se aprecia en el siguiente texto: “...es contraria al orden público la estipulación con arreglo a la cual el promitente ha aceptado someterse en Chile a una jurisdicción extranjera o no reconocida por las leyes chilenas...” (Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Tomo Undécimo, edición facsímil. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 289).

19 En Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas, Tomo V, 3ª edición. Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 89, nota al pie 2.

manera, por las leyes nacionales.²⁰ Este punto todavía se discute en la doctrina chilena y muchos autores sostienen la interpretación expuesta, que tiene el aval, además, del artículo 318 del Código de Bustamante.²¹

VI.3. Tanto es así, que se hizo necesaria una interpretación del entonces artículo 1505, actual 1478, que estuvo a cargo del D.S. 797-A de 27 de septiembre de 1976 (R.O. N° 193 de 15 de octubre de 1976), que le atribuyó el sentido de jurisdicción *extraña* y precisó su admisibilidad. En efecto, el Art. 1 del mencionado Decreto Supremo dispuso:

Interprétase el Art, 1505 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 153 de la Constitución Política, en el sentido de que el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional.

VI.4. No fue muy feliz el texto interpretativo porque la expresión *jurisdicción extraña* es multívoca, ya que *extraño/ña* tiene más de una acepción en el lenguaje usual, aunque forzoso es admitir que la principal se refiere a la *nación distinta* (Diccionario de la R.A.E.), y en ese sentido debía entenderse la interpretación transcrita, es decir, jurisdicción de otra nación.

No obstante, LARREA HOLGUÍN, luego de hacer un análisis de los distintos cuerpos legales involucrados en la materia, sostenía la opinión de que no hay en nuestros códigos una norma que excluya o prohíba la sumisión voluntaria a la jurisdicción, por lo cual cabe aplicar las disposiciones del Código Sánchez de Bustamante, dentro del marco del artículo 1515 (actual 1478) del Código Civil²² coincidiendo con la tesis de un sector de la doctrina chilena expuesta más arriba (*supra*. VI.2.b).

VI.5. Pues bien, es dentro de aquél entorno normativo, vigente hasta septiembre de 1997, que se dictaron, entre otras, las sentencias de 10 de junio de 1969 (GJS. XI, N° 8, p. 1064), 26 de abril de 1976 (GJS. XII, N° 11, p. 2253) y 13 de septiembre de 1976 (GJS. XII, N° 13, pp. 2905-2097) citadas en la motivación del fallo de casación que comento, resoluciones que, en efecto, proclamaban la nulidad del pacto

20 La mejor prueba de este reconocimiento de las jurisdicciones extranjeras por la ley ecuatoriana, es la posibilidad de ejecutar en el país las sentencias pronunciadas por esas jurisdicciones, en los términos del artículo 424 del anterior Código de procedimiento civil, vigente a la época de la prohibición que se comenta.

21 Puede verse al respecto VÍCTOR VIAL DEL RÍO, para quien es discutible esta lectura de la prohibición que se comenta (Teoría general del acto jurídico, 5ª. edición. Ed. Jurídica de Chile, 2003, pp 165-166).

22 JUAN LARREA HOLGUÍN: Manual de Derecho internacional privado, Corp. de Estudios y Publicaciones, Quito, s/ fecha, p. 309.

o cláusula de *sometimiento a jurisdicción no reconocida* y la consiguiente competencia de los jueces ecuatorianos, como una cuestión de derecho público nacional. En el mismo sentido se pronunciaba la jurisprudencia chilena, y sigue haciéndolo, pues continúa vigente, en la segunda parte del artículo 1462 del C. civil de Chile, la prohibición que nos ocupa.

VI.6. Pero ocurre que el 29 de junio de 2000, o sea, con posterioridad a la supresión de la prohibición a sometimiento a jurisdicción no reconocida del artículo 1478, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CORTE SUPREMA, basándose en el nuevo régimen legal y en la precitada opinión de LARREA HOLGUÍN (*supra* VI.4), dejó sentada, como era lógico, una nueva doctrina jurisprudencial, al resolver que los problemas interpretativos a que daba lugar el antigua versión del artículo 1505, actual 1478, fueron superados con la supresión de su última parte "...en virtud de la reforma contenida en la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el R.O. No. 145 de 4 de octubre de 1997. Actualmente, la limitación de sumisión jurisdiccional se mantiene únicamente para los contratos celebrados, dentro del territorio del Ecuador, por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, conforme preceptúa el Art. 14 de la Constitución Política de la República del Ecuador, que expresa: "Art. 14.- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales"²³

VII. El error de la sentencia 322-2007 de la Tercera Sala

VII.1. De lo que se ha venido exponiendo aparece de manifiesto que la sentencia de casación la 17 de octubre de 2007 de Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, incurrió en un severo error en el empleo de los precedentes jurisprudenciales y, más grave aún, en la aplicación de la ley.

a) En cuanto a lo primero, la Tercera Sala invocó como argumento de motivación de su fallo, tres sentencias de la Corte Suprema que, a todas luces, eran inaplicables al caso, porque se pronunciaron sobre la prohibición de sometimiento a una jurisdicción extraña que contenía la parte final del inciso primero del artículo 1505, actual artículo 1478, en junio de 1969 y en abril y septiembre de 1976 (Considerando

²³ Juicio ordinario Teresa García Franco vs "Società italiana per condotte d'acqua Spa. R.O. N° 109 de 29 de junio de 2000.

QUINTO); es decir, en una época en que dicha prohibición estaba vigente, pues se derogó recién en septiembre de 1997. En cambio, resulta extraño que no haya tomado en cuenta la sentencia de la misma Corte de 29 de junio de 2000, a la que me he referido más arriba (*supra* IV.1.c), que estimó procedente el sometimiento a una jurisdicción extraña, fallo que, en cambio, era pertinente al caso, en razón de que se dictó con posterioridad a la supresión de la prohibición comentada.

b) Por otra parte, de modo por demás inexplicable, la sentencia de casación comentada concluyó que la circunstancia de haberse derogado en el artículo 1478 (ex 1505) la prohibición de sometimiento a una jurisdicción extraña, “no cambia la naturaleza y efectivo alcance” del precepto. Llama la atención el argumento porque pugna con normas elementales de hermenéutica legal y más rotundamente todavía, con la lógica jurídica.

En efecto, desconoce que toda ley tiene una finalidad o razón de ser -la *ratio legis*- y que el artículo 18.1 del Código civil llama su “espíritu”. La Tercera Sala del Máximo Tribunal de la República estaba obligada a sospechar siquiera que la derogatoria de la frase final del inciso primero del entonces artículo 1505, no era un puro capricho del legislador, que necesariamente debía responder a una *ratio* específica, a una lógica que permitía intuir el propósito de modificar la situación jurídica preexistente.

c) Pero no sólo es eso, que, por último, podría quedar disimulado entre los enredosos pliegues de la siempre polémica labor interpretativa. La cuestión es mucho más delicada porque lo que esta sentencia de casación nos pone a la vista no es en realidad un *casus* de errada interpretación del texto legal, sino, ni más ni menos, que de la aplicación a un caso particular de una norma legal derogada.²⁴ En buen romance, lo que proclamó la sentencia de marras es que “*como la derogación de la prohibición no cambia la naturaleza y efectivo alcance de la norma del artículo 1478, puedo continuar aplicando dicha prohibición.*” Un pronunciamiento de este tipo, sin entrar a analizar otras implicaciones jurídicas, de haberse producido bajo el imperio de la actual Constitución, habría constituido un caso ejemplar para la aplicación del artículo 437 de la Constitución.

²⁴ Téngase en cuenta, además, que los conocimientos de embarque materia de la litis fueron suscritos con posterioridad a la derogatoria (septiembre y octubre de 2002), de manera que no había argumento alguno para aplicar al caso la norma derogada.