

Ruptura

N. 52



60 Años





Ruptura

N. 52

Consejo Editorial

- Gabriela Cando
- Esteban Zabala
- Gary López
- Galo Chávez
- Esteban Ron
- Nicolás Solines

Decano

Dr. Ernesto Vásconez R.

Subdecano

Dr. Pablo Ortiz G.

Secretaria-Abogada

Dra. Ivette Habboud

Ruptura N. 52



No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros medios, sin el permiso previo y por escrito del editor.

Ruptura

N. 52

AED
Asociación Escuela de Derecho

60 Años

 Cevallos[®]
editora jurídica

2011

Editor: Nicolás Solines

Ruptura N. 52

El contenido intelectual y de investigación de esta obra son de responsabilidad exclusiva de los autores.

Diagramación y diseño compositivo de portada:

• Ing. Roberto Cevallos Añasco
Diseñador Gráfico
« cevallosluisroberto@hotmail.com »

Impresión: Fausto Reinoso,
Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, of. 203, Quito

ISBN 13: 978-9978-392-25-6

Derechos de autor: 037478

Edición: Quito, diciembre 2011

Tirada: 700 ejemplares



www.cevalloslibrerias.com

cevalloslibreria@gmail.com

cevalloslibreria@hotmail.com

Las marcas, Cevallos® librería jurídica y Cevallos® editora jurídica, sus identificadores y sus símbolos son marcas registradas que se encuentran protegidas por derechos de autor y no pueden ser tomadas o usadas por terceros bajo ninguna circunstancia.

Las artes gráficas-digitales: portada, ilustración, tratamiento fotográfico y diagramación de texto, son propiedad de Cevallos® editora jurídica y no pueden ser utilizados por terceros bajo ningún concepto para trabajos gráfico-editoriales similares.

Índice Temático

- » La justicia: una utopía inspiradora y una realidad por construir
Ernesto Vásconez R. 11
- » Los burós de crédito
Pablo Ortiz García 35
- » Mea Culpa en la Inseguridad Jurídica
Néstor Arboleda Terán 45
- » Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia1
Ramiro Ávila Santamaría 57
- » Principios y Políticas de Gestión Tributaria
Miguel Ángel Bossano Rivadeneira 81
- » Mandato 8: ¿un instrumento jurídicamente inconsistente?
Graciela Monesterolo de Ramírez 107
- » La transformación institucional ecuatoriana 2007-2008
Alexander Osorio 129
- » El arbitraje internacional como método para resolver
conflictos entre Estado e inversionistas en la nueva
Constitución: inconsistencias del artículo 422
Melanie Riofrío 147

- » Proceso Constituyente y Transición en el Ecuador
Hernán Salgado Pesantes 167
- » Acceso a la información y participación ciudadana
Diego Sánchez Montenegro 191
- » Naturaleza de la Corte Constitucional
Julio César Trujillo 207

La justicia: una utopía inspiradora y una realidad por construir

Ernesto Vásconez R.

INTRODUCCIÓN

“Hoy como ayer la justicia es una categoría y una práctica llena de ambigüedades en cuanto a su comprensión y realización: siempre ha desvelado a los filósofos y a los juristas, a los políticos y a los ciudadanos, a los hombres de iglesia y a los líderes comunitarios, a los dueños de empresa y a los obreros, a los académicos, a los poetas, etc. Porque en últimas, pareciera no existir una doctrina definitiva al respecto, aunque también es cierto que ésta depende de las circunstancias socioculturales que atraviesan la vida de los pueblos”.¹

Si tomamos como punto de partida esta cita, bien podríamos decir que la reflexión que ahora iniciamos, va camino del fracaso; pues, efectivamente, no pretendemos de nuestra parte presentar descubrimientos significativos capaces de poner fin a una búsqueda tan intensa como interminable sobre lo que la justicia es y debería ser para nosotros. Sin embargo, nos atrevemos a emprender la aventura de tocar esta cuestión desde nuestro convencimiento de que, aunque sea un concepto poco compren-

1. José Alfredo Noratto, “La justicia occidental es cristiana, pero ¿se inspira en el Evangelio?”, en *Theologica Xaveriana*, publicación de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, n° 141, Enero-Marzo 2002, p. 62.

dido y una experiencia bastante esquivada, para muchos es, no obstante, un sueño en el cual ponen sus ilusiones y al que le dedican una gran parte de sus esfuerzos cotidianos, ya que están convencidos de que si lo alcanzan su vida se llenará de sentido.

Ahora bien, nuestro propósito desarrollar algunas breves consideraciones, en la medida de lo posible concretas, que pongan de manifiesto la importancia y actualidad de la justicia, tomándola como clave referencial para el diseño, ejecución y evaluación de los proyectos de vida tanto personales como sociales.

1. CLAVE LINGÜÍSTICA

La justicia "es un concepto con una evidente riqueza significativa" por lo que "*debe ser abordado desde la interdisciplinariedad, integrando diversos saberes*"², tal es el caso de la filosofía, el derecho, la sociología o la teología. Para palabras como ésta la lengua alemana emplea el término *UWORT*, con el cual nos indica que se trata de una expresión matriz o germinal, pues a partir de ella se van asumiendo múltiples realidades con una variedad enorme de contenidos. Es posible que esta amplitud nos desborde, pero también sucede que ella nos enriquece con sus certeras orientaciones.

La lengua latina recurre al término *iustitia*, que a su vez proviene de la raíz *ius*. Estos dos vocablos nos sirven para referirnos al fin, a los medios y a los responsables de administrar justicia. En efecto, en cuanto al fin se dice que hay justicia cuando se llega a través de nuestras acciones a entrar en posesión de lo recto, conveniente o equitativo, bien sea para uno o para

2. Marciano Vidal, *Diccionario de Ética Teológica*, Estella Navarra - España: Editorial Verbo Divino, 1991, p. 329.

muchos; aunque todavía no podemos por el momento concretar el contenido exacto de aquellas pretensiones.

Por otro lado, dichos términos aluden también a los medios que se han de emplear para alcanzar tales fines. Para comprenderlo mejor, no olvidemos que el pueblo romano es el gestor de la ciencia del derecho en Occidente. Por ello no es de extrañar que la raíz *ius* sea el origen etimológico más antiguo de la palabra castellana derecho (*iuris*), bajo la idea de ordenar, mandar o dirigir obligatoriamente la conducta humana hacia la consecución de la justicia; propósito que lo alcanza a través de las normas. Es en este contexto que el jurista Celso definía al Derecho como: *“el arte de lo bueno y justo o equitativo”*³.

Finalmente, los términos que analizamos nos conducen hacia la idea de administración de justicia. La persona que procede conforme a la justicia recibe el calificativo de justa. Dentro de nuestra sociedad jurídicamente organizada se ha institucionalizado un servicio de administración de justicia, responsabilidad encargada a ciertos miembros de la colectividad investidos de la potestad de juzgar, entendiéndola como la potestad de dar a cada uno lo que le corresponde de acuerdo con el derecho, la verdad y la razón.

2. CLAVE FILOSÓFICA

Debemos avanzar algo más en nuestra exploración del rico contenido de la idea de justicia. Nos ocuparemos enseguida de su significación ético-filosófica. La reflexión que acerca de ella se ha hecho a lo largo de la historia ha sido abundante. Queremos abordarla desde el sentido de virtud según la cual la razón y la voluntad humana se inclinan a dar a cada uno lo que

3. Nelson Nicolielo, *Diccionario del Latín Jurídico*, Buenos Aires - Argentina, Editorial B de F, 2ª reimpresión, 2006, p. 156.

le corresponde o pertenece. Toda persona es capaz de comprender lo que debe a otra, o lo que los demás le deben a ella, y de mover su libertad a reclamar o satisfacer ese derecho o ese deber. En esta línea, primero Ulpiano y más tarde Santo Tomás de Aquino definen a la justicia como: *"la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde"*⁴.

Dentro de esta manera de entender la justicia hay que destacar sus dos aspectos básicos: el uno de naturaleza subjetiva que consiste en la voluntad de querer hacer algo; y el otro de carácter objetivo que consiste en el reconocimiento de que algo se le debe a alguien porque le pertenece en cuanto suyo. Todas las cosas se hallan repartidas –dice Santo Tomás– por eso dar lo suyo es darle su derecho: posibilitar que cada persona tenga cosas que ella las estime y aproveche como suyas; en consecuencia, la justicia es un acto derivado del hecho de que debemos algo a otro porque éste posee un título que le permite acceder real y verdaderamente a aquello que se le debe.

Aristóteles definía a la metafísica como la ciencia de "las últimas causas o los primeros principios", dándonos a entender que las preguntas que le hagamos a la filosofía nos ofrecerán respuestas acerca de la naturaleza de toda la realidad en su conjunto o de una parte de ella. En lo que a nuestro tema de la justicia se refiere es no solo pertinente sino necesario preguntarle sobre su realidad más esencial y última. Viene en nuestra ayuda el siguiente texto:

"una ley de naturaleza reguladora de las acciones humanas, un *ius naturae* que se exige para siempre como principio de regulación de un orden jurídico racionalmente constituido y como modelo apriorístico de los ordenamientos positivo - históricos, cuya juridicidad tiene que cualificarse y valorarse por su correspondencia con dicho modelo"⁵.

4. José Alfredo Noratto, *Ibid*, p. 63.

De acuerdo con esta referencia la justicia asoma como un concepto absoluto, objetivo, trascendente y universal. Verla de esta manera resulta positivo en cuanto nos ofrece un signo paradigmático e ideal, que señala el punto de llegada de los esfuerzos y aspiraciones tanto individuales como colectivos; pero también tiene su faceta negativa en cuanto aparece como una entelequia desencarnada sin forma ni concreción alguna, que no toca ni transforma la vida concreta de los individuos o las colectividades.

En una perspectiva más existencial, Marciano Vidal dice que la justicia:

“expresa la totalidad de las exigencias morales o un aspecto particular de las mismas. En el primer sentido es una actitud general que abarca toda la vida, en tanto que en el segundo es una actitud específica con un campo de acción y características peculiares”⁶.

Traduciendo estas expresiones a la línea argumentativa de nuestra reflexión, bien podemos anotar que la justicia es un referente existencial que da unidad y sentido a la vida, determinando así la orientación de nuestros actos, actitudes y opciones, ya que se convierte en nuestra opción primordial y definitiva.

3. CLAVE SOCIOLÓGICA

Al interior de la sociedad cada una de las personas que la conforman tiene la responsabilidad de contribuir con su aporte propio al logro del bien común de todos, y al mismo tiempo pueden exigir a los demás que le proporcionen aquello que ella

5. Diccionario Teológico Enciclopédico, Estella Navarra-España: Editorial Verbo Divino, 1996, p. 543.

6. Marciano Vidal, Diccionario de ética Teológica, p. 329.

requiere para su propio bienestar. Una convivencia social se considerará justa en la medida en que haga realidad esta dialéctica del verdadero encuentro interpersonal en el que por una parte damos y por otra recibimos en un auténtico e incuestionable trato de tú a tú. Solo de esta manera se abre paso la plena realización de la persona.

Cada individuo debe tomar conciencia de la dimensión de alteridad esencial a la condición humana. Ello quiere decir que nos hacemos más personas en cuanto somos y estamos al lado de otros. No definiremos nuestra propia identidad hasta el momento en que no reconozcamos la de los otros o no permitamos el que se nos dé a nosotros mismos la condición de otros.

Es en esta línea de pensamiento que Romano Guardini define a la justicia en estos términos:

“es aquel orden en que el hombre puede subsistir como persona; y esto debe ser efectivamente posible no solo para uno o para otros, no solo para el poderoso, el feliz y el bien dotado, sino para todos los hombres por el hecho de ser hombres”⁷.

Ahora bien, una rápida y atenta mirada al entorno social de nuestro país, de América Latina y de muchas regiones de la Tierra entera, nos permiten descubrir que la convivencia humana no se realiza a partir de valores como la igualdad de todas las personas entre sí o el mutuo respeto que por ser tales nos corresponde brindarnos los unos a los otros. La constatación de este hecho nos llevar a concebir a la justicia como el ideal utópico de igualdad a alcanzar; es decir se la toma como principio orientador y punto de llegada del quehacer social. Su efectividad, sin embargo, implica, a su vez, dar a la idea de justicia un papel crítico y cuestionador del orden social –ya se trate del establecido o de la construcción de otro nuevo– que lo funda-

7. Diccionario Teológico Enciclopédico, p. 446.

mente, impulse y evalúe; es en este sentido que Julián Marias habla de que la justicia es *“aquella que corrige y rectifica una situación social que envuelve una injusticia previa que, si se mantuviera, invalidaría las conductas justas, los actos individuales de justicia”*⁸.

La justicia es un paso decisivo a la hora de valorar la moralidad de la conducta intersubjetiva como buena y recta. Ésta no puede orientarse hacia la confrontación, los desacuerdos o quedarse en simples alternativas confirmatorias de un statu quo inequitativo; sino que han de transformarse en el camino hacia la complementariedad, el encuentro e integración; nadie puede estar contra nadie sino los uno con y a favor de los otros. *“La justicia es la base del amor, pues este último supone la primera, dinamiza aún más la conexión entre derechos y deberes sociales, ya que, en efecto, no se puede reclamar a otros lo que no estamos dispuestos a darles”*⁹.

4. CLAVE RELIGIOSA

El concilio Vaticano II, la máxima asamblea de la Iglesia Católica, proclamó hace más de cuarenta años la autonomía de lo cultural, político y jurídico frente a lo religioso, pues reconoce que cada uno de ellos tiene su propio ámbito de acción y reflexión. No obstante aquello hemos de aceptar que cualquier abordaje de la experiencia humana debe realizarse debe efectuarse desde una perspectiva holística e interdisciplinar. Y es en esta óptica como queremos tratar –lo insistimos una vez más– el tema de la justicia.

En el orden de lo religioso cristiano, que es el de mayor influencia en nuestro medio, la idea de justicia se establece a

8. Julián Marias, “La justicia social y otras justicias”, Madrid-España: Seminarios y Ediciones, 1974, p. 11.

9. Diccionario Teológico Enciclopédico, pp. 546-547.

partir de las relaciones existentes entre Dios y la humanidad. Sobre esta base Santo Tomás de Aquino define a la justicia como el *"hábito según el cual alguien atribuye su derecho a cada uno con constante y perpetua voluntad"*¹⁰. Lo decisivo aquí es que el *ius suum* (lo que es suyo de cada uno), no es otra cosa que el reconocimiento de la dignidad y los derechos del otro como punto de partida para la caridad cristiana, es decir para la vivencia del mandamiento dado por Jesús a sus seguidores.

Pero muchos siglos antes de la propuesta tomista de justicia, el pueblo de Israel, de cultura semita, nos aportó con dos significados fundamentales:

- Primero: una relación no primaria con el mundo ético o jurídico sino más bien de carácter sociológico-comunitario que indica una actitud de fidelidad, lealtad y constructividad hacia la colectividad y no tanto de observancia de unas normas.
- Segundo: la condición óptima de la comunidad, su estado de buena salud común, en el que las personas viven relaciones sociales armoniosas y benéficas, que son fruto de una sana relación con Dios.
- En consecuencia, no se es justo por el solo hecho de observar unas normas abstractas y absolutas sino mediante la vivencia consciente y deliberada de relaciones concretas de comunión con Dios y con los demás. Queda, entonces, muy clara la significación religiosa y social del concepto de justicia para el mundo hebreo, el cual se descubre en el siguiente vocabulario¹¹:

10. Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Madrid-España: BAC, 1957, II-II, q 58, a 1.

11. Basado en José Alfredo Noratto, "La justicia occidental es cristiana, pero ¿se inspira en el Evangelio?", en *Theologica Xaveriana*, publicación de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, n° 141, Enero-Marzo 2002, pp. 67-72.

- » *Sadâq* (עֲדָק): verbo que significa justificar, el cual en el ámbito jurídico implica calificar ciertos comportamientos humanos y divinos relativos a la relación entre el rey y sus súbditos o entre el amo y sus siervos desde la mutua fidelidad y lealtad entre unos y otros con el propósito último de crear un orden próspero para toda la comunidad. La justificación, por tanto, no tiene el sentido negativo de condenar a alguien por sus faltas sino más bien el positivo de legitimar y dar la razón a aquellos que se comportan debidamente para con la comunidad.

- » *Sadiq* (עֲדִיק) Este adjetivo se traduce por justo y se lo usa con un significado más amplio: señala el comportamiento de personas que tienen iguales derechos; pues, en teoría, ningún proceso judicial debería concluir con la absolución de una parte sin la condena de la otra; en efecto cuando la parte que es justa resulta absuelta es restablecida en su estima, en tanto que la parte adversa resulta condenada como injusta y no estimable. Pero recalquemos en el hecho de que esta percepción no es de naturaleza sino más bien ética y religiosa aplicada a quienes asumen un comportamiento recto en sus relaciones con Dios y con los otros, viviendo y obrando conforme a esa actitud.

- » *Sedeqy* y *sedaqâh* (עֲדִיקָה y la עֲדָקָה) son dos formas sustantivas que se traducen como justicia. Se las aplica en concreto para referirse a la inocencia frente a una acusación o a ausencia de la misma. Dado que ésta se valora a partir de la norma, ella misma se llama justicia y es una cualidad suya y, en consecuencia, es una condición que ha de caracterizar al legislador y al juez. En el ámbito estrictamente religioso

significa también salvación, justificación o liberación; rescate en cuanto al declararse la justicia de una persona se le restituye la cualidad de justa y se le otorga un estado de salud y plenitud. Finalmente, es un obrar en comunión o armonía que se desarrolla al interior de una relación de correspondencia entre los miembros de una colectividad entre sí o de ésta con Dios.

En la Biblia, texto inspirador de judíos y cristianos, la centralidad del concepto del concepto de justicia es incuestionable. Ya hemos examinado el valor vetero testamentario, ahora acerquémonos a la propuesta del Evangelio.

- Ser justo y hacer justicia es un atributo que identifica a Dios. Se lo reconoce en cuanto hace y trabaja permanentemente por la justicia. Para el Dios revelado por Jesús de Nazareth amar y hacer justicia es una misma cosa.
- Lo que separa el bien del mal o a los justos de los injustos es el cuidado y atención por los débiles, pequeños, pobres o excluidos, con los cuales el propio Jesús se identifica. Por lo mismo ser justo es ponerse al servicio de aquéllos. Hacer justicia es dedicarse a que se les dé el lugar y la dignidad que les corresponde como hijos de Dios y hermanos entre los hombres. Se llamará justo a *"quien lucha contra los desequilibrios sociales"*¹². La Justicia será

"comprometerse por los que no tienen protección y salvar su vida. Luchar contra la injusticia... intervenir de forma activa, tomar la ofensiva a favor de una convivencia en la

12. Carlo Maria Martini; Coloquios Nocturnos en Jerusalén: sobre el riesgo de la fe; Madrid-España: Ediciones San Pablo, 2008, p. 180.

que todos vivan en paz... velar porque el derecho, tal como está formulado en las leyes, haga posible una existencia buena para todos los hombres”¹³.

Ser cristiano implica apasionarse por la justicia. Hacer justicia es cambiar el mundo y dar la vida por lograrlo. Es darse cuenta de las necesidades del otro. Jesús es el mensajero del Reino de Dios que vivió y murió por esta causa; él se jugó para que haya justicia y paz entre los hombres. Él nos mostró que solo se logran estos ideales cuando nos colocamos del lado de los que sufren, haciéndonos uno más de ellos. Hacer justicia es, entonces, contribuir a que aquellos que “no son reconocidos por los demás” tomen conciencia de su propio valor y desde la aceptación de sí mismos avancen hacia su plena realización. *“Dichosos los que tienen hambre y sed de justicia porque serán saciados”*¹⁴.

5. CLAVE JURÍDICA

5.1 VÍA ETIMOLÓGICA

De acuerdo con las categorías griegas¹⁵, las raíces etimológicas de lo que hoy es nuestra comprensión de la palabra justicia provienen de los siguientes términos:

- » *Diké* (δικη) sustantivo femenino que indica, orienta, muestra, ordena, establece o dirige la conducta humana. Es la herramienta para el desarrollo libre y ordena-

13. Ibid., pp. 185-186.

14. Mt. 5, 6.

15. Basado en José Alfredo Noratto, “La justicia occidental es cristiana, pero ¿se inspira en el Evangelio?”, en *Theologica Xaveriana*, publicación de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, n° 141, Enero-Marzo 2002, pp. 62-65.

do de la propia existencia. En tal sentido, la justicia aparece como fuerza ordenadora, como una realidad divina, un atributo dado por Dios a este mundo para regular la convivencia humana; ya que Justicia, la hija de Zeus, participa del gobierno del mundo; por contraste, los animales están sujetos νόμος que no es otra cosa que la ley natural, norma determinística e inmutable de la naturaleza.

- » *Dikaio* (*δίκαιο*) adjetivo que se traduce por justo y sirve para calificar a aquella persona que se comporta según la justicia, que es bien educada. Se refiere a los deberes para con los hombres (sociales) y con Dios (religiosos). Lo que es conforme a una cierta estructura ordenada. Tiene un alcance tanto ético como jurídico.
- » *Dikaio*syne (*δικαιοσύνη*) es un sustantivo que indica la cualidad del justo, por una parte, y, por otra, el criterio para su restablecimiento, siendo ésta la misión del juez. Su base es la rectitud como que debe proceder en el cumplimiento de su deber de administrar justicia. Por tanto, además de una virtud personal es también un principio de acción legislativa y jurisdiccional.
- » *Dikaioo* (*δικαίω*) verbo que quiere decir hacer justicia, se lo usa para indicar aquella acción que lleva a alcanzar la justicia, a reconocer lo que se estima como justo mediante un juicio, o a aplicar a alguien el derecho declarándolo inocente o culpable.

5.2 VÍA CRÍTICO ANALÍTICA

Otra vía por la que podemos hacer nuevas aproximaciones al concepto de justicia es la revisión histórica de las propuestas

presentadas a lo largo de los siglos por connotados filósofos del derecho¹⁶. No obstante, por limitaciones de tiempo y espacio, únicamente trataremos los planteamientos hechos por destacados autores de nuestra época; en concreto: Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart, John Rawls, Ronald Dworkin y Arthur Haufmann.

**5.2.1 Hans Kelsen (1881-1973):
jurista y justeórico austríaco.
Principal impulsor de la
teoría pura del derecho**

En lo que a nuestro tema de la justicia se refiere afirma que ésta es una realidad posible pero no necesaria. Textualmente afirma: *"En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre la moral y el derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho"*¹⁷. La razón de esta aseveración resulta clara desde su fundamentación iuspositivista: la justicia es una cuestión más bien ética antes que jurídica, pues ella en nada afecta a la validez del orden normativo del derecho; éste no debe ni necesita contar con normas justas para validarse a sí mismo. En consecuencia, resulta inútil buscar por medios racionales una norma de conducta justa con validez absoluta y universal, ya que la justicia es relativa; ello significa que en este ámbito hemos de tomar como criterio operativo el valor de la tolerancia, que es evidentemente supra normativo.

A partir de este relativismo ético suyo, concluye:

"La justicia absoluta configura una perfección suprema irracional. Desde la perspectiva del conocimiento racional solo exis-

16. Ver la "Teoría de la justicia" propuesta por Mario I. Álvarez Ledesma; Introducción al Derecho México D.F. - México: Mc Graw-Hill, 1995, pp. 309-371.

17. Hans Kelsen; Teoría Pura del Derecho; México D.F. - México: Editorial Porrúa, 3ª edición, 1995, pp.79-80.

ten intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses. Zanzar los mismos suponen dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o establecer un equilibrio entre ambos. Resulta imposible demostrar cuál es la solución justa. Dado por supuesto que la paz social es el valor supremo, el equilibrio representará la solución justa. De todos modos, también la justicia de la paz es meramente una justicia relativa que, en ningún caso, puede erigirse en absoluta¹⁸.

Con mucha probabilidad esta visión kelseniana de la justicia se nos aparece como muy idealizada, desencarnada, sin contenido real ni práctico;

“que no excluirá jamás un ideal opuesto, igualmente válido de justicia... Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia, y, con la ciencia, puede florecer la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia¹⁹.

5.2.2 Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992): Jurista y filósofo inglés

Hart estima que la justicia es la más pública y jurídica de las virtudes; la ubica como un segmento de la moral, una de las virtudes con que puede calificarse al derecho; es decir integra y complementa estos dos ámbitos de la experiencia humana.

Sostiene que la moral y la justicia no son sinónimos, ya que un derecho injusto puede tener otras cualidades. Más que de una virtud individual habla de la justicia como de una virtud

18. Hans Kelsen; ¿Qué es la justicia?; Buenos Aires - Argentina: Editorial Leviatán, 1991, pp. 109-110.

19. Ibid. pp. 84-85.

pública, ya que ella se refiere a la forma en que deben ser tratados todos los individuos. La considera igualmente como un parámetro para la valoración crítica de las instituciones sociales.

Sobre esta base la define como “el derecho que tienen los individuos entre sí a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad”.

5.2.3 John Rawls (1921-2002): filósofo y economista estadounidense

Su comprensión de la justicia parte de un replanteamiento la clásica teoría del contrato social. Presenta, no obstante una visión no utilitarista ni intuicionista. La considera la “*primera virtud de las instituciones sociales*”²⁰. Ella es, por tanto, el elemento decisivo para la comprensión y funcionamiento de la estructura social. Es una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilita para que dichas instituciones distribuyan como corresponde los derechos y deberes fundamentales de cada ciudadano.

Los principios de la justicia deben ser adoptados en forma voluntaria por individuos libres y racionales como el camino para “*promover sus propios intereses pero dentro de un esquema de cooperación social*”. El principio general es el siguiente: “los bienes serán repartidos a todos por igual, pero si se diese el caso de una distribución desigual ésta solo se justificará si tiene por objeto el beneficio de todos y cada uno de los individuos”. Rawls: formula sus principios de justicia así:

20. Tomaremos como referencia a Mario I. Álvarez Ledesma. Introducción al Derecho; México D.F.-México: Mc Graw-Hill, 1995, pp. 359-362.

- 1) "Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más amplio posible de iguales libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos".
- 2) "Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que satisfagan dos condiciones: a) deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición menos aventajadas (principio de diferencia); deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades".

Hay una regla de prioridad: *"Los principios de justicia han de estar categorizados en orden lexicográfico y, por tanto, la libertad solo puede ser restringida en beneficio de la libertad"*.

Bajo tales planteamientos se considerarán injustas *"las desigualdades que no redundan en beneficio de todos"*.

5.2.4 Ronald Dworkin (1931) jurista, politólogo y filósofo estadounidense

Construye una filosofía del derecho que no excluye la argumentación moral y política, tomándolas como base de sus reflexiones sobre la justicia. Es un crítico del iuspositivismo y en su teoría del derecho coloca como protagonistas centrales y decisivos a las personas. La fuente del conocimiento son los hechos y los principios que de ellos se derivan.

La conducta de las personas solo será censurable si sus obras puede ser catalogadas como moralmente injustas. Ahora bien, saber si una norma es justa o no es un problema ético y no técnico jurídico. La efectiva protección de los derechos exige conjugar la técnica jurídica constitucional con la teoría ética.

*“La lógica del texto constitucional exige plantear problemas morales de principio”*²¹. Precisando: se trata de lograr la justificación de normas establecidas, si estas se identifican con las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad. Una afirmación de derecho presupone siempre un argumento moral. La norma positiva, por la vía legislativa, judicial, administrativa o similares, lo que va a hacer es *“declarar oficialmente la extensión que asignará el derecho a los derechos morales”*²².

Hay que dar a cada uno lo que es debido para garantizar el justo medio entre el principio moral y su concreción real en la convivencia cotidiana. Esta realización de la justicia solo es posible si se tiene en cuenta que todas las personas, sean fuertes o débiles, ricas o pobres, nacionales o extranjeras, sanas o enfermas, tienen la misma dignidad e igualdad política.

La búsqueda de la justicia es una exigencia ineludible para el derecho, puesto que aquélla es una “noción intuitiva adecuada” de éste. Aquí Dworkin sigue a su maestro John Rawls y su obra Teoría de la Justicia. El punto de partida radica en su convicción de que los ciudadanos debemos diseñar las reglas básicas de funcionamiento de la sociedad, tomando como base un criterio público de justicia. Se trata de no privilegiar los intereses particulares de los asociados sino más bien sus cualidades naturales y sociales. Aquí la justicia asoma como aquella clave comprensiva que pone de manifiesto la condición natural de cada persona, en sus dimensiones individuales y colectivas, y las impulsa hacia su plena realización.

La apuesta por la justicia a partir de la “posición original” rawlsiana es un ejercicio racional, que ha de actuar sobre principios tales como la igualdad, la imparcialidad y la objetividad. Esta es la base de su modelo contractualista de justicia, esto es preferencias subjetivas asumidas como valiosas por el congreso.

21. Ronald Dworkin; Los Derechos en Serio; Barcelona - España.; Editorial Ariel, 1997, p. 216.

22. Ibid. 293.

merado social. Aquellas intuiciones que llevan a la justicia son rasgos estipuladotes de una teoría general aún por construir; ésta es una responsabilidad de los propios involucrados: la justicia es una tarea de todos. La teoría se basa en derechos y no en objetivos, y considerará como justo todo aquello que los haga efectivos y reales.

“Es obvio que cualquier teoría –de justicia– basada en los derechos debe presumir que éstos no son simplemente producto de un acto legislativo deliberado o de una costumbre social explícita, sino que son fundamentos independientes para juzgar la legislación y las costumbres...”²³.

Nuestro autor habla de la equidad en dos sentidos diversos: el primero como igualdad, y entonces lo equipara con la idea de justicia; y entonces se refiere a la inequidad como “división injusta de los beneficios y de las cargas, o atribución injusta del mérito o la culpa”. Mientras que en el segundo sentido toma a la equidad como un acto de benevolencia, por el cual las distinciones normativas se hacen para el mayor beneficio social. Dada la igualdad esencial de todas las personas habla de dos tipos de derechos a la igualdad: uno relativo a igual distribución de oportunidades, recursos y cargas; y, otro, el de ser tratado como igual, con la misma consideración y respeto con que se trate a cualquier otra persona²⁴.

5.2.5 Arthur Haufmann (1923-2001) **Filósofo y jurista alemán**

Como otros autores de la segunda mitad del Siglo XX se preocupa por relacionar el derecho con la justicia. Las considera como dos realidades que guardan una estrecha conexión entre sí. Ambas se ocupan de ordenar la conducta humana: si

23. Ibid. 268.

24. Ibid. 294 y 333.

bien la una lo hace desde los dictados de la razón y la otra desde las disposiciones que provienen de una autoridad política; sin embargo, considerando su diverso origen y significación surgen entre estos dos órdenes normativos contradicciones en las que la moral tiene una función crítica y depuradora frente al derecho, y sustentados en ellas los ciudadanos pueden recurrir a la desobediencia civil o a la resistencia frente a las normas injustas.

Otra clave en el pensamiento de Kaufmann es el principio de subsidiariedad, el cual hace parte de la justicia social y del bien común, señala que el Estado a través de su normativa jurídica a de servir a los más genuinos valores sociales. En consecuencia, el derecho no puede quedarse en simple imperatividad sino que debe sustentar su obligatoriedad en la fuerza que recibe de la convicción moral y los valores en que se asientan sus normas. En el mismo orden de ideas: solo existen deberes jurídicos en cuanto se hallan respaldados en deberes morales.

Pese a lo dicho, Kaufmann reconoce la existencia de un “espacio libre de valoración jurídica”; pues hay un momento de amoralidad en el derecho. No todos los preceptos morales son trasladables al campo del derecho, ya que no todos pueden ser desdoblados en sus dimensiones de interioridad y exterioridad. Se trata, en definitiva, de ser tolerante con las decisiones de la conciencia personal, respetando el pluralismo religioso, ideológico o moral. Debe advertirse que esta apertura no puede llevarnos a situaciones extremas como la legitimación de situaciones de arbitrariedad, abuso o violencia en contra de personas inocentes o débiles. Es posible admitir jurídicamente la falta de virtud en los ciudadanos o la presencia de algunos vicios colectivos con tal de que éstos no afecten los fundamentos mínimos de una razonable convivencia social, la misma que persiste mientras se garantice la dignidad de las personas y el bienestar común de los asociados; para ello gobernantes y

gobernados deben proceder con prudencia –esto es, obrar en cada situación sin precipitación–. Buen consejo y discernimiento el que supone atender a las circunstancias de las personas, tiempos y lugares.

Kaufmann se pregunta: ¿qué es lo que da capacidad de consenso a una norma jurídica, como pretensión justificada de ser reconocida y obedecida por todos? El propio autor responde así: se requiere tanto una corrección formal, proceder de autoridad competente y según procesos definidos –positivismo jurídico–; como una corrección material, esto es que los contenidos incluyan derechos y deberes justos o correctos, lo cual solo se logra no desde presupuestos ideales sino desde la captación de las exigencias reales de la sociedad. *“El derecho puede ser legitimado, en últimas, únicamente cuando garantice a cada quien aquello que le corresponde como persona”*²⁵. El derecho no solo queda justificado por su correspondencia con la justicia sino que su finalidad u objeto último es la justicia.

Las personas sujetas a los mandatos de un orden jurídico deben observarlas si éstas desde el momento mismo de su establecimiento se encaminan a la consecución del bien común y tienen la potencialidad de concretarse en bienes particulares para cada ciudadano; ya que solo estamos obligados a obedecer a *“aquella autoridad que actúa por medio de una voluntad razonada que conduce a los subordinados hacia su bien”*.

Según Kaufmann la justicia se manifiesta en tres aspectos: a) como igualdad, que es la justicia en sentido estricto, y es la forma de ésta; b) como finalidad, que es la justicia social, el bien

25. Citador por Carlos Alberto Cárdenas Sierra y Edgar Antonio Guarín Ramírez; Filosofía y Teoría del Derecho: Tomás de Aquino en diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann; Bogotá D.C. - Colombia: Universidad Santo Tomás, 2006, pp. 283-284. Nuestro acercamiento a Kaufmann se basa en esta obra pp. 277 a 298. Toma en cuenta además la obra del propio Arthur Kaufmann; La filosofía del Derecho en la posmodernidad; Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A., 1998, Colección Monografías Jurídicas, n° 77, p. 90 .

común, aquí está su contenido; y, c) como seguridad y paz jurídica, que corresponde a la eficacia del derecho.

La igualdad es un acto de equitación, esto es de justicia. Aquí juegan dos elementos la racionalidad y el poder. Es un ideal por alcanzarse. Se lo alcanzará desde la acción de la autoridad que regula, premia o castiga; en sus palabras, si *"has vulnerado el orden social, entonces tienes un castigo; pero a la vez, si has vulnerado ese orden, entonces necesitas ser re socializado y ello implica un castigo suave, e incluso muchas veces la libertad"*²⁶. La proporcionalidad asoma como el valor pedagógico de la justicia que nos enseña el respeto a la juridicidad, pilar de la organización social.

Un aporte importante de Kaufmann es poner a la justicia no como una categoría metafísica de aplicación universal e indiferenciada sino como un valor de realización histórica en circunstancias y condiciones muy concretas, determinadas y particulares. Ello lo lleva a interesarse por aquellas personas que no son felices, a esforzarse por impedir la infelicidad de la mayor cantidad de personas; es decir que hacer justicia no es otra cosa que eliminación de la infelicidad, o dicho en positivo: búsqueda del bienestar de muchos. Propone este imperativo categórico: *"Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la máxima reducción de miseria humana"*²⁷.

Finalmente, atendiendo al hecho fundamental de que la dignidad es una condición innegable de las personas, que no les puede ser arrebatada ni menoscabada por ningún concepto, se torno evidente aceptar que los llamados derechos humanos, en cualesquiera de sus expresiones no son simplemente el resultado de un consenso social o un reconocimiento político sino que, por asentarse en la naturaleza misma de las personas,

26. Carlos Alberto Sierra y otros, Ob. Cit, p. 289.

27. Ibid. p. 293.

le son debidas y pueden ser reclamados por todos y a todos, so pena de echar en saco roto los cimientos mismos de la justicia.

6. CONCLUSIÓN

Al concluir estas reflexiones, parece pertinente formular algunas conclusiones:

- 1) El concepto de justicia es de trascendental importancia para la ética, las ciencias sociales y muy en particular para el Derecho. No obstante aquello, se muestra como un concepto complejo, esquivo, difícil y dinámico.
- 2) Es indudable que siempre será necesario pensar aquello que caracteriza a la justicia, pero ante todo se trata de hacer de ella una realidad a la que todas las personas puedan acceder, y desde la cual reconozcan su dignidad y se realicen como personas y como colectividades.
- 3) La justicia puede reivindicar para sí el carácter de valor central y fundamental de la ciencia jurídica, porque atendiendo a su propia naturaleza y a los fines que persigue se constituye en un "existencial humano"; es decir en expresión significativa, y dinamizadora de la vida humana personal o social.
- 4) Desde siempre, pero más aún en nuestra época, la justicia es un parámetro decisivo a la hora de medir la calidad de nuestra convivencia social; por tanto, solo se justificará la existencia de las diversas estructuras jurídico políticas de una sociedad, si éstas contribuyen desde su ser y su quehacer al surgimiento y desarrollo de modelos de interrelación personal verdaderamente justos y humanizadores.

Bibliografía

- Álvarez Ledesma, Mario I.; Introducción al Derecho México D.F.-México: Mc Graw-Hill, 1995.
- Cárdenas Sierra, Carlos Alberto y Guarín Ramírez, Edgar Antonio; Filosofía y Teoría del Derecho: Tomás de Aquino en diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann; Bogotá D.C. - Colombia: Universidad Santo Tomás, 2006.
- Diccionario Teológico Enciclopédico, Estella Navarra-España: Editorial Verbo Divino, 1996.
- Dworkin, Ronald; Los Derechos en Serio; Barcelona-España: Editorial Ariel, 1997.
- Kaufmann, Arthur; La filosofía del Derecho en la posmodernidad; Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A., 1998, Colección Monografías Jurídicas, n° 77.
- Kelsen, Hans; ¿Qué es la justicia?; Buenos Aires-Argentina: Editorial Leviatán, 1991.
- Kelsen, Hans; Teoría Pura del Derecho; México D.F. - México: Editorial Porrúa, 3ª edición, 1995.
- Nicolliello, Nelson; Diccionario del Latín Jurídico, Buenos Aires - Argentina, Editorial B de F, 2ª reimpresión, 2006.
- Marias, Julián; "La justicia social y otras justicias, Madrid - España: Seminarios y Ediciones, 1974.
- Martini, Carlo María; Coloquios Nocturnos en Jerusalén: sobre el riesgo de la fe; Madrid-España: Ediciones San Pablo, 2008.
- Noratto, José Alfredo; "La justicia occidental es cristiana, pero ¿se inspira en el Evangelio?, en Theologica Xaveriana, publicación de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá - Colombia, n° 141, Enero-Marzo 2002.

- Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Madrid - España: BAC, 1957.
- Vidal, Marciano; *Diccionario de Ética Teológica*, Estella Navarra - España: Editorial Verbo Divino, 1991.

Los burós de crédito

Pablo Ortiz García

Con fundamento en el artículo 81 de la Constitución, vigente desde 1998 a 2008, que disponía que *“El Estado garantizará el derecho de acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, verás, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales”*, el Congreso Nacional expidió la Ley de Burós de Información Crediticia, publicada en el Registro Oficial 127 de octubre 18 de 2005.

El Considerado Segundo de la nombrada Ley, para justificar su expedición señala

*“Que es necesario dictar una ley que permita a las instituciones del sistema financiero, a las del sistema de seguros privados, a las del sistema nacional de seguridad social y a las del sector real de la economía, **contar con información completa que les permita tomar adecuadas decisiones de riesgo, con la finalidad de proteger los intereses de los depositantes y del público en general**”* (el resaltado es mío).

En vista de que el tema no ha sido difundido de una manera que una Ley como esta tiene, procederé a hacer un análisis respecto de los burós de información crediticia. Para ello, formularé algunas preguntas, la primera, ¿qué es un buró de información crediticia? Se puede decir, en palabras fáciles, que

se trata de un sistema pensado y desarrollado para compartir información crediticia que permite a las personas jurídicas legalmente autorizada para otorgar créditos, llámese bancos, sociedades financieras, cooperativas de ahorro y crédito, entidades de microcrédito o pequeños, medianos y grandes comerciantes que venden sus mercaderías a plazos, financiar a sus clientes teniendo información respecto de la persona que compra a crédito u obtiene un préstamo.

Los burós de información crediticia mantienen datos, exclusivamente, respecto a los créditos recibidos por clientes de las instituciones financieras o de comerciantes que venden con facilidades de pago sus productos. No poseen otro tipo de datos, ya que les es prohibido obtener otra información que no sea la indicada.

La segunda pregunta a formularse es ¿por qué existen los burós de información crediticia? La respuesta es porque en el mercado existe desigualdad de información: el solicitante del crédito (potencial deudor), se encuentra muy bien enterado sobre su capacidad e intención de pago, cosa que no sucede con su futuro acreedor, que es quien asume el riesgo de otorgarle el crédito, tratándose de una institución financiera, o de venderle a plazos una mercadería, si es un comerciante.

El Premio Nobel de Economía en el 2001, Joseph Stiglitz, cuya investigación más prestigiosa es la relativa a la teoría de la asimetría de la información, que en pocas palabras se reduce a sostener que el mercado debe contar con igual información para actuar equilibradamente. Es criterio del economista Stiglitz que cuando existe desigualdad de información en el mercado crediticio, se dan efectos negativos para un Estado, puesto que hay un racionamiento del crédito (no se otorga préstamos sino a personas conocidas), y, además, un encarecimiento del costo del préstamo o de la financiación (los “bue-

nos" deudores asumen el riesgo de no pago de los "malos" deudores, y eso significa tasas de interés elevadas).

Los burós de información crediticia entregan al potencial acreedor los datos sobre las personas que solicitan un crédito, lo que conlleva que se nivele la desigualdad entre la información que posee quien requiere el crédito y quien le otorga. En otras palabras, se equilibra la información con la que deben contar las partes contratantes (prestatario y prestamista).

Una tercera pregunta es, ¿cuáles son los beneficios que otorgan los burós de información crediticia? Para responder, hay que considerar si se trata de quien solicita el crédito, o de quien lo otorga, y el rédito para el país. Para la persona que solicita un crédito, o busca adquirir mercadería a plazos, es una forma óptima de tener un registro sobre el comportamiento de pago de sus deudas. También le permite, en caso de cumplir puntualmente sus obligaciones, acceder a más y mejores oportunidades de crédito. Al existir estos burós de información crediticia, el interesado puede conocer su posición crediticia, actualizarla y, de ser necesario, rectificar todo aquello que no se ajuste a la realidad.

Para quien otorga el crédito, sea una institución financiera o el comerciante que vende a plazos, les ayuda a crecer sólidamente, ya que disminuye la cartera de incobrables. Al contar con más información en estos burós, evita que crezca la cartera de difícil o imposible cobro, generando menos pérdidas para el acreedor.

La existencia de los burós de crédito trae como beneficio para el país, que se democratice el crédito. Sirve para coadyuvar en la educación del manejo del crédito, y a bajar las tasas de interés de los créditos.

Una cuarta pregunta que se puede formular respecto a los burós de información crediticia es ¿de dónde obtienen la información? En primer término, de la Central de Riesgos, esto es, la entidad a la cual las instituciones del sistema financiero reportan sobre el cumplimiento o incumplimiento de pago de las deudas que adquieren los clientes de bancos y otras entidades de ese sector. Los burós de información crediticia, se “alimentan” de los datos que les transmiten las casas comerciales que venden a crédito sus productos. Finalmente, las entidades de microcrédito reportan a los burós de información crediticia sobre el cumplimiento de las obligaciones crediticias de sus clientes.

La quinta pregunta es ¿cuáles son las características previstas en la ley ecuatoriana para los burós de información crediticia? Como se dijo al inicio de este trabajo, en Ecuador se expidió la Ley de Burós de Información Crediticia en octubre de 2005. La Superintendencia de Bancos y Seguros emite las Normas Generales para la Aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y en el Capítulo IX habla de los burós de información crediticia (Resolución JB-2006-863 de enero 17 de 2006). Es decir, éstas son las normas que rige esta clase de compañías, cuyo tipo societario es de compañía anónima. Su objeto social exclusivo es la prestación de servicios de referencias crediticias. Además en las normas legales indicadas, se señala que toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, puede ser accionista de la misma. No pueden serlo, las instituciones del sector financiero y los accionistas de éstas.

Con el objeto de cumplir la disposición por la cual ciertas personas no pueden adquirir la calidad de accionistas de los burós de información crediticia, la Ley establece que las transferencias de las acciones se podrá inscribir en el Libro de Acciones y Accionistas, siempre que se cuente con la autorización previa de la Superintendencia de Bancos y Seguros de

Ecuador, Entidad que es la única que tiene acceso ilimitado a la información que consta en los burós (artículo 23 de la Resolución de la Superintendencia de Bancos y Seguros).

Es importante recalcar que únicamente los burós pueden de forma lícita recabar y difundir la información de riesgos crediticios, y entregar esa información a sus clientes, personas naturales o jurídicas, que hayan suscrito el respectivo contrato.

¿Cuál es la información que pueden recabar los burós?, sería la sexta pregunta. Toda aquella que tenga relación con las obligaciones o antecedentes financieros, comerciales, contractuales, de seguros privados y de seguridad social, referida a una persona natural o jurídica, pública o privada. Con esta información se puede determinar los niveles de endeudamiento y, en general, los riesgos crediticios de una persona solicitante de un crédito en una institución financiera, o para comprar a plazos mercaderías a una compañía comercial.

Profundizando un poco más el tema de la información, los burós recaban los datos respecto a las deudas (obligaciones activas) que constan en la Central de Riesgo, y las obligaciones que las personas adquieren con el sector real de la economía. El artículo 5 de la Ley dispone: *“La información de riesgos que obtengan y mantengan los burós tendrá por exclusiva finalidad destinarla a la prestación del servicio de referencias crediticias y deberán mantenerla en el país”*.

La pregunta siete: ¿cuál es la información prohibida? De acuerdo con el artículo 6 de la Ley, los burós no pueden manejar la siguiente información:

- a) “Aquella que, por afectar el derecho a la intimidad personal o familiar, lesione las garantías previstas en los numerales 8, 11 y 21 del artículo 23 de la Constitución Política de la República... (8. El derecho a la honra, a la buena reputación

y a la intimidad personal y familiar.- 11. Libertad de conciencia.- 21. De el derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas)";

- b) La información protegida por el sigilo bancario, prevista en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (toda forma de captación. En otras palabras, los préstamos otorgados por las instituciones financieras a una persona, no están sujetos al sigilo bancario);
- c) Aquella que supere los tres años de antigüedad. La información que deben mantener en sus bases de datos los burós, es de los últimos tres años de cada cliente; y,
- d) Les está prohibido entregar información respecto del patrimonio personal y familiar de las personas.

Los datos que constan en los burós son informativos, no vinculantes. Entre las obligaciones que tienen los burós, es actualizar permanentemente la información. Y es importante señalar que cuando una persona se siente inconforme con los datos que sobre ella constan en el buró, puede solicitar su rectificación, para lo cual se revierte la carga de la prueba, esto es, que deberá el buró investigar si es que lo que el interesado le ha dicho es correcto, para modificar, de inmediato, su base de datos. El interesado, por tanto, manifiesta su inconformidad con los datos, y el buró debe comprobarlos.

En los burós no consta información respecto de los garantes de los deudores. Expresamente se prohíbe este tipo de datos. La persona que solicite al buró la información sobre si misma, no le costará, puesto que es un servicio gratuito para el requirente de la información.

Pregunta ocho: ¿quiénes pueden ser clientes de los burós de información crediticia? El artículo 7 de la Ley, concordante

con la Resolución expedida sobre este tema por la Superintendencia de Bancos y Seguros, señala que pueden ser clientes de los burós, las siguientes personas:

- “a) Las instituciones controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros;
- b) Las personas jurídicas, empresas, fundaciones y otras sociedades legalmente autorizadas y que otorguen crédito; y,
- c) Las persona naturales que se dediquen a actividades económicas, que cuenten con el Registro Único de Contribuyentes actualizado y que otorguen crédito”.

Las personas indicadas en las letras a), b) y c) precedentes, deben guardar confidencialidad sobre la información que el buró les remite respecto de las personas cuyos datos han requerido. En caso de no observar esta reserva de la información, se les puede iniciar una acción penal, fundamentada en el artículo 201 del Código Penal (*“El que teniendo noticia, por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin causa justa, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a sesenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América”*). Este artículo se encuentra en el Capítulo que trata de Los Delitos Contra la Inviolabilidad del Secreto).

Novena pregunta: ¿Cuáles son los derechos de los titulares de la información? Es decir, las personas naturales o jurídicas que consten en un buró de información, ¿tienen algún derecho a acceder a los datos que sobre esa persona constan? La respuesta obvia es la que sí pueden acceder a la información de la cual son sus titulares. Aún más, el reporte que sobre sí mismo se halla en el buró de crédito debe ser entregado al interesado, de tal forma que le permita conocer de manera clara y precisa la condición en que se encuentra su historial crediticio.

También es derecho de los titulares de la información, que los datos se actualicen constantemente; o se los rectifique o elimine todo aquello que fuese incorrecto, falso, erróneo, incompleto o caduco (es decir, que haya superado los tres años de vigencia).

Pero es interesante señalar que en el artículo 33, número 5, de la Resolución expedida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, referida a los burós de información crediticia, se ordena que otro de los derechos de los titulares de la información, es que se les informe los nombres de la o las personas que hayan requerido un reporte de crédito sobre el titular de la información.

¿Tienen responsabilidad los burós de información crediticia?, sería la décima pregunta. Los burós de crédito tienen varias responsabilidades, las mismas que resumiré a continuación:

1. La información debe ser aquella que la ley les autoriza a obtener. Debe ser, además, veraz, exacta e íntegra.
2. El buró debe contar con la autorización previa del titular, para que sus datos consten en sus bases.
3. Es responsabilidad de los burós de información crediticia, según el artículo 5 de la Ley, informar a los titulares de la información crediticia, lo siguiente:

“a) La existencia de las bases de datos que administran los burós, su finalidad y los potenciales destinatarios de la información;

b) La identidad y dirección de los burós que recepten la información;

c) Las posibles consecuencias del uso de la información; y,

d) Los derechos que les asisten”.

Los burós deben contar con controles de seguridad en el procesamiento de datos.

Es obligación reportar la información, sin modificación alguna.

Y, finalmente, deberá corregir todos los datos cuya modificación ha sido solicitada por el titular de la información, u ordenada por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Conclusiones

Luego del análisis de la Ley de Burós de Información Crediticia y de la Resolución de la Superintendencia de Bancos y Seguros, las conclusiones a las que arriba son las siguientes:

- El acceso limitado al crédito es uno de los principales obstáculos al desarrollo económico. Para fomentarlo, es necesario mejorar la calidad, cantidad y disponibilidad de información crediticia.
- En el empeño de “proteger” a los deudores, sin contar con información, se corre el riesgo de marginarlos del mercado crediticio.
- No viola, como algunas personas lo han sostenido, los derechos constitucionales de las personas.
- Para que los sistemas de información crediticia funcionen adecuadamente, se requiere un esquema de garantías claras de los derechos de los titulares de los datos.
- Beneficia a los buenos deudores.

- Es un “libro” con información “blanca” y “negra”: constan deudas por vencer y las vencidas.
- Tiene el historial crediticio de las personas, de los últimos tres años.
- Baja los riesgos del crédito, ya que antes de conferir un préstamo, se conoce si quien lo solicita es bueno o malo pagador.
- Contribuye al desarrollo del crédito.
- Facilita el acceso al crédito.
- Permite conceder créditos a tasas de interés más bajas.
- Democratiza el crédito.
- Se conoce la capacidad de pago de las personas.
- Los comerciantes cuentan con información crediticia, y así pueden planificar mejor sus proyectos de desarrollo empresarial.

Mea Culpa en la Inseguridad Jurídica

Néstor Arboleda Terán

Al pensar en el problema de la inseguridad jurídica en el Ecuador, siento vergüenza ajena y vergüenza propia.

La seguridad jurídica es fin y función del Estado de derecho. Es la certeza de que la ley se ha de cumplir por todos los miembros del Estado voluntaria o coercitivamente.

Siento vergüenza ajena por los fallos insólitos y contradictorios de la Corte Suprema de Justicia, tribunales, cortes superiores y juzgados y Tribunal Constitucional y, más recientemente, por actuaciones de centros de mediación.

Vergüenza ajena por los abogados que manipulan la ley en busca de una justicia que equivale a interés particular y no responde al clásico concepto de “dar a quien lo suyo”.

Siento vergüenza por las demandas exorbitantes e infundadas que se proponen en contra del Estado bajo el prejuicio de que siempre irrespetan los derechos de las personas. Muchas de esas demandas parten de otro prejuicio: que el Estado es una *res nullius*, una cosa abandonada de la que cualquier persona puede aprovecharse y hacerla suya. Ni los ciudadanos comunes, ni los jueces magistrados y peor el abogado del Estado, pueden estar de acuerdo con esa concepción. La *res pública* es,

como su nombre lo indica, la cosa de todos y así como todos contribuyen a sostenerla, todos deben defenderla de los depredadores.

Debo admitir, sin embargo, que algunas causas en contra del Estado tienen asidero en la actuación arbitraria de autoridades y servidores públicos, en particular cuando se registran cambios de gobierno.

CORTE SUPREMA

La mayor vergüenza ajena que siento tiene que ver con la Corte Suprema de Justicia por los fallos contradictorios que ha emitido en casos similares.

Un ejemplo: las salas de lo civil se han contradicho a rechazar los recursos de casación en juicios posesorios por considerar que no eran juicios de conocimiento. Una sala decía que si son y otra que no. En una sala se dio un fallo dividido. Dos magistrados votaron que si lo eran y un tercero salvó el voto considerando lo contrario.

LOS JUICIOS DE POSESIÓN SON DE CONOCIMIENTO

“El objeto del amparo posesorio es determinar la existencia de un hecho, cual es la posesión y declarar los efectos jurídicos que se derivan de dicha situación fáctica, que se traducen en la tutela posesoria que el juez otorga. La declaración judicial sobre esta situación, de la cual derivan verdaderos derechos, coincide por tanto con la naturaleza declarativa de las decisiones judiciales dictadas dentro de los procesos de conocimiento. Se considera a la posesión como aquella relación jurídica regulada por la ley, que establece derechos que, en caso de controversia, son declarados por el juez, de una relación jurídica surge únicamente

cuando determinadas normas jurídicas imponen a los demás la obligación o deber de respetar el poder de hecho (o relación material con las cosas) de que son titulares los poseedores. Nadie discute hoy que la posesión es una auténtica relación jurídica en cuanto se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico. Toda posesión se encuentra protegida con la acción directa y las acciones posesorias; lo cual indica que los demás se encuentran obligados a respetar las relaciones materiales que alguien establece con una cosa. La relación entre el propietario y la cosa o entre el poseedor y la cosa, es apenas el supuesto de una relación jurídica; esta se constituye por una serie de normas que protegen al propietario o al poseedor en el goce y el poder de hecho, imponiendo a los demás el deber de respetar la propiedad o la posesión. Por lo tanto, se concluye que los juicios posesorios son procesos de conocimiento y las sentencias que en ellos se pronuncian son susceptibles de ser recurridas mediante casación". Primera sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3419. Quito, 5 de julio de 2002:

LOS JUICIOS DE AMPARO DE POSESIÓN NO ES DE CONOCIMIENTO

"Los juicios posesorios no son de conocimiento; tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en sostener que dichos juicios no tienen ese carácter, ya que se originan en los interdictos romanos establecidos para regular de urgencia determinado estado posesorio, y sus decisiones, como queda dicho, no son inmutables. Así tenemos, que el Maestro Víctor Manuel Peñaherrera en su obra "La posesión, sostiene que: "Mediante juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión; pero no de modo definitivo... El triunfo en este juicio no impide en manera alguna el que enseguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio, y declararse que esa posesión amparada y protegida en el posesorio, ha sido injusta e ilegal", y continúa el tratadista indicando que "el fallo expedido en juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio", así como que "pendiente el juicio posesorio promovido por el poseedor despojado o perturbado, puede su contrincante suscitarle el jui-

cio ordinario de propiedad”, a más de que “el mismo actor en el juicio posesorio, si prevé el mal éxito de su acción o tiene algún otro motivo puede suscitar el juicio petitorio, sin que haya derecho a oponerle la excepción de litis pendencia”. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág. 4025. Quito, 1 de febrero de 1999.

Otro ejemplo es el relativo al juicio de excepciones a la coactiva. La Sala especializada de la Corte Suprema ha dicho que es y no es de conocimiento.

EL JUICIO DE EXCEPCIONES A LA COACTIVA ES DE CONOCIMIENTO

El juicio de excepciones es un proceso de conocimiento que busca el que se declare la legalidad o no del procedimiento iniciado por el agente coactivamente, por la existencia o inexistencia de la obligación cuyo pago ha sido perseguido por la vía coactiva; la resolución que en él se expide, al igual que en todo proceso de conocimiento, es una sentencia de mérito sobre el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes; dicha sentencia es final y definitiva por cuanto goza de los efectos de cosa juzgada formal y sustancial. Por lo expuesto, el juicio de excepciones originado en el procedimiento o jurisdicción coactiva, por su naturaleza declarativo, es un proceso de conocimiento, respecto del cual, si procede el recurso extraordinario de casación. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4221.

EL JUICIO DE EXCEPCIONES A LA COACTIVA NO ES DE CONOCIMIENTO

El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Superiores, por los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo. En la especie, las excepciones

propuestas son las siguientes: Nulidad del título de crédito y nulidad del auto de pago, porque de acuerdo al Art. 166 del Código Tributario, son solemnidades del procedimiento de ejecución que afectan a aparejar la coactiva con títulos de crédito válidos. Las dos excepciones propuestas, mira a aspectos de orden formal y no al de fondo o de derecho material, atinente a la obligación tributaria. Por lo tanto es evidente que no se trata de un proceso de conocimiento en los términos de la disposición contenida en el inciso 2do. del Art. 2 de la Ley de Casación. SALA DE LO FISCAL. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág. 4137.¹

Uno de los objetivos al establecer la casación, a principios de los noventa, fue unificar la jurisprudencia y por tanto contribuir a la seguridad jurídica. Lamentablemente por la existencia de varias salas en cada área –y extrañamente en las áreas con una sola sala– se produjeron fallos contradictorios y no se consiguió el objetivo. Este error ha dado pie a las voces que se han levantado para reducir el número de magistrados y las salas.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha pasado por varias administraciones. Una de las primeras fue la que más fallos contradictorios dictó. Por ejemplo, sostuvo, en principio, que la acción de amparo constitucional era de carácter residual. Luego rectificó y reconoció su independencia. Afirmó también que las personas jurídicas no eran sujetas activas de amparo porque la Constitución no las reconocía expresamente esa calidad, pero luego, admitió que si pueden serlo en referencia a algunos derechos fundamentales.

1. Los datos de los fallos han sido tomados del sistema LEXIS.

El mayor problema que ha tenido el Tribunal Constitucional es que se lo ha tomado como un órgano más de la administración de justicia.

Sea por ignorancia o por malicia de los abogados que recurren, el Tribunal Constitucional se ha llenado de demandas propias de comisarías o de juzgados civiles ordinarios y, en el mejor de los casos, de los tribunales contencioso administrativos o fiscales.

En ese marco, la mayoría de acciones de amparo constitucional se refieren a asuntos de mera legalidad, que no comportan violación de derechos subjetivos garantizados por la Constitución. Por eso, el Tribunal ha rechazado y rechaza un altísimo número de demandas. Sin embargo, el Tribunal se ha dejado instrumentar en unos pocos casos y ha aceptado demandas de amparo y de inconstitucionalidad, a todas luces improcedentes.

Un análisis del Dr. Luis Hidalgo López, ex Contralor General del Estado, gerente general de la empresa LEXIS S. A., que maneja una de las bases de datos sobre ley y jurisprudencia, más grandes del Ecuador refleja que el Tribunal Constitucional solo concede un cinco por ciento de los amparos solicitados.

“Esto, afirma, produce dos efectos políticos: uno negativo, que es el odio institucional al Tribunal Constitucional por parte del noventa y cinco por ciento de perdedores; y otro positivo, pues el proceso constituye un desfogue social que evita que los recurrentes salgan a la calle a tirar piedras contra el sistema”.

El análisis de Lexis señala algunas de las causas más frecuentes de reclamo de amparo. He aquí varias:

- Por orden de desalojo, clausura de locales, sanciones pecuniarias, paralización y demolición de edificaciones ordenadas por comisarios municipales;

- Por destitución, remoción, cambio de funciones y multas a empleados públicos;
- Por sumarios administrativos ordenados por autoridades sancionadoras administrativas;
- Por auto de coactiva, por providencia de embargo y tercerías;
- Por orden de desalojo de gobernadores, intendentes o del INDA de terrenos invadidos;
- Por resoluciones de baja o sanciones administrativas en la policía.

DOS POR UNO

En una situación insólita, una queja reciente de Corpecuador permitió conocer que dos salas del Tribunal Constitucional expidieron fallos contradictorios al resolver dos acciones de amparo que guardaban identidad objetiva y subjetiva.

El antecedente remoto del caso indica que el 13 de septiembre del 2006, el directorio de la delegación de Santo Domingo de los Colorados de CORPECUADOR, resolvió dar por terminado en forma anticipada y unilateral el contrato suscrito con la compañía INMOPRISCILA S.A.

Los representantes de la compañía interpusieron dos demandas de amparo constitucional para oponerse a esa resolución. Las demandas se tramitaron (sin competencia por el lugar en que producían efecto) en el Juzgado Duodécimo de lo Civil del Guayas, con el número 620-2006-F; y, en el Juzgado Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil, con el número 879-2006.

El Juzgado Duodécimo de lo Civil del Guayas denegó el amparo en primera instancia por lo que la causa subió en ape-

lación ante el Tribunal Constitucional, que mediante la resolución No. 0085-2007-RA de 30 de enero de 2008, de la segunda sala, confirmó la resolución llegada en grado.

La sala consideró, entre otros aspectos, que la compañía INMOPRISCILA S.A., había presentado dos amparos constitucionales con total identidad subjetiva y objetiva. Precisó que quien había deducido las dos acciones era la persona jurídica INMOPRISCILA S.A., por dos interpuestas personas que alegaban ser representantes legales.

Suerte diferente corrió el amparo constitucional No. 879 - 2006. El Juzgado Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil lo aceptó y, luego de la apelación, la primera sala del Tribunal Constitucional, mediante resolución No. 0341- 07- RA confirmó la “resolución venida en grado”; y por consiguiente, concedió el amparo.

En resguardo de la seguridad jurídica, el Procurador General del Estado solicitó que el pleno del Tribunal proceda conforme lo dispone el artículo 57, segundo inciso de la Ley Orgánica de Control Constitucional, esto es, el archivo de la acciones presentadas, sin perjuicio de remitir copia de los expedientes al Ministerio Público a fin de que inicie las acciones penales que correspondan.

MEA CULPA

Siempre es difícil admitir las culpas propias, pero la Procuraduría General del Estado también ha pecado por una actitud dubitativa al absolver consultas que tienen carácter vinculante, esto es obligatorio (y que luego, extemporánea e improcedentemente, reconsidera).

El caso más conocido es el denominado Andrade Gutiérrez. La compañía construyó, en los años 80, la carretera Méndez Morona. Tras la obra, reclamó al Estado ecuatoriano el reembolso de fondos que había dejado en garantía por gastos de fiscalización. Consultados sobre el asunto, entre 1989 y 1997, tres procuradores generales, negaron el reclamo, pero, en 1998, el Procurador de ese entonces, resolvió que la compañía sí tenía derecho al reembolso de más de 23 millones de dólares. (Inicialmente pedía 3.5 millones de dólares).

A pedido de la misma Procuraduría, la Contraloría General del Estado realizó un examen especial y emitió una orden de reintegro por pago indebido. La constructora interpuso un juicio contra esa orden, pero el Tribunal contencioso administrativo rechazó su demanda. En casación, la Corte Suprema de Justicia dio la razón a la Contraloría, pero, luego, la constructora se inventó un juicio de excepciones a la coactiva, (por falsificación de títulos) que hasta ahora no tiene fin.

CENTROS DE MEDIACIÓN

Los centros de mediación y arbitraje responden a una nueva filosofía de aplicación del derecho. Procuran un arreglo extrajudicial oportuno y menos traumático. Se esperaba que contribuyeran a crear un ambiente de menor conflictividad judicial y a garantizar la seguridad jurídica. Su número se ha incrementado, pero no logran consolidarse. Despiertan todavía muchas sospechas, especialmente en causas que involucran a instituciones del Estado.

Extrañamente, el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado se vio involucrado en un lamentable proceso de falsificación del acta de acuerdo total entre herederos de la familia Nuques y el Servicio de Rentas Internas, SRI.

El acta, supuestamente firmada en Guayaquil –a pesar de que los firmantes nunca salieron de Quito– reconoció el pago de 23 millones de dólares (cifra igual a la del caso Andrade Gutiérrez que extrañamente se repite) a favor de los herederos Nuques, pero, luego se descubrió que su reclamo se basaba en la interpretación interesada y antojadiza de una sentencia de casación incidental en un juicio tributario. De haber prosperado la ejecución del acta –que tiene efecto de cosa juzgada– el Estado se hubiera perjudicado en esa alta suma de dinero.

Actualmente se tramita un juicio penal en contra de ex directivos del SRI, de la Procuraduría y representantes de la familia Nuques.

Una situación parecida involucró al centro de mediación de la función judicial de Quito, donde se firmó una amañada acta entre representantes de El Filanbanco en liquidación y el Banco de los Andes, por 37 millones de dólares.

El acta también fue impugnada y derivó en otro proceso penal por colusión que ha dado lugar a órdenes de prisión para los suscriptores.

LEYES Y CONGRESO

Por desgracia, a la inseguridad jurídica también han contribuido el Congreso y el ejecutivo en el proceso de formación de leyes.

Por ejemplo, en el 2006, el Congreso expidió la famosa “Ley Huaquillas” que pretendía consagrar el contrabando. Su ilegitimidad fue tan notoria que debió ser declarada inconstitucional a poco de su expedición.

En el 2003, como parte de la nueva Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se incluyó una transitoria que reconocía una reliquidación de la compensación por renuncia voluntaria de servidores que se habían retirado muchos años antes. Poco después de su vigencia, el propio gobierno consiguió que se declarara inconstitucional, pero, su efímero paso por el mundo del derecho permitió que algunos ex funcionarios plantearan juicios en pos de una nueva compensación. La mayoría fue rechazada por el Tribunal Contencioso Administrativo. Sin embargo, en unos pocos casos que conoció por recurso de casación, la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema aceptó las demandas en perjuicio del Estado.

Otro ejemplo: en el 2002, se aprobó una lamentable reforma al art. 65 de la Ley de la Jurisdicción contencioso Administrativa, en virtud de la cual se amplió a cinco años el término para presentar demandas derivadas de contratos con el Estado. El término anterior era el mismo del recurso subjetivo esto es noventa días. Con el nuevo término se concedió un privilegio a los contratistas, llenando de causas los tribunales y creado un verdadero caos.

Esa reforma ha sido objeto de una interpretación extraña de la sala de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia que, en sentencia, ha opinado que en ese mismo término se pueden deducir “otras demandas” como las que pretenden ejecutar el silencio administrativo.

Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia¹

Ramiro Ávila Santamaría²

Sumario

Introducción. I. El Estado Constitucional. II. El Estado de justicia. III. El Estado de derechos. 3.1. La pluralidad jurídica. 3.2. La centralidad de los derechos en la Constitución. IV. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Normalmente, las primeras palabras del primer artículo de las constituciones suelen determinar las cualidades que caracterizan al Estado. Así, por ejemplo, la Constitución de 1998 estableció que “el Ecuador es un estado social de derecho”, la Constitución de Bolivia determina que es “un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”, la de Venezuela que “se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” (Art. 2), “Colombia es un

1. Ensayo publicado en el libro Ramiro Ávila Santamaría (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas, Quito, 2008.
2. Doctor en Jurisprudencia por la PUCE, Máster en Derecho (Human Rights Fellow, por Columbia University, New York), profesor de Teoría y Práctica de Derechos Humanos en la PUCE y Teoría General de los Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar.

Estado social de derecho”; en el caso peruano, la Constitución define al Estado algunos artículos más adelante: “[L]a República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” (Art. 43).

La Constitución del 2008 proclama que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)”. El calificativo de Estado constitucional no lo tiene país alguno de la región, el de derechos tampoco, y el de justicia lo apreciamos en la Constitución de Venezuela.

Vamos a analizar en este ensayo estos tres elementos, a la luz de la doctrina y también de la comparación, en lo que sea posible, con las constituciones del área andina. En primer lugar, abordaremos el tema del Estado constitucional; en segundo lugar, el Estado de justicia; y, finalmente, el Estado de derechos. En este último, explicaremos la racionalidad del elemento desde dos perspectivas: la pluralidad jurídica y los derechos.

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En una división fácil y hasta reduccionista, podríamos afirmar que hay tres modelos de estado³: (a) el estado absoluto, (b) el estado de derecho o estado legal de derecho, (c) el estado constitucional de derecho.

(a) El estado absoluto: la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una persona o en una clase

3. La palabra estado se refiere a toda organización política, compleja, que se diferencia de la población y que no necesariamente reúne las características ni los elementos del estado moderno (soberanía, territorio, población). Además, por considerar que la palabra estado en el contexto se entiende con claridad que hace referencia a la organización política, se la escribe con minúscula; no es un nombre propio ni tampoco hace referencia a una institución a la que hay que venerar.

política. La autoridad emite las normas, administra el estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El Estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen derechos sino, a lo sumo, privilegios. En el estado absoluto no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad.

(b) El estado de derecho: la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento. Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia)⁴. El modelo que triunfa es el burgués, aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado⁵. La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una “democracia absoluta” y en este modelo no hay mayor diferencia al anterior. Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas⁶; el resto de personas –que es la mayoría en términos numéricos–

4. Ver sobre el relato histórico, con detalle, Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el estado*, tercera edición, Madrid, Trotta, 2001.
5. Sólo recordemos que inmediatamente después de la Revolución Francesa, que instauró un régimen liberal, el poder absoluto cobró fuerza por muchos años más. Napoleón se coronaría como Emperador en el año 1804 e inaugurará un régimen monárquico mucho más despótico que los del *Ancien Régime*. En 1848 –la revuelta de las comunas– se producirá un intento fallido por recuperar la filosofía de la libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución Francesa.
6. Por la ciudadanía sólo las personas propietarias, que tienen autonomía en el trabajo, hombres, adultos tenían derecho a la participación política. En otras palabras, el *optimo iure* de los seres humanos son los burgueses.

sigue siendo vasalla o súbdita⁷. Los límites del estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley”. Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la Constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el Código Civil y el Código Penal), las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.

(c) El estado constitucional: la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias⁸, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de viola-

7. J. Bodin, teórico liberal de iluminismo, se preguntaba “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno?”, frase que refleja la exclusión de las mayorías y del reconocimiento de la ciudadanía de la clase social burguesa, citado por Albert Noguera, “Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación política. Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social en el proyecto constitucionalecuatoriano, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales, la constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

ción de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios⁹.

La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, *referee*, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional.

En el siguiente cuadro se resumen algunos de los aspectos que distinguen los diversos paradigmas.

8. Véase Juan Pablo Morales, "Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica", en edición de Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 90-96.
9. En relación a la rigidez, la Constitución del 2008 tiene un déficit, el parlamento puede modificar la Constitución en ciertas circunstancias y esto es considerado "un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", como lo destaca Rubén Martínez Dalmau, en "Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales, la constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

	Absoluto	Legislativo	Constitucional
Centralidad	Autoridad	Ley	Persona (derechos)
Fuentes	Autoridad	Parlamento	Asamblea Constituyente
Límites y vínculos	No existen	Ley	Constitución material
Poder <i>referee</i>	Ejecutivo	Parlamento	Judicial constitucional

La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional.

II. EL ESTADO DE JUSTICIA

La justicia es un término polisémico; tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar. Se puede decir, por ejemplo, que un sistema social es injusto, que un trato humano es injusto, que una expresión es injusta, que una sentencia es injusta y hasta que la vida misma es injusta. La teoría de la justicia, parte de la filosofía del derecho, tiene la tarea de distinguir todas las aplicaciones del término justicia. A nosotros, para intentar clarificar el término, nos interesa cuando la justicia se puede predicar del Estado y del derecho.

H. Kelsen, en un magnífico ensayo intitulado *¿Qué es la justicia?*¹⁰, hace un repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justicia para concluir que resulta tan subjetivo definir la justicia, que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica. Se podría afirmar, incluso, que invocando

10. Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2006.

la justicia se ha justificado regímenes autoritarios y represivos; por citar algunos ejemplos, la justicia de los colonizadores españoles para exterminar a los “salvajes” indígenas, la justicia del régimen fascista para exterminar judíos, gitanos y homosexuales; la justicia del ku kux klan para exterminar afroamericanos, la justicia de los regímenes de seguridad nacional en el siglo XX para exterminar al enemigo interno (izquierdistas revolucionarios). En el extremo, existían causales en el iusnaturalismo¹¹ para declarar una guerra justa. Parecería, entonces, al menos desde el positivismo jurídico, que atribuir la categoría justicia al Estado y a los derechos, en el texto constitucional, no tiene sentido. Desde esta perspectiva, que es la dominante, el análisis de la justicia, siendo importante, es ajeno o externo al derecho. Por la justicia, las personas pueden juzgar un sistema jurídico y político, pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el derecho, en cambio, los juristas y los jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho, los primeros, y aplicarlo, los segundos.

Sin embargo, pueden realizarse lecturas distintas. Una de ellas es la del filósofo del derecho C. S. Nino¹², quien ha sostenido que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos: (1) los principios, (2) los enunciados lingüísticos (reglas) y (3) la valoración de justicia. Los tres planos de una norma deben ser consistentes. (1) Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de

11. El *iusnaturalismo* será entendido como el conjunto de normas que no emanan de una autoridad y procedimientos reconocidos por el estado. Es, además, una escuela de pensamiento jurídico que sustenta que las normas son anteriores al derecho escrito y que son su fuente de legitimación. Existen variaciones en el *iusnaturalismo* dependiendo de dónde emanan las normas (dios, razón, naturaleza humana y otros).
12. Carlos Santiago Nino, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, 2da. Edición, Argentina, Editorial Astrea, 2005, pp 1-7.

principios. Por ejemplo, “*las personas tienen derecho a una vivienda adecuada y digna*”¹³; ésta es una norma tética porque le impone al estado una finalidad ideal, que nadie carezca de vivienda; es un mandato de maximización porque tiene pretensión universal, en cantidad, y en calidad debe ser adecuada a su contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos; la norma no dice en qué circunstancias el estado debe proveer la vivienda, cuándo se viola el derecho ni tampoco la forma de obligarse. (2) El enunciado lingüístico es lo se conoce como regla, que debe tener una hipótesis de hecho y una obligación. La regla debe guardar conformidad con los principios constitucionales y suele constar en el derecho ordinario o en la jurisprudencia. Del principio enunciado sobre la vivienda, por ejemplo, haríamos la siguiente regla: si una persona no tiene donde vivir, el estado le proveerá de un albergue; si el estado construye una casa, ésta deberá tener ventilación y espacios recreativos. En estas normas existe ya una hipótesis de hecho y una obligación, y las reglas están conformes al principio del derecho a la vivienda digna y adecuada. (3) Finalmente, al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio. Grafiquemos esta última hipótesis con un ejemplo. Cuando la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso Massera¹⁴, se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el Sr. Massera tenía responsabilidad por las muertes, torturas, desapariciones

13. Constitución del 2008, artículo. 30.

14. Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999, en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, Volumen II, Washington, 2001, pp. 871-883.

y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos. Por una lado, el acusado esgrimía una regla, la “prescripción” de la acción penal y el principio de *non bis in idem*, que tenía sustento en el principio constitucional de la seguridad jurídica; por otro lado, las víctimas, esgrimían otro principio, la tutela efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso penal en concreto. Si el juez aplicaba el derecho invocado por Massera, el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez, invocando derecho penal internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El Sr. Massera, al final, fue condenado. Este ejemplo nos sirve para demostrar que el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se lo hace desde lo interno.

Conviene, en este punto, distinguir la vigencia de la validez de las normas jurídicas¹⁵. La vigencia tiene relación con la producción formal de la norma, esto es que haya sido elaborado por una autoridad competente y de acuerdo al procedimiento también establecido por una norma; la validez tiene relación con el contenido de la norma. La vigencia se verifica al responder las preguntas *quién* y *cómo*; la validez al responder *qué*. Una norma puede estar vigente y sin embargo ser inválida. Está vigente si ha cumplido con las formalidades y esto se puede verificar empíricamente; es válida si ha cumplido con el contenido sustancial del programa constitucional y esto requiere un ejercicio valorativo. Siguiendo la idea de Nino, la regla sólo deberá ser observada si es consistente con el principio.

En el debate sobre vigencia y validez, que hemos ligera-

15. Véase Luigi Ferrajoli, “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, en *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, pp. 874-876.

mente esbozado con anterioridad, la palabra validez no sólo tiene que ver con la coherencia entre regla y principio, sino también con la justicia. Hay que procurar evitar caer en reduccionismos. Uno de ellos es el iusnaturalismo, por el que una norma es válida sólo si es justa; otro es el legalismo, por el que si la norma está vigente se debe presumir la justicia. Desde la teoría garantista, J. L. Serrano sostiene que el juicio de validez tiene semejanzas con el juicio de justicia: ambos son valorativos y requieren de argumentación jurídica para determinar el grado de eficacia. *“La teoría del derecho, al menos en su versión garantista, asume, debate y comparte con otras disciplinas los problemas de la justicia y el pacto constituyente”*¹⁶. La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia, ya no deben ser disciplinas separadas y cerradas, todas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución.

En otras palabras, una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).

Pongamos otro ejemplo relacionado con el derecho a la vivienda y la propiedad. Los principios dicen (a) que todas las personas tienen derecho a la propiedad y (b) que todas las personas tienen derecho a la vivienda. La regla dice que si X arrienda a Y un predio con fines habitacionales, pero Y destina

16. José Luis Serrano, *op. cit.*, p. 57.

la habitación para otros fines de carácter comercial, entonces Y deberá dejar el espacio físico. Imaginemos una situación hipotética. Y tiene un hijo con una enfermedad catastrófica, y por cuidarlo ha sido despedido del trabajo; el poco dinero que tiene lo destina para atender a la persona enferma, no puede pagar el arriendo sino es estableciendo un negocio de comida rápida. X acude ante un juez, invoca la regla; el juez verifica que la regla es conforme el principio constitucional (a) y ordena que Y deje el espacio físico. La resolución del juez, conforme al derecho, genera sin duda un resultado injusto. Si bien se rompe un contrato que afecta a la propiedad de X; también sucede que Y entra en un estado de necesidad que podría no sólo afectar su vivienda sino la sobrevivencia de Y y su hijo. En este caso, se puede apreciar que la consideración de la justicia es importante. El juez debe conciliar el principio de propiedad y el de la vivienda y crear una nueva regla que satisfaga la justicia. Podría, por ejemplo, limitar temporalmente la propiedad de X, cambiar el contrato, subsidiar el estado a X, conseguir otra vivienda para Y, conseguir un servicio de cuidado para el hijo de Y, brindar una oportunidad laboral para Y... en fin, podría establecer una o varias de las obligaciones enunciadas. Ahora supongamos el otro extremo, que Y es una persona soltera, sin cargas familiares, trabaja y que gasta su dinero en bienes suntuarios, y que X es una persona anciana que tiene como única fuente de ingreso el arriendo de su departamento. Si Y no paga, X entra en un estado de necesidad. En este caso, X al acudir al juez esgrimiendo la regla, que esta conforme con los principios, el resultado previsto por la regla es también un resultado justo.

Este ejemplo, que hemos graficado en términos individuales, también podría recrearse en términos colectivos, cuando se trata de políticas públicas de vacunación, acceso a la educación, alimentación escolar. La autoridad competente debe verificar que sus decisiones (reglas) guarden conformidad en el plano normativo con los principios y, en el plano axiológico, con la

justicia. Si las políticas no guardan conformidad con los principios y con la justicia, estarán sujetas a control constitucional.

En suma, la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.

Ahora analicemos el último elemento de nuestra declaración de Estado, que no lo pretendemos agotar en este ensayo, y que simplemente es una visión referencial sobre la importancia de los derechos en la Constitución.

III. EL ESTADO DE DERECHOS

Una lectura ligera y rápida sobre el “Estado de derechos” nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: “Se les fue una ‘s’”. No existe en el derecho constitucional comparado estado alguno que cualifique al Estado como de *derechos*. La otra lectura podría conducirnos a pensar que los constituyentes ecuatorianos no tienen idea de derecho constitucional y que se han inventado un calificativo que no existe en la teoría: todos los estados tienen que ser de *derecho*. Así como hace cincuenta años fue una insensatez pensar que existía un modelo denominado estado social de derecho o estado constitucional de derecho, ahora nos puede resultar incómodo que un estado sea estado de *derechos*. Intentaremos justificar y dar sentido al calificativo novedoso.

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del estado, en relación al Derecho, tendríamos tres modelos: el estado sobre el derecho (estado absoluto), el estado de Derecho, el estado de Derechos. En el estado absoluto, el Derecho está sometido al poder; en el Estado de Derecho, el poder está some-

tido al Derecho bajo dos modalidades. En la una, el Derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el Derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”. En el Estado de Derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.

Si analizamos desde el referente de poder, en el estado absoluto, quien ostenta el poder es la autoridad, que somete al sistema jurídico a su voluntad. En el estado legislativo de derecho, el parlamento es quien somete, a través de la ley, al estado. En el estado constitucional de derecho, la asamblea constituyente somete a través de la Constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales.

El estado de derechos nos remite a una comprensión

	Estado sobre derecho	Estado de derecho legal	Estado de derecho constitucional	Estado de derechos
Estado	Somete a derecho	Ley somete a estado	Constitucion somete a estado	Derechos someten a estado
Poder referente	Autoridad	Parlamento	Constituyente	Personas y pueblos

nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del estado.

3.1 LA PLURALIDAD JURÍDICA

El único sistema jurídico que existe y se reputa válido es el formal. En consecuencia, la única fuente del derecho, en el estado legislativo o estado de derecho, es la ley. Todas las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan, son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contenido de la ley, o que no existen y, por tanto, no deben ser considerados¹⁷. El parlamento se reserva para sí la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la ley¹⁸. En la comprensión formal de ley, por supuesto, se entiende todo el sistema jurídico incluso la Constitución. En el estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1. la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), 2. las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), 3. el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, 4. las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.

(1) El juez, en un estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la Constitución”. Nos explicamos. En el sistema legislativo de derecho, y como concretización del principio de seguridad jurídica, la forma de las normas era lo que se conoce ahora como *regla*. La regla es lo que L. Ferrajoli¹⁹ denominaría *norma hipoté-*

17. Código Civil, Título Preliminar, artículo 2.

18. Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo. 130.5; Código Civil, artículo 3.

tica. Una norma hipotética tiene tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto, y una obligación. La formulación sería algo así: si p entonces q ($p \rightarrow q$). Todas las normas del derecho civil y del derecho penal pueden reducirse a esta formulación. Por ejemplo, si x muere entonces y , que es legítimo sucesor, hereda; si a mata a b , entonces a cumplirá doce años de cárcel. La hipótesis de hecho debe cumplirse en la realidad; si esto sucede sólo cuando un juez puede imputar el hecho a una persona y subsumirlo en una regla, se producirá la consecuencia prevista en el sistema jurídico. Las reglas se condensan en un código sustantivo que impide que el juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario, de existir otras fuentes del derechos, se provocaría un sistema inseguro y arbitrario. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque generaría caos y confusión.

Sin embargo, el sistema jurídico en este mundo contemporáneo y globalizado ya no puede basarse en reglas para solucionar todas las relaciones jurídicas ni tampoco puede prever todas las situaciones en las que se violarían los derechos. El sistema jurídico basado en *reglas* o normas hipotéticas, ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica. G. Zagrebelsky ha sostenido que la seguridad de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas²⁰. Por ello, se ha visto necesario establecer principios. Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, se

19. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2001, pp. 19-35.

20. La obra que conviene estudiar y que plantea, desde una justificación histórica, filosófica y jurídica, el paradigma distinto de concebir la seguridad jurídica lo encontramos en Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

denominan *normas téticas*. La norma tética, como brevemente hemos descrito antes, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debería) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica. La norma tética tendría una forma tipo z , y el juez, inspirado en z debe, en el caso, crear una norma del tipo x entonces y . Muchas normas relacionadas con derechos humanos tienen la forma de norma tética. Dado que los derechos son normas aplicables, el juez no puede sino crear derecho al aplicar el principio. La realidad es anterior a la hipótesis de hecho y a la obligación. Se trastoca, de este modo, el concepto de seguridad basado en el principio de legalidad. En adelante, los casos que tengan los elementos de la regla creada por juez constitucional deben ser aplicados consistentemente y de forma obligatoria por los jueces y otras autoridades del Estado (precedente). El principio que inspira la creación de normas hipotéticas en los casos concretos es el de constitucionalidad o también conocido en la doctrina como “estricta legalidad”.

(2) Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió no sólo a cumplir las normas y los derechos que constan en la Convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del estado que emanan de dicho instrumento. La Corte interpreta, con carácter obligatorio, el contenido de la Convención. Por citar un ejemplo, en el caso *Awas Tingni*, que trata sobre la pugna de recursos naturales en una comunidad indígena en Nicaragua; por un lado, el Estado sostuvo que tiene derecho a explotar los recursos naturales y la comunidad que tiene derecho a la propiedad ance-

tral de donde habitan. En el caso, entre otros derechos, la Corte entendió que el derecho a la propiedad tiene dimensiones colectivas²¹. El estado de Nicaragua, que tenía una comprensión individual y positivista del concepto de propiedad, tuvo que admitir, por una sentencia emanada por un órgano ajeno al sistema nacional de justicia, que la propiedad puede tener una comprensión colectiva y basada en el derecho consuetudinario de la comunidad indígena y en el derecho internacional de los derechos humanos (Convención N. 169 de la OIT). En otras palabras, el sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicado por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional.

Lo dicho sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos, podría predicarse de otros sistemas jurídicos internacionales, tales como el sistema andino de integración, el sistema internacional de Naciones Unidas y demás obligaciones internacionales en las que el estado se ha comprometido a cumplir.

(3) La concepción liberal del Estado implicaba que, en la división de poderes, el ejecutivo sólo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley y, en el ámbito privado, como ha quedado enunciado, las personas no podían hacer sino lo que estaba expresamente prohibido. En el estado constitucional, en cambio, los órganos públicos y el ejecutivo, en particular, definen y ejecutan lo que se denomina políticas públicas. Las políticas públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos, definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos, responsables y cronogramas. En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están expresamente determinadas en la ley. La ley ya no establece mandatos concre-

21. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

tos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley. Una política pública, al igual que la ley, es de carácter general y de cumplimiento obligatorio. En otras palabras, el órgano ejecutivo crea normas jurídicas. Por ello, los actos administrativos y las políticas públicas también tienen que sujetarse a los parámetros constitucionales y están sujetos a control constitucional. Por este poder del ejecutivo se podría pensar que existe una crisis del principio de legalidad. En suma, *“el poder ejecutivo asume mayor participación en la concretización de la normatividad frente a la modificación del contorno de los principios de legalidad y tipicidad”*²².

(4) El derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en el Ecuador. El derecho indígena, como cualquier sistema jurídico, está compuesto por principios, normas, procedimientos, autoridades legitimadas para aplicarlo y formas de ejecución. Preguntémonos, en comunidades indígenas que no han sido asimiladas al derecho dominante, cuál es la forma de heredar, de contraer matrimonio, de sancionar conductas que se consideran infracciones, de educar, de ejercer la salud, de cumplir obligaciones, de considerar la propiedad; sin duda alguna, la referencia no es el Código Civil ni el Código Penal, como tampoco intervienen las notarías, los jueces civiles, los centros de salud, los jefes de registro civil; las personas y las comunidades indígenas no tienen una constitución, no hacen testamentos, no firman contratos, no expiden sentencias escritas. Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a la del derecho que emana del Estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de coordinar con el derecho hegemónico, es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está expresamente recono-

22. Ricardo Lobo Torres, “Legalidad tributaria y armonía entre los poderes del Estado”, en Pasquale Pistone.

ciendo la pluralidad jurídica²³. El derecho formal, pues, convive con el derecho consuetudinario.

(5) Sin ánimo de agotar las formas en que se manifiesta la pluralidad jurídica, quisiéramos comentar, brevemente, un aporte de la teoría neoconstitucionalista al análisis del derecho y la moral. H. Kelsen, de una manera rigurosa y también justificada, distinguió y separó el análisis del derecho y la moral²⁴. Kelsen concedió que el derecho y la moral son dos sistemas jurídicos, que tienen en común la forma de enunciar las normas y la necesidad de una autoridad para que impute la obligación de las normas; y distinguió la moral por el concepto de validez. Una norma jurídica es válida sólo si el procedimiento es reglado y la autoridad encargada de emitirla también se justifica por la existencia de una norma previa. La existencia de una norma positiva y la autoridad encargada de aplicarla son verificables, mientras que la norma moral no. De esta forma, la histórica disputa entre positivismo y iusnaturalismo tuvo nuevos parámetros de análisis. Con el neoconstitucionalismo, el debate renace. Algunos autores, como García Figueroa²⁵, sostienen que una constitución contemporánea, al introducir principios y valores fundamentales, como los derechos humanos, conjuga el iusnaturalismo y el positivismo. Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho se lo hace a través de la argumentación jurídica que debe contener debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, sólo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivis-

23. Constitución del 2008, artículos 1, 59.9 y 171.

24. Hans Kelsen, "El derecho y la moral", en *Teoría Pura del Derecho*, 4ta edición, Argentina, Eudeba, 2003, pp. 45-50.

25. Ver Alfonso, García Figueroa, "La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo", en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Editorial Trotta, 2003, pp. 159-186.

mo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora se conoce como validez formal o vigencia. El derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable. Por ello, J. I. Serrano sostiene que *“un sistema normativo y cognitivamente cerrado a los valores y los deseos sería un sistema jurídico muerto y capaz de matar la sociedad que la contenga”*²⁶.

Por citar un ejemplo, el debate sobre la eutanasia o el aborto requiere de bases jurídicas y de interpretaciones morales. El derecho establece el derecho a la vida pero no agota todas las posibilidades de su alcance. En el ejemplo sugerido, el derecho no precisa el cuando termina ni el cuando comienza la vida. Tampoco el derecho resuelve definitivamente el asunto de colisión de derechos entre la vida y la autoderminación, la libertad y los derechos sexuales y reproductivos. Cabe en un sistema jurídico tanto la libertad para morir y recibir asistencia como la condena por asesinato en el mismo hecho; de igual modo, cabe el aborto como una forma de ejercicio del derecho a la autonomía y de la libertad de decidir cuántos hijos e hijas tener como cabe la penalización del aborto por la protección de la vida del neonato. Los derechos en juego se debaten en sede y en forma jurídica aún cuando mucho de los argumentos tengan relevancia moral. La moral se explicita en la argumentación jurídica y se pone en juego en la ponderación del derecho. Lo que no cabría es discusiones de carácter moral sin principios constitucionales y sin argumentaciones jurídicas.

En conclusión, en lo que brevemente se ha descrito, hemos pretendido demostrar que actualmente existe pluralidad jurídica. Los sistemas jurídicos son múltiples, conviven a veces de forma no pacífica y, por tanto, se podría hablar con propiedad que el Estado es de derechos.

26. José Luis Serrano, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999, p. 118.

3.2 LA CENTRALIDAD DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN

Otra explicación al predicado “Estado de derechos” es que el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales²⁷.

N. Bobbio, en un célebre ensayo traducido como *La era de los derechos*, hace una aproximación interesante a los derechos humanos desde la filosofía de la historia²⁸. Bobbio sostiene que la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, en relación al estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido. La relación, si nos permiten la metáfora, es como cuando una persona toma un taxi; en la era de las obligaciones el piloto decide el lugar a donde se dirigen, en la era de los derechos decide el pasajero. Así en las relaciones del estado. En la era de las obligaciones la autoridad estatal decide el destino de las personas, en la era de los derechos las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la

27. Constitución del 2008, Título III, Capítulo primero, de las garantías normativas, Capítulo segundo, de las garantías de políticas públicas y participación ciudadana y, Capítulo tercero, garantías jurisdiccionales (Arts. 84-94).

28. Norberto Bobbio, “La era de los derechos”, en *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154-173.

persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreducible.

En este sentido, decir que el estado es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no sólo la parte de principios del estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas²⁹.

Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del estado y de las relaciones sociales y políticas.

IV. CONCLUSIONES

- (1) La Constitución del 2008 constituye un avance importante en la teoría constitucional y política de los estados. La introducción de palabras reflejan, al momento, la culminación de desarrollos teóricos que, sin duda, serán superados en la búsqueda de una organización política que no genere exclusiones ni inequidades.

29. Véase, sobre los derechos, un análisis global y más profundo en Marco Aparicio Wilhelmi, "Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva", en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales, la constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

- (2) El estado constitucional de derechos y justicia es un paso adelante del estado social de derechos. Se podría considerar que el estado constitucional es suficiente para comprender a los derechos, dado que las Constituciones contemporáneas son materiales. Sin embargo, el énfasis en los derechos resalta la importancia superior a la parte orgánica y, por otro lado, se podría afirmar que puede existir un estado constitucional pero sin reconocer la pluralidad jurídica.
- (3) La justicia, hemos reconocido, es un elemento teórico que no deja de tener complicaciones. Creemos que el análisis de la justicia puede tener varias perspectivas. La justicia, desde la perspectiva interna del derecho, tiene que verse en el contexto y de forma sistémica. No cabe, pues, concepciones arbitrarias de la justicia. Pero cabe resaltar, y como una deuda, que el análisis realizado en este ensayo es más desde la teoría del derecho que desde la sociología. El gran ausente en este ensayo, y quizá el más grande pensador de la justicia, que superó la concepción utilitarista, es J. Rawls que revolucionó, con su *Teoría de la Justicia*, la forma de entender la organización social. Referirse a su obra para entender cabalmente lo que significa un estado constitucional de derechos y justicia es un imperativo.

Principios y Políticas de Gestión Tributaria

*Miguel Ángel Bossano Rivadeneira**

INTRODUCCIÓN

Todo proceso de pensamiento como es normal y lógico se inicia con el alumbramiento de una idea, que es un motor de la relación del ser humano con su entorno. La idea es aquello que involucra ya sea: la búsqueda de una explicación de un fenómeno o, el trabajo referido a la solución de un problema de la existencia humana con ese entorno. Para que esta idea se convierta en pensamiento se constituyen procesos lógicos que

- * Experto en temas tributarios y municipales es abogado, doctor en jurisprudencia, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista en Derecho Tributario por el Centro Interamericano de Estudios Tributarios, CIET-OEA, ex-Director Financiero Tributario del Municipio Metropolitano de Quito, ex-Coordinador Nacional Jurídico del Servicio de Rentas Internas, Procurador Tributario. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, en temas de Tributación Municipal, Régimen Jurídico Municipal y de gobiernos locales. Profesor del Postgrado de Derecho Tributario Municipal de la Universidad de Cuenca y de la Universidad San Francisco de Quito. Profesor invitado de la Universidad Andina Simón Bolívar en Tributación y Derecho Administrativo. Capacitador en múltiples foros académicos en temas tributarios, de modernización y de gestión de gobiernos locales. Consultor en materia de Gestión de Gobiernos Locales, Tributaria Municipal y de Modernización y Descentralización del Estado. Ponente en múltiples foros académicos en materia tributaria y de gestión de gobiernos locales. Secretario General y Miembro de la Comisión Académica del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario. Ha sido asesor personal y jurídico de varios Alcaldes y Ministros de Estado. Se ha desempeñado como consultor de varias instituciones públicas, privadas y organismos internacionales. Actualmente es Magistrado de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1.

estructuran las ciencias las que son el reflejo de una interrelación histórica, constante y continua entre el hombre y su entorno. Para entender la realidad y para poder protegerla o transformarla debemos remitirnos

“a las ciencias, tanto a las del hombre que incorporan al mundo de las ideas y al mundo de los actos, como a las de la naturaleza, nutriente permanente del pensamiento humano que en la actualidad exigen de este su entendimiento en su verdadera complejidad, sin supresiones, reducciones o limitaciones”¹,

es decir, la multidisciplinariedad y la relación con las ciencias, más un trabajo riguroso, académicamente hablando permitirá que esa idea se convierta en pensamiento.

Alcanzada la meta los escenarios que la inteligencia humana desarrolla son incalculables, así el pensamiento origina principios y éstos a su vez políticas que son de distinta índole: de convivencia, de manejo de recursos, de enseñanza, “de Estado” para ser aplicadas coherentemente dentro de la sociedad.

Los principios y las políticas a su vez generarán proyectos a través de los cuales el ser humano plasma sus ideas en realidades.

A partir de los proyectos se construye cultura, esto es por ejemplo y para enfocarnos en nuestro tema, si hemos estructurado un pensamiento tributario, consolidado a través de principios y políticas de estado y, ejecutado el proyecto cualquiera sea este, hemos logrado dar un paso en el proceso de construir “cultura tributaria”.

1. Bossano R., Luis. *Proyecto para la creación de una Universidad Amazónica*, 2002. Quito, Ecuador.

Finalmente una vez mimetizadas varias de estas dimensiones en la cultura de la sociedad, nace la norma, la ley, las reglas de juego.

Lo descrito no es ni más ni menos que un proceso de pensamiento.

En nuestras sociedades al parecer los procesos nacen a la inversa de ahí que se hace necesario, desde la Academia, recordar a las diversas instancias que cuentan poder, sobre la existencia de principios y políticas que deben nacer de un proceso de pensamiento. Ciertamente es que el “día a día” consume a nuestros burócratas, de cualquier tendencia política o de cualquier gobierno, de ahí que asumamos desde la Cátedra esta falencia y nos propongamos sugerir ciertos mecanismos que les permitan un actuar inteligente que evite molestias y gastos infames de recursos.

Las Administraciones Tributarias en el Ecuador, sean éstas, de régimen nacional como el Servicio de Rentas Internas o la Corporación Aduanera Ecuatoriana, o de régimen seccional como los municipios y consejos provinciales, no se alejan de esta realidad, tal vez son las que dramáticamente insisten en laborar fuera de la lógica y “a pérdida”, pues tradicionalmente han concebido a la gestión tributaria como un mero aspecto de tesorería, recaudar la mayor cantidad de recursos, sin importar las consecuencias, varias de ellas relacionadas con una relación jurídica poco inteligente, con un alto costo y con un grado elevado de litigiosidad que sacrifican la consecución de metas trascendentes por unas de simple recaudación. Consecuentemente entenderíamos que existe una serie de normas, leyes, reglas, etc., pero no de pensamiento tributario.

Para entrar en materia trataremos de recordar brevemente a que se refiere la gestión tributaria y cuales son las facultades

que deben ejercer las administraciones tributarias para luego establecer cuales serían los principios y políticas que faciliten la actividad de estas instancias de “gerenciamiento tributario”.

LA GESTIÓN TRIBUTARIA

Como manifestamos en líneas anteriores nuestra tarea dentro de este tema se limitará únicamente a recordar las normas generales en relación a la gestión tributaria sea a nivel nacional y tal vez poniendo énfasis en las normas que rigen el régimen tributario municipal, casi desconocida, evidentemente partiendo de las disposiciones del Código Orgánico Tributario.

La gestión tributaria es el ejercicio de una serie de actos y actividades que permiten el “gerenciamiento” de los tributos, a propósito utilizamos el concepto gerenciamiento puesto que las administraciones tributarias, al parecer desconocen que eso es lo que tienen que hacer y no solamente recaudar. Por ejemplo, puede suceder que la administración tributaria para la recaudación de USD 1,00 emplee recursos iguales o superiores a ese USD 1,00 lo que significaría que estamos frente a un inadecuado gerenciamiento.

Recordemos pues esa normativa de carácter general que regula el ejercicio de las facultades de la administración tributaria.

Normas Generales.- En los términos del Art. 73 del Código Orgánico Tributario la gestión tributaria debe estar guiada por los principios de simplificación, celeridad y eficacia, así como en todos aquellos que permitan cultivar una relación tributaria inteligente que tenga como consecuencia la recaudación voluntaria de los tributos.

Actividad reglada.- De conformidad con lo previsto en el Art. 10 del Código Orgánico Tributario, los actos administrativos constituyen actividad reglada y, por tanto, los dictará la autoridad competente, de acuerdo a las disposiciones del Código Tributario y de las Leyes y Reglamentos Tributarios aplicables.

Competencia legal.- El órgano competente para la gestión tributaria debe ejercer sus funciones y no puede renunciar a ellas. Si un funcionario se considerare incompetente, remitirá la petición, reclamo, consulta, recurso, etc. a la Autoridad competente o devolverá la misma al interesado. La delegación sólo cabe en casos expresamente previstos en la legislación vigente.

La gestión tributaria a nivel nacional la tiene el Servicio de Rentas Internas (SRI) para el caso de los impuestos tales como a la renta, al valor agregado, a los consumos especiales; la Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE) para aquellos tributos arancelarios y relacionados con el comercio exterior en general.

Para el caso de los Municipios la competencia legal para el ejercicio de la gestión tributaria y de cada una de sus facultades la tiene:

- El Concejo Metropolitano para el ejercicio de la facultad reglamentaria.
- El Alcalde metropolitano para el ejercicio de las facultades resolutiva, frente a los recursos de revisión presentados por los contribuyentes o responsables, y, sancionadora a petición del Director Financiero Tributario.
- El Director Financiero Tributario para el ejercicio de las facultades determinadora, resolutiva, frente a los recla-

mos presentados por los contribuyentes o responsables y sancionadora.

- El Tesorero Metropolitano para el ejercicio de la facultad recaudadora.

Actos Administrativos.- Constituyen la forma de expresión de la voluntad de la Administración Tributaria, deberán ser expresados por escrito y debidamente motivados con mención de los fundamentos de hecho y de derecho, atendiendo todos los puntos solicitados o reclamados por los contribuyentes o responsables. Deben ser ejecutados obligatoriamente si no son objeto de reclamo o recurso dentro de los plazos legalmente establecidos.

Los actos administrativos son de determinación y de resolución, gozan de las presunciones de legitimidad y de ejecutoriedad y están llamados a cumplirse para lo cual la Administración cuenta con especiales facultades coercitivas.

Los actos administrativos deben ser expedidos por escrito, numerados, fechados y firmados por la autoridad competente.

Acto Firme.- Es el acto administrativo de determinación expedido por la autoridad competente (un Director Regional del SRI o un Director Financiero Tributario municipal) contra el cual el contribuyente o responsable no ha presentado reclamo alguno dentro del plazo que la Ley señala, por tanto adquiere firmeza y está llamado a ser ejecutado, previa emisión del respectivo título de crédito.

Acto Ejecutoriado.- Es el acto administrativo resolutivo, dictado por la autoridad competente (un Director Regional del SRI o un Director Financiero Tributario municipal) frente a un reclamo tributario, contra el cual el contribuyente o responsa-

ble no ha interpuesto recurso, o no se hubiere previsto recurso ulterior en la misma vía administrativa.

Notificación de los actos administrativos.- Para que una decisión de la Administración, contenida en un acto administrativo tenga vida jurídica, debe ser debidamente notificada al contribuyente o responsable por los medios legales respectivos. El acto no notificado no tiene eficacia para quienes lo desconocen. La Administración Tributaria, sea nacional o seccional, contará con una Secretaría técnica tributaria que lleve los registros y controles que permitan cumplir con los actos administrativos en forma eficiente y oportuna de acuerdo con las normas establecidas en el Código Orgánico Tributario y con las reglamentarias expedidas por la propia administración.

Plazos o términos.- Se cuentan desde el día hábil siguiente al de la notificación y sólo corren los días laborables.

LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

El Artículo 72 del Código Orgánico Tributario establece que las funciones de la Administración Tributaria, comprenden dos gestiones distintas y separadas: La determinación y recaudación de los tributos; y, la resolución de las reclamaciones que contra ellas se presenten. Además la Administración Tributaria tiene la posibilidad de dictar normas de aplicación general y la de sancionar las infracciones de los contribuyentes de conformidad con lo establecido en los siguientes artículos.

La administración tributaria goza de las siguientes facultades de conformidad con lo señalado en el Art. 67 del Código Orgánico Tributario:

1. Facultad Reglamentaria
2. Facultad Determinadora
3. Facultad Resolutiva
4. Facultad Recaudadora
5. Facultad Sancionadora

En este punto vamos a ubicarnos dentro de la actividad tributaria municipal, que es la que menos se conoce, a fin de ejemplificar como se ejerce cada facultad en esas circunscripciones territoriales:

Facultad Reglamentaria.- La ejerce el Concejo Metropolitano o Municipal y consiste en la expedición de ordenanzas o reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes tributarias, así como para la agilidad, armonía y eficiencia de su gestión que constituyen el cuerpo normativo a través del cual actúan los Concejos Municipales, mismas que necesariamente deben ser publicadas en Registro Oficial.

Iniciativa.- La iniciativa para la presentación de un proyecto de ordenanza tributaria le corresponderá:

- Al Alcalde, a través de la Dirección General Financiera, para el caso de impuestos, y de las unidades administrativas o empresas que prestan servicios públicos municipales o ejecuten obra pública, para el caso de tasas y contribuciones especiales de mejora.
- Al Concejo Metropolitano.
- A las unidades administrativas o empresas municipales prestadoras de servicios públicos municipales o encargadas de la ejecución de obras pública.

Contenido de las Ordenanzas Tributarias.- Toda ordenanza de carácter tributario deberá contener, al menos, lo siguiente:

1. Los fundamentos jurídicos, económicos y sociales que justifiquen su expedición;
2. La mención de la ley que estableció el tributo;
3. Definición precisa del tributo, hecho generador, base imponible, sujetos, forma de determinación y fecha de exigibilidad;
4. Obligaciones formales para los sujetos pasivos;
5. La explicación de la forma o fórmulas de cálculo de la base imponible o las tablas que fijen la cuantificación del tributo;
6. Procedimientos para beneficiarse de exenciones, rebajas o incentivos tributarios;
7. Establecimiento de términos y plazos no señalados en la ley;
8. Creación de registros de control y seguimiento de contribuyentes;
9. Determinación de documentos y requisitos que el sujeto pasivo debe aportar para la cuantificación del tributo;
10. Régimen de sanciones si éstas fueron creadas por ley.

Facultad Recaudadora.- La ejerce el Tesorero Metropolitano o Municipal, consiste en la oportuna y ágil recaudación de los tributos de los que es sujeto activo el municipio. Esta facultad se la ejerce por la vía voluntaria o por la vía coactiva.

Recaudación Voluntaria.- La Administración Tributaria Municipal en aplicación de los principios y políticas de gestión tributaria contenidas en este estudio, deberá por todos los medios permitidos por la legislación vigente recaudar sus tributos por la vía voluntaria de manera que los procedimientos de ejecución o contenciosos constituyan la excepción en el ejercicio de esta facultad.

Facultad Determinadora.- La ejerce el Director Financiero Tributario o General Financiero Municipal y consiste en la realización de todos los actos necesarios para determinar la existencia del tributo, de su hecho generador, de los sujetos obligados, de la base imponible y de la cuantía del tributo.

La facultad determinadora también consiste en la verificación o fiscalización de las declaraciones presentadas por los contribuyentes o responsables, así como la determinación de las obligaciones tributarias no declaradas o aquellas declaradas pero en inferior cuantía.

Ejercicio de la Facultad Determinadora.- La autoridad tributaria municipal ejercerá la facultad de determinación con fundamento en los principios generales del Derecho Tributario y en los principios y políticas de gestión tributaria que los analizaremos en la parte final de este estudio, a fin de alcanzar la recaudación voluntaria y oportuna de las obligaciones tributarias a que tiene derecho el Municipio.

Facultad Resolutiva.- La ejerce el Director Financiero Tributario o General Financiero Municipal y consiste en la obligación de este funcionario de expedir de forma oportuna resoluciones motivadas sobre los reclamos que planteen los contribuyentes o responsables de la obligación tributaria, así como el absolver las consultas que se presenten.

Así mismo esta facultad la ejerce el Alcalde quien debe expedir resolución motivada frente a los recursos de revisión que se planteen por parte de los sujetos pasivos de la obligación tributaria.

Ejercicio de la Facultad Resolutiva.- La autoridad tributaria municipal ejercerá la facultad resolutiva con fundamento en los principios generales del Derecho Tributario y en los prin-

cipios y políticas de gestión tributaria que los analizaremos en la parte final de este estudio, a fin de alcanzar el menor grado de litigiosidad posible.

Facultad Sancionadora.- La ejerce el Director Financiero Tributario o General Financiero Municipal y consiste en sancionar las infracciones tributarias que se presenten dentro de los procesos de determinación y de reclamo de conformidad con lo dispuesto en el Libro IV del Código Orgánico Tributario.

Oportunidad.- Las áreas operativas que presuman que un sujeto pasivo ha cometido una infracción deberán notificar a la Administración Tributaria, a fin de que proceda con el inicio del procedimiento de sanción que para el caso corresponda.

Prescripción.- Independientemente de si la acción sancionada corresponde a una falta reglamentaria o a una contravención, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 340 del Código Orgánico Tributario, el ejercicio de la facultad de la Administración para imponer sanciones, prescribe en el plazo de tres años.

El cómputo deberá efectuarse desde el día en que la infracción fue cometida, en caso de falta de declaración, se computará desde la fecha de exigibilidad.

Operatividad.- Las sanciones se aplicarán de acuerdo con la metodología y políticas de sanciones vigentes y debidamente aprobadas en atención a las normas legales contenidas en el Código Orgánico Tributario.

PRINCIPIOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

Más allá de la aplicación de los principios generales que rigen la tributación, tales como: legalidad, igualdad, seguridad jurídica, proporcionalidad, progresividad, capacidad contributiva, justicia distributiva, generalidad, reserva normativa, no confiscatoriedad, suficiencia recaudatoria y otros contenidos en la ley y en la doctrina; así como aquellos relacionados con la gestión y prestación de servicios tributarios como son los de: eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad consagrados en la Constitución Política, los responsables de la Administración Tributaria, así como los funcionarios y empleados deberán observar los siguientes principios básicos de gestión, de tal forma que ante conflictos o dudas en procesos, trámites o procedimientos, éstos deberán obligatoriamente ser absueltos con la aplicación ineludible unívoca o concurrente de los siguientes principios:

- a) **Trazabilidad:** Todo procedimiento y acto administrativo tributario será obligatoriamente registrado en los sistemas de información, y cuando se lo requiera, por instrumento público notariado.
- b) **Gratuidad:** Las actuaciones de la administración son gratuitas, salvo la prestación de servicios administrativos debidamente regulados a través de tasas de conformidad con lo dispuesto en el reglamento o la ordenanza correspondiente.
- c) **Celeridad:** El procedimiento se debe impulsar de oficio en todos sus trámites por la administración tributaria, haciéndolo expedito.
 - c.1 Se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo y no se obligue su cumplimiento sucesivo.

c.2 Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, se deberá informar al usuario el plazo legal establecido al efecto.

- d) **Conclusividad:** Todo procedimiento debe estar destinado a que la Administración emita un acto administrativo, en el cual exprese su voluntad en forma oportuna e inmediata.
- e) **Economía Procedimental:** La administración tributaria debe evitar la gestión dilatoria, impulsando los trámites de forma simultánea cuando ello legalmente proceda de manera que se reduzcan costos y gastos tanto para la entidad del sector público como para el contribuyente.
- f) **Contradictoriedad:** Los interesados podrán hacer alegaciones y aportar documentos de prueba o elementos de juicio en cualquier etapa del proceso o procedimiento, de acuerdo con la ley.
- g) **Imparcialidad y Objetividad:** La administración tributaria debe observar en la sustanciación del procedimiento y en las decisiones que adopte, los principios de imparcialidad, probidad y objetividad, de manera que se refleje siempre un equilibrio en la toma de decisiones.
- h) **Abstención:** Las autoridades y funcionarios se abstendrán de intervenir en un procedimiento administrativo, en los casos que señala la Ley. Así mismo la información con la que cuenta la Administración Tributaria no debe ser divulgada en perjuicio del contribuyente.
- i) **Simplificación:** El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia. Se exigirán sólo las formalida-

des contempladas en la ley y en los reglamentos u ordenanzas. Este principio hace referencia a los procedimientos y trámites administrativos, los cuales deben ser transparentes, sencillos, útiles, de fácil comprensión.

En definitiva, los trámites que se establezcan por medio de la autoridad administrativa tributaria, deberán ser sencillos; y en consecuencia, toda complejidad innecesaria tendrá que ser eliminada; es decir, que los requisitos exigidos, tendrán que ser racionales y encontrarse en proporción con los fines a los cuales se persigue llegar por medio de los mismos.

- j) **Inexcusabilidad:** La administración tributaria deberá, en todos los procedimientos, dictar resolución expresa u otros actos administrativos sean éstos determinativos o resolutivos, los que deberán ser notificados para que surtan los efectos jurídicos deseados.
- k) **Impugnabilidad:** Todo acto administrativo tributario deberá ser motivado, y será impugnable por los recursos establecidos en la Ley.
- l) **Transparencia y Publicidad:** El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, para promover el conocimiento, contenido y fundamento de las decisiones que se adopten. Así mismo deberá ser participativo, para lo cual se realizarán audiencias públicas, encuestas de satisfacción, evaluaciones técnicas, controles de calidad y otros procedimientos similares.

El principio tiene relación con la transparencia misma que deberá ser característica esencial de los procedimientos administrativos. En este sentido, estos proce-

dimientos deberán encontrarse vinculados con la productividad de la Administración, la misma que deberá racionalizar sus métodos y sistemas y velar por el cumplimiento de éstos. En tal sentido, y para la consecución de sus fines, deberá tener en cuenta los procesos para los actos administrativos, ya que mientras más transparentes sean los mismos, sus resultados serán más productivos; y por ende, confiables.

- m) Uniformidad:** Es el derecho de todos los usuarios a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones.
- n) Responsabilidad:** La inacción de la administración tributaria frente a una solicitud o petición de cualquier ciudadano originará la responsabilidad administrativa y pecuniaria del o de los funcionarios que no hayan actuado en virtud de los principios consagrados en la Constitución Política, la ley y en la normativa municipal.
- o) Proporcionalidad:** Un servicio de alta calidad y eficiencia involucra un incremento en los costos, reflejado en la tasa por el servicio prestado.
- p) Eficiencia:** Etimológicamente, constituye la “virtud y facultad para lograr un efecto determinado. Lo que se procura con este principio rector del derecho tributario, es en primera instancia lograr una administración tributaria eficiente, tanto con relación a la claridad, honorabilidad y justicia en sus procedimientos y resoluciones, cuanto en la capacidad de los funcionarios que la manejan; y, respecto de éstos, deberán tener un comportamiento acorde a dichos valores.

Ahora bien, partiendo de esto, se debe mencionar que la eficiencia va dirigida también a los contribuyentes del sistema, ya que con una administración con las cualidades arriba mencionadas, caracterizada por la eficiencia e imposición de gravámenes adecuados y moderados, derivará en un comportamiento efectivo de los sujetos pasivos; y con lo cual, se podría lograr una menor evasión fiscal.

El principio de eficiencia, en definitiva, implica el establecimiento de metas precisas e inequívocas y el empleo de medios y métodos racionales para lograr esos fines, cuya efectividad debe medirse en base al cumplimiento de los objetivos trazados.

Este principio es también llamado economicidad, procura un ideal de tributación por el cual los impuestos cumplan su finalidad recaudatoria, con fines de interés general, con los menores esfuerzos posibles tanto para el fisco como para los contribuyentes. En aplicación a este principio, se busca controlar a un número mayor de contribuyentes utilizando la menor cantidad de recursos.

Impone que los organismos que presten el servicio lo hagan a través del equipamiento idóneo y acorde con el avance tecnológico en cada momento, permitiendo el uso óptimo.

- q) **Equidad:** Este principio va de la mano del concepto de justicia; por tanto, por medio del mismo se procura que un sistema tributario sea justo con sus contribuyentes, estableciendo una política fiscal acorde a la situación de los obligados, con relación a su capacidad contributiva y proporcionada; y de esta forma, se podrán evitar

las imposiciones tributarias exageradas o inclusive beneficios excesivos.

Se mencionó que este precepto va de la mano del concepto de justicia; y, adicionalmente, existen varios autores que lo equiparan con el principio de proporcionalidad; esto es, que la política fiscal que se establezca se encuentre con relación a su capacidad contributiva y de manera proporcionada.

- r) **Confiabilidad y Confianza:** Significa que existe seguridad en la integridad del acto administrativo; y, por consiguiente, garantía de que el procedimiento es claro y no se verá modificado sino por expresa disposición de la ley.

La confiabilidad se traduce en la generación de una relación de confianza con el usuario e incluso terceros en base a una actuación transparente.

Tal principio de confianza opera en una comunidad determinada de interrelación, cuando quien realiza el riesgo tolerado conforme a las normas que disciplinan la actividad correspondiente puede esperar que quienes intervienen en el tráfico jurídico también observen a su vez las reglas pertinentes, de modo que no se le puede imputar un resultado antijurídico en desarrollo de la actividad riesgosa permitida conforme al deber de atención, si en ésta interfiere un tercero que desatiende la norma de cuidado que le es exigible, o si a pesar de no atender la norma de cuidado esta desatención no fue determinante en tal producto, sino la injerencia, dolosa o culposa, de ese tercero.

La determinación de la efectividad del principio de confianza en un ámbito de interrelación está guiada por la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda o de las concretas condiciones en que se desenvuelve una actividad u organización determinada, porque son elementos que posibilitan señalar si una persona, al satisfacer las reglas de comportamiento que de ella se esperan, está habilitada para confiar en que el dolo o la culpa de los demás que interactúan en el tráfico jurídico no la van a afectar.

- s) **Suficiencia Recaudadora:** Los sistemas que se utilicen dentro de la gestión tributaria y la prestación de los servicios derivados de ésta deberán procurar al menos un rendimiento equivalente al monto de los gastos administrativos en los que incurra la institución pública para su administración.

Con relación a este principio, no existe mucha doctrina; sin embargo, al respecto, se podría decir que la base de la suficiencia del sistema tributario de un país es su capacidad recaudadora, la cual deberá resaltar un esfuerzo fiscalizador óptimo. De esta forma, una recaudación efectiva debería reflejar el monto de los ingresos tributarios obtenidos, con una disminución en la evasión por medio de una política tributaria que potencie el cumplimiento voluntario a partir de una gestión tributaria inteligente que maneje en forma integral el ejercicio de todas las facultades de la administración tributaria.

POLÍTICAS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

Políticas Institucionales.- Los principios se deberán instrumentar a través de las siguientes políticas institucionales:

a) Procesos simples y expeditos: Para lo cual se considerará que:

- Los trámites se concebirán y desarrollarán de manera expedita;
- Se aplicará la máxima economía de medios con eficacia;
- Se removerá todo obstáculo para una pronta y debida decisión;
- Se aceptarán solicitudes únicas para múltiples intereses o para varias peticiones relacionadas;
- Se impulsarán en forma simultánea los actos administrativos cuando sea posible;
- No se solicitarán requisitos cuya fuente de información sea el propio Municipio; y,
- Los errores de la administración municipal se corregirán de oficio, de manera de viabilizar el procedimiento.

b) Plazos garantizados: De acuerdo con los establecidos en la ley y en los reglamentos u ordenanzas que faciliten la operatividad de la ley tributaria.

c) Proceso flexible e imparcial: Todo trámite deberá considerar, al menos, lo siguiente:

- Se admitirán y considerarán los documentos que el peticionario estime necesarios; y,
- Se salvarán vicios de forma, si no constituyen requisito esencial que perjudique al interés fiscal o de terceros.

d) Iniciativa: La administración tributaria promoverá la utilización de instrumentos alternativos de gestión, implementados o por implementarse, para proveer ser-

vicios de alta calidad, en el menor tiempo posible y con tasas por prestación de servicios razonables, por lo tanto, la administración llevará la iniciativa y será proactiva en:

- La iniciación y seguimiento de trámites;
- Impulsar de oficio todos los trámites;
- El establecimiento de sistemas de información y formularios uniformes;
- La tramitación urgente por razones de interés público; y,
- La sistematización de los procesos para su seguimiento y control.

e) **Equidad en la acción:** La administración tributaria debe:

- Actuar con objetividad;
- Expresar los hechos y fundamentos que afecten los derechos de los particulares; y,
- Respetar el orden de ingreso.

f) **Transparencia y registro de los actos:** Obligatoria-mente la administración tributaria considerará que sus actos:

- Se realicen con transparencia, de manera que permitan y promuevan su conocimiento por la comunidad;
- Todo trámite quedará registrado en todas sus etapas, con determinación de los responsables y las respectivas fechas;
- El interesado podrá conocer en cualquier momento el estado de su trámite;
- Obtener copia autorizada de documentos del trámite;

- Se identificarán a todos los funcionarios que participen en la tramitación; y,
- Se emitirá un recibo formal de toda petición.

g) Pleno derecho a impugnaciones: La administración tributaria en ningún momento podrá limitar los derechos de los peticionarios, para lo cual éstos, sujetándose a la Ley:

- Podrán formular alegaciones con respecto al trámite, a la prestación del servicio, a los actos decisorios o a los actos administrativos determinativos o resolutivos; y,
- Podrán solicitar audiencias públicas a fin de verificar que los servicios se prestan en cumplimiento de los principios, políticas y estándares de calidad normados en esta ordenanza.

h) Notificación al interesado: La administración tributaria, cuando expida el acto administrativo sea determinativo o resolutivo, deberá obligatoriamente notificarlo, a fin de que el mismo surta los efectos jurídicos deseados, para lo cual:

- Dictará resolución expresa en los procedimientos que así lo requieran;
- Los actos que generen efectos individuales se notificarán con su texto íntegro; y,
- La notificación se hará por escrito al domicilio señalado al ingreso del trámite.

i) Rendición de cuentas: La administración tributaria rendirá periódicamente cuentas de la administración de los tributos, así como de la prestación de servicios derivados de la gestión realizada frente a la comuni-

dad y a los contribuyentes, a fin de fortalecer los procesos de modernización municipal, transparencia y participación ciudadana.

- j) **Control social:** De conformidad con el Art. 100 de la Constitución Política, la Administración Tributaria Municipal proveerá de todas las facilidades para la implementación de veedurías ciudadanas de la gestión tributaria municipal, con acceso irrestricto para auditar los sistemas de información.

Organización y Competencia.- La administración tributaria deberá promover, proponer, planificar y velar por el cumplimiento de las políticas que para el efecto dicte la institución. Será competencia de las unidades respectivas, además de las señaladas en la Ley los reglamentos u ordenanzas, elaborar los informes técnicos que corresponda para cada caso, supervisar y constituir contraparte técnica a los estudios necesarios para los procesos de instrumentación de las normativas que se dicten, así como coordinar toda propuesta en este campo con las diversas instancias administrativas dentro de cada institución, con las empresas públicas y demás entidades del sector público, así como la ejecución de la misma, a fin de que la gestión tributaria y la prestación de los servicios derivados de ésta cumpla con los principios, políticas y estándares de calidad.

Mejoramiento continuo.- La certificación, validación, y optimización de todos y cada uno de los procesos de gestión tributaria y de los servicios derivados de ésta, así como de la ejecución de los mismos en todas sus fases será responsabilidad de la Administración Tributaria, de conformidad con los indicadores de gestión establecidos en los manuales operativos que deban dictarse para el efecto.

Este proceso de mejoramiento se fundamentará en principios de capacidad y comportamiento profesional así como de formación permanente y continua que permita contar con funcionarios y operadores tributarios de excelencia.

SUGERENCIAS FINALES

Si las Administraciones Tributarias han construido un pensamiento tributario para su eficaz gestión no les será muy difícil aplicar los principios y políticas, sin embargo de no ser así, bien vale la pena sugerir lo siguiente para iniciar el proceso de pensamiento:

- No es mejor administración tributaria la que “más recauda” si no la que “más devuelve” y en el menor tiempo posible.
- Dime cuánto “recauda” por ingresos no tributarios producto de multas y sanciones y te diré si la administración tributaria “gerencia” o no.
- No es mejor administración tributaria la que persigue a sus contribuyentes o “socios en el negocio” sino la que persigue a los que no lo son todavía.
- Dime cuantos conflictos y litigios en sede contenciosa se originan en procesos de recaudación y determinación tributarias y te diré que con qué clase de administración tributaria cuenta un Estado.
- No es mejor administración tributaria la que niega los reclamos y recursos planteados sino la que acepta sus equivocaciones.
- No hay mejor ganancia de una población que paga sus tributos que la confianza que tiene en la gestión tributaria.

- La organización de los tributos son a culturas en desarrollo lo que una administración desorganizada es a una sociedad subdesarrollada.
- No por mucho recaudar se obtiene mejores resultados en la relación jurídico tributaria.
- Más vale mantener el control del sistema tributario en sede administrativa que perderlo por no resolver adecuadamente los desacuerdos con los contribuyentes.

Bibliografía

- Bossano Rivadeneira, Luis Rafael, Proyecto para la creación de una Universidad Amazónica, Quito, Ecuador, 2002.
- Bossano Rivadeneira, Luis Rafael y Bossano Rivadeneira Miguel Ángel, Líneas de Pensamiento para la Conceptualización de las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Quito, 2004.
- Bossano Rivadeneira, Miguel Ángel, Directrices Generales para Ponencias en Tributación Municipal V Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Quito, 2005.
- Bossano Rivadeneira, Miguel Ángel, La prestación de servicios públicos municipales a través de alternativas de gestión, DPK Consulting, Cuenca, 2007.
- Bossano Rivadeneira Miguel Ángel, La Construcción de un Estatuto Tributario Municipal para el Distrito Metropolitano, DPK Consulting, Quito, 2008.
- Iturralde Dávalos, Felipe, Manual de Tributación Municipal, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Trama, Quito, 1998.
- Resolución No. NAC-DGER2007-0304 del Servicio de Rentas Internas de creación de la UNIDAD DE PROMOCION Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONTRIBUYENTE (UPPDC). (Registro Oficial No. 89 del 22 de mayo de 2007).

Mandato 8: ¿un instrumento jurídicamente inconsistente?

Graciela Monesterolo de Ramírez

Con fecha 30 de abril de este año, y como un homenaje al trabajador ecuatoriano, entró en vigencia el Mandato 8 expedido por la Asamblea Nacional Constituyente¹, por el cual se eliminó y prohibió, por una parte, la tercerización e intermediación laboral, así como cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades propias de la empresa o del empleador; estableciendo que la relación laboral sea directa y bilateral entre trabajador y empleador; y por otra, la contratación por horas².

El Mandato, dado la coyuntura jurídica y política en la que se emitió, ha generado una serie de cuestionamientos desde diversos sectores de la sociedad tanto por aparentes inconsistencias que pueden apreciarse de su lectura como por las implicaciones que pueda tener tanto en la garantía de los derechos de los trabajadores como por el impacto en la producción. De

1. RO-S 330, 6-V-2008.

2. El Mandato derogó consecuentemente la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se reguló la actividad de intermediación laboral, y de tercerización de servicios complementarios, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 23 de junio del 2006, así como los Arts. 84 al 90 del capítulo denominado De las Reformas al Código del Trabajo de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, relativas a la contratación laboral por horas, publicada en el Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo del 2000 y el Reglamento para la Contratación por Horas, publicado en el Registro Oficial N0. 547, de 18 de marzo del 2005, así como todas las disposiciones legales y reglamentarias que se oponían o contradecían al Mandato 8.

aquí nace la interrogante que propone el título de este ensayo: ¿el Mandato 8 de la Asamblea Constituyente es un instrumento jurídicamente inconsistente? Para responder a esta pregunta primero precisemos el término en cuestión.

De conformidad a la Real Academia de la Lengua Española, inconsistente es aquello que no tiene consistencia, es decir, no tiene estabilidad ni solidez; sus partes o elementos no tienen coherencia³.

También conviene, antes de pasar al análisis de los aspectos más sensibles del Mandato en referencia, que señalemos lo que la Ley 2006-48, que regulaba la actividad de tercerización de servicios complementarios y la intermediación laboral, entendía por cada una de tales modalidades.

Intermediación laboral era la actividad por la cual se empleaban trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determinaba sus tareas y supervisaba su ejecución; mientras que la tercerización de servicios complementarios era aquella que realizaba una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operaba exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley⁴.

Con estas precisiones, pasamos, ahora sí, a analizar el Mandato 8.

3. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, T. 1, Vigésima Segunda Edición, Ed. Espasa, Bogotá, 2001.

4. Arts. 1 y 2 de la Ley 2006-48, RO-S 298, 23-VI-2006.

En términos generales advertimos que el pleno de la Asamblea Nacional Constituyente para expedir el Mandato en cuestión consideró, entre otros aspectos, según consta en el mismo texto publicado en el Registro Oficial:

- Que se debía contribuir a erradicar la injusticia laboral y la aberrante discriminación social, ocasionada por el uso y el abuso de los sistemas precarios de contratación laboral conocidos como tercerización de servicios complementarios, intermediación laboral y la contratación por horas;
- Que con la Ley⁵ que regulaba la actividad de tercerización de servicios complementarios y la intermediación laboral se pretendió limitar esas formas discriminatorias de contratación laboral, pese a lo cual las empresas usuarias han abusado de ellas, perjudicando a miles de trabajadores;
- Que muchas empresas intermediarias, tercerizadoras y otras que actuaban al margen de la ley, en complicidad con ciertas empresas usuarias han vulnerado sistemáticamente los derechos de los trabajadores, pagándoles remuneraciones y prestaciones sociales inferiores a las que por ley estaban obligados;
- Que las modalidades enunciadas vulneraban los derechos del trabajador y los principios de estabilidad y de pago de remuneraciones justas.

Todos estos considerandos ratifican que en la práctica los derechos de los trabajadores contratados por intermediarias laborales y tercerizadoras de servicios complementarios eran efectivamente vulnerados a pretexto de ser, erróneamente, considerados como “trabajadores de segunda clase”. Decimos erróneamente porque la normativa en ninguna parte los exclu-

5. Ley 2006-48. RO-S 298, 23-VI-2006.

ía de todos los beneficios legales reconocidos a los demás trabajadores dependientes del sector privado y obreros del sector público; todo lo contrario, el Art. innumerado 10, agregado por la Ley 2006-48 al Art. 346 del Código del Trabajo⁶, advertía que tales trabajadores tenían todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, los convenios de la OIT, ratificados por el Ecuador, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables. ¿Quién les hizo creer entonces que no tenían derecho a estabilidad o a remuneraciones justas? Los referidos trabajadores sí gozaban de estabilidad mientras prestaran servicios a favor de la misma intermediaria laboral o tercerizadora de servicios complementarios, aunque cambiara de usuaria. Tenían así mismo derecho a una remuneración íntegra y según los mínimos establecidos, ya sea por el CONADES⁷, las Comisiones Sectoriales de Fijación y Revisión de Sueldos y Salarios Mínimos, o la SENRES⁸, según el caso, ya que por expresa prohibición legal, no se podía cobrar al trabajador ninguna cantidad, honorario o estipendio a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación, cualquiera fuera su denominación; constituyendo la violación a esa prohibición una falta grave⁹, sancionada con multa de seis remuneraciones básicas mínimas unificadas, y en caso de reincidencia en el lapso de un año, con la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Indiscutiblemente por lo tanto se trataba de un mal uso y de un abuso por parte de las empresas intermediarias, tercerizadoras e incluso de las usuarias de los servicios. Entonces la

6. Título De la Tercerización laboral y de la tercerización de servicios complementarios agregado por el Art. 2 de la Ley Reformatoria No. 2006-48 publicada en el Registro Oficial Suplemento 298, de 23 de junio del 2006.
7. Consejo Nacional de Salarios.
8. Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público.
9. Décimo primer y duodécimo artículos innumerados, de la Ley 2006-48.

Ley 2006-48 no necesariamente era desatinada sino que su descrédito fue a raíz de las prácticas viciadas, al igual que lo que sucedía con la contratación por horas. ¿Por qué no se reformó simplemente la ley por la cual se reguló la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, en aquello que pudiera estimarse perjudicial a los intereses de los trabajadores?, ¿por qué no se reformó el reglamento de la contratación por horas?, ¿por qué no se incrementó y perfeccionó la vigilancia por parte del Estado, a través de las autoridades competentes del ramo, para controlar la debida observancia de la ley? ¿Por qué mas bien no se implementaron medidas eficaces para impedir el funcionamiento de tantas empresas intermediarias y tercerizadoras que actuaron desde la clandestinidad?, ¿por qué en lugar de todo ello se recurrió, en forma extrema, a un mandato constituyente, cuya naturaleza jurídica resulta aún discutible¹⁰?

Lo hasta aquí expresado ha sido a modo de aproximación al tema que nos ocupa. Ahora conviene revisar algunos aspectos más puntuales del Mandato 8, con el propósito de esclarecer si se tratan o no de inconsistencias jurídicas.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

De conformidad a la Ley Reformativa al Código del Trabajo de 23 de junio del 2006, en la tercerización de servicios complementarios la relación laboral existía exclusivamente entre la tercerizadora y su personal; es decir tal cual como lo

10. "Las atribuciones que la ANC (Asamblea Nacional Constituyente) se autoasignó se denominan 'mandatos', leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones". Consecuentemente, "según la ANC los mandatos son 'decisiones y normas que expedidos para el ejercicio de sus plenos poderes', son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna". Fabián Corral, Diario El Comercio, 10-IV-2008.

impone el actual Mandato 8. Consecuentemente la referida Ley no contempló para tales relaciones la responsabilidad solidaria que sí mantuvo, en cambio, para la intermediaria laboral, a pretexto de que la norma constitucional, entonces vigente, en su Art. 35 numeral 11, disponía que sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realizara la obra o se prestara el servicio sería responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se hubiera efectuado por intermediario, es decir que nada se mencionaba de la tercerizadora, figura jurídica que se la diferenció precisamente de la intermediación en la Ley en mención. Hasta entonces los términos intermediación y tercerización eran utilizados como sinónimos¹¹.

Ahora bien, el Mandato consagra exclusivamente para el sector privado la responsabilidad solidaria, de la persona en cuyo provecho se preste el servicio por parte del personal contratado por prestadoras de actividades complementarias; sin embargo en la Constitución aprobada en referéndum el pasado 28 de septiembre, se guarda silencio al respecto; ante lo cual surge la pregunta ¿qué es lo que prima?, toda vez que el Mandato es de obligatorio cumplimiento y por lo tanto no es susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, criterio o pronunciamiento administrativo o judicial alguno; es decir que se le dio prácticamente una jerarquía supra constitucional, en virtud de los “plenos poderes” que se atribuyó la Asamblea Constituyente, mediante un reglamento¹² expedido con posterioridad a la instalación de la misma, por el cual se cambiaron las potestades que le confirió el pueblo sobe-

11. El propio Decreto Ejecutivo 2166 que contenía las “Normas que deben observarse en la prestación de servicios de intermediación laboral conocida como tercerización”, en todo su articulado se refería a los servicios de intermediación laboral o tercerización como términos equivalentes y por lo tanto, los usaba de manera indistinta. RO 442, 14-X-2004.
12. Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, publicado en el Registro Oficial No. 236 de 20 de diciembre del 2007.

rano en las urnas al momento de elegir a los integrantes de la Asamblea y a su estatuto.

Por su parte el Art. 6 del Mandato, condena al funcionario público que contratare con la empresa de actividades complementarias, si es que ésta fuera vinculada, a asumir a los trabajadores a título personal como directos y dependientes, sin que las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, municipales, entidades de derecho privado en las que bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos, puedan hacerse cargo de ellos, ni siquiera en lo relativo a la solidaridad patronal que en todos los casos corresponderá a dicho funcionario. Si bien es una medida que busca desincentivar a los funcionarios públicos a contratar personal contraviniendo de manera expresa al Mandato, estimo que la sanción perjudica mayormente a la parte más débil de toda relación laboral, por cuanto no podrá el trabajador reclamar sino al funcionario a título personal, con lo que se puede presumir que sus derechos se verán vulnerados, ya que el funcionario difícilmente dispondrá de capacidad económica suficiente para asumir los costos laborales, menos aún si se trata de un grupo de trabajadores, peor todavía si se considera, al menos en teoría, que dicho funcionario ni siquiera lucra por tales contrataciones. Además, nótese otras de las tantas inconsistencias en las que estamos enfocando estos comentarios y análisis: por un lado, cuando sostiene que ninguna de las instituciones ni empresas enunciadas se hará cargo de los trabajadores contratados al margen del Mandato, ni siquiera en lo relativo a la responsabilidad solidaria, ¿pero ésta no se la concibió sólo para el sector privado?; y en segundo lugar, dice que tal responsabilidad solidaria corresponderá a dicho funcionario; ¿cómo puede una persona ser solidaria de sí misma?

CONTRATACIÓN POR HORAS

La contratación por horas fue establecida mediante las reformas introducidas al Código del Trabajo el 13 de marzo del 2000 por las que se permitió pactar la remuneración por horas de trabajo para cualquier clase de actividad. Los trabajadores contratados por hora tenían los demás beneficios consagrados en el Código del Trabajo, incluida la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Expresa y únicamente se les privaba del derecho a la estabilidad y al fondo de reserva. Los problemas de los abusos de la contratación por horas fueron a consecuencia de su reglamento expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1406, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 305 de 12 de abril del 2001, el mismo que fue sustituido mediante Decreto 2638, Registro Oficial 547 de 18 de marzo del 2005. La reforma básicamente giró en torno al porcentaje máximo de trabajadores que podían ser contratados por horas (en el primero era el 40% y en el segundo se incrementó el porcentaje al 75%); y a las actividades para las cuales se podía utilizar esta nueva modalidad de trabajo (en el primero se hacía distinción entre actividades continuas –para las cuales se permitió una jornada de hasta 8 horas diarias y 40 semanales– y discontinuas –sin restricciones horarias ni porcentuales–). El reglamento del 2005 eliminó tal distinción, dejando abierta la posibilidad de contratar por horas para cualquier tipo de actividad y sin que se fijara un máximo de horas posibles de labor semanales. Es así como al amparo del reglamento que estuvo vigente, previo a la expedición del Mandato 8, se contrataba hasta un 75 % de trabajadores para laborar hasta 40 horas a la semana, lo que terminó desvirtuando completamente el espíritu que inspiró la contratación por horas como una modalidad para atender necesidades no permanentes.

PRESTACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS EN LUGAR DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

Mientras el Art. 1 del Mandato 8 elimina y prohíbe la tercerización propiamente denominada por la Ley de 23 de junio del 2006, ya varias veces referida, como “tercerización de servicios complementarios”, el Art. 3 del mismo Mandato permite la celebración de contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como “prestadores de actividades complementarias”, para las actividades de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, siempre que sean ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria. ¿No es acaso un simple cambio de nombre?

Vale aquí recordar que la Ley 2006-48 limitó también la tercerización de servicios complementarios para actividades complementarias de la usuaria, referidas a las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras de apoyo. Entonces, salvando lo de las actividades de apoyo, que dejaba abierta la puerta para que se contratara prácticamente cualquier actividad que no fuera propia de la empresa, ¿dónde está realmente la novedad?. La relación laboral existía exclusivamente entre la tercerizadora y su personal. ¿Acaso ello no es precisamente una relación directa y bilateral entre trabajador y empleador, como lo expresa el Art. 1 del Mandato en cuestión?, aunque incomprensiblemente a continuación expresa: sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio; con lo cual, de alguna manera se vuelve triangular la relación jurídica, pese a que con ello se restableció un derecho que desconoció, para el caso de las tercerizadoras, la Ley de junio del 2006.

Se ratifica la referida triangulación en el Mandato al establecer que los trabajadores de las empresas prestadoras de acti-

vidades complementarias participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. ¿No se dispuso que la relación laboral sea directa y bilateral? ¿Entonces el obligado directo no debería ser el empleador, en este caso el prestador de las actividades complementarias? ¿No se está invirtiendo el orden al imponer a la usuaria la obligación de repartir las utilidades y subsidiariamente a la prestadora de actividades complementarias? En el mismo sentido, el actual Art. 100 del Código del Trabajo ratifica que la utilidades debe repartirlas la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio, pero téngase en cuenta que tal disposición perdió fuerza al haberle derogado, por el mismo Mandato, la palabra “intermediarios” de esta norma, con lo que vuelve prácticamente sin sentido a la disposición, cuando se exige que la relación sea directa, por los argumentos que ya hemos esgrimido.

Por tanto, pese a que los Asambleístas, reiteramos, calificaron en sus considerandos de “injusticia social y aberrante discriminación social, ocasionada por el uso y el abuso de los sistemas precarios de contratación laboral”, se mantiene la tercerización de servicios complementarios, aunque ahora se la llama prestación de actividades complementarias, para actividades que no sean propias y habituales de la empresa. ¿No resulta entonces incoherente?

ELIMINACIÓN DE CUALQUIER FORMA DE PRECARIZACIÓN

Si bien el Mandato en su Art. 1 de forma categórica elimina y prohíbe “cualquier forma de precarización”, ésta no se eliminó, ya que en artículo siguiente del mismo Mandato, se garantiza la jornada parcial permanente así como todas las

demás formas de contratación contempladas en el Código del Trabajo, en las que se encuentran los contratos ocasionales, los eventuales, por obra no permanente, de temporada, entre otros, todos ellos precarios, que no han sido eliminados, y que por supuesto no cabe que así se lo haga, ya que fueron precisamente incorporados a la normativa laboral, aunque no necesariamente todos al Código del Trabajo, para, en unos casos, evitar una carga excesiva a los empleadores que “por la naturaleza de las necesidades que tratan de satisfacer con el trabajo dependiente, no pueden asegurar ese tiempo mínimo, pues son necesidades eventuales, no permanentes” (Julio César Trujillo, 2008, p. 155); otras en cambio, para proteger a los trabajadores, como en el caso de los contratos de aprendizaje, o el período de prueba que se puede pactar en los contratos que tienen una duración mínima de un año; y, por último, aquellos que simplemente procuran palear el desempleo o el subempleo, como por ejemplo el contrato de maquilado o el régimen de contratación parcial. ¿No resulta entonces una mera declaración? ¿No era más adecuado eliminar simple y llanamente la contratación por horas, como una forma de precarización laboral en la que más se violentaban los derechos de los trabajadores, sin llegar al absoluto de “toda precarización laboral”?

GARANTÍA DE ESTABILIDAD

El Art. 2 del Mandato garantiza: en primer lugar, la jornada parcial ya prevista en el Código del Trabajo en su Art. 82 y todas las demás formas de contratación contempladas en dicho cuerpo legal; en segundo lugar, la estabilidad al trabajador, además de protección integral del Código del Trabajo, una remuneración proporcional, no inferior a la básica mínima unificada, así como todos los beneficios de ley, incluido el fondo de reserva y la afiliación al seguro social.

Respecto a la estabilidad, ¿la oferta no resulta, por decir lo menos, confusa? La pregunta se debe a que el Código del Trabajo reconoce la estabilidad sólo para los contratos a plazos fijo e indefinidos (para los primeros apenas de una mínima de un año, y por ello tan solo de manera relativa); para todas las demás formas de contratación contempladas en dicho cuerpo legal, no existe estabilidad, ya que se trata precisamente de contratos precarios que en el mejor de los casos, como podría ser el de los contratos eventuales, la duración es de hasta ciento ochenta días.

El resto de la declaración de protección, remuneración proporcional y beneficios de ley, no era necesario explicitar, por cuanto por el hecho de estar sometida la relación laboral al Código del Trabajo, se entiende regulada por todas sus disposiciones, incluso por todas las demás fuentes nacionales e internacionales del Derecho Laboral, como sobradamente también se ratifica al final del Art. 4 del Mandato en los siguientes términos: “Los trabajadores que laboren en estas empresas, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política del la República, los convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, este Mandato, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables”. ¿Acaso con estas expresiones se pretendía deslumbrar a los trabajadores haciéndoles creer que solo a partir de la vigencia del Mandato 8 serían protegidos?

SERVICIOS ESPECIALIZADOS PARA EMPRESAS DEL SECTOR ESTRATÉGICO PÚBLICO Y PARA EMPRESAS DEL SECTOR PRIVADO

La Disposición General Primera permite que los servicios especializados sean contratados civilmente por las empresas del sector estratégico público, mientras que los trabajadores de

las empresas de servicios tendrán relación directa y bilateral con éstas y se sujetarán a las disposiciones del Código del Trabajo. Así también, según la Disposición General Segunda, se podrán contratar civilmente, entiéndase en el sector público o privado en general, ya que no lo limita al sector estratégico público, servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros. ¿Estas disposiciones no consagran acaso una especie de intermediación laboral, eliminada y prohibida en el Art. 1 del mismo Mandato?

INCORPORACIÓN DE TRABAJADORES A ROLES DE LAS EMPRESAS USUARIAS DEL SECTOR PRIVADO

Por la disposición Transitoria Primera, se obligó a las empresas del sector privado que contrataron con las intermediarias laborales, a asumir de manera directa a todos los trabajadores, sin distinción alguna, a quienes se les garantizó una estabilidad mínima de un año. Esta norma no repara en el hecho de que era posible que entre tantos trabajadores existiera un gran número que estuviera contratado legalmente mediante alguna forma precaria; por lo que es muy probable que tal disposición, para muchos trabajadores, en la práctica, quedara como letra muerta. Lastimosamente no se cuenta con registros estadísticos debido a que los contratos precarios no requieren de desahucio, ni ninguna formalidad, esto es, que legalmente pudieron haber terminado sin que exista en la mayoría de los casos ni siquiera acta de finiquito, ni derecho de los trabajadores a reclamar indemnización alguna.

INCORPORACIÓN DE TRABAJADORES INTERMEDIADOS DEL SECTOR PÚBLICO

El cuarto inciso de la Disposición Transitoria Primera impone a las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y entidades del sector privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, la obligación de asumir directamente a los trabajadores intermediados, "siempre y cuando hayan prestado sus servicios por más de 180 días con anterioridad a la aprobación de este Mandato". ¿No es acaso una disposición que discrimina a los trabajadores del sector público frente a los del sector privado?, o por el contrario, ¿por qué la misma norma no podía extenderse para el sector privado? ¿por qué pensar que el sector privado sí tiene suficiente capacidad para afrontar desmedidamente los impactos económicos que implican reformas de esta naturaleza, y que el Estado en cambio no tiene fondos suficientes, cuando es el mayor empleador¹³, y el principal beneficiario de toda la riqueza nacional?

PERMANENCIA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS TERCERIZADORAS

El quinto inciso de la Disposición Transitoria Primera ordena que los trabajadores de las entonces empresas tercerizadoras de servicios complementarios continúen laborando en las mismas empresas, bajo los términos y nuevas modalidades determinados en el Mandato; disposición que no advierte el

13. Según se difundió en los medios de comunicación, el Estado era el que mayor número de trabajadores tercerizados e intermediados tenía (al menos 80.000); Diario El Comercio, 25-III-08.

hecho de que muchos de tales trabajadores quedarían sin empleo por cuanto la gran mayoría de los tercerizados que laboraban en las empresas usuarias, serían asumidos de manera directa por éstas, y consecuentemente el volumen de trabajo, así como de los ingresos de la tercerizadora (que pasó a ser prestadora de actividades complementarias) se reducirían considerablemente, hasta tanto, al menos, regularicen los estatutos y ajusten los contratos a las nuevas reglas de juego. En consecuencia dichas empresas no estarán en capacidad de cumplir con la garantía de estabilidad impuesta por el Mandato. ¿No debió la Asamblea Constituyente valorar previamente el impacto de tales disposiciones? ¿No se trata de una disposición con alto grado de inaplicabilidad y de inconsistencia? ¿No es una obligación imposible de cumplir por parte de las que fueron empresas tercerizadoras? ¿No sería injusto que en tales circunstancias las empresas tercerizadoras deban indemnizar a todos los trabajadores que no puede mantener de manera estable por los cambios provocados por el Mandato?

VIOLACIÓN AL DERECHO DEL AMPARO DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA

A los obreros, de las mismas instituciones y empresas del sector público enunciadas anteriormente, se los discrimina al excluirles de los beneficios de la contratación colectiva hasta después del segundo año de relación laboral directa, incluso se condiciona la protección al hecho de que se revisen los excesos de la contratación colectiva. Es decir, que no sólo subordina el enrolamiento de manera directa al cumplimiento del requisito de haber superado los 180 días de trabajo, sino que además desconoce los derechos laborales por otros dos años más, por lo menos, en lo que a beneficios de la contratación colectiva se refiere.

VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Nos referimos en primer lugar al principio de la irretroactividad de la ley, que pese a ser un principio universal del Derecho de que toda norma rige para lo venidero, los Asambleístas Constituyentes lo desconocieron al imponer en el inciso tercero de la Disposición Transitoria Primera, que los trabajadores intermediados que hubieren sido despedidos a partir del primero de marzo del 2008, con motivo de la tramitación del Mandato en referencia, fueran reintegrados a sus puestos de trabajo (el Mandato entró en vigencia el 30 de Abril, fecha de expedición, toda vez que se declaró expresamente en la Disposición Final Tercera que entraría en vigencia de manera inmediata, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Constituyente y/o en el Registro Oficial). He aquí, de paso, otra violación, en esta ocasión, al principio de publicidad y consecuente oponibilidad: ¿cómo pretender la observancia de una nueva normativa sin la debida y previa publicidad, y sin que ésta, para entonces, haya entrado aún en vigencia?

En segundo lugar, la misma disposición violenta otro principio jurídico: el *non bis in idem*, por el cual no se puede sancionar dos veces por lo mismo. Entonces, si ya se indemniza a trabajadores despedidos con anterioridad a la vigencia del mandato, ¿cómo imponer al empleador la obligación de reintegrarlos a sus puestos de trabajo? ¿No parece esta norma tener alguna dedicatoria particular?¹⁴ ¿No se puede colegir algún tinte revanchista de las expresiones del Ministro de Trabajo y Empleo cuando se refirió al despido masivo de Industrias Pinto?¹⁵ En el caso puntual referido ya se había indemnizado

14. Recuérdese que con fecha 11-IV-08 se publicó, en la p. 12 del Diario El Comercio, la noticia sobre el despido de 105 costureras y tejedoras de Industrias Pinto.

15. Antonio Gagliardo Valarezo: "Se atrevieron públicamente a desafiar a la Asamblea Constituyente botando [sic] al personal, despidiendo intempestivamente, ahora que paguen", citado en el Diario El Comercio de 11-IV-08, p. 12.

conforme a la ley, y ante las autoridades del trabajo, a cada uno de las trabajadoras despedidas¹⁶; pese a ello, aún se pretende cobrar la multa que fija el Mandato equivalente a veinte sueldos unificados por cada trabajador que no sea reintegrado, cuyo monto sería entregado directamente a éstos, sin perjuicio de las indemnizaciones contempladas en los Arts. 185 y 188 del Código del Trabajo. ¿No resulta inadmisibles dictar normas, que deben caracterizarse por su generalidad, con aparentes dedicatorias personales o particulares?

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008 FRENTE AL MANDATO 8

La nueva Constitución aprobada por referéndum el pasado 28 de septiembre, recoge los aspectos fundamentales del Mandato 8, en el Art. 327, que consagra en primer lugar que la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa, sin embargo no hace ninguna referencia a la responsabilidad solidaria, como lo establece el Mandato en su Art. 4, y lo hacía la Constitución de 1998, en el numeral 11 del Art. 35.

En el inciso segundo del mismo Art. 327 se ratifica la prohibición de toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, así como cualquiera que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva.

16. Según consta en el Diario El Comercio de 15-IV-08, bajo el título de “Los ex trabajadores de Pinto fueron liquidados” se anuncia que 98 trabajadores de Nexos, una tercerizadora que terminó el contrato con Industrias Pinto, recibieron los cheques correspondientes (incluso se publica la foto tomada en la Inspección del Trabajo).

Respecto a la afirmación de que se elimina toda precarización en las relaciones laborales ya cuestionamos si acaso no se trata de una mera declaración, ya que en una situación económica y social como la del Ecuador en donde las tasas de desempleo y subempleo son aún muy altas, no cabría limitar las modalidades contractuales sujetas al Código del Trabajo a solo aquellas que garantizan estabilidad a los trabajadores (entiéndase contratos a plazo fijo e indefinidos).

En cuanto a la prohibición de cualquier contratación que afecte los derechos de las personas trabajadoras, podemos afirmar que ésta resulta por demás subjetiva e imprecisa, puesto que las opciones de contratación que regula el Código del Trabajo así como otras normas laborales responden a diferentes necesidades de trabajo y de producción que por el hecho de no gozar de estabilidad, no se las puede tildar de perjudiciales para los trabajadores. Los derechos de los trabajadores no resultan vulnerados por una u otra modalidad contractual, sino cuando los empleadores no observan debidamente las regulaciones de las mismas. Claro está que lo óptimo sería que todo trabajador sujeto al Código del Trabajo tuviera garantizada de manera absoluta su estabilidad hasta que se jubile o hasta que se presente algún acontecimiento que le impida seguir trabajando, pero la realidad nos demuestra que ello es un ideal aún muy remoto, por lo que mientras no exista un pleno empleo, bien vale que se mantengan modalidades de contratación que permitan, al menos, alternativas legales y legítimas para procurar trabajos con remuneraciones dignas, aún cuando no sean permanentes.

En conclusión, en un intento de responder resumidamente a las mayores inquietudes que a lo largo del presente artículo se han dejado planteadas, y particularmente a la interrogante que inspiró este ensayo, afirmamos categóricamente que el Mandato 8 expedido por la Asamblea Constituyente, si bien

pretendió transparentar las relaciones dependientes de trabajo y remediar injusticias laborales, eliminando la intermediación laboral, la tercerización de servicios complementarios y la contratación por horas, no logró a cabalidad dichos objetivos, y resultó un instrumento jurídico inconsistente. Ello por cuanto:

- No eliminó completamente la modalidad contractual de la tercerización de servicios complementarios, sino más bien le cambió de nombre: ahora se la llama prestadora de actividades complementarias.
- Derogó parcialmente la intermediación laboral, ya que para los servicios especializados para empresas del sector estratégico público, así como para los servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tanto del sector público como del privado, se establece nuevamente una especie de triangulación (que combina la contratación civil con la laboral).
- Si bien eliminó la contratación por horas, no eliminó toda precarización laboral, como manifiestamente lo declaró, ya que dejó subsistentes, de manera expresa, las demás modalidades contractuales precarias.
- Condenó a la tercerización como modalidad que vulneraba los derechos de los trabajadores, sin embargo el problema estaba en el uso y en el abuso de ciertas prácticas que desconocían el legítimo derecho de los trabajadores a la estabilidad y a remuneraciones justas.
- Pese a que garantizó a los trabajadores estabilidad, ésta en muchos casos no pasó de ser un mero enunciado, ya que la estabilidad sólo se la concibe para actividades permanentes y que tienen una duración mínima de un año.
- Resultó presuntuoso al dar la impresión de que sólo a raíz de su vigencia los derechos de los trabajadores, entiéndase del sector privado y los obreros de sector

público, serían garantizados, por cuanto sus relaciones laborales al estar amparadas al Código del Trabajo, también lo están por todas las demás fuentes del Derecho Laboral, tales como Convenios Internacionales, Constitución Política, Ley de Seguridad, entre otras, sin que fuera necesario hacer explícita tales menciones.

- Discriminó a los obreros de sector público: al diferirles el amparo de los beneficios de la contratación colectiva por dos años; al condicionar su enrolamiento directo al hecho de haber prestado servicios por más de 180 días, antes de su entrada en vigencia, a favor de la institución pública, y, finalmente, al desconocerles el derecho a reclamar al amparo de la responsabilidad solidaria, la misma que quedó consagrada y limitada, exclusivamente, para el sector privado.

Todavía quedan muchas inquietudes sin respuestas sobre este tan controvertido instrumento jurídico; sin embargo sólo el tiempo confirmará si el Mandato 8, y la nueva Constitución Política, recientemente aprobada, han sido instrumentos eficaces para garantizar los derechos de los trabajadores, fomentar el empleo y la justicia social, y evitar prácticas ilegales y corruptas que tanto perjuicio han causado a la parte siempre débil de toda relación laboral dependiente.

Hacemos sinceros votos porque vengan mejores días para la clase trabajadora y para el sector productivo del país en general, por el bienestar de todos los habitantes de este tan querido Ecuador.

Bibliografía

- Asamblea Nacional Constituyente, Mandato 8, RO-S 330, 6-V-2008.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador, Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios (L.2006-48. RO-S 298, 23-VI-2006).
- Constitución de la República del Ecuador, RO 449, 20-X-08.
- Monesterolo Lencioni, Graciela, Instituciones de Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.
- Presidencia de la República del Ecuador, Decreto 1406, Reglamento de Contratación por Horas, (RO-S 305, 12-IV-2001).
- Presidencia de la República del Ecuador, Decreto 2638, Reglamento de Contratación por Horas, (RO 547, 18-III-2005).
- Trujillo, Julio César, Derecho del Trabajo, T.1, 3ra ed, Centro de Publicaciones PUCE, Quito, 2008.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador, Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios (L.2006-48. RO-S 298, 23-VI-2006).
- Corral, Fabián, editorial publicado en el Diario El Comercio, de 10-IV-08.
- El Comercio, 11 y 15-V-08
- www.lahora.com.ec

La transformación institucional ecuatoriana 2007-2008

Alexander Osorio¹

INTRODUCCIÓN

La Asamblea Nacional Constituyente 2007-2008 fue electa con dos finalidades la elaboración de una nueva constitución y la transformación del marco institucional, para lo cual ha dictado indistintamente mandatos constituyentes, leyes, resoluciones y acuerdos, sin saber con precisión que se debía entender por “transformar el marco institucional del estado.” De estos hechos, se hará una revisión jurídica de sus actuaciones y un esfuerzo por entender la transformación del marco institucional del estado ecuatoriano concebido por la Asamblea.

1. Estudiante egresado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ayudante de cátedra de las materias de Teoría de las Obligaciones y Teoría de la Pena.

1. MARCO CONSTITUCIONAL PARA “TRANSFORMAR EL MARCO INSTITUCIONAL”

1.1 EL ESTATUTO DE ELECCIÓN, INSTALACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

El Estatuto de la Asamblea Constituyente, aprobado por el pueblo ecuatoriano, es parte de un pronunciamiento del pueblo ecuatoriano. Formalmente, no tenía una categoría jurídica de ninguna de las normas que integran un ordenamiento jurídico, ya sean: las normas de la Constitución, las leyes orgánicas u ordinarias, reglamentos, ordenanzas o sentencias. Por otra parte, es evidente que su naturaleza tiene como fin dar el marco de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente se puede decir, que la naturaleza del Estatuto es de derecho constitucional. Al respecto, el profesor Frank Moderne dice que las normas constitucionales no solamente se encuentran en la constitución, sino que se encuentran en varias partes del ordenamiento jurídico, cuyo conjunto se lo puede denominar “bloque de constitucionalidad”. Este bloque de constitucionalidad está integrado por las normas de la constitución, por principios constitucionales reconocidos por el órgano de control constitucional, por principios constitucionales reconocidos por las leyes (ej. El derecho a la defensa) y por declaraciones que influyen directamente en el entendimiento de la Constitución (ej. En Francia, parte del bloque de la Constitucionalidad es la declaración de 1789, donde se consagra la división de poderes).² De aquí que también el Ecuador, cuente con un bloque de constitucionalidad, en el que podemos afirmar se encuentra las disposiciones del Estatuto que regulan

2. Moderne, Frank. *“Principios de Derecho Público”*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 85-92.

el ejercicio del poder constituyente originario. Mucho se puede decir en contra de la tesis que hemos adoptado pero diremos que aceptar esta posición jurídica está acorde con los principios de un Estado de derecho, estos son: responsabilidad, juridicidad y control.

El Estatuto al normar el poder constituyente se convierte en un verdadero limitante al poder que tenía la Asamblea Nacional Constituyente. En este sentido hay una disposición realmente novedosa en este cuerpo, que se encuentra en el art. 1, el cual textualmente dice:

“ARTÍCULO 1.- DE LA NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.- La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio.

La transformación del marco institucional del estado y la nueva Constitución, solo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución.” (La letra en negrilla y subrayada nos pertenece)

Investir de plenos poderes a una Asamblea Nacional Constituyente es común en la Teoría Constitucional, en lo referente a la elaboración de una nueva Constitución, pues como explica el profesor Hernán Salgado: “(...) *el poder constituyente originario es aquel que tiene plenos poderes y competencia para elaborar o crear una Constitución, sea porque no existe... o porque se cambia la Constitución por una nueva...*”³. Lo novedoso de este artículo ha sido de investir de plenos poderes a la Asamblea para

3. Salgado, Hernán, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Abya-Yala, Volumen I, Segunda Edición, Ecuador, Quito 2003, p. 67.

“transformar el marco institucional”, pues nada dice la doctrina al respecto. Del art. 1 del Estatuto ningún intérprete puede saber exactamente que se debía entender por “transformar el marco institucional”. Sin embargo, si hay límites expresos en la conducta de la Asamblea en la transformación del marco institucional, que se encuentran en el artículo 1 del Estatuto, estos son:

1. Respetar, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales del ser humano.
2. La transformación institucional entrará en vigencia con la aprobación de la Constitución en el referéndum.

En conclusión, el art. 1 del Estatuto establece una norma abierta en la parte de “transformar el marco institucional” y por consiguiente se debió proceder a su interpretación adecuada y racional para su aplicación.

El art. 9 del Estatuto sigue estableciendo la normatividad al ejercicio de los plenos poderes de la Asamblea, el cual establece que una vez instalada la Asamblea se designarán los miembros de la Comisión Directiva estos son: un presidente, dos vicepresidentes, una secretaría, dos vocales y la expedición de un reglamento interno, el art. 9 textualmente dice:

“ARTÍCULO 9.- DE LA COMISIÓN DIRECTIVA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Una vez instalada, la Asamblea Constituyente designará a los miembros de la Comisión Directiva, que estará conformada por un presidente, dos vicepresidencias y dos vocalías; y una secretaría de fuera de su seno. Presidente y secretario serán nombrados, en votación individual, por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea. Para la elección de vicepresidentes de la Asamblea, se designará como primer vicepresidente a quien obtuviere la mayor votación en la respectiva elección individual y segundo vicepresidente a quien quede en segundo lugar.

En la elección de las dos vocalías se aplicará el mismo mecanismo que para la elección de los vicepresidentes.

En el plazo de 7 días, la Asamblea Constituyente debatirá y aprobará por mayoría absoluta de los presentes su Reglamento de Funcionamiento Interno, a partir de la propuesta que presente la Comisión Directiva. (La letra en negrilla y subrayada nos pertenece).

El reglamento interno de funcionamiento de la Asamblea, tiene como finalidad regular aspectos básicos de este ente como la formación de mesas de trabajo, el procedimiento para la intervención de los Asambleístas en el debate, la recepción de iniciativas y la finalidad que tendría cada “acto decisorio” de la Asamblea Constituyente. El poder se somete al Derecho porque es el Derecho quien determina quién, cómo, cuándo, por qué y para qué se va a ejercer el poder.⁴ Por este motivo es de transcendental importancia la expedición de un reglamento como parte de la normativa necesaria para el ejercicio legítimo de sus plenos poderes para “transformar el marco institucional ecuatoriano”. Sin embargo, de esta lógica jurídica se dictó un mandato constituyente sin existir reglamento, pues el Mandato Constituyente Nro. 01 se dicta el 29 de noviembre de 2007 y el Reglamento interno el 11 de diciembre de 2007.

En conclusión, debido a que el poder constituyente se somete al Estatuto, lo primero que debía dictar la Asamblea era el reglamento interno de funcionamiento para posteriormente dictar cualquier “acto decisorio”, entre estos el Mandato Nro. 01.

4. Oyarte Rafael, El fenómeno Político Aprehendido por el Derecho Constitucional. Revista Jurídica “Ruptura”, Ecuador, Quito, AED. 2001. pp. 49-59.

1.2 EL MANDATO NRO. 01

El Mandato Nro. 01 usa y ejerce los plenos poderes de forma desordenada con el Estatuto y de forma poco clara en su parte motivacional. Cabría pensar que es ejercicio irracional del poder porque no tiene finalidad, pues, no se la menciona en su parte motivacional. Sin embargo haremos una interpretación en armonía con el Estatuto para dotar sentido a este Mandato Nro. 01. El Estatuto limita el uso de los plenos para dos finalidades, contempladas en el art. 1 del Estatuto. Es obvio que el Mandato Nro. 01 no es la nueva constitución por lo que la única alternativa que nos queda, es pensar que es un acto necesario para la transformación del marco institucional. Si esto es así, este Mandato se somete a los dos límites antes mencionados, es decir, respeto a los derechos fundamentales y vigencia hasta la aprobación del referéndum. Sin embargo, el art. 2 del Mandato viola lo dispuesto por el art. 1 del Estatuto, el art. 2 textualmente dice:

“Art. 2.- De las Atribuciones de la Asamblea Constituyente.- La Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. De igual manera, serán sancionados los funcionarios

públicos que incurran o promuevan, por acción u omisión, el desacato o desconocimiento de las disposiciones de la Asamblea Constituyente.” (La letra en negrilla y subrayada nos pertenece).

El inc. 1 del Art. 2 era interpretativo de los plenos poderes para la “transformar el marco institucional”, pues es la única finalidad válida para reconocerse tales atribuciones. El art. 2 no termina solo reconociéndose las 4 atribuciones antes transcritas, sino que menciona en su inc. 2 y 3, que las decisiones de la Asamblea gozan de superioridad y que no son susceptibles de impugnación, esto fue y es potencialmente limitativo a los derechos humanos porque de haber normas contrarias a los derechos humanos estas no podrían ser desechadas del ordenamiento jurídico o inaplicadas por parte de los jueces u otros funcionarios públicos. Incluso, los mismos tratados jurídicos vigentes estarían sometidos a esta arbitrariedad de presentarse. En conclusión el inc. 2 y 3 son violatorios al art. 1 del Estatuto, pues violan el respeto a los derechos fundamentales de toda persona de ser escuchados por un juez imparcial y de obtener tutela judicial efectiva. Este vicio se extiende al Reglamento Interno.

1.3 EL REGLAMENTO “INTERNO” DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Empezaremos por decir que el tardío Reglamento Interno deja de un lado el adjetivo “interno” para nombrarse como simplemente “Reglamento de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente”, lo cual tiene una connotación importante porque el reglamento contiene normas que repercutirán inmediata y directamente en la conducta de toda la sociedad, como lo es la expedición de una ley o mandato con carácter obligatorio para todo habitante ecuatoriano. El art. 2 del Reglamento interno dice:

“Artículo 2. De los actos decisorios.- En el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará:

1. El texto de la nueva Constitución que será sometido a referéndum;
2. **Mandatos Constituyentes:** Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos mandatos tendrán efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo;
3. **Leyes:** Normas aprobadas por la Asamblea Constituyente en ejercicio de las facultades legislativas conferidas en el inciso primero del artículo 7 del Mandato Constituyente No. 1 adoptado el 29 de noviembre de 2007;
4. **Resoluciones e Instructivos:** Están destinados a regular el funcionamiento de la Asamblea en el marco de este Reglamento; y,
5. **Acuerdos:** Pronunciamientos de la Asamblea sobre asuntos políticos, administrativos, cívicos, solidarios, sociales, entre otros.” (La letra en negrilla y subrayada nos pertenece).

El art. 2 del Reglamento y el art. 2 del Mandato son complementarios pero incompletos. Son incompletos porque no distinguen que tanto los mandatos constituyentes, las leyes, resoluciones y acuerdos se interpretarían como producto de sus plenos poderes para “transformar el marco institucional”. Adicionalmente, el numero 2 del art. 2 del Reglamento viola nuevamente uno de los límites del art. 1, el cual es que la transformación al marco institucional debía entrar en vigencia con la aprobación en referéndum de la nueva Constitución, puesto, que dispone que los mandatos constituyentes entrarán en vigencia inmediata. La disposición de la vigencia inmediata de las decisiones de los mandatos se repitió en todos los mandatos, sea en los artículos de los mandatos o en las disposiciones generales, excepto el mandato Nro. 17, que no contiene una disposición que ordena su vigencia inmediata.⁵ Por lo que se

5. El Mandato Constituyente Nro. 17 crea la Corporación Ciudad Alfaro.

puede concluir que hasta la aprobación de los mandatos en el referéndum los Mandatos Nro. 1 al 21 eran inconstitucionales porque contravenían el Estatuto, excepto el mandato Nro. 17. Sin embargo, los resultados del referéndum son públicos y con el 64% de aceptación al texto de la nueva Constitución se aprobó la transformación institucional, que por ende, en nuestra opinión, subsanó la violación de la vigencia.⁶

2. LA TRANSFORMACIÓN INSTITUCIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO

La transformación institucional del estado ecuatoriano, se expresa, en la aprobación de mandatos constituyentes, leyes, acuerdos y resoluciones, pero como nada se decía sobre lo que se debía entender por transformación institucional del estado ecuatoriano, veamos que se hizo en estos instrumentos a breves rasgos.

2.1 EN LOS MANDATOS CONSTITUYENTES

2.1.1 En las Instituciones Públicas y funcionarios públicos

Para el mandato Nro. 01 la transformación institucional es ratificación, cesación o declaración de conclusión de periodos para el que fueron electos funcionarios, tales como: el presidente y vicepresidente de la República, diputados del Congreso y miembros de la Comisión de codificación y legislación, procurador, contralor, ministro fiscal general, superintendentes,

6. En nuestra opinión, el sentido del art. 1 del Estatuto en lo referente a la vigencia de la transformación institucional, es que el pueblo este de acuerdo con tales cambios.

defensor del pueblo, magistrados de la Corte Suprema de Justicia y vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, vocales del Tribunal Supremo Electoral.⁷ En esta línea, tenemos otros Mandatos como: el Mandato Nro. 7 (Designación provisional de Procurador)⁸, el Mandato Nro. 11 (Designación provisional de Superintendente de Compañías)⁹, el Mandato Nro. 18 (Designación provisional del Defensor Pueblo)¹⁰, el Mandato Nro. 19 (Designación provisional del superintendente de telecomunicaciones)¹¹. Para el Mandato Nro. 01 y el Mandato Nro. 21 la transformación institucional es asumir por la Asamblea las funciones del Congreso Nacional, desde el 29 de noviembre de 2007 hasta la proclamación oficial de los resultados del referéndum.¹² En resumen, la transformación institucional de la Asamblea comprendía el cambio de funcionarios de alto nivel, lo cual estimamos puede ser una transformación institucional superficial pero no realmente profunda como se lo podía esperar. Incluso, desde un punto político podemos afirmar que más se trató de Mandatos tendientes a asegurar en poderes constituidos a funcionarios del partido mayoritario de la Asamblea.

Dentro de esta categoría también esta el Mandato Nro. 17¹³, el cual crea la Corporación Alfaro para la administración de la ciudad Alfaro, estimamos también que la creación de esta entidad pública tampoco aporta profundamente a la transformación institucional verdadera que se esperaba. La creación de esta noble institución pudo ser operativizada por otros medios

7. Mandato Constituyente Nro. 01, art. 6 al 10.

8. Mandato Constituyente Nro. 7, artículo único, se designa provisionalmente como Procurador General del Estado al Dr. Diego García Carrión.

9. Mandato Constituyente Nro. 11, artículo único, se designa provisionalmente como Superintendente de Compañías al Dr. Pedro Solines.

10. Mandato Constituyente Nro. 18, artículo 2, se designa provisionalmente como Defensor del Pueblo al Ab. Fernando Xavier Gutiérrez.

11. Mandato Constituyente Nro. 19, artículo 2, se designa provisionalmente como Superintendente de Telecomunicaciones al Ing. Fabián Leonardo Jaramillo.

12. Mandato Constituyente Nro. 01, art. 7; Mandato Nro. 21, art. 1

13. Mandato Constituyente Nro. 17, art. 1.

tales como: decreto ejecutivo u ordenanza municipal. De esta manera el Estado pudo ahorrar en la contratación de más burocracia. Al final, este mandato tampoco aporta algo importante a la transformación institucional.

Otro mandato referente a una institución pública es el Mandato Nro. 14¹⁴, el cual deroga la Ley de creación de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador. Estimo conveniente que esta derogación se la hubiese hecho por medio de una ley porque la Asamblea ejercía las funciones del Congreso Nacional.

Otros mandatos que tiene relación con instituciones públicas y funcionarios son los Mandatos Constituyentes Nro. 03 y 12, en las cuales se suspenden la elección de los diputados de las provincias de Santa Elena y de Santo Domingo y la elección de los representantes de gobiernos locales hasta después de la aprobación de los resultados del Referéndum. Estimamos que estos dos mandatos no responden a una transformación del marco institucional porque en nada lo cambia, a lo mucho lo alargan o lo suspenden. Estos mandatos pueden responder a fines políticos o fines de ahorro económico en convocatoria a elecciones. Pueden ser fines políticos pues muchos de los asambleístas de la mayoría oficialista, concluidos sus periodos, podrían acceder a estos puestos. Pueden ser fines de ahorro porque en base al art. 3 del Régimen de Transición de la Constitución 2008 se deberán elegir nuevamente todas las dignidades de elección popular y esto se lo puede hacer en una sola elección. O inclusive se puede tener los dos fines. Al final, estimamos que el mandato 03 y 12 no son claramente disposiciones para transformar el marco institucional ecuatoriano.

14. Mandato Constituyente Nro. 14, art. 1.

2.1.2 En instituciones laborales

En cuanto a instituciones laborales podemos encontrar disposiciones acerca de remuneración en el Sector Público (Mandato Nro. 02), contratos colectivos (Mandato Nro. 04), intermediación, tercerización y contratación por horas (Mandato Nro. 8). En el mandato Nro. 02 básicamente se imponen límites a remuneraciones de funcionarios del Sector Público y otras instituciones, el cual es de 25 salarios mínimos unificados de un trabajador privado.¹⁵ El Mandato Nro. 04 impone límites al pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo, el límite es de 300 salarios mínimos vitales unificados de un trabajador privado.¹⁶ De forma general se puede decir que los funcionarios del Sector Público y otras instituciones, se refiere a las personas que trabajen en la Función Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral, órganos de control, gobiernos seccionales, entidades creadas por ley u ordenanza e instituciones que cuenten con una inversión mayoritaria del Estado.¹⁷ El Mandato Nro. 08 prohíbe la tercerización, intermediación y contratación por horas tanto para el Sector Público y el Sector Privado, adicionalmente, dispone que las personas que se encuentren trabajando bajo cualquiera de estos dos regímenes deberán ser contratadas por la empresa o institución beneficiaria.¹⁸ En conclusión, la prohibición de instituciones laborales es parte de la transformación institucional ecuatoriana.

2.1.3 En sectores estratégicos

La Asamblea Constituyente por medio de los mandatos constituyentes también hizo cambios a varios sectores estraté-

15. Mandato Constituyente Nro. 02, art. 1.

16. Mandato Constituyente Nro. 04, art. 1.

17. Mandato Constituyente Nro. 02, art. 2.

18. Mandato Constituyente Nro. 08, arts. 1, 2.

gicos, tales como: Sector Minero (Mandato Nro. 6), Sector Eléctrico (Mandato Nro. 15). En el sector minero se suspenden varios tipos de concesiones sin derecho a compensación económica, entre éstas: las que no tengan estudios de impacto ambiental, las que no han cancelado las patentes de protección, las que no hayan realizado consultas previas a la comunidad, las que afecten áreas protegidas, a toda persona que tenga concesiones en un número mayor de tres, a funcionarios y ex funcionarios del Ministerios de Minas y Petróleos.¹⁹ También se ordena al gobierno nacional la constitución de la Empresa Minera Nacional.²⁰ En cuanto al sector eléctrico, se ordena el cálculo de la nueva tarifa única y otras normas para el cálculo de la tarifa, se deja sin efecto la categoría industrial y comercial. Se disponen normas para el cruce de cuentas entre el CONELEC y la CATEG. Al final podemos inferir que transformar el marco institucional comprendía la reforma de normas que fijaban precios de tarifas eléctricas y la revocación de concesiones mineras. Estimamos que de la casuística de las concesiones mineras que se den en la aplicación de este mandato puedan resultar afectados económicamente varios concesionarios, a las cuales se les afecta el derecho a ser oídos por un juez imparcial y obtener tutela efectiva para recuperar su inversión económica, puesto, que las disposiciones de los mandatos no son susceptibles de impugnación judicial.

2.1.4 En el sector financiero y de inversión

En materia financiera tenemos el Mandato Nro. 13, el Mandato Nro. 20. El primero ratifica la validez de la resolución de la AGD del 8 de julio de 2008 en la que se ordena la incautación de varios bienes de ex administradores y ex accionistas de Filanbanco S.A. por el monto de 661,5 millones.²¹ Esta decisión

19. Mandato Constituyente Nro. 06, arts. 1, 2, 3, 4, 5.

20. Ídem, art. 15.

bien aceptada por todos los afectados y la sociedad en su conjunto, logró su objetivo en base a no dejar a los ex administradores y ex accionistas su derecho acceder a un juez imparcial y obtener tutela judicial.²² El Mandato Nro. 20 dispone que las Instituciones del Sector Financiero sometidas a liquidación forzosa procedan al pago de los depósitos y captaciones del público y las cuentas por pagar de suministros, bienes y servicios.²³ En materia de inversión tenemos el Mandato Nro. 9 en el que Fondo de Solidaridad está autorizado para realizar inversión directa en empresas eléctricas y de telecomunicaciones, esta inversión no será para pagar el gasto corriente.²⁴ En conclusión, la transformación institucional ha constituido la orden de pago a depositarios y otros afectados de la crisis financiera de 1998 y la inversión en sectores eléctricos y de telecomunicaciones. El Mandato Nro. 13 viola los límites del art. 1 del Estatuto, al negar un derecho humano.

2.1.5 En el derecho a alimentación y derechos de los usuarios de celulares

En cuanto el derecho a alimentación, el Mandato Nro. 16 ordena la creación de un Programa de Soberanía Alimentaria, destinado a incrementar la productividad, fomentar el crecimiento del sector agropecuario y el ejercicio de actividades agropecuarias sustentables y responsables con la naturaleza y el ambiente, se crean bonos y un seguro agrícola, todo lo cual se financiará con el Presupuesto General del Estado.²⁵ En el Mandato Nro. 10 reconoce el derecho a los usuarios de los celulares de mantener su número de celular en cualquier operadora de telefonía celular.²⁶ En conclusión, la transformación insti-

21. Mandato Constituyente Nro. 13, art. 1.

22. Ídem, art. 2.

23. Mandato Constituyente Nro. 20, art. 1.2.

24. Mandato Constituyente Nro. 9, art. 1.

25. Mandato Constituyente Nro. 16, arts. 1, 3, 4, 5.

tucional ha ordenado un Programa de apoyo a los agricultores ecuatorianos y el derecho de mantener el número de celular en cualquier operadora.

2.1.6 En emergencias nacionales

El mandato Nro. 5 dispone a la CAE que toda la mercadería de alimentación, medicina, utensilios de cocina declaradas en decomiso se entreguen a los damnificados por las catástrofes. Esta disposición también se aplica a las mercaderías declaradas en abandono tácito. En conclusión, la transformación institucional ha consistido en ayuda a damnificados por catástrofes naturales con bienes declarados en abandono o decomisados. Estimamos que estos le otorgan un carácter de imprevista a la transformación institucional.

2.2 EN LEYES

La Asamblea Nacional constituyente dictó 6 leyes, estas son: La ley reformativa para la Equidad Tributaria y una ley interpretativa de ésta, la Ley Orgánica de Transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, la Ley Orgánica para la recuperación del uso de los recursos petroleros del Estado y racionalización administrativa de los procesos de endeudamiento, la Ley Reformativa al Código de Ejecución de Penas y Código penal para la Transformación del Sistema de Rehabilitación Social, y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De lo cual podemos afirmar que la transformación institucional se dio en el ámbito tributario, petrolero, de tránsito, Penal y penitenciario y de contratación pública. Se puede decir de modo general que estas leyes buscan dar mayor respeto y beneficios a las instituciones que conforman estos sectores.

2.3 ACUERDOS Y RESOLUCIONES

Por último, la Asamblea para la transformación institucional se reconoció las atribuciones de expedir resoluciones y acuerdos. Primero que todo cabe clasificar en dos las resoluciones que la Asamblea expidió, las primeras tienen que ver, en su mayoría, con asuntos relacionados a los asambleístas y actividades de la asamblea, tales como: la destitución del Ab. Álvaro Noboa como asambleísta, la prórroga de 60 días terminados los primeros 180 para el funcionamiento de la Asamblea, la renuncia del asambleísta Rafael Esteves Moncayo, o el reconocimiento público al Eco. Alberto Acosta. Otras resoluciones son propias del ejercicio de las funciones del Congreso Nacional, tales como: el otorgamiento de indultos y amnistías,²⁷ pronunciamientos sobre tratados internacionales²⁸. En materia de acuerdos, son básicamente pronunciamientos en materia social, deportiva, política y cultural, podemos citar como ejemplo: el reconocimiento deportivo a la Liga Deportiva de Quito por su triunfo como campeón en la Copa Libertadores de América, o la solidarización con los familiares de las víctimas del incendio de Quito, etc. Todo lo dicho no merece considerarse como la transformación institucional, porque muchas de las resoluciones y acuerdos no influyen para nada en el marco institucional ecuatoriano y otras son de carácter aplicativo del Estatuto. En conclusión podemos afirmar que en materia de acuerdos y resoluciones, solo las resoluciones en ejercicio de las funciones del Congreso Nacional pueden ser consideradas con la finalidad de “transformar el marco institucional ecuatoriano”.

En general, la transformación institucional tiene características de superficialidad, improvisada, relativamente profunda y en normas de carácter económico.

27. Por ejemplo las amnistía a los comandos que participaron en la toma de la Base de Manta o la amnistía concedida a la Eco. Alejandra Cantos.

28. Por ejemplo la aprobación del tratado convenio de seguridad social entre Ecuador y Chile.

Conclusiones

- Las normas del Estatuto no tienen jerarquía formal de norma Constitucional, pero conforman parte del bloque de constitucionalidad del Estado ecuatoriano, por lo que se debería poder ejercer control constitucional, en cualquiera de sus formas.
- El art. 1 del Estatuto no estipula específicamente las acciones de la Asamblea para transformar el marco institucional ecuatoriano ni lo que se debe entender por tal cosa.
- Ante la indeterminación del art. 1 del Estatuto se debe proceder a entender la interpretación que la Asamblea Constituyente dio a esta disposición.
- El Reglamento debía ser expedido antes de cualquier toma de decisiones de la Asamblea por medio de mandatos, leyes, resoluciones.
- Todo acto que no sea el de elaboración de la nueva constitución, se entiende es un acto que tiene como fin “transformar el marco institucional” del estado.
- Toda interpretación extensiva en el uso de los “plenos poderes” de una Asamblea que no sea para elaborar una nueva Constitución, son potencialmente contradictorios a los principios de control, responsabilidad y juridicidad de un Estado de Derecho.
- El vicio de los actos de transformación institucional que violaban la disposición Estatutaria acerca de su entrada en vigencia hasta la aprobación en referéndum, fueron subsanados con la aprobación del texto de la nueva constitución.

- Los acuerdos no implican una transformación del marco institucional porque son, en su mayoría, pronunciamientos que no conllevan efectos jurídicos, sino de carácter moral.
- La transformación institucional tiene características de ser superficial, improvisada, relativamente profunda y en ciertos puntos específicos.
- El Estatuto y las Constituciones de 1998 y 2008, son normas que limitan el uso de los plenos poderes, estas ordenan el respeto a los derechos fundamentales a todo ciudadano y ciudadana, por lo que las personas afectadas por Mandatos constituyentes, leyes, resoluciones de la Asamblea en ejercicio de las funciones del Congreso Nacional tienen todo el derecho de obtener tutela efectiva de los órganos de justicia, sean nacionales o internacionales. Los jueces nacionales están en todo el deber de declarar inaplicables o inconstitucionales cualquier disposición de los mandatos, leyes o resoluciones que vulneren el derecho a un debido proceso.

El arbitraje internacional como método para resolver conflictos entre Estado e inversionistas en la nueva Constitución: inconsistencias del artículo 422

Melanie Riofrío

En un principio se incentivó el arbitraje internacional en virtud de la desconfianza a los tribunales nacionales producida por la crisis judicial de los países latinoamericanos y la parcialización de los jueces locales. Se establecieron regímenes de incentivos a la inversión mediante garantías legales y firmando convenios con centros de resolución de arbitraje. Sin embargo podemos constatar que existe un drástico cambio político caracterizado por la violación de estas garantías así como violaciones a los TBI, sin embargo, el progreso alcanzado por el arbitraje en América Latina podría estar en peligro.

El arbitraje internacional ha sido reconocido como el método más idóneo para la resolución de conflictos entre Estados e inversionistas, pero frente a las 12 demandas internacionales interpuestas contra el Ecuador y los 12 000 millones de dólares pagados en virtud de condenas, la eficacia de esta institución es actualmente puesta en tela de duda.

Durante muchos años la conveniencia del arbitraje fue motivo de debate, sin embargo, no es sino con la Asamblea Nacional que este se constitucionaliza. Por una parte, se consagra la institución como derecho fundamental, por otra, se le imponen ciertas restricciones por las cuales no se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional.

Si analizamos cual es el futuro del arbitraje internacional en el Ecuador nos vemos tentados a afirmar que la intención del legislador no se conjuga con la realidad objetiva de la norma y, más aún, que existen inconsistencias en la legislación nacional la cual no se desarrolla al ritmo de la comunidad global sino que tiene un retroceso en su aplicación.

Con una Constitución que costó más de 100 millones de dólares y por la cual votaron 4 694 269 a favor, lejos de crear condiciones atractivas para la inversión, se imponen restricciones que podrían ahuyentarla, con serias consecuencias para la economía nacional. Aprovecho la coyuntura política para hacer un paralelismo con el tema de arbitraje en inversiones y referirme exclusivamente a las inconsistencias incorporadas en el artículo 422 de la nueva Carta Política.

Es verdad que deben tomarse medidas para detener la situación de vulnerabilidad por la que está pasando el Ecuador; no obstante, la complejidad de los medios puestos en ejecución puede constituir un freno a ciertas variantes necesarias para su desarrollo. Es nuestra tarea encontrar las pasarelas justas para incentivar las inversiones extranjeras sin poner en riesgo los intereses del país.

HACIA UNA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA

La Constitución ecuatoriana del 98 prescindió de la influencia de viejos conceptos como la soberanía absoluta para adoptar una posición mucho más apegada al Derecho Internacional contemporáneo: art. 4 núm. 3 *"el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas"*¹. Esto es el resultado de un proceso de globalización jurídica donde los múltiples instrumentos mundiales han permitido que la institucionalidad internacional avance sobre la doméstica; y, a pesar de que las posiciones localistas planteen objeciones ideológicas o políticas, la decisión soberana del Estado genera obligaciones jurídicas que deben cumplirse. Nos manejamos en un mundo caracterizado por la necesidad de entablar relaciones que traspasan las fronteras nacionales, donde ningún Estado está en la posición de auto-aislarse y la jurisdicción soberana es puesta en tela de duda con el creciente alcance de los negocios.

Un ejemplo claro de los instrumentos mencionados anteriormente son los tratados bilaterales de inversión (TBI). Hace poco tiempo, los TBI eran vistos como una novedad en la arena internacional pero actualmente constituyen, junto con los contratos de inversión, los instrumentos más comunes de regulación de la inversión extranjera. En general, los TBI son acuerdos bilaterales, que pretenden promover las inversiones entre los países contratantes. Estos constituyen importantes documentos que otorgan estándares mínimos de protección desarrollando los derechos y las obligaciones tanto de los inversionistas como de los Estados receptores. Uno de los puntos más importantes de los TBI son las cláusulas de arbitraje que permiten someterse a jurisdicción internacional en caso de controversia, en lugar

1. Cfr. SALVADOR LARA Jorge, *Apuntes de Derechos Internacional Público*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1990, p. 10.

de demandar al Estado receptor en sus propias cortes nacionales; estos arbitrajes son muchas veces auspiciado por centros como el International Center of Settlement of Investment Disputes (ICSID) o la International Chamber of Commerce (CCI).

La cláusula arbitral incorporada en los TBI constituye un recurso de resguardo ante cualquier incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión, y permite materializar y efectivizar los mínimos de protección establecidos en el tratado. Por lo tanto el arbitraje es el medio que tiene el inversionista para efectivizar la protección establecida en los TBI en sede internacional. Sin embargo, esta cláusula de arbitraje ha sido considerada un aliciente para la pérdida de soberanía jurisdiccional para los países latinoamericanos que ven los arbitrajes parcializados y consideran que no existe equidad entre las partes.

La patología de los TBI es que existe una asimetría entre los contratantes lo cual fomenta la erosión de soberanía de una de las partes sin la correspondiente erosión de la otra parte. En sentido estricto, sí existe simetría legal porque las reglas se aplican recíprocamente y de igual forma para las dos partes. Los TBI son tratados bilaterales de promoción y protección **recíproca**: tanto los inversionistas del Ecuador como los inversionistas del otro país contratante recibirán exactamente los mismo derechos. El problema de los TBI es que no contemplan aspectos marginales como la economía o el número de inversionistas de un país frente a la cantidad de inversionistas del otro país.

En el caso del Ecuador, los TBI son duramente criticados por considerarlos "lesivos" para el Estado. En su gran mayoría, las demandas se amparan en el TBI firmado en 1993 entre Ecuador y los Estados Unidos que entró a regir desde el 11 de mayo 1997.

Parece ser que el Ecuador no dimensionó la magnitud de las implicaciones y el alcance de estas cláusulas extremadamente amplias, y algunas veces perjudiciales para el Estado. Considero muy acertada la frase del Dr. Mauricio Gándara Gallegos (Ex Ministro de Gobierno):

“En el tratado de Río de Janeiro la pérdida territorial que sufrió el Ecuador pudo ser visualizada objetivamente en todo mapa del mundo. En cambio, el tratado de protección recíproca de inversiones comenzó a ser comprendido desde que la OXY nos arrastró a los tribunales internacionales de arbitraje y obtuvo que se condene al Ecuador a devolver 75 millones del IVA petrolero. Continuamos comprendiéndolo con las nuevas demandas”².

¿RECUPERANDO SOBERANÍA?

Queda claro que no supimos prever las consecuencias de la ratificación de estos tratados internacionales y parecería que a estas alturas tratamos de reivindicarnos; sin embargo debemos ser sigilosos y precavidos ya que no todos los métodos son oportunos.

Frente a las múltiples demandas internacionales a las cuales se han tenido que someter algunos países latinoamericanos y por consideraciones como la inequidad de los TBI así como la parcialidad alegada de los árbitros, se presenta una suerte de rechazo hacia el arbitraje internacional en América Latina que experimenta actualmente una ola de hostilidad hacia esta institución en materia de inversiones.

2. GÁNDARA GALLEGOS MAURICIO; *Llaman a finalizar el Tratado de Protección con EEUU, 24 de mayo 2006*, disponible en <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2006052407> (acceso: 30 de septiembre 2008).

La recuperación de conciencia y la voluntad de rescatar soberanía parece adquirir cada vez más fuerza con la imposición de medidas radicales. Se está regresando a las bases doctrinarias cuyos mayores representantes fueron el Ministro de Relaciones Exteriores argentino, Luís María Drago y Carlos Calvo con sus respectivas escuelas³. Los hechos son notorios: Bolivia fue el primer país en retirarse formalmente del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), pero también Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Argentina cuestionan su efectividad. En el caso de la República del Ecuador, el gobierno ha notificado al CIADI que no someterá a su jurisdicción disputas relacionadas con recursos naturales no renovables⁴. Por otra parte, no se renueva el tratado bilateral de protección recíproca de inversiones consolidado con los Estados Unidos de América⁵, por considerarlo “entre-guista y poco soberano”. *“El tratado ha sido una garantía casi unilateral con beneficios sólo para el Estado más fuerte. Ahora queremos acuerdos donde exista la certeza y seguridad jurídica para nuestras inversiones...”* (María Fernanda Espinosa, Ex-Ministra de Relaciones Exteriores).

Paralelamente, aparece la Asamblea Constituyente que formula, con infinito amor, su texto constitucional. Durante el

3. NB. “In the case of Latin America, the Calvo Doctrine traditionally has held that foreigners may relieve treatment only equal to that of citizens. Because international arbitration often gives foreigners but not citizens a right to arbitrate disputes, the Calvo Doctrine has opposed arbitration on the ground that it gives preferential treatment to foreign investors. Even more broadly, the historical legacies of the Calvo Doctrine and the Latin American’s strict defence of national sovereignty have translated into a refusal to accept the application of general principles of international law in the Latin American Context” Harvard Law Review, *General Principles of Law in Internacional Comercial Arbitration*, Vol 101, N°8, Junio 1988, p. 1816.
4. Carta de María Fernanda Espinosa, Ex Ministra de Relaciones Exteriores del Ecuador, a Ana Palacio, Secretaria General del CIADI, el 23 de Noviembre 2007, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (acceso: 30 de septiembre 2008).
5. Ecuador anuncia que no renovará el TBI con EEUU, *Investment Treaty News*, 9 de mayo 2007, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_may9_2007.pdf (acceso: 29 de septiembre 2008).

debate general de la mesa 9 de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, se afirma que el artículo 8 (actual artículo 422)

“[...] recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los **abusos** que han **deteriorado la soberanía jurídica** del Ecuador [...] Históricamente en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como **lesivos** para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial”⁶.

Las consideraciones de la mesa 9 ilustran claramente que el blanco del artículo 422 son los TBI por ser norma que da origen al arbitraje internacional.. Frente a la veloz precipitación de procesos arbitrales a los que debió someterse nuestro país durante los últimos años, la mayor preocupación de los asambleístas fue obviamente evitar que el Estado vuelva a ser arrasado ante centros internacionales por conflictos con inversores extranjeros. El Ecuador se presenta actualmente como el segundo país con más demandas ante el CIADI después de Argentina.

6. Informe General de la Mesa 9 Asamblea Constitucional, Ciudad Alfaro Montecristi, 16 de abril 2008, disponible en asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/tratados_internacionales.pdf (acceso: 08 de octubre 2008).

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

El art. 190 de la nueva Constitución reconoce por primera vez al arbitraje como derecho fundamental, y lo presenta como un sistema válido de administración de justicia.

“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir...”.

A pesar de este reconocimiento, también se imponen ciertas restricciones como son las contenidas en el artículo 422:

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”⁷.

“Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.”

“En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

7. Nueva Constitución del Ecuador aprobada por referéndum del 28 de septiembre 2008.

NORMA QUE SOLO RIGE PARA EL FUTURO

Como muchos países receptores de capital, el Estado Ecuatoriano ha ratificado Convenios de arbitraje como son la Convención de Nueva York⁸, la Convención de Panamá sobre el Arbitraje Comercial Internacional⁹, y, por supuesto, la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones¹⁰. Más aún, ha anticipado su consentimiento para someter a la jurisdicción arbitral del CIADI, las controversias que surjan en materia de inversiones con los nacionales del otro Estado signatario en más de 20 TBI¹¹. Todos estos son instrumentos internacionales que se encontraban vigentes con la Constitución de 1998 y siguen siéndolo ahora con la principiante Carta Magna. No está por demás mencionar un principio universal básico que regula los tratados: *“los instrumentos internacionales deben cumplirse y no es posible oponer normas de derecho interno para incumplir dichos compromisos”*¹².

Un punto que me parece importante destacar es que los tratados internacionales ya convenidos por el Ecuador no dejan de aplicarse con esta nueva Constitución, por lo que este apartado no exime al país de seguir cumpliendo con sus responsabilidades y compromisos internacionales. El 422 se aplica únicamente para próximos contratos o tratados que firme el

8. Ecuador ratificó la Convención de Nueva York el 3 de enero 1962.

9. Ecuador ratificó la Convención de Panamá el 23 de Octubre 1991.

10. Ecuador firmó la Convención del CIADI el 15 de enero 1986.

11. International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Database of Bilateral Investment Treaties; Treaties of Ecuador*, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST42> (acceso: 19 de septiembre 2008).

12. NB. Convención de Viena que regula el derecho sobre los Tratados Internacionales; art.26 “Pacta sunt servanda” - Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta Convención fue ratificada por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo 619 (R.O. de 28 de julio del 2003).

Estado; y los arbitrajes internacionales para los que ya ha pronunciado expresamente su consentimiento no son susceptibles de objeción bajo esta norma.

Para ponerlo más sencillo: el efecto buscado por la Asamblea Constituyente se producirá a futuro y solamente si se logra implementarlo como una política de Estado, es decir dejando de firmar y ratificar tratados, contratos o compromisos internacionales y denunciando los que se encuentran vigentes¹³.

Desgraciadamente aparece otro obstáculo: la mayoría de tratados contienen disposiciones específicas que generan efectos posteriores a la denuncia de los mismos. Tomando el ejemplo anterior del TBI con EEUU; el artículo XII, 2 establece que

“Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación. 3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado **continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación”.**

Si la denuncia fue hecha en 1997, el país debe esperar hasta el año 2017 para desvincularse totalmente de las condiciones que contempla el acuerdo.

13. SANTANDER Demetrio, *Los Efectos de la disposición sobre Arbitraje Internacional en el Proyecto de Constitución*, Estudio Jurídico Vivanco & Vivanco, disponible en http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4653&Itemid=130 (acceso: 23 de septiembre 2008).

DIFERENCIA ENTRE ASUNTOS COMERCIALES E INVERSIONES

A los redactores de la norma seguramente se les pasó por alto que las controversias en “materia de inversión” tienen tintes específicos que las distinguen de las “comerciales”. En términos generales, se puede afirmar que la inversión extranjera implica la transferencia de bienes tangibles o intangibles de un país a otro con el objetivo principal de usarlos en el país receptor para producir riqueza bajo control total o parcial del propietario de los activos¹⁴. Es muy distinto celebrar tratados comerciales que involucren el intercambio de productos que pueden contemplar arbitraje internacional, y ratificar tratados de inversión. Los inversionistas extranjeros no necesariamente tienen relaciones comerciales con el Ecuador sino que pueden limitarse a los aportes de capital.

La gran mayoría de arbitrajes internacionales por demandas contra el Ecuador son en materia de inversión donde se discuten las obligaciones y responsabilidad acarreada por el Estado debido a violaciones o incumplimiento de un tratado en específico y no necesariamente de asuntos comerciales.

14. NB. La Secretaría de la OMC define la inversión extranjera directa como aquella que tiene lugar cuando un inversionista con sede en un país (el país inversor) adquiere un activo en otro país (el país receptor) con la intención de administrar ese activo, Secretaría de la Organización Mundial de Comercio, Comercio e Inversión Extranjera Directa, PRESS/57, p. 6, 9 de octubre 1996, disponible en:
http://www.wto.org/spanish/news_s/pres96_s/pr057_s.htm (acceso: 23 de abril 2007).

RECLAMOS DERIVADOS DEL TRATADO Y RECLAMOS DERIVADOS DEL CONTRATO

En materia de inversión extranjera existen dos principales fuentes para determinar la competencia en caso de controversia: un contrato de inversión entre el inversionista y el Estado receptor o un TBI entre dos Estados. La debilidad del 422 es que se limita a controversias derivadas de asuntos contractuales o comerciales pero no menciona las diferencias originadas de los TBI.

Bajo esta perspectiva es importante tener presente las “cláusulas paraguas” que permiten que el incumplimiento contractual se constituya en violación de Tratado por lo que existirán algunos derechos derivados de un tratado y otros derechos derivados de un contrato.

“Umbrella clauses have been added to some BITs to provide additional protection to investors beyond the traditional international standards. They are often referred to as ‘umbrella clauses’ because they put contractual commitments under the BIT’s protective umbrella. They add the compliance with investment contracts, or other undertakings of the host State, to the BIT’s substantive standards. In this way, a violation of such a contract becomes a violation of the BIT”¹⁵.

En otras palabras, estas cláusulas permiten elevar el reclamo contractual a nivel de reclamo de tratado configurándose la responsabilidad internacional del Estado demandado en caso de violación del tratado. Por ejemplo, el tratado bilateral de inversiones ratificado entre Argentina y el Reino Unido sostiene en su art. 2 núm.2, “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con relación a las inversiones de inversores de la

15. C. SCHREUER, *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road*, The Journal of World Investment & Trade, volume 5, issue 2, 2004.

otra Parte contratante". Por lo cual si no se cumple con el contrato se estaría incumpliendo con el tratado.

Aún sin esta "cláusula paraguas", el contrato del inversor estaría protegido por el Derecho Internacional, en virtud de la obligación del "trato justo y equitativo" que se encuentra tanto en el tratado como en el contrato. El Estado receptor de las inversiones y el inversor del otro Estado se sitúan en un mismo plano de virtual igualdad, no obstante su status jurídico internacional diferente.

Por lo tanto, el antecedente de la inversión puede ser un contrato pero no sería necesariamente antecedente de la controversia, ya que el reclamo puede tener como causa pedir la violación de una norma de derecho internacional prevista en el tratado y no el incumplimiento del contrato. A este respecto, existen estándares internacionales que establecen los criterios para distinguir entre reclamos derivadas de un tratado y reclamos derivadas de un contrato.

- 1) **La fuente del derecho:** la fuente de la reclamación de tratado es un derecho establecido en el TBI, mientras que la base de un reclamo contractual es un derecho estipulado en un contrato.
- 2) **El contenido del derecho:** los derechos de un TBI son genéricos y están definidos por el Derecho Internacional, mientras que los derechos contractuales son específicos para cada inversión concreta.
- 3) **Las partes del reclamo:** las partes reclamantes en un TBI son el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, mientras que las partes en una reclamación contractual se remiten a las estipuladas en el contrato.
- 4) **La ley aplicable:** en un reclamo de TBI la ley aplicable es el propio tratado mientras que en un contrato, la mayoría de veces es la ley del Estado receptor.¹⁶

Consecuentemente: si el 422 no impide que se llegue a arbitraje internacional por medio de TBI, ¿cuál es su efecto jurídico? Para no desprestigiar el artículo y concederle el valor que se merece, podemos decir que sí consigue impedir que el Ecuador ratifique tratados en los cuales haya una cesión de jurisdicción ante arbitraje internacional derivadas de controversias comerciales o contractuales a pesar de que la mayoría de demandas por las que fuimos arrastrados ante cortes internacionales derivan de incumplimientos o violaciones que nada tienen que ver con asuntos comerciales como son la expropiación sin indemnización, la falta de trato nacional, las restricciones a las transferencias, entre otros derechos que tampoco nacen necesariamente de un contrato. La gran parte de las empresas que demandaron al Ecuador se acogieron a alguna de las cláusulas de los tratados bilaterales de inversión firmados por el este. **Occidental**: caducidad de su contrato, alega expropiación de inversiones (violación al tratado de inversiones con EEUU), **Machala Power**: falta de pago puntual por venta de energía (violación del tratado Ecuador-EEUU), **MCI**: expropiación e incumplimiento de contrato (violación del TBI Ecuador-EEUU), **Duke Energy**: incumplimiento de contrato por no haberse constituido ni ejecutado debidamente ciertos fideicomisos de pago, cancelación tardía de facturas, imposición indebida de multas, devolución de los valores cobrados por multas e intereses del suministro de energía (violación del tratado Ecuador-EEUU), **City Oriente**: daños en la estabilidad económica de su contrato, aplicación de la Ley 42¹⁷, (violación del tratado Ecuador-EEUU), **Burlington**: por la aplicación de la Ley

16. Cfr. GRANATO, Leonardo, *Protección del inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión, Argentina*, 2005, p. 45.

17. NB. En esta ley se fija que el Estado debe recibir el 50 por ciento de las utilidades por el alza del precio del petróleo. A esta se agrega un decreto ejecutivo que fija el 99 por ciento para el Estado y 1 por ciento para las empresas en dicho reparto de utilidades extraordinarias. Disponible en www3.congreso.gov.ec/sil/documentos/autenticos/27-1253.pdf (acceso: 10 de octubre 2008).

42, (violación del tratado Ecuador-EEUU), **Perezco**: aplicación de la Ley 42 (violación del tratado Ecuador-Francia).

UNA EXCEPCIÓN A CONVENIENCIA

En los siguientes apartados del artículo 422 se presentan algunas excepciones: la controversia puede ser resuelta en instancias arbitrales regionales u órganos jurisdiccionales que designen los países signatarios.

Más allá de tener presente que la norma fomenta la resolución de conflictos entre países semejantes en el ámbito de la legislación, con similitud cultural y necesidades muy parecidas, hay una discriminación regional con fundamentos que todavía deben ser reforzados. Aquí se dilucida sin problema la oposición política del gobierno frente a los mecanismos internacionales de arreglo de diferencias relativas a inversiones y controversias comerciales.

La idea de justicia en los países latinoamericanos parece estar directamente relacionada con el lugar del proceso arbitral. La intención en este caso, es que Latinoamérica no permita que los arbitrajes sean extra-regionales. Por lo tanto la pérdida de soberanía parecería también estar ligada a la geografía. Así mismo los países latinoamericanos han entendido al proceso arbitral regional, como una recuperación de la soberanía a favor de la unión local. En esta línea de pensamiento, la intención del asambleísta es aceptar la internacionalidad del arbitraje siempre y cuando este se logre ante tribunales regionales, que por las similitudes culturales y socio-económicas, que garanticen al Estado ecuatoriano un mejor ambiente para el desarrollo de un litigio arbitral.

EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE DEUDA SOBERANA

Se propone también la creación de un Tribunal Internacional de Arbitraje de Deuda Soberana: “[...] *imparcial y transparente, que debería decidir la deuda a pagar, la capacidad de pago y modo de pago de los países endeudados*” (Alberto Acosta). Este tribunal internacional se conformaría como un tercero imparcial.

Por el momento, los países deudores arreglan sus deudas con el Fondo Monetario Internacional, representante de los acreedores, lo cual lo configura como juez y parte, coadyuvando a la idea de una inadecuada administración de justicia.

Sin embargo también es cierto que no hay objetividad: aplaudimos el arbitraje internacional cuando nos conviene pero lo condenamos cuando creemos erradamente que es perjudicial.

Conclusiones

No cabe duda de que el artículo 422 de nuestra nueva Carta Política manifiesta un marcado prejuicio en el cual se incentiva el arbitraje internacional en materias que le son convenientes al Ecuador y se intenta inútilmente descartarlo en materias que no le son favorables. Como elemento coadyuvante, su redacción permite testimoniar la visión ideológica que está tomando el Ecuador y predecir de cierta forma el rumbo que tomarán sus nuevas políticas.

Debemos concienciar que los tratados bilaterales de inversión y protección recíprocos, al igual que la cláusula de

arbitraje, constituyen mecanismos de garantía de un trato justo más allá de las presiones políticas que afectan a los gobiernos de turno. La interrogante ahora es si los inversores van a seguir invirtiendo en un país donde el arbitraje internacional ya no es una opción para resolver disputas y la esperanza de establecer un régimen efectivo de protección para sus inversiones queda aniquilada en un ambiente de total inseguridad jurídica.

Por lo visto, lo que se logra con este artículo es, en el mejor de los casos, espolear la desconfianza de los nuevos inversionistas extranjeros hacia el sistema judicial en Ecuador. El 422 sólo constituye una barrera más para la inversión extranjera y el comercio lo que da como resultado el redireccionamiento de la inversión hacia mercados vecinos y consecuentemente la desaceleración en la inversión, la disminución del crecimiento y por ende la afectación al desarrollo del Ecuador.

Debemos establecer reglas de juego claras y transparentes y estimular un conjunto de normas y condiciones que sancionen la violación de derechos de las dos partes con un marco jurídico en el cual pueda desenvolverse la actividad empresarial a favor del Estado y no en su detrimento.

Considero que la buena voluntad tiene mérito, ya era hora de que comencemos a negociar los tratados y tomemos medidas para la defensa de orden público, sin embargo considero que no lo hicimos de la forma más apropiada. El primer paso ya fue dado pero no debemos frenar nuestros esfuerzos.

Tuvimos la oportunidad histórica para elevar al rango constitucional tal cosa... que a través de una Carta Política y no supimos aprovecharla. Es triste constatar que a pesar

de tener las herramientas necesarias y la oportunidad de mejorar, no somos capaces ni siquiera de redactar una norma como se debe...

Bibliografía

- ANDRADE Xavier, MONTAÑES Marco Tulio, *Introductory note to Ecuador's notice under ICSID article 25(4)*, Ecuador, marzo 2008.
- CABEZAS Juan Carlos, *Ecuador no aceptaría arbitraje internacional ni en el campo comercial*, El Pulso Ciudadano, Quito, 28 de abril 2008, disponible en:
<http://pulsoasamblea.blogspot.com/2008/04/ecuador-no-aceptara-arbitraje.html>
- CARMIGNIANI Eduardo, *Querían niño y salió niña*, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 27 de junio 2008, disponible en:
<http://institutoecuatorianodearbitraje.blogspot.com/2008/06/queran-nio-y-sali-nia.html>
- CORRAL B Fabián, *La asamblea y los tratados*, El Comercio, Quito, 13 de septiembre 2008, disponible en:
http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=136106&id_seccion=1
- C. SCHREUER, *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road*, The Journal of World Investment & Trade, volume 5 , issue 2, 2004.
- GRANATO Leonardo, *Protección del inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Argentina, 2005.
- ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2005, disponible en
<http://www.worldbank.org/icsid/>
- MUTHUCUMARASWAMY Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Segunda ed., Cambridge University, United Kingdom, 2004.

- SALVADOR LARA Jorge, *Apuntes de Derechos Internacional Público*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1990.
- SANTANDER Demetrio, *Los Efectos de la disposición sobre Arbitraje Internacional en el Proyecto de Constitución*, Revista Judicial, disponible en:
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4653&Itemid=130
- UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development, disponible en www.unctad.org
- VAN HARTEN Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, New York, 2007.
- WRAY Alberto, *¿Qué tiene de malo el arbitraje comercial?*, 29 de abril 2008, Cabezas & Wray, disponible en: <http://cywlegal.com/inter.asp?s=3&ss=13&n=115>
- Diario Hoy en línea, *Otro enfoque a los arbitrajes*, 20 de agosto 2008 disponible en:
<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/otro-enfoque-a-los-arbitrajes-302802-302802.html>
- *General Principles of Law in International Commercial Arbitration*, Harvard Law Review, vol 101, n°8, Junio 1988.
- Constitución de la República del Ecuador 2008.

Proceso Constituyente y Transición en el Ecuador¹

Hernán Salgado Pesantes²

Resumen: La Asamblea Constituyente convocada en el Ecuador para expedir una nueva Carta constitucional ha llevado adelante un proceso donde surgen muchas inquietudes, principalmente ¿qué valor normativo tiene la Constitución que guió el proceso, antes de ser derogada por la nueva? Una vez promulgada la nueva Constitución el Ecuador ha emprendido el camino de la transición que va presentándose complicado, particularmente en los ámbitos de la justicia ordinaria y de la justicia constitucional. Mientras se reemplaza a la Corte Suprema por una Corte Nacional –con menores atribuciones y jerarquía– los guardianes de la Constitución han iniciado la transición con exceso de discrecionalidad (inaugurando una forma de hermenéutica constitucional).

Artículo preparado para el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Konrad-Adenauer-Stiftung.

Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad *Panthéon Sorbonne* de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008).

Palabras clave: proceso constituyente, régimen de transición, órgano de consulta, acción de protección o amparo, sentencias definitivas.

SUMARIO: 1) *El proceso constituyente ecuatoriano.* 2) *La Constitución en vigor y el proceso constituyente.* 3) *La nueva Constitución del Ecuador.* 4) *La Corte Suprema de Justicia y el régimen de transición.* 5) *Transformación del Tribunal Constitucional en Corte.* 6) *La “Corte Constitucional” como órgano de consulta.* 7) *El Consejo de la Judicatura y su transición.* 8) *Amparo contra sentencias definitivas.* 9) *Una reflexión final.*

1. EL PROCESO CONSTITUYENTE ECUATORIANO

El Ecuador ansioso de introducir cambios en su ordenamiento jurídico fundamental aceptó mayoritariamente convocar a una Asamblea Constituyente, para que reorganice las instituciones políticas y expida una nueva Carta constitucional.

En este proceso constituyente no han faltado las paradojas y contradicciones. Así, por ejemplo, no obstante los “plenos poderes” asumidos por el órgano constituyente, en su etapa final de trabajo, queda al descubierto la existencia de un “*buró político*”, encabezado por el Presidente de la República –poder constituido–, que está por encima de la Asamblea y dirige a la mayoría oficialista³.

3. Este hecho, que ya había sido señalado, se patentizó dramáticamente cuando el Presidente de la Asamblea, Alberto Acosta, renunció a la presidencia por pedido del “buró político”.

Se debe también señalar que con la eliminación del Congreso Nacional que fue declarado en receso (un “receso” definitivo) y con fundamento en los “plenos poderes”, la Constituyente tomó para sí la tarea de legislar dictando leyes y “mandatos” para que el Gobierno pueda disponer de un marco jurídico adecuado, que haga viable la acción pública con el esquema gubernamental ideológico.

Esta tarea legislativa que emprendió la Constituyente fue muy discutida, pues se entendía que primero debía elaborar la Carta Política con los principios y regulaciones básicas, para después dictar –si fuera del caso– las principales leyes orgánicas.

Naturalmente, el tiempo que la Asamblea ocupó en legislar no pudo ser recuperado y los constituyentes de mayoría tuvieron que acelerar la aprobación de los textos para la nueva Carta Magna, punto que ha traído reparos respecto de la calidad del trabajo. Incluso, algunos asambleístas acusaron el cambio de textos que fueron aprobados por el pleno y la introducción de otros que no lo fueron, hechos que se produjeron en los días finales de la Constituyente.⁴

2. LA CONSTITUCIÓN EN VIGOR Y EL PROCESO CONSTITUYENTE

Este proceso constituyente ha dejado una inquietud: ¿cuál es el valor normativo de la Constitución –que se encontraba en

4. La Asamblea Constituyente inició sus labores el 30 de noviembre de 2007 y culminó su tarea, entregando la Carta Magna, el 25 de julio de 2008. Para cumplir con el lapso establecido en el respectivo Estatuto hubo que luchar contra el tiempo, lo que podría explicar que la Constitución tenga algunas deficiencias. Una interesante reseña cronológica la hizo un ex asambleísta: Pablo Lucio-Paredes: *En busca de la Constitución perdida*. Quito: Trama Ediciones, 2008.

vigor– mientras dura el periodo constituyente? Y, secundariamente, durante este periodo, qué papel debe desempeñar un órgano de control constitucional, en nuestro caso el Tribunal Constitucional.

En el caso ecuatoriano, la Constitución que estuvo en vigor para la fecha y reguló los inicios del proceso constituyente no pudo mantener su eficacia –o eficiencia– normativa. Si bien la Constituyente no se pronunció oficialmente al respecto, los asambleístas actuaron con mucha ambigüedad y según las circunstancias. Igual ocurrió con el titular del Ejecutivo, cuya acción la vimos fortalecida en lugar de sufrir la *capitis deminutio* que afectó a los poderes constituidos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional –guardián privilegiado de la Constitución– fue incapaz de defenderla jurisdiccionalmente. El órgano de control constitucional quedó relegado para resolver únicamente cuestiones menores, de rutina, pues los asambleístas tuvieron cuidado de disponer que ningún juez o autoridad podrá impugnar las decisiones que adopte la Constituyente. Decisión que se inserta en la concepción de los “plenos poderes”.

Hubo casos en que el Tribunal Constitucional pudo jugar un papel relevante y dar orientaciones jurídico constitucionales al país, pero la mayoría de sus nueve miembros se inclinaron a secundar la acción del Ejecutivo, favoreciendo sus demandas de inconstitucionalidad o bien declarando improcedentes aquellas que interponían quienes cuestionaban los “mandatos” (suerte de leyes) de la Constituyente.

¿Es que en un proceso constituyente, debe también declararse en “receso” a la propia Ley Fundamental? Las experiencias de Venezuela, Bolivia y Ecuador dejan en claro que un proceso constituyente es incompatible con la Constitución que

existe al momento; ésta queda prácticamente derogada, con las graves consecuencias que de ello se derivan.

En suma, el principal riesgo de una Asamblea Constituyente cuando existe un orden democrático frágil es que, además de elaborar la Ley de leyes, se quiera utilizar sus atribuciones o poderes superiores en actos de gobierno. Cuestión que significará alterar el orden constituido –el estado de derecho existente– y propiciará discordia y pugna de poderes.

Además, como lo expresado ocurre antes de que entre a regir la nueva Constitución, sus mandatos difícilmente serán acatados en un ambiente social y político de enfrentamiento y lucha; para superar la anarquía se utilizará la fuerza, el orden se privilegiará en desmedro de la libertad con lo cual entramos al círculo del autoritarismo. Es sabido que la Constitución –acorde con su naturaleza y fin– debe iniciar una transformación ordenada y gradual de las instituciones políticas; valiéndose, en su caso, de las disposiciones transitorias.

Me atrevería a decir que esta es la lección del proceso constituyente ecuatoriano, sobre todo cuando existe una institucionalidad débil a causa de la inestabilidad política e incluso jurídica. Y querer reconstruir la institucionalidad a partir de cero es una tarea imposible. Por otro lado, no es aceptable que la clase política de turno ofrezca grandes beneficios para el país con el mero cambio de la Constitución.⁵

5. Los actuales dirigentes políticos –encabezados por el presidente Correa– han ofrecido una Constitución “*que dure cien años*”, ¡qué ingenuidad! que raya en lo tragicómico si se piensa en el país y se recuerda su accidentada historia política. Es tanto como pensar en los mil años del Tercer Reich...

3. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

Nuestro proceso constituyente, después de dictar “mandatos” y leyes, dio como resultado una densa Carta Magna de 444 artículos, la más extensa de la historia constitucional ecuatoriana y de Latinoamérica.⁶ Esta Carta Política fue sometida a un referéndum y aprobada (28 de septiembre de 2008); una vez promulgada y publicada entró a regir el 20 de octubre de 2008. A partir de ese momento hubo criterios contrapuestos alrededor de la aplicación inmediata de la normativa constitucional. Tema que fue exagerado y que respondía a intenciones políticas.

Nadie puso en duda que la Constitución en materia de derechos humanos tiene aplicación directa e inmediata, pero respecto de la organización y funcionamiento de las instituciones políticas del Estado la aplicación debía ser gradual, conforme lo establecen las propias disposiciones transitorias, que son elaboradas con este fin. Resultaba obvio que –para muchas situaciones– era indispensable expedir nuevas leyes, la propia Constitución así lo prescribe. Incluso las leyes que se dicten despejarán las dudas que hay sobre diversas cuestiones no reguladas por el texto constitucional.⁷

En este punto, vale destacar la importancia que tienen las normas que regulan la transición. Tomaré dos ejemplos. Las disposiciones transitorias que trae la Constitución de Brasil, no obstante su extensión (son 74 largos artículos), se observa que fueron redactados de manera cuidadosa y con conocimiento de causa; igual se podría afirmar de los artículos transitorios (en

6. La Constitución de Colombia con sus 380 artículos era de las más extensas.

7. Así, en el ámbito de la Justicia, por ejemplo, la propia Constitución dispone que se expidan leyes para: la estructura, funciones y competencias de la Función Judicial (Art. 177) funciones del Consejo de la Judicatura (Art. 181); funciones de la Corte Nacional de Justicia (Art. 184); atribuciones de la Fiscalía General del Estado (Art. 195 *in fine*); la organización, funcionamiento y procedimientos de la Corte Constitucional (Art. 430).

número de 60) que acompañan a la Constitución colombiana. Con las transitorias del texto ecuatoriano no se puede decir lo mismo. Hay dos clases de transitorias, las primeras que siguen al texto normativo contenidas en 30 disposiciones; después se insertan otras 30, bajo el epígrafe de "*Régimen de Transición*", aquí se destacan las regulaciones sobre elecciones y sobre la transición institucional. Esta última ha sido la más cuestionada.

Las disposiciones transitorias, que debieron conducir al cambio institucional de manera ordenada y gradual, fueron insuficientes por varias razones, por ejemplo: por dar soluciones inadecuadas (caso de la Corte Suprema de Justicia); a causa de ambigüedades (caso del Tribunal Constitucional); por sus vacíos, argumento esgrimido por muchos para dar soluciones opuestas al espíritu de la nueva Constitución.

Así, el *Régimen de Transición* constitucional ha sido objeto de interminables críticas por las deficiencias que contiene; a lo cual se ha agregado una seria acusación: las normas del régimen de transición fueron incluidas *a posteriori* cuando los constituyentes ya habían aprobado el texto de la Constitución.⁸

Me referiré resumidamente a la transición que han tenido tres instituciones del ámbito jurisdiccional: la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Consejo de la Judicatura.

8. El asambleísta León Roldós, político de larga trayectoria y ex candidato presidencial, hizo serios reparos en este sentido y presentó una demanda ante el Tribunal Constitucional, que no ha sido debidamente tramitada.

4. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN ⁹

En primer lugar, hay que anotar que la nueva Constitución elimina a la Corte Suprema de Justicia para dar paso a una Corte Nacional. No se trata de un simple cambio de denominación, es una configuración diferente de la Función Judicial, donde surge con mayores atribuciones el Consejo de la Judicatura en detrimento de la nueva Corte Nacional (que reemplaza a la Suprema).

Una de las atribuciones del Consejo de la Judicatura es la designación de los jueces de la Corte Nacional, su evaluación y sanción (como sucede con los demás jueces, Art. 181 número 3). La anterior Constitución de 1998 recogió el principio de la cooptación para la Corte Suprema, como principio que fortalece la independencia del órgano mayor de la Función Judicial, lo cual ahora se elimina. La última Corte Suprema realizó la cooptación —en repetidas ocasiones— con base en un concurso público de méritos.¹⁰

Según el Art. 22 del *Régimen de Transición*, una vez que se expida “la ley que regule la conformación y funcionamiento del Consejo de la Judicatura, este organismo conformará la Corte Nacional de Justicia”, igual que designará a los demás jueces.

9. Es ético indicar que el autor de este trabajo fue miembro de la extinguida Corte Suprema para que sus criterios se tomen con el debido inventario.
10. Justamente, el mandato constitucional de la cooptación sirvió de argumento para quienes sostuvieron que la designación mediante concurso de méritos —dispuesto por una Ley en 2005— de los magistrados de la Corte Suprema era inconstitucional. La respuesta fue que: cómo podía haber cooptación si todos los magistrados fueron destituidos el 8 de diciembre de 2004 por una mayoría atrabiliaria del Congreso, aliada con el Gobierno autoritario del Cmel.(r) Lucio Gutiérrez. No quedaba ningún titular para tal evento y la Constitución, obviamente, no previó una situación de esta naturaleza. Hubo que esperar casi un año para reinstitucionalizar la Corte Suprema (30 nov. 2005). Hecho que, en otras circunstancias, vuelve a repetirlo nuestro proceso constituyente.

Este debilitamiento institucional de la Corte, que había sido el máximo órgano del Poder Judicial, toma una nueva dimensión cuando la Constitución establece la acción extraordinaria de protección (amparo) contra las sentencias dictadas en casación por la antigua Corte Suprema y por la actual, acción que podrá ser planteada ante la nueva Corte Constitucional, como se analizará al final de este artículo.

Los constituyentes adictos al gobierno buscaron un cambio rápido de la Corte Suprema, muy diferente a lo que se dispuso respecto de otras instituciones. Como se explica en la nota 8 (*supra*), los miembros de la última Corte Suprema fueron elegidos mediante un concurso de méritos, reconocido a nivel internacional, con observadores de Naciones Unidas, de la OEA, Comunidad Andina, Comunidad Europea, de Gobiernos amigos (como Chile, España).¹¹ En Ecuador se integró una *Veeduría Ciudadana de la Red de Justicia* (con 47 organizaciones) para la observación directa y diaria del proceso; que es sin duda el mayor logro en este campo.¹²

Previamente, el Congreso Nacional dictó la *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial* (18 de mayo de 2005), donde se fijan requisitos exigentes para los futuros magistrados, se dan reglas para la conformación de un Comité de Calificación “*en vista de la ausencia definitiva de la totalidad de los magistrados de la Corte Suprema...*” (que fueron destituidos) y dispone que el Comité elabore un Reglamento de Concurso en el que “*se establecerán con claridad los pasos a seguirse, los criterios*

11. Un papel importante tuvieron los señores José Miguel Insulza (Secretario de la OEA); Leandro Despouy (relator sobre la Justicia de Naciones Unidas); Sonia Picado (presidenta del IIDH); Carlos Ayala (presidente de la Comisión Andina de Juristas); senador de Chile, Vieira Gallo (actual ministro de la Presidencia), entre otras distinguidas personalidades que acompañaron el concurso y la designación final.

12. Un relato preciso y documentado de todos estos hechos consta en el libro: *Una Corte de Justicia con la Participación Ciudadana*, Red de Justicia, Amelia Ribadeneira,, Secretaria Técnica, Fundación Esquel. Quito, mayo del 2006.

de calificación y los puntajes que deberán aplicarse a los postulantes según sus conocimientos..."¹³.

En este concurso intervinieron 311 juristas para elegir a 31 magistrados; cuestiones importantes fueron la publicidad y las impugnaciones, que podían presentarse en su momento. El proceso duró alrededor de seis meses. A la posesión acudieron los presidentes de la República (Dr. Alfredo Palacio) y del Congreso (Dr. Wilfrido Lucero). Esta Corte se mantuvo trabajando por casi tres años. No es del caso analizar las razones que llevaron a los constituyentes del Gobierno a cambiar la integración de dicha Corte, pero –repito– no se quiso dar lugar a una transición gradual, que hubiera sido esperar a que los nuevos jueces –se supone provenientes de un concurso– tomen posesión.

El Art. 21 del *Régimen de Transición* dispuso: "*A los diez (10) días de proclamados los resultados del Referéndum Aprobatorio terminan los períodos de las treinta y uno (31) magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia*".

Así, los diez días se cuentan a partir de que el órgano electoral proclame los resultados del referéndum constitucional, no se espera a que la nueva Constitución sea promulgada. Transcurrido este lapso, dice la transitoria, "*terminan los períodos*", expresión ambigua que fue tomada en el sentido de concluir las funciones. Lo que los constituyentes de mayoría oficialista no se dieron cuenta es que al terminar los períodos, estos jueces pierden la potestad de juzgar pues carecen de jurisdicción y competencia.

Cabe señalar que por mandato constitucional (recogido de una consulta popular realizada en 1997) los magistrados de la Corte Suprema no tenían período fijo para su duración, por lo

13. Op. cit., Anexo 1, pp. 132 y ss. En los anexos constan reglamentos, instructivos y otros documentos.

que no era adecuado hablar de terminación de períodos. Algún funcionario buscó interpretar la disposición en el sentido de dar por concluido el carácter vitalicio de estos jueces, por tanto seguían como tales (con jurisdicción y competencia).

Un segundo inciso del Art. 21 dispuso que, como continuación de la terminación de los períodos, a los diez días de proclamados los resultados se organice un sorteo entre los treinta y un magistrados para escoger a veinte y uno, *"a quienes se les encarga las funciones y responsabilidades de la Corte Nacional de Justicia hasta que se designe a los titulares"*, conforme dispone la nueva Constitución.

Esta disposición trajo dos problemas: 1) la mayoría de los magistrados pidieron a la Constituyente no ser objeto de sorteos, pues el cargo fue obtenido por concurso y en buena lid; 2) la reducción del número de jueces (que implicaba una eliminación de Salas) no podía darse mientras no se dicte una ley, igual sucedía con las funciones que debían estar acordes con la nueva estructura fijada en la Constitución. La Ley anterior que organizaba una Función Judicial con Corte Suprema, con cooptación y atribuciones diferentes fue derogada –igual que otras leyes– por mandato constitucional.

La primera cuestión no fue oída y la segunda pasó desapercibida. ¿Y la potestad de juzgar? ¿Será que el "encargo de funciones" devuelve la jurisdicción y competencia propia de los jueces?

Una vez aprobada la Constitución, el ministro de Justicia señaló que había que cumplir el régimen transitorio y proceder al sorteo; así se hizo y cuando se pidió retirar el nombramiento solo un juez acudió (de los 21 favorecidos). Los demás se excusaron por razones de dignidad y ante la carencia de la ley reguladora, que incluso devuelva la competencia para juzgar.

En una reunión con las autoridades encargadas de solucionar el *impasse*, los ex magistrados de la Suprema consideraron que la Comisión Legislativa (que sustituyó a la Asamblea Constituyente) debía dictar una ley que al tiempo de prorrogar las funciones de los 31 ex magistrados –hasta ser reemplazados– les confiera jurisdicción y competencia. El ministro de Justicia y el oficialismo encontraron otra solución: consultar a la autoproclamada Corte Constitucional. A esta consulta se agregaron otras, como la del Consejo de la Judicatura.

Con base en esa decisión de la “Corte” Constitucional se resolvió esta crisis de la Justicia; el dictamen decía que a falta de los titulares sorteados (que habían integrado la antigua Corte Suprema), se podía “llamar” a quienes no fueron favorecidos en el sorteo y también a los conjuces y, a falta de éstos, a los presidentes de las Cortes Superiores más antiguos. De este modo se reunieron a los 21 jueces que deben conformar la nueva Corte Nacional, minimizada en sus atribuciones y jerarquía.

5. TRANSFORMACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CORTE

Mucha polémica ha ocasionado la autoproclamación del Tribunal Constitucional en Corte Constitucional, lo cual significa que asume las atribuciones conferidas por la nueva Constitución a dicha Corte, y ya lo ha puesto en práctica. El *Régimen de Transición* constitucional, varias veces mencionado, en su Art. 25 dice, en lo principal:

“Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social se organizará la comisión calificadora que designará a las Magistradas y Magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional.

Cada función propondrá al menos nueve (9) candidatos.

Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. [...].

A la luz de esta disposición se observa que el Tribunal Constitucional se arroga funciones, no previstas –bajo ninguna consideración– en el Art. 25 del Régimen de Transición. Esta disposición se refiere de modo expreso a una “*primera Corte Constitucional*” que será integrada por las designaciones que haga una comisión calificadora, la cual –a su vez– será conformada por “*las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social*”.

Es decir, es indispensable la conformación de estas tres funciones: la Legislativa, denominada ahora Asamblea Nacional, que será elegida en abril 2009; igual el titular del Ejecutivo (presidente de la República) que no puede ser el actual, por eso la disposición habla de “*nuevas funciones*”. Y más complicado es instituir a la función de Transparencia y Control Social, porque según la norma constitucional es el resultado de varias entidades (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Contraloría y superintendencias), cuyos titulares conforman “*una instancia de coordinación*” (Arts. 204 y 206 de la Constitución).

Al no estar constituidas “*las nuevas funciones*” no puede organizarse “*la comisión calificadora*” que es la encargada –por el Art. 25 del Régimen de Transición– de designar a quienes “*integrarán la primera Corte Constitucional*”. Incluso el Art. 25 señala el número de candidatos (nueve) que cada función debe proponer ante la comisión.

Por su parte, el Art. 27 *ibídem*, relativo a aspectos de la transición, menciona expresamente al Tribunal Constitucional (junto al Consejo Nacional de la Judicatura y al Tribunal Supremo Electoral) para señalar que sus integrantes –se entien-

de los actuales– *“terminarán sus períodos cuando se posesionen los... miembros de la Corte Constitucional...”*. En el marco de esta disposición, los vocales del antiguo Tribunal Constitucional no pueden transformarse en miembros de la Corte Constitucional, y cuando éstos vengan ya habrán terminado sus períodos.

En este punto las disposiciones de la transición (Arts. 25 y 27) guardan coherencia y claridad. La objeción hecha por el Tribunal Constitucional de que la Constitución omite referirse a que ellos continúan en funciones prorrogadas y que no se podrán despachar los amparos no justifica en modo alguno una violación flagrante a la Ley de leyes. Al permitir el Régimen de Transición que los miembros del Tribunal Constitucional sigan al frente de la institución hasta que se posesionen los miembros de la Corte Constitucional (conforme dice el Art. 27) les prorroga también las funciones. Cuestión que por otra parte es principio general. Muy diferente es cuando la norma de transición da por terminados los períodos o funciones como en el caso de la Corte Suprema.

En el contexto jurídico expuesto es imposible aceptar que el Tribunal Constitucional se haya transformado en la nueva Corte Constitucional. Más aún, entre las competencias establecidas en la Constitución de 1998 para el Tribunal Constitucional no constaba la de interpretar la Constitución de modo obligatorio, lo cual correspondía al Congreso Nacional. ¿Cómo pudieron los vocales arrogarse esta competencia –de interpretar– prevista en la actual Constitución para la futura Corte, que aún no existe?

Los hechos acaecidos hacen pensar que el oficialismo requería de modo urgente un organismo que interprete la Constitución, de acuerdo con el “interés general” que representa el Gobierno. No fortalece el optimismo estos actos jurídicos realizados, sin el más mínimo pudor, a nivel constitucional

pero sí revela la calidad ética y jurídica de quienes pretenden ser guardianes de la Constitución que implementará los cambios de la revolución ciudadana.

6. LA “CORTE CONSTITUCIONAL” COMO ÓRGANO DE CONSULTA

Decíamos que para solucionar la crisis judicial ocasionada por la falta de previsión de los constituyentes, al no regular adecuadamente la transición de la Corte Suprema hacia la Corte Nacional, se decidió “consultar” a la flamante Corte Constitucional, para que “interprete” los artículos pertinentes del Régimen de Transición. Otros organismos también se hicieron eco de la consulta e interpretación, así el Consejo de la Judicatura, que luego examinaremos.

Respecto de la “consulta”. La nueva Carta Magna en los Arts. 436, 437 y 438 regula las atribuciones que serán de la Corte Constitucional, pero allí no existe ninguna atribución que permita elevar consultas en casos de duda, peor si existen vacíos constitucionales en el Régimen de Transición.

El único caso de consulta al órgano de control constitucional es aquel en que un juez suspende la tramitación de una causa por considerar que hay una norma jurídica contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 428 *ibídem*). Es decir, es el antiguo caso de inaplicabilidad que fue eliminado, dándose a cambio la suspensión del trámite judicial para hacer la consulta y desesperar por la respuesta.

Para hacer posible resolver las consultas la autoproclamada Corte Constitucional dictó una especie de instructivo deno-

minado “Reglas de Procedimiento” que establece una nueva atribución, la de ser un “órgano consultivo” y regula el procedimiento que debe seguirse. Lo grave del asunto es que la misma Constitución en su Art. 430 dispone, respecto de la Corte Constitucional: “La Ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones”.

¿Cómo es posible pasar por alto este mandato constitucional? Un instructivo o reglamento no puede cambiar lo dispuesto, ni siquiera de una ley menos de la Ley Suprema. De nada sirven los argumentos sobre la aplicación inmediata de la Constitución o del interés general. O, del principio de ponderación en la interpretación. Si la Carta Fundamental prescribe que debe dictarse una ley para que un órgano pueda organizarse, funcionar y regular sus procedimientos, nada suple a esa ley. Me temo que los guardianes de nuestra Constitución están incurriendo en una discrecionalidad propia de las doctrinas políticas de los “ismos”.

En consecuencia, la llamada “Corte” Constitucional no puede absolver consultas, simplemente es inconstitucional. Respecto de la facultad de interpretar, esta atribución está reservada a la Corte Constitucional cuando ésta sea legítimamente constituida. Y esa atribución deberá ser utilizada en caso de dudas, ambigüedades u oscuridades que haya en el texto constitucional, no puede utilizarse la interpretación para agregar cuestiones o decir cosas que la Constitución no lo hizo u omitió hacerlo. Si no se quiere ir a una reforma constitucional se puede buscar la solución mediante una ley.

Por otro lado, ateniéndonos a la Teoría del Derecho –primera disciplina que estudia quien desea ser abogado– en los casos de aplicación del ordenamiento jurídico pueden darse tres situaciones: 1) aplicación pura y simple de la norma jurídica

ca porque ésta es clara; 2) interpretación de la norma a causa de las oscuridades, equívocos, ambigüedades que la norma jurídica presenta; y, 3) integración del derecho: porque al no existir una norma reguladora, al haber un vacío o laguna jurídica debe el juez integrar el derecho, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de cada país.

Para el caso judicial, las disposiciones que orientan el Régimen de transición no han podido prever las diversas situaciones propias de la transición, existen vacíos o lagunas que deben ser llenados. Frente a este hecho procede dictar una ley que integre el orden jurídico de transición; una mera interpretación no es posible porque no se trata de aclarar contenidos, es una real carencia de disposiciones.

Si el órgano encargado de legislar no lo hace, lo que está demostrando es una grave confusión acerca de su competencia, por ello demanda la aquiescencia de otro órgano; lo lamentable, y que complica el caso, es que el órgano consultado carece de legitimidad y que sus pronunciamientos jurídicos no tendrán validez.

7. EL CONSEJO DE LA JUDICATURA Y SU TRANSICIÓN

El Consejo Nacional de la Judicatura fue instaurado en el Ecuador en las reformas constitucionales de 1992, aunque pasaron algunos años hasta que el órgano se integrara y se dictara su Ley (1998); siguiendo a la doctrina se estableció que el Consejo tuviera un carácter administrativo y disciplinario. Es decir, que tendría un papel activo con miras a alcanzar una administración de justicia honesta, eficiente y confiable. Destaco este punto porque en el Ecuador, en general, estos

nobles objetivos eran exigidos a la suprimida Corte Suprema, seguramente por el peso de la tradición histórica.

Sin embargo, el funcionamiento del Consejo Nacional de la Judicatura ha dejado mucho que desear. La nueva Constitución denomina simplemente Consejo de la Judicatura y, como se dijo, aumentó sus atribuciones mientras disminuyó las de la Corte Nacional de Justicia. Parece que la mayoría de nuestros constituyentes tuvieron la visión del Consejo General del Poder Judicial de España, y en este como en otros puntos siguieron el modelo español.

Como el Consejo de la Judicatura estaba conformado por siete miembros y la nueva Constitución establece que deben ser nueve, los vocales decidieron “consultar” a la denominada “Corte” Constitucional, aprovechando la coyuntura de las consultas. La respuesta dada en la “sentencia interpretativa” del organismo de control constitucional fue que podían designar a los dos miembros faltantes para estar de acuerdo con la Constitución.

Este asunto implica otra violación flagrante de la Ley Suprema que en el Art. 180, en la parte final, se refiere a la designación de los vocales del Consejo de la Judicatura y dispone que: *“Se elegirán seis vocales profesionales en Derecho y tres profesionales en las áreas de administración, economía, gestión y otras afines”*.

Esta norma no fue observada. A los siete vocales ya existentes se agregaron otros dos profesionales en Derecho. No es suficiente que, como sucede en nuestro medio, los abogados, especialmente docentes, incursionen en otras áreas y se consideren especializados en ellas.

Naturalmente, tampoco se observó lo señalado en el Art. 20 del *Régimen de Transición*, donde se dice: *"En un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días se organizará el Consejo de la Judicatura; sus integrantes se designarán por el procedimiento establecido en la Constitución"*.

La inquietud que brota en estos casos es ¿por qué tanta prisa en buscar la transformación? En dejar de ser los antiguos órganos para convertirse en los nuevos, saltando incluso las etapas de una transición racional. No cabe duda que aquí estamos en presencia del significado de la política: la obtención del poder.

8. AMPARO CONTRA SENTENCIAS DEFINITIVAS

Bajo la denominación de "acción extraordinaria de protección" se establece el amparo contra sentencias y autos judiciales ejecutoriados. En los círculos judiciales y de abogados se ha comentado que se trata de establecer una cuarta instancia (la tercera, que no lo es, sería el recurso de casación ante la Corte Suprema). Esto significará tiempo, mucho tiempo, para que los juicios sean resueltos y un trabajo que terminará estrangulando a la nueva Corte Constitucional.

La justicia ecuatoriana, por muchas y complejas razones, es demasiado lenta; además, se abusa en exceso del recurso de casación (utilizándolo como si fuera tercera instancia). Buena parte de estos recursos han sido desechados por las Salas de la Corte Suprema, pero el trabajo ya fue hecho, mientras los expedientes se hacían perjudicando a quienes esperan que su causa sea despachada. En este contexto, en el que también se abusa del amparo, los constituyentes de mayoría han dispuesto, finalmente, el siguiente precepto¹⁴:

“Art. 437. Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte [Constitucional] constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.”

No obstante que, al final de sus sesiones, los constituyentes agregaron el requisito de que se hayan agotado los recursos y que las decisiones judiciales estén ejecutoriadas o firmes, esto no atenúa el problema. Lo grave es que queda abierto el requisito de violación del debido proceso o de otros derechos constitucionales. No se ha buscado precisarlo, concretarlo. Será fácil para todos los recurrentes de esta acción argumentar tales violaciones. Esto ha ocurrido con la acción de amparo (llamada ahora de protección), cuyo abuso sigue a la orden del día, congestionando de trabajo a los jueces.

Las consecuencias serán —como se dijo—: una acumulación enorme de juicios, mucho mayor a la que existe actualmente; malestar social por los conflictos que permanecen insolubles; crecimiento de la inseguridad jurídica. El argumento de que en otros países existe el amparo contra sentencias (casos de España, Colombia, Perú) no es correcto, porque no se ha considerado el sistema de amparo que tienen aquellos países que es de carácter residual o subsidiario. En cambio, el Ecuador tiene una acción de amparo demasiada amplia y no se ha cambiado el sistema.

14. La Corte Suprema de Justicia acudió algunas veces a la Constituyente para explicar todas las consecuencias de esta nueva atribución, que no tiene relación con nuestro medio ni con la acción de amparo que existe en el Ecuador, diferente a la situación que viven otros países (incluso Colombia y Perú).

En España, por ejemplo¹⁵, el Tribunal Constitucional conoce el amparo cuando hay *“violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2”* del texto constitucional (Art. 161.1.b/). Los derechos y libertades protegidos por el amparo son aquellos que constan en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución. En este caso se acude ante los Tribunales ordinarios (*“por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”*, Art. 53.2) y luego se puede interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Es decir, que los derechos que protege el amparo no son todos los que establece la Carta constitucional, sino un grupo expresamente establecidos por la misma Ley Suprema española. Y para acudir al amparo –ante el Tribunal Constitucional– se debe previamente haber agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

Algo similar existe en Colombia con la acción de tutela (amparo). El Art. 86 (tercer inciso) dice: *“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”* (Énfasis agregado).

El caso peruano también tiene sus características muy peculiares. En Perú, en diciembre del 2003, se aprobó el Código Procesal Constitucional que entró a regir en el 2004. Allí, con una interpretación *contrario sensu* de la Ley Suprema peruana, se estableció la procedencia del amparo *“respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso...”* (Art. 4).

15. En los tres ejemplos tomados de España, Colombia y Perú se realiza un somero análisis que no agota la complejidad de estos temas. Lejos de mi intención y de este trabajo adentrarme en cuestiones de carácter procesal.

Al respecto se debe tener claro lo siguiente. En primer lugar, que el mismo Código peruano hace un esfuerzo por precisar –de modo objetivo– lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva (Art. 4, tercer inciso). Luego, el amparo peruano viene a ser de carácter subsidiario o residual pues no procede cuando “*existan vías procedimentales específicas...*”, dice el número 2 del Art. 5, lo que se complementa con la disposición de que se hayan “*agotado las vías previas*”, con pocas excepciones (número 4 del Art. 5); cuestión que se precisa en los Arts. 45 y 46 del referido Código.

Por último, existe un plazo para interponer la demanda de amparo, pues éste “*prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación...*” (Art. 44 *ibídem*). También, el Código Procesal Constitucional no deja de lado el cuidado de señalar expresamente (como lo hace la Constitución española, pero con más amplitud) los derechos que están protegidos por el amparo (Art. 37).

Todo lo dicho lleva a concluir que, si se quiere que, en el Ecuador, opere adecuadamente la acción de amparo (o protección) contra sentencias judiciales, había que rediseñar el sistema del amparo, imponiéndole determinados límites. ¿Podrá la ley pertinente asumir esta tarea?

9. UNA REFLEXIÓN FINAL

Al influjo de lo que el Gobierno llama “la revolución ciudadana” lo que se quiere es cambios profundos, que transformen al país. Estando de acuerdo con este punto, sin embargo creo que tales cambios deben operarse no solo en el texto constitucional sino sobre todo en la realidad concreta del país, si no se quiere caer en la demagogia. Además, estoy convencido que en el orden institucional la transformación profunda está er

relación directa con la forma de actuar de sus miembros, con su ética, eficiencia y responsabilidad.

Espero que no ocurra con la Justicia Constitucional ecuatoriana lo que muchas veces sucede en nuestro medio con la Constitución, que es de aquellas llamadas nominales o semánticas; Constitución ‘de papel’ en lenguaje común, simple fachada que sirve de camuflaje para un gobierno autoritario. En este contexto –como ya lo he dicho– la Justicia Constitucional no podrá desempeñar ninguna función que no sea, igualmente, de mera fachada.¹⁶

Por lo expresado, es que miro con desconfianza lo que prescribe el Artículo 1 de nuestra flamante Constitución: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...*” En nuestra época, inicios del Siglo XXI, después de lo que el mundo ha vivido a lo largo del Siglo XX, ya no es suficiente que un Estado se proclame “constitucional”, pues bien puede el gobierno del III Reich, que tuvo a constitucionalistas de la talla de Carl Schmitt, proclamarse como un Estado constitucional. Para mí –como jurista– sigue teniendo un contenido mucho más profundo el Estado de Derecho, concepto que gradualmente ha sido enriquecido con nuevas perspectivas humanas y políticas.

16. Cfr. Hernán Salgado Pesantes: *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, N° 5, Quito: Corporación Editora Nacional, 2004.

Acceso a la información y participación ciudadana

Diego Sánchez Montenegro*

“Un gobierno popular sin información popular o sin los medios para adquirirla, no es sino el prólogo a una farsa o a una tragedia, o tal vez a ambos” James Madison.¹

Hoy en día, las nuevas tecnologías de la información y comunicación se han convertido en recursos fundamentales para el funcionamiento y desarrollo de las actividades públicas y privadas. Es innegable que estamos frente a un fenómeno tan admirable por el grado de facilitación y acercamiento que proporciona, que no dejamos de sorprendernos con la rapidez que se ha extendido en el mundo.

El derecho y en general las ciencias jurídicas tampoco podían permanecer ajenos a la utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Un mundo cada vez más integrado requiere de un derecho cada vez más uniforme

- * Becario del Postgrado en estudios de prevención de la corrupción PUCE. Doctor en Jurisprudencia. Profesor de Derecho Internacional Privado y Contratación Electrónica, Pre y Postgrado - Universidad del Pacífico. Desde 1.999 hasta el presente. Profesor invitado de la Maestría en Derecho Informático - Universidad de Cuenca. Vicepresidente de la Asociación Ecuatoriana de Derecho Informático. Coordinador del Monitor de Privacidad y Acceso a la Información en América Latina. IFAP/UNESCO-Alfa-Redi.
- 1. James Madison carta a W.T. Barry, 4 de agosto de 1822 en G.P. Hunt,ed., IX. The Writings of James Madison 103 (1910) Citado por Pablo Andrés Palazzi, El Derecho Legislación Argentina, Boletín No.4, 26 de febrero de 1999, Buenos Aires, Argentina.

que facilite el impartir justicia, el tráfico jurídico privado, los contactos intergubernamentales y que aspire a la gobernabilidad democrática.

Siguiendo al profesor Eduardo Castellanos Hernández, la cultura de la legalidad es un recurso válido de una sociedad frente a la autoridad para exigir de ésta el estricto respeto del estado de Derecho, que es, a su vez, el fundamento legal de la propia autoridad pública. Si la cultura de la legalidad es un aspecto fundamental de la gobernabilidad democrática, su difusión abierta se convierte en una obligación y una necesidad para las Instituciones Públicas.

El profesor Balkin de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, señala que la democracia no es solamente libertad individual y auto gobierno colectivo. Además es el ciudadano participando de la producción y distribución de la cultura democrática.²

Aquí es donde encontramos, precisamente, la relación entre la nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), y la cultura de la legalidad. Las TIC proporcionan los medios necesarios para difundir la legalidad a través de las redes electrónicas que, abiertas y disponibles para la población, acercan a ésta la normatividad que le da basamento jurídico a su diario quehacer y acontecer.

La capacidad de estas nuevas tecnologías para llevar información y conectar diversos sitios facilita mucho más la difusión que las obras impresas, por grande que sea su tiraje y su distribución.

2. Balkin, Jack M., *Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society*. New York University Law Review, Vol. 79, No. 1, 2004; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 63. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=470842> or DOI: 10.2139/ssrn.470842.

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación se constituyen en los medios para promover la cultura de la legalidad y asegurar la transparencia en la gestión pública, aspectos esenciales de la gobernabilidad democrática.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho de acceso es la facultad que tienen las personas para obtener la información que emane o que se encuentre en poder de las instituciones, organismos, entidades y personas jurídicas de derecho público y de derecho privado que tengan participación del Estado o sean concesionarias de éste, en cualquiera de sus modalidades.

La Constitución de la República del Ecuador³, en la Sección cuarta, establece lo siguiente:

“Acción de acceso a la información pública. Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.”

Es necesario hacer referencia a disposiciones que se encuentran incorporadas en varios Convenios Internacionales de los cuales nuestro país es signatario, y donde se establece el

3. Constitución de la República del Ecuador. http://asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/definitiva_constitucion.pdf revisada el 6 de diciembre del 2008.

fundamento jurídico del derecho al acceso a la información pública.

Entre ellas se tienen:

A.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ (1948).

Artículo 19.- “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

B.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ (1966).

Artículo 19, numeral dos. “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

C.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”⁶ (1969).

Artículo 13 inciso 1.- “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informacio-

4. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> revisada el 26 de noviembre del 2008.

5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm, revisada el 25 de noviembre del 2008.

6. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos2.htm>, revisada el 25 de noviembre del 2008.

nes e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Cabe resaltar que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados partes la obligación de respetar los derechos y libertades que consagra, y garantiza el libre y pleno ejercicio y goce de los derechos reconocidos en ella, a toda persona sujeta a su jurisdicción.

- D.- La Declaración de Chapultepec⁷ (1994), suscrita por el Ecuador, en sus numerales dos y tres de los Principios indica lo siguiente:

“Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos”. “Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información”.

- E.- La Declaración de principios sobre la libertad de expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobada durante el 108° período ordinario de sesiones⁸ (2000). En el Preámbulo, inciso quinto dice: “*Convencidos que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas*”. En el numeral cuarto de los Principios señala:

7. En: http://www.declaraciondechapultepec.org/declaracion_chapultepec.htm, revisada el 25 de noviembre del 2008.
8. Declaración de principios sobre la libertad de expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>, revisada el 25 de noviembre del 2008.

“El acceso a la información en poder del estado es un derecho fundamental de los individuos. Los estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente en la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”.

Revisada la normativa internacional y la Ley Fundamental ecuatoriana, podemos aseverar que el derecho al acceso a la información es un derecho asegurado por la Constitución de la República y afirmado por los convenios y tratados vigentes suscritos por nuestro país, existe de esta manera, una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos.

Los pactos internacionales en materia de derechos humanos y su efecto operativo y multiplicador en los más diversos aspectos de la vida humana donde la dignidad del hombre se ve afectada, obliga a la necesaria adecuación de la legislación interna y del accionar del Estado, al texto de las convenciones. De esta forma y como ejemplo tenemos:

- A. Principio 10 de la Declaración de Río, de la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que en lo pertinente dice:

“Toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre materiales y las actividades que encierran peligro para sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones”.

- B. Convenio de Aarhus.- Convenio sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materias ambientales

adoptada en la Conferencia ministerial “Medio Ambiente para Europa” en Aarhus, Dinamarca de fecha 25 de junio de 1998 y que entró en vigencia a comienzos de 2002.

La mayoría de los estados americanos mantienen en sus constituciones normas que obligan a brindar la información pública y además, aquellos que no lo tienen en la Constitución, han dictado leyes al respecto, como es el caso de la República de Chile.

La vinculación entre el derecho del ciudadano al acceso a la información y el ejercicio de otros derechos constitucionales no es casual; precisamente la garantía de aquel acceso resulta ser el fundamento básico para el ejercicio libre y responsable de otros derechos fundamentales. El derecho a la información involucra, según las Naciones Unidas, la *“piedra de toque de todas las libertades (...) y constituye un elemento esencial de todo esfuerzo serio para favorecer la paz y el progreso en el mundo”*⁹.

EL CASO ECUATORIANO:

La Ley de modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada¹⁰, determina:

“Art. 32.- Acceso a documentos.- Salvo lo dispuesto en leyes especiales a fin de asegurar la mayor corrección de la actividad administrativa y promover su actuación imparcial, se reconoce a cualquiera que tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente protegidas, el derecho a acceso a los documentos admi-

9. Resolución 59 (I) del 1946-12-14, de la Organización de las Naciones Unidas.

10. Ley de Modernización del estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, R.O. Ley 2001-56 (Registro Oficial 483, 28-XII-2001).

nistrativos en poder del Estado y demás entes del sector público”.

El Estatuto del régimen jurídico y administrativo de la Función Ejecutiva¹¹, en forma más explícita dispone:

“Art. 205.- Derechos de los particulares.

Los particulares, en sus relaciones con las Administraciones sujetas a este estatuto, tendrán derecho: (...)

c) Obtener copias certificadas de los documentos originales que consten en cualquier expediente administrativo, salvo que se trate de aquellos documentos calificados como reservado, de conformidad con la legislación vigente;...

g) Tener acceso a los archivos de la administración en la forma prevista en la ley y en las normas de la propia administración;...”

La Ley orgánica de responsabilidad, estabilización y transparencia fiscal y su reglamento garantizan

“el control ciudadano de la gestión pública a través del libre acceso a los documentos e información presupuestaria, contable y de las operaciones y contratos de crédito de todas las entidades del sector público y del sector privado en la parte que corresponda a bienes y otros recursos del sector público. El principal medio que propone para alcanzar el objetivo de la ley es un sistema oficial de información y amplia difusión que servirá de base para el control de la ciudadanía, que incluirá la información relativa al cumplimiento..., así como la referente a decisiones sobre tarifas y precios de bienes y servicios públicos y transferencia o venta de activos públicos, con su correspondiente sus-

11. Estatuto del régimen jurídico y administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536 de 18 de marzo del 2002. En: http://www.presidencia.gov.ec/Info/12ESTATUTO_FUNCION_EJECUTIVA.pdf

tentación técnica y legal. También se informará en detalle sobre el proceso, los términos y las condiciones financieras de operaciones de recompra de deuda realizadas, y sobre los orígenes, motivos, términos y condiciones financieras de los refinanciamientos realizados”¹².

Sin embargo de la expedición de las leyes antes referidas existe todavía la cultura del secreto en el Estado. Hay reticencia a entregar la información pública, ya que un alto nivel de secreto con frecuencia permite a quienes ejercen el poder, guardar con recelo sus conocimientos para aumentar su autoridad.

El profesor Julio Miguel Rodríguez Villafañe señala que durante los períodos de los últimos gobiernos militares y/o de facto en nuestra región se ejecutó la siguiente estrategia: Ante un escándalo hay que ocultarlo de todas las formas y maneras posibles, en la década de los años noventa, una lógica diferente y tan negativa como la anteriormente descrita operaba sosteniendo que, ante la evidencia de un acto de corrupción, se lo debe ventilar de forma tal que produzca una conmoción y difundir esa información por todos los medios posibles, de esa manera se tratará de saturar el tema, y pronto todo se olvidará y nadie se ocupará de la resolución del acto de corrupción y la sanción a los responsables del delito. Se permite conocer algunos actos de corrupción en la función pública, pero se usa la indignación social como un placebo cívico, que se neutralizaba luego en la inconstancia o ineptitud u omisión de quienes debían investigar y sancionar las actuaciones indebidas y generadas por actos de corrupción.¹³

12. Pérez Efraín y Makowiak Jessica, *Temas de Derecho Constitucional*, “El derecho de acceso a la información en Europa y América Latina: Un enfoque constitucional” Ediciones Legales, Quito, 2003, pp. 145-210.
13. Rodríguez Villafañe, Miguel Julio, “Periodismo e información judicial en Argentina”, pp. 70 y ss, publicado en “Contribuciones”, año XVIII, N° 2 (70) de Abril-Junio de 2001. Edición trimestral de la Konrad Adenauer Stiftung. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Bs. As.

Por mucho tiempo la información generada desde el Estado se entendió delimitada a hacer conocer los resultados de la toma de las decisiones de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

Eduardo Bertoni, relator especial para la libertad de expresión de la Organización de Estados Americanos señala:

“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos y los Estados están obligados a garantizarlo. Además, las leyes que reconocen adecuadamente este derecho contribuyen a combatir la corrupción, que ha sido identificada por la OEA como un problema que requiere una atención especial en las Américas”.

En nuestro país, varios sectores de la Sociedad Civil, se han organizado para superar los inconvenientes que se generan por la falta de información y transparencia en el sector público. El conocimiento de la existencia de corrupción en el Estado, impulsó aún más a la sociedad a ocuparse de la necesidad de información, como la medida preventiva básica.

Debe tomarse en cuenta que no hay posibilidad de vida democrática genuina, sin una participación responsable de todos los actores de la sociedad en la construcción de los consensos necesarios para el fortalecimiento del sistema y que, para ello, es imprescindible contar con la información. Por su parte, como se ha dicho, en una democracia, todos los aspectos de la administración pública deben ser transparentes y estar abiertos al escrutinio público.

De allí que la ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública sea de vital importancia para la sociedad civil, ya que permitirá monitorear los actos del Gobierno y controlar el accionar de la gestión pública, mediante la exigencia de una permanente rendición de cuentas por las decisiones que

se toman. No puede existir democracia sin que existan mecanismos de acceso a la información; en estas condiciones los ciudadanos no pueden ejercer sus derechos ya que no se encuentra garantizado el respeto y la protección de sus derechos fundamentales.

Un ciudadano que enfrenta vacíos y lagunas de información sobre los asuntos públicos no tendrá la oportunidad de expresar su opinión en temas inherentes a la administración gubernamental; de esa forma se quebranta uno de los pilares fundamentales, la participación ciudadana, que sostienen al estado de derecho.

El derecho de acceso es una prerrogativa que tienen las personas para acceder a la información creada, administrada o en posesión de las entidades públicas.

“Con el ejercicio del derecho de acceso a la información:

Se fomenta el principio de seguridad jurídica y de legitimidad democrática del estado de derecho.

Se ejerce un escrutinio activo de parte de los gobernados, sobre las actividades de los servidores públicos y de las personas jurídicas de derecho privado que operan con fondos públicos.

Se promueven las mejores condiciones para la toma de decisiones tanto de los ciudadanos como de las autoridades.

Se permite un acceso equitativo con igualdad de oportunidades para participar en las más distintas actividades de la vida del Estado.

Se democratiza la administración pública que pasa de una organización jerárquica a una organización con dosis importantes de interactividad.”¹⁴

Es substancial destacar el precepto contenido en el artículo siete de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la información pública¹⁵, que obliga a todas las Instituciones del Estado que conforman en sector público y a los entes señalados en el artículo 1 de la referida ley; difundir a través de un portal de información o página en Internet, ciertos datos que se consideran de naturaleza obligatoria.

Art. 7.- Difusión de la Información Pública.- “Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada y obligatoria, que para efectos de esta Ley, se la considera de naturaleza obligatoria:

- a) Estructura orgánica funcional, base legal que la rige, regulaciones y procedimientos internos aplicables a la entidad; las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos;
- b) El directorio completo de la institución, así como su distributivo de personal;
- c) La remuneración mensual por puesto y todo ingreso adicional, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes;
- d) Los servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la

14. Carpizo Jorge y Carbonell Miguel, Coordinadores, “Derecho a la información y derechos humanos” Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2000.

15. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la información pública, Ley No. 2004-34. Suplemento del Registro Oficial 337, 18-V-2004.

ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones;

- e) Texto íntegro de todos los contratos colectivos vigentes en la institución, así como sus anexos y reformas;
- f) Se publicarán los formularios o formatos de solicitudes que se requieran para los trámites inherentes a su campo de acción;
- g) Información total sobre el presupuesto anual que administra la institución, especificando ingresos, gastos, financiamiento y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales, así como liquidación del presupuesto, especificando destinatarios de la entrega de recursos públicos;
- h) Los resultados de las auditorías internas y gubernamentales al ejercicio presupuestal;
- i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones;
- j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución;
- k) Planes y programas de la institución en ejecución;
- l) El detalle de los contratos de crédito externos o internos; se señalará la fuente de los fondos con los que se pagarán esos créditos. Cuando se trate de préstamos o contratos de financiamiento, se hará constar, como lo prevé la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, las operaciones y

contratos de crédito, los montos, plazo, costos financieros o tipos de interés;

- m) Mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía, tales como metas e informes de gestión e indicadores de desempeño;
- n) Los viáticos, informes de trabajo y justificativos de movilización nacional o internacional de las autoridades, dignatarios y funcionarios públicos;
- o) El nombre, dirección de la oficina, apartado postal y dirección electrónica del responsable de atender la información pública de que trata esta Ley;
- p) La Función Judicial y el Tribunal Constitucional, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones;
- q) Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes, producidos en todas sus jurisdicciones;
- r) El Banco Central, adicionalmente, publicará los indicadores e información relevante de su competencia de modo asequible y de fácil comprensión para la población en general;
- s) Los organismos seccionales informarán oportunamente a la ciudadanía de las resoluciones que adoptaren, mediante la publicación de las actas de las respectivas sesiones de estos cuerpos colegiados, así como sus planes de desarrollo local; y,
- t) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente, publicará el texto íntegro de sus sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones.

La información deberá ser publicada, organizándola por temas, ítems, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.”

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación son herramientas que han transformado los conceptos de lugar y tiempo, y también permiten poner a disposición de los ciudadanos, datos esenciales para la toma de decisiones en todos los campos, inclusive en aquellos que son interesantes para la participación política activa. Estos datos e informaciones, una vez colocados en Internet, se encontrarán disponibles a toda hora sin limitaciones tales como el horario en las oficinas públicas o las posibilidades de traslado físico a cualquiera de las entidades públicas en donde reposan los archivos. Esta característica puede traer consigo el que se establezca una democracia mucho más participativa. Siguiendo al profesor Owen M. Fiss, “... la democracia es un sistema de autogobierno colectivo, y presupone que todas las personas tengan toda la información necesaria para ejercitar su prerrogativa soberana de un modo inteligente y reflexivo”¹⁶.

En la actualidad se considera que el derecho de acceso a la información es un requisito de participación ciudadana democrática dentro de un Estado demasiado complejo, que sucumbe a su propia dinámica burocrática. En un Estado de esta naturaleza, ningún individuo puede conocer la totalidad de la información que le permita una auténtica participación democrática en la política estatal. Ni siquiera las propias instituciones públicas son, con frecuencia, conscientes de la existencia de información perteneciente a otras instituciones públicas y de forma general el poder legislativo ve restadas sus potestades investigativas y fiscalizadoras.

16. Fiss, Owen M., “La ironía de la Libertad de expresión”, trad. Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña, ed. Gedisa, 1999.

Jeremy Pope de la organización Transparencia Internacional señala lo siguiente:

“se necesita un cambio de cultura entre los funcionarios públicos, desde el empleado de menor rango al ministro responsable de todo un departamento. Deben llegar a comprender que, en el pasado sus administraciones pueden haber dado la apariencia de haber funcionado adecuadamente, la introducción de políticas relativas al acceso a la información pueden aumentar la calidad de la administración de manera significativa. Dichas políticas impulsan la creación de un código de ética de servicio público dentro del sector público, aumentan la satisfacción laboral y elevan la estima de los empleados públicos dentro de las comunidades donde pertenecen y a las cuales atienden.”¹⁷

17. Pope, Jeremy, Global Corruption Report de Transparencia Internacional, 2002, en “El Derecho de Acceso a la Información Pública en el Ecuador” Compilación Merino Dirani Valeria, CLD, 2003.

Naturaleza de la Corte Constitucional

Julio César Trujillo

Con la instauración del Estado de derecho, a fines del siglo XVIII en los Estados Unidos de América y Francia, quedó establecido que todos los elementos del Estado están sometidos al Derecho, como conjunto de normas jurídicas, que tienen su fundamento en una norma suprema a la que la bautizaron, siguiendo el pensamiento iniciado en Grecia, con el nombre de constitución. La suerte de la constitución, sin embargo, no fue la misma en los Estados Unidos de América que en Francia.

I

EL CONTROL CONSTITUCIONAL

En los Estados Unidos de América, la misma Constitución se definía como la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico (Art. VI.2) sin determinar el órgano que debía controlar el respeto de esa supremacía ni el valor de la norma infraconstitucional que la infringiera. Muy tempranamente (1803) la Corte Suprema asumió para la Rama Judicial la competencia de hacer respetar este carácter de la norma constitucional y declarar sin valor la norma que la contradijera, en fallo que, con riguroso razonamiento, resolvió el caso *Marbury vs. Madison*. Así, en este poderoso país quedó establecido el Estado constitucional de derecho, prácticamente desde el primer día.

Con este fallo y gracias al principio del *stare decisis* se consagró también un sistema de control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, que ha dado la vuelta al mundo y es conocido como control difuso, porque compete a todos los jueces cuidar que todas las normas jurídicas respeten la supremacía de la Constitución; control concreto porque el juez debe hacerlo en cada caso contencioso sometido a su decisión y que, al preparar esta decisión, se encuentra con una norma de la que dependa el sentido de ella y que no la puede aplicar porque la estima inconstitucional, y americano, precisamente, porque tiene su origen en los Estados Unidos de América.

En Francia, en cambio, después de los primeros ensayos de la última década del siglo XVIII y de la caída de Napoleón Bonaparte, se restauró la monarquía. Como los reyes hicieron suya la tarea de expedir la constitución, con arreglo a la cual ofrecían ejercer la autoridad, la constitución dejó de ser norma jurídica porque no era obra del pueblo, pues este no intervenía en su expedición, ni directamente ni a través de sus representantes, ella era, más bien, otorgada por los reyes como programas políticos no vinculantes. Por lo tanto, perdieron interés los debates acerca de la necesidad de su interpretación y de quien debía ser el protector de la constitución. Lo que decimos de Francia es válido para toda Europa continental, aunque en distintos contextos.

Nuevamente, en la segunda mitad del siglo XIX, tras el cuarto de siglo que se inicia con el derrocamiento de la monarquía (1848), seguido de la supresión de la Segunda República por obra de Bonaparte III (1852) y la caída de este y del Segundo Imperio (1870), Francia se constituyó, por tercera vez, en República, pero no pudo adoptar una constitución y, desde 1875 hasta la Segunda Guerra Mundial, se rigió por tres leyes que se las conoció como leyes constitucionales. Se las decía y dice leyes constitucionales por las materias sobre las que versa-

ban, pues, estas materias eran las que debían constar en una constitución; y no se las denominó constitución, porque no provenían directamente del pueblo, a través de un referéndum como hubiera deseado Rousseau, ni de una asamblea constituyente, elegida por el pueblo para que la expidiera, como hubiera propuesto Sieyès.

Así es como en Europa continental, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, salvo las excepciones que luego mencionaremos, el Estado de derecho se sustentaba en la ley y no en la constitución, como, en cambio, ocurría en Estados Unidos de América desde su nacimiento; además, no habiendo constitución, como norma jurídica suprema, no hacía falta que nadie controlara que el ordenamiento jurídico se ciñera a ella, bastaba el control de legalidad de todas las normas infralegales, de cuyo control se encargó, en Francia, al Consejo de Estado.

Terminada la Primera Guerra Mundial, la Alemania derrotada, una vez que abdicara el Canciller Guillermo II, tuvo necesidad de organizarse jurídicamente y, para el efecto, el pueblo fue llamado a elegir una Asamblea Constituyente que expidió la primera Constitución, como norma suprema; al año siguiente, Austria hizo lo mismo. Surgió, entonces, la necesidad de que alguien controlara la constitucionalidad del ordenamiento jurídico de estos dos Estados Modernos.

Para satisfacer esta necesidad, Kelsen, en Austria, propuso instituir un Tribunal Constitucional y una vez constituido lo integró. En Alemania, por el contrario, Karl Schmitt propugnaba la tesis de que del control Constitucional se encargara el Jefe de Estado. De cualquier manera, recién entonces, se instituyó, en esta parte de Europa, el Estado constitucional de derecho, o sea el Estado organizado por la Constitución, como norma suprema, cuyo respeto está controlado por un órgano creado para el efecto. Este modelo de Estado sucumbió en las manos sangrientas de Hitler.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los grandes Estados de Europa, excepto Inglaterra, emprendieron la tarea de organizarse jurídicamente y, uno tras otro, todos optaron por el Estado constitucional de derecho y con él crearon, jueces constitucionales que, en Alemania, Italia, España y otros, adoptaron la forma de Tribunales Constitucionales.

Generalizado el sistema que concibiera Kelsen, quedaron vigentes en el mundo dos sistemas de control constitucional: el americano, difuso o concreto de los Estados Unidos de América y el abstracto, concentrado, kelseniano, de Europa continental, a los que debemos añadir el sistema político, que rige en Cuba. García Belaunde incluye además los sistemas: mixto y el dual. Fernández Segado, en cambio, advierte la tendencia a abandonar la clasificación tradicional y anota las dificultades para agrupar, con criterios válidos, los heterogéneos y plurales sistemas de justicia constitucional.

II

EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

El Ecuador, al constituirse en Estado independiente, comenzó por adoptar una Constitución que, como sus modelos, el estadounidense y el francés, consagró el sometimiento del Estado a sus normas, el reconocimiento de los derechos o garantías que entonces se los tenía por sinónimos, la división de poderes y la independencia del poder judicial. Reunía, pues, todos los elementos característicos de una Constitución, según el paradigma que para entonces había proclamado la Revolución Francesa en la famosísima Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano (Art. 16).

1. EL LARGO E INSEGURO CAMINO

La Constitución ecuatoriana, ya en 1830, amplió el contenido de la Constitución al incluir disposiciones sobre el territorio, la nacionalidad y ciudadanía; pero no dejó esclarecida la cuestión de la supremacía de sus normas porque, si bien prescribía que solo continuarán en vigencia las leyes civiles y orgánicas que no se le opusieran y que sirvieran o facilitaran su cumplimiento (Art. 73), no quedó claro si esto era así en razón del principio de jerarquía, como lo preveía la Constitución de Estados Unidos de América, o por el principio cronológico en virtud del cual la ley posterior prevalece sobre la anterior y, sobre todo, no dice nada acerca de la condición de validez de las leyes posteriores, ni de quien ha de controlarla.

En la Constitución siguiente, en la de 1835, se mantuvo el mismo precepto de la anterior, y añadió que solo al Congreso competía la facultad de resolver las dudas que ocurrieran sobre la inteligencia de sus normas, es decir, previó la interpretación de los preceptos constitucionales que resultaren oscuros, ambiguos o sobre los cuales cupiera deducir más de un sentido, común a la interpretación de toda norma, pero no dijo nada acerca de la interpretación de las normas constitucionales en relación con la forma o contenido de las infraconstitucionales o las de éstas a la luz de la Constitución.

En la Constitución de 1845 se mantuvo la competencia del Congreso para resolver las dudas acerca de la inteligencia de sus normas y se agregó que toda ley que se oponga a ella “no tendrá efecto”, pero nada dijo del control de esta regla que se repitió en la de 1851 y desapareció en las constituciones posteriores.

Sin la positivización de la supremacía de la norma constitucional y con la facultad del Congreso (Asamblea Nacional en

1851) de resolver las dudas respecto a las normas constitucionales llegamos a la Constitución de 1897 que, por primera vez de manera expresa, dispuso que ella era la Suprema Ley y agregó la frase que venía desde 1830 de que cualesquiera otras normas que se le opusieran “no surtirán efecto alguno” (Art. 132); pero, nada dijo sobre quien debía hacerla respetar. Así, el principio de la teoría constitucional acerca de la supremacía de la Constitución no se convierte en regla de Derecho positivo y, por tanto, se entendió, entonces, que no era exigible judicialmente, sino mucho más tarde.

En esta Constitución de 1897 se agrega el control de la legalidad de todas las normas infralegales o de menor jerarquía que la ley, esta facultad se la otorga al Consejo de Estado. Aquí se advierte claramente la influencia francesa, sin tener en cuenta que Francia vive el Estado de Derecho legal mientras que el Ecuador trata de vivir el Estado de derecho constitucional. Las constituciones posteriores reproducen este control de legalidad, sin cambios esenciales.

En la Constitución de 1906, las cosas cambian, no solo que se repite la norma de 1897 acerca de la supremacía de la Constitución sino que se confiere al Congreso Nacional la facultad de “declarar si una Ley o Decreto Legislativo es o no inconstitucional”; pero sigue como control político y discrecional del Congreso.

En este texto, según recuerdan Julio Tobar Donoso y Juan Larrea Holguín, algunos juristas de la época sustentaron la tesis de que se había introducido el control abstracto, que años más tarde propugnara Kelsen, pero a cargo del Congreso Nacional y no de un órgano jurisdiccional y el control difuso, a semejanza de los Estados Unidos de América, éste si, a cargo de los jueces. El doctor Luis Fernando Torres afirma, con razón, que el Congreso, que fungía de juez y parte, nunca ejerció esta facul-

tad. La Corte Suprema de Justicia, en cambio, sostuvo que mientras la Constitución no le otorgue a la Función Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, los jueces no pueden dejar de aplicarlas por este motivo. En sentido contrario se había pronunciado el juez de primera instancia, acaso en conocimiento de lo que había establecido el juez estadounidense, más de cien años atrás.

La Constitución de 1929 inicia un tímido ensayo de control constitucional y al efecto encarga al Consejo de Estado, entre otras tareas, la de dar curso a las demandas acerca de la violación de la Constitución y de las leyes (Art. 117.7) y, como según el Art. 48.1, desde 1835 compete al Congreso: resolver las dudas que ocurra sobre la inteligencia de los artículos de la Constitución, podemos concluir que se consagra, aunque deficientemente, el control de la constitucionalidad a cargo del mismo Congreso, como habían pensado los jacobinos en Francia y mantiene actualmente la Constitución cubana (Art. 73.c).

Con la Constitución de 1945 desaparece el Consejo de Estado y se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales que, sobre el control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, le compete: primero, suspender la vigencia de una ley o precepto legal que considere inconstitucional, pero con mítico respeto al Congreso Nacional, o mejor dicho a la soberanía popular encarnada en el Congreso elegido por el pueblo, añadía que la suspensión regía “hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos”, a semejanza de lo que ocurría en Europa, donde en ese entonces, bajo el régimen parlamentario, la norma que regulaba la organización del Estado y la vida de la sociedad civil era la ley, y por esto se puede hablar todavía, con propiedad, del Estado legal de derecho.

Segundo, le facultaba además al mismo Tribunal dictaminar, con efectos vinculantes, acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley vetados por el Presidente de la República por esa causa (control *a priori*) y, por fin, tercero, formular observaciones respecto a los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que, a su juicio, violen la Constitución; de ser aceptadas estas observaciones por la autoridad emanante dejaba derogada la norma observada y, en caso contrario, pasaba a resolución del Congreso, previa publicación, de las observaciones, por la prensa.

El Consejo de Estado reaparece en la Constitución de 1946, reemplaza al Tribunal de Garantías de 1945, y asume las mismas facultades de este respecto a los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones y, en cuanto a las leyes, se dispone que “Solo al Congreso le corresponde declarar si una ley o decreto legislativo son o no inconstitucionales”.

En 1967 renace el Tribunal de Garantías Constitucionales y sustituye al Consejo de Estado, pero por lo que hace con el control constitucional se confiere a la Corte Suprema de Justicia una doble facultad: suspender la vigencia de una ley, ordenanza o decreto que fuera inconstitucional por el fondo o por la forma; someter (como el Tribunal de Garantías debía hacerlo en 1945), a resolución definitiva del Congreso (control abstracto) y, dos, inaplicar, en cada juicio que deba resolver, las normas jurídicas que, a su juicio, fueren inconstitucionales (control difuso).

En esta Constitución se crearon tribunales especializados para el control de la legalidad: el tribunal de lo contencioso tributario o tribunal fiscal para las causas tributarias y fiscales, y el tribunal de lo contencioso administrativo para el control de la legalidad de los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública y entidades semipúblicas. Así queda

definitivamente constitucionalizado, hasta ahora, el control de legalidad. Actualmente, a cargo de las salas de lo contencioso tributario en materia contencioso tributaria y de los tribunales de lo contencioso administrativo en las otras materias en las que litiguen los administrados con la administración pública.

Por fin, la Constitución de 1978 mantiene la instituciones de 1967 tanto en lo que se refiere al Tribunal de Garantías Constitucionales como a las competencias de la Corte Suprema de Justicia acerca del control de legalidad y constitucionalidad del sistema jurídico del país.

En el año 1996, mediante las reformas a la Constitución de 1978, culmina el proceso lento e inseguro de consolidación del Estado de derecho constitucional mediante la creación del Tribunal Constitucional para el control de la constitucionalidad del sistema jurídico ecuatoriano; a este Tribunal se le atribuyen las tres tareas sustanciales y comunes a todos estos tribunales en el Derecho comparado e inherentes al Estado de derecho: hacer respetar la supremacía de la constitución, proteger los derechos de la persona y preservar la división de poderes.

En este proceso y con este rumbo continúan las Constituciones de 1998 y 2008, con cambios que amplían, unas veces, y otras profundizan las facultades del Tribunal para el que la Constitución de Montecristi adopta el nombre de Corte Constitucional.

2. LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI

La Constitución de Montecristi, aprobada por el pueblo ecuatoriano, en el referéndum del 28 de septiembre del año 2008, comienza por cambiar de nombre al órgano encargado de hacer respetar la supremacía de la Constitución, proteger los

derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados y mantener la división de poderes. Este órgano era, antes de la Constitución de Montecristi, el Tribunal Constitucional y actualmente es la Corte Constitucional.

En este trabajo me referiré a la naturaleza de la Corte Constitucional y a otras cuestiones conexas con esta. No me ocuparé de su estructura orgánica, puesto que ella deberá ser desarrollada en la ley, tampoco me detendré, sino incidentalmente, en las facultades que la Constitución le atribuye, ni de los reparos que se han hecho al nuevo sistema, no porque ellos carezcan de importancia sino porque estos reparos han sido estudiadas con solvencia académica por el doctor Agustín Grijalva en el trabajo que publica el ILDIS en el libro *Análisis, Nueva Constitución*.

2.1 LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL

Desde su creación, el contralor de la constitucionalidad de las leyes y demás cuerpos normativos, desató el debate acerca de su naturaleza jurídica, pues, de una parte Kelsen demandó para su Tribunal el carácter jurisdiccional, en tanto que Schmitt sostuvo que debía ser el jefe de estado, en el régimen parlamentario Aunque el debate no ha perdido actualidad, no he de detenerme en reproducirlo, quienes tengan interés en conocer sus pormenores pueden encontrarlo en sus Libros: *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, del primero, y *La Defensa de la Constitución* del segundo que, traducidos al castellano, se los encuentra en las bibliotecas del Ecuador.

No hay que desconocer, con todo, que la materia sobre la que trabajará la Corte y trabajaba el Tribunal es una norma, más que cualquiera otra, esencialmente política y es precisa-

mente por esto que se justifica, en el Derecho comparado, la singular manera de elegir a sus magistrados, con la participación de las instituciones políticas: legislativo y ejecutivo, con las que debe colaborar y a las que, a la vez, debe controlar. En la Constitución de Montecristi interviene también la Función de Transparencia y Control Social, a través del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Por estas razones, autores, como Loewenstein, sostienen que “el control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político” y que lo que hacen los tribunales es sustituir las decisiones de los detentadores del poder político (legislador, Presidente) con sus decisiones que no dejan de ser juicios políticos “camuflados en forma de sentencia judicial”; y, cuando a los tribunales se les otorga el poder de resolver los conflictos de competencia entre las máximas instituciones políticas, estos autores afirman que se produce la peligrosa “judialización de la política” que conduce casi inevitablemente a la “politización de la justicia”.

La Constitución de Montecristi, como lo hiciera el constituyente de 1998, opta por la constitución de la Corte Constitucional como órgano jurisdiccional; no obstante, como veremos enseguida, le confieren competencias que van más allá. Para destacar el carácter jurisdiccional, propone el nuevo nombre y, para que no quepa discusión alguna, la Constitución prescribe que sus decisiones son sentencias. Es posible que alguien critique este detalle, más propio de la ley; pero, por desgracia por no haberlo dicho en la Constitución de 1998, el Tribunal Constitucional denominó resoluciones a sus decisiones, vocales a los magistrados, suscitó dudas acerca de su naturaleza y las confundió con las administrativas.

Para las decisiones que no revisten el carácter de sentencias, mediante las cuales la Corte Constitucional expresa su opi-

nión en cuestiones en las que interviene no como órgano jurisdiccional, la Constitución reserva el nombre de dictámenes, pero no parecen extrañas a un órgano encargado de controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico ya que implican ese control, aunque su trámite no requiere de un proceso en sentido estrictamente jurídico.

2.1.1 Dictámenes y sentencias

La Corte Constitucional contemplada en la Constitución de Montecristi es un órgano complejo, con tres especies de facultades, ellas son: políticas las unas, político-jurisdiccionales las otras y unas terceras inequívocamente jurisdiccionales: éstas, a mi juicio, prevalecen y le confieren carácter.

Los dictámenes que la Corte debe emitir previamente al enjuiciamiento y destitución del Presidente y Vicepresidente de la República (Arts. 129 y 130.1) y a la disolución de la Asamblea Nacional (Art. 148), son, no cabe negar, decisiones de un altísimo contenido político y, por consiguiente, van a necesitar de una reglamentación cuidadosa en la Ley Orgánica del Control Constitucional y de una prudente autocontención (self restraint) mayor que la indispensable para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales, puesto que quiéralo o no va a convertirse en el escenario en donde se libra el debate político, que no pueden o no han podido resolver los actores políticos, y va a participar en ese debate, sin otras armas que las jurídicas que son su fuerza y debilidad.

Menos comprometedoras son las facultades por las que la Corte Constitucional interviene en el proceso de creación de las normas jurídicas que han de integrar el ordenamiento jurídico del país y, por lo tanto, han de guardar conformidad con la Constitución. Siendo la Corte la encargada de controlar que

esto suceda, estas facultades se justifican suficientemente en un órgano jurisdiccional, en cuanto se contraiga a dictaminar sobre la constitucionalidad del proyecto de estatuto para la conformación de una región (Art. 245); la constitucionalidad de los instrumentos internacionales (Art. 438.1) o de las preguntas planteadas al pueblo en las consultas populares (Art. 438.2), resolver acerca de las observaciones del Ejecutivo sobre la inconstitucionalidad de un proyecto de ley (Art. 438.3); sobre el procedimiento que se debe seguir para la reforma constitucional de los varios contemplados en la misma Constitución (Art. 443), y, por último, sobre los proyectos de decretos leyes de urgencia económica en el caso del Art. 148.

Todos estos dictámenes son vinculantes porque versan sobre materia constitucional función, esta función presupone la interpretación de la Constitución y en esta materia la Corte es la autoridad máxima a la que estamos sujetos todos, incluso todas las autoridades públicas.

Los dictámenes por medio de los cuales, la Corte Constitucional interviene en el proceso de creación de las normas jurídicas que han de integrar el ordenamiento jurídico del país, forman parte de lo que en el Derecho comparado se conoce como el control previo de la constitucionalidad y por esto se lo confía al órgano del control de la constitucionalidad que, en nuestro caso, es la Corte Constitucional.

Todas las materias respecto de las cuales la Corte debe dictar dictámenes están expresa y taxativamente fijadas en la Constitución; para otras materias carece de competencia, salvo para las que debe dictar sentencia que hace de la Corte un órgano jurisdiccional.

Prevalecen, repito, las facultades que hacen de la Corte Constitucional o tribunal constitucional, en cuanto contralor de

la constitucionalidad del ordenamiento jurídico del Ecuador, un órgano jurisdiccional porque los instrumentos de que se vale para cumplir las prescritas en los Arts. 93, 94, 171, 428, 436 (los numerales 7 y 8 merecen un tratamiento especial), 437, 439 y 440, son sentencias, actos incuestionablemente jurisdiccionales, requieren de un proceso y sus decisiones revistan la estructura, contenido y efectos de tales, aunque no se debe desconocer la trascendencia política de ellas, pero no son actos políticos.

No menos jurisdiccionales son las facultades de resolver: la *cuestión de inconstitucionalidad* que podrán plantearle los jueces, tribunales y cortes de la justicia ordinaria, de conformidad con el Art. 428; la revisión de las decisiones de las autoridades indígenas (Art. 171) y el *recurso extraordinario de protección* de acuerdo con los Arts. 94 y 337.

2.1.2 La dimensión política que no se debe olvidar

La Corte Constitucional, sin embargo, maneja la Constitución, en cuanto norma jurídica suprema que organiza racionalmente al Estado y, en especial, regula el ejercicio del poder y, entre otras, la forma y contenido esencial de los actos en que se concreta este poder, como son la ley, reglamento y más actos normativos, garantiza el respeto a los derechos de la persona y consagra la división de poderes; es decir, la Corte Constitucional al manejar la Constitución está sumergida en el mundo político; sin embargo, repetimos que en ese mundo tormentoso tiene que moverse con herramientas jurídicas.

En la Constitución de Montecristi, por cierto, se le resta competencia para conocer de las acciones tendentes a proteger los derechos de la persona porque las garantías constitucionales son confiadas a los jueces ordinarios y por apelación a las

cortes provinciales; con todo, el Art. 436.6 le permite participar en esta materia y, para ello, habrá que introducir, en la ley, un proceso riguroso que, de un lado, evite la subsistencia de fallos contradictorios de las cortes provinciales y la indefensión de las personas que residan fuera de Quito y nada menos que en materia tan delicada como son los derechos de la persona.

2.2 RELACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CON LAS OTRAS INSTITUCIONES POLÍTICAS

La Corte Constitucional revisa los actos de todos los órganos del poder público y son particularmente conflictivas sus relaciones con los órganos normativos u órganos facultados constitucionalmente para dictar normas de carácter general y, en particular, con la Asamblea Nacional.

2.2.1 El control de la supremacía de la Constitución

En los casos de control de la supremacía de la Constitución, una aparente paradoja caracteriza a este órgano que no siendo elegido por el pueblo está revestido de la facultad de expulsar del ordenamiento jurídico las normas creadas por el órgano legislativo elegido por el pueblo; y, en nuestro caso, también los actos del Presidente de la República y de los gobiernos autónomos descentralizados, todos estos también elegidos democráticamente, como el legislativo, por el pueblo. Un estudio ilustrado y actual del doctor Luis Fernando Torres, con el título de *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, se ocupa de este tema.

Sin desestimar las varias justificaciones que, de esta paradoja, proponen los autores, soy de la opinión que el legislativo y más órganos elegidos por el pueblo no reciben directamente

de éste el poder de dictar las normas sino, a través, de la Constitución adoptada, esta sí, por el pueblo y es el pueblo el que, en la misma Constitución, otorga a la Corte Constitucional la facultad de controlar que los otros órganos constitucionales respeten la Constitución (obra del pueblo), en el ejercicio de los poderes que ella les confiere; es, en suma, órgano constitucional tanto como la Asamblea Nacional, el Presidente de la República, el Poder Judicial, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y los otros previstos en la Constitución.

En el Estado constitucional de derecho podríamos decir que la soberanía jurídica reside en la Constitución y que la soberanía política radica en el pueblo del que emana la Constitución y de ella las potestades de todos los poderes constituidos.

Es verdad que la Constitución habría podido confiar esta función de control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico al órgano legislativo, como quiera que se llame, a la manera que consta en la Constitución de Cuba o constaba en la Constitución de la extinta URSS, o a la justicia ordinaria, como ocurre en los Estados Unidos de América, Argentina y otros. Ha prevalecido la tesis de que debe estar a cargo de un órgano jurisdiccional, aunque independiente del poder judicial, por la sencilla razón que, en su momento, invocara Kelsen y es la de que el control no debe estar en manos de quienes, con sus actos, pueden violarla, porque “nadie puede ser juez de su propia causa”.

*LA CORTE Y LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN Y POR INCUMPLIMIENTO.*

Especialmente difíciles van a ser las relaciones de la Corte Constitucional con el Legislativo, el Ejecutivo y las otras instituciones del Estado cuyo actos están sujetos a su control; no solo porque, como digo más arriba, un órgano no elegido por el pueblo puede declarar sin valor los actos de los órganos elegidos por el pueblo, sino también porque cuando conozca las acciones de inconstitucionalidad por omisión (Art. 436.10) y de incumplimiento (Arts. 93 y 436.5) puede llegar a suplir la voluntad de ellos, en el primer caso, y, en el segundo, mandarles hacer lo que, debiendo haber hecho por mandato constitucional, no lo hubieran hecho.

En virtud de la acción de inconstitucionalidad por omisión puede disponer que el Legislativo, Ejecutivo y gobiernos autónomos descentralizados expidan, en el ámbito de sus competencias, las normas que sean necesarias para dar cabal cumplimiento a las normas constitucionales que lo requieran, bajo prevención que si no lo hacen en el plazo que les fije, la Corte expedirá esas normas que regirán hasta cuando el órgano moroso las dicte.

Delicadas cuestiones deberán ser previstas en la ley orgánica del control constitucional, por ejemplo, debería responder a las preguntas ¿en ejercicio de esta facultad subsidiaria: podrá dictar normas que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público, modifiquen la división político - administrativa del país? ¿La norma de la Asamblea Nacional, Ejecutivo, etc., podrá disminuir lo que, para el ejercicio de los derechos, haya previsto la norma provisional de la Corte Constitucional?

Igualmente pueden ser fuente de conflicto los efectos de las sentencias dictadas con motivo de la acción de incumplimiento de los Arts. 93 y 436.5 ¿Podrá la Corte ordenar la provisión del servicio de alimentación en los establecimientos educativos que no lo tengan, incumpliendo el mandato constitucional del Art. 345?, o ¿será posible demandar que la inversión *per capita* en la educación intercultural bilingüe sea igual a la de la educación hispano hablante? Varios casos, como estos, pueden plantearse con la nueva Constitución.

LA AUTOLIMITACIÓN (SELF RESTRAINT) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En fin, la dificultad de diferenciar lo político de lo jurídico, los no siempre claros límites de la competencia de la Corte Constitucional y la de las otras instituciones políticas del Estado y la inevitable incidencia de las sentencias de la Corte en el campo político y el peligro de interferencias no deseables, obligará a la Corte Constitucional, en unos casos, a autolimitarse (self restraint) en aras de la armonía interinstitucional. En otras ocasiones, deberá modular sus sentencias, no sea sino para no lesionar la seguridad jurídica o no perjudicar derechos adquiridos.

Para lo uno y para lo otro debe auxiliarse de principios, de los cuales importa citar: 1) *congruencia* entre la demanda y la sentencia, aunque, a veces, tendrá que declarar la inconstitucionalidad de normas no impugnadas en las demandas por ser éstas consecuencia de las impugnadas o por la conexión de aquellas con estas (Art. 436.3); 2) *normativo conservacionista*, que manda salvar, en cuanto sea posible, la obra del legislador, incluso mediante sentencias que salvando la obra del legislador, eliminan lo que las hace inconstitucionales (sentencias aditivas); 3) *favor constitucione*, o búsqueda e incluso declaración

del sentido en que ha de entenderse la norma infraconstitucional para que sea conforme con la Constitución (sentencias interpretativas) y, 4), *respeto al pluralismo político* del que procede la norma, es decir no debe olvidar que para aprobar la norma debe haber sido necesario armonizar diversidad de intereses, ideologías, regiones, etc.

2.2.2 La Corte Constitucional y la Función Judicial

Problemáticas han sido las relaciones de una Corte Constitucional encargada de revisar la constitucionalidad de las sentencias y autos definitivos de los jueces ordinarios, sobre todo cuando provienen del máximo organismo del Poder Judicial, como serían, en la Constitución, las sentencias de la Corte Nacional de Justicia.

Conviene, en este punto, aclarar que esto procede solo cuando en estas sentencias o autos definitivos de la Corte Constitucional, como en las de cualquier juez que no sean recurribles por la vía de la apelación o de la casación, se violen el debido proceso u otros de los derechos garantizados constitucionalmente o cuando habiendo planteado, una de las partes, la *cuestión de inconstitucionalidad* de una norma el juez ordinario no la plantea a la Corte Constitucional y, por esto, la perjudica y lesiona sus derechos constitucionales. Se dice que de este recurso extraordinario pueden abusar los litigantes, es posible como es posible que se abuse de cualquier derecho o garantía, pero el remedio no está en suprimirlo, sino en una jurisprudencia sólida, coherente y sostenida en el tiempo tanto de la Corte Nacional cuanto de la Corte Constitucional, así como medidas disuasorias contra los litigantes de mala fe.

Más serio es el temor de que la Corte Nacional de Justicia (antes Corte Suprema), pierda prestigio y jerarquía por quedar

sometida a la Corte Constitucional que devendría en Corte de última instancia. Controversias similares se han presentado en los países en donde se han creado instituciones parecidas. Esto, sin embargo, no es exacto porque la Corte Constitucional es el intérprete máximo de la Constitución y solo de la Constitución, mientras que la Corte Nacional y los jueces ordinarios son y seguirán siendo los únicos competentes para resolver todos los conflictos o juicios que versen sobre la aplicación de todas las normas infraconstitucionales, esto es: leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos leyes, reglamentos, ordenanzas, etc. que, como todos sabemos, son los litigios más comunes y, por lo mismo, más frecuentes en toda sociedad y, por supuesto, en la nuestra. Pero, debemos aclarar que para la **aplicación** de la norma constitucional a un caso concreto es competente el juez ordinario.

Más aun, mi tesis cuando se trata de aplicar la norma Constitucional a un caso concreto, en el que uno de los litigantes pide que el otro litigante sea condenado a cumplir una obligación derivada de una norma constitucional, es la justicia ordinaria la llamada a conocer del caso. Esta tesis tiene jurisprudencia a su favor.

Si la corte que resuelve, conforme a derecho, en última instancia un conflicto es suprema tendríamos dos cortes supremas y entre dos cortes supremas, ninguna lo es con relación a la otra. En este caso, ni la Corte Nacional está subordinada, en el ámbito de su competencia, a la Constitucional, ni ésta, en su ámbito, a aquella o, dicho al revés, la Corte Nacional debe respetar las sentencias de la Constitucional cuando de la interpretación de la Constitución se trata, la Corte Constitucional debe igualmente respetar las sentencias de la Corte Nacional y de cualquier corte, tribunal o juez de la justicia ordinaria cuando se trata de la aplicación de las normas a los supuestos de hecho en ellas previstos explícita o implícitamente.

Por esto me parece que cuando la Corte Constitucional revise una sentencia o auto definitivo del juez ordinario, incluso de la Corte de Casación, por haber aplicado una norma cuya inconstitucionalidad ha sido planteada por una de la partes y haber violado el debido proceso u otro de los derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados, no podrá resolver el fondo del juicio, sino declarar la inconstitucionalidad de la norma o la nulidad de la sentencia impugnada y devolver la causa al juez ordinario para que, corregidas las violaciones constitucionales, lo resuelva con aplicación de la norma infraconstitucional que crea aplicable.

En este caso, son tres los bienes que merecen protección: primero, los derechos de la parte que tenga la razón en el juicio, a cargo del juez ordinario; segundo, la inaplicabilidad de la norma inconstitucional, de responsabilidad del mismo juez, y, tercero, el mantenimiento de la coherencia del ordenamiento jurídico mediante la expulsión de la norma inconstitucional, a cargo de la Corte Constitucional.

Harto delicadas van a ser las relaciones de la Corte Constitucional con la justicia ordinaria con ocasión de las acciones constitucionales de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública, ya que, en estos casos, la justicia ordinaria asume, de una parte, la interpretación de la Constitución en materia tan delicada como son los derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados, y, de otra parte, la facultad de inaplicar las normas y actos violatorios de los derechos protegidos por estas acciones, por tanto, inconstitucionales. Facultades que deberán compatibilizarse con la competencia que, en esta materia, le confiere a la Corte Constitucional el Art. 436.6, sobre todo frente al riesgo de opiniones contradictorias de los jueces de instancia y de las cortes provinciales, así como el peligro de dejar en la indefensión de que hablamos antes.

Puede ser igualmente conflictivas las relaciones con las autoridades indígenas que resuelvan los conflictos conforme al Derecho consuetudinario; el conflicto, sin embargo, puede disminuir si se limita al caso de decisiones en las que se violan los derechos de la persona, pues, en esta materia todos estamos sometidos a la Constitución, incluso la autoridad indígena.

2.3 CRITERIOS PARA DIFERENCIAR LO JURÍDICO DE LO POLÍTICO

La dificultad de diferenciar lo político de lo jurídico en las funciones de la Corte Constitucional, por lo demás, es común a todos los jueces, tribunales y cortes en general, pues son parte del llamado, desde otra perspectiva, Poder Judicial y quien habla de poder en la teoría del Estado, habla de poder político. Por fortuna, hay criterios que sirven para limitar a lo jurídico la competencia de la Corte, ellos son los que tipifican a la función jurisdiccional y de ellos el primero es el razonamiento o fundamentación de sus decisiones, que debe ser jurídica. Este razonamiento jurídico es también propio del juez ordinario, aunque distinto por las razones que veremos más adelante.

El razonamiento de ambos jueces, jurídico sin duda, es claramente distinto del razonamiento político propio del legislativo, aun del ejecutivo y otros órganos normativos, sobre todo cuando crean normas.

2.3.1 El razonamiento o fundamentación

El juez constitucional y la Corte Constitucional no son los únicos intérpretes de la Constitución, los intérpretes somos todos; pero, no todas las interpretaciones tienen la misma función ni el mismo efecto. Las del legislador y del juez constitu-

cional tienen fuerza especial, pero también tienen que interpretarla los jueces ordinarios y casi todas las autoridades, aunque no con la misma fuerza vinculante.

Aquí cabría tratar de las diversas especies de interpretación; no he ocuparme de esta materia, no obstante su singular importancia y la necesidad que hay en el país, pero para no apartarme del tema que he asumido, me basta decir que la interpretación del juez tiene un efecto que no lo tienen las otras y por eso se dice que es un efecto exclusivo de ellas y es que, una vez ejecutoriada la sentencia, nadie puede tocarla, ni para reformarla ni para revocarla, salvo recursos extraordinarios.

Importa destacar las diferencias notables entre el razonamiento del juez respecto al razonamiento propio de los otros poderes el Estado, incluso el razonamiento del juez es uno, cuando se trata de eliminar la norma o el acto inconstitucional y, otro, cuando se trata de la subsunción, del tema sobre el cual litigan las partes de un juicio, a una norma, es decir, cuando se trata de aplicar la norma al litigio sometido a su decisión.

EL ÓRGANO NORMATIVO

El legislador, sea éste la Asamblea Nacional (Congreso Nacional) al expedir la ley, o el Ejecutivo cuando objeta el proyecto de ley por inconstitucional o dicta el reglamento, los gobiernos seccionales al aprobar las ordenanzas y en general, todos los órganos normativos son intérpretes por excelencia, pero esta interpretación es política en el sentido que la fundamentación o argumentación está sustentada en dos columnas.

Una de esas columnas es la libertad de estos órganos para, en primer lugar, determinar las relaciones sociales que, a su juicio, merecen ser reguladas jurídicamente; segundo, para adop-

tar o crear, entre todas las normas posibles, la que, a su juicio, sea la mejor para regular jurídicamente las relaciones sociales que demandan de esa norma, para que reine la justicia, la paz, la armonía, el orden o lo que sea, entre los sujetos de las relaciones que necesitan de esas normas, y, tercero, legitimar su decisión en razones económicas, sociales, culturales, políticas de necesidad, conveniencia, oportunidad, etc.

No hay que perder de vista, por cierto, que esta libertad de que, en el pasado, gozaba ampliamente el órgano normativo, en particular el legislador, tiende a limitarse a partir de la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, concebida originariamente en la Constitución portuguesa de 1976, ahora bastante extendida en las constituciones de varios países, entre otros: Brasil, Costa Rica, Venezuela. Esta acción la recoge el Art. 436.10 de la Constitución de Montecristi y la sugirió el Proyecto del CONESUP por iniciativa del doctor Iván Castro Patiño.

La otra columna en que debe sustentarse la norma creada por el órgano con potestad normativa es la Constitución, que fija los límites dentro de los cuales el órgano normativo debe perfilar la norma que decide crear.

Como el poder normativo, para expedir la norma debe haber examinado la conformidad de su acto con esos dos parámetros y la norma legal, además, ha pasado por el juicio crítico del Presidente de la República, la norma que emana de este acto goza de la *presunción de constitucionalidad* que, por lo mismo, no necesita ser demostrado como si necesita de demostración, por el contrario, la inconstitucionalidad por parte de quien la alega.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL JUEZ ORDINARIO

El juez ordinario parte de la preexistencia de una norma y de una conducta o comportamiento, cuya legalidad o ilegalidad está sometida a su decisión porque se la discute y, por eso, el objetivo que se persigue es decidir sobre la legalidad o ilegalidad, según que esta conducta o comportamiento sea o no sea subsumido en la norma; es decir, aplicar la norma al caso, si cabe en el supuesto de hecho previsto por ella, en los juicios que conoce el juez ordinario, en que se ventilan posiciones subjetivas.

Para lo cual, salvo los casos llamados fáciles, no es suficiente la argumentación silogística, con independencia de la teoría que se prefiere respecto a la naturaleza de la interpretación, ya porque hay un esfuerzo previo para seleccionar la norma y, a veces, las dificultades provienen de la regla que, en las situaciones extremas, no existe y hay que deducirla de los principios o crearla con la ayuda de las fuentes subsidiarias y, otra veces, las dificultades provienen del caso que hay que construirlo jurídicamente de los hechos, que, por su parte, siempre exigirán la aplicación de los principios y reglas de valoración de la prueba y, en ocasiones, habrá que acudir a indicios y presunciones.

El juez constitucional, en cambio, parte de la existencia de dos normas, su finalidad es averiguar si la jerárquicamente inferior contradice o no a la superior y si la contradice expulsarla del ordenamiento jurídico, para mantener la unicidad y coherencia de este ordenamiento, su finalidad primariamente es defender la Constitución, como norma suprema, que es Derecho objetivo y no proteger, al menos directa e inmediatamente, derechos de terceros.

Estos modelos no se presentan siempre en forma pura, como es posible concebirlos teóricamente, mas bien, como dice Zagrebelsky, son frecuentes las mezclas, como cuando, en la Constitución de Montecristi, el juez ordinario sustancia las acciones constitucionales de hábeas corpus, hábeas data, protección, información pública, cumplimiento, cuando la Corte Constitucional conoce el recurso extraordinario de protección; o la *cuestión de inconstitucionalidad*, casos estos en los que el agente de la justicia está encargado de proteger los derechos constitucionales, de ordinario reivindicados por el demandante como derecho suyo (derecho subjetivo) y, al mismo tiempo, como está dicho antes, le interesa también defender **su derecho de no sujeción** a la norma inconstitucional y con ello, mantener la coherencia del ordenamiento jurídico, Derecho objetivo por excelencia.

El juez ordinario, de toda instancia, en la Constitución de Montecristi, aunque tiene como función específica aplicar la norma y, tiene además, antes de aplicar la norma por él escogida, constatar su validez y como es válida cuando guarda conformidad, en la forma y en el contenido, con la norma constitucional, necesita interpretar la Constitución; y, si llega a la conclusión de que la norma es inconstitucional, una vez que él no es competente para declararla, deberá suspender la tramitación de la causa y pedir a la Corte Constitucionalidad (juez definitivo), que decida si la norma, de la que depende el sentido de la sentencia que deberá dictar, es inconstitucional, como el juez ordinario cree, o no lo es (Art. 428).

El juez ordinario, a la petición que haga a la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre la discutida inconstitucionalidad de la norma infraconstitucional, deberá acompañar la exposición de las razones por las que opina que es inconstitucional. Pero, de la misma manera que el juez ordinario no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad

de la norma, la Corte Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre si ha de aplicarse una ley, que no sea la declarada inconstitucional, y cómo ha de aplicarse al caso, ni para conocer de las pruebas y valorarlas, pues esto es de competencia del juez ordinario; sin embargo, para esto, la Corte tiene que desentrañar el sentido de la norma infraconstitucional porque solo cuando determine este sentido podrá juzgar si ella es o no es inconstitucional, en qué sentido y en qué parte lo es.

Los pormenores de la *cuestión de inconstitucionalidad* tendrán que ser contemplados en la ley que deberá dictarse en sustitución de la actual Ley Orgánica del Control Constitucional; de todos modos, la decisión de plantear la *cuestión de inconstitucionalidad* deberá quedar confiada al juez ordinario o *a quo*, bien entendido que si planteada por las partes del juicio, el juez no la acoge y esto implica violación del debido proceso o de cualquier otro derecho constitucionalmente garantizado, el perjudicado podrá interponer, de la sentencia de última instancia que no corrija esa violación, el *recurso extraordinario de protección* del Art. 94.

El juez tiene, si se quiere, un doble trabajo: uno, el ordinario por el que tiene que interpretar la norma constitucional, decidir sobre la inconstitucionalidad de la norma infraconstitucional y, por eso, plantear la *cuestión de inconstitucionalidad* a la Corte Constitucional y, dos, una vez resuelta esta cuestión, aplicar al tema debatido en el juicio la norma jurídica que, salvo la declarada inconstitucional, estime aplicable al caso y, según esto, dictar sentencia. No es exacto que el juez ordinario solo tenga esta función de subsunción, como sostiene insistentemente Loewenstein. La Corte Constitucional, a su vez, debe interpretar la norma infraconstitucional, compararla con lo que dice la norma constitucional que, para el efecto, deberá interpretarla y expulsar a aquella del ordenamiento jurídico del Ecuador si contradice a ésta.

Para dilucidar si la norma inferior guarda conformidad con la superior, el juez debe establecer el sentido de ambas normas, es decir debe interpretarlas.

La Corte Constitucional para resolver la *cuestión de inconstitucionalidad*, que le plantea el juez ordinario, así como las acciones de inconstitucionalidad, en general, y el juez ordinario para plantear la *cuestión de inconstitucionalidad* no pueden seguir el mismo razonamiento que se sigue para aplicar la ley al juicio sometido a decisión judicial, porque se trata de procesos distintos y normas diferentes; normas de distinta estructura; normas jurídicas ambas, pero ésta, la de la ley, mandato y, salvo excepciones, supuesto de hecho (reglas); aquella, la norma constitucional, en cambio, es mandato y, casi sin excepciones, solo mandato (principios); la una es obra del poder constituyente y la otra lo es del poder constituido, etc.

Para interpretar la norma jurídica se debe seguir métodos y principios, unos comunes a la interpretación de ambas normas jurídicas, más propias de la dogmática iusprivatista, como son el gramatical, lógico, histórico y sistemático. Pero, para la interpretación de la norma constitucional, sin embargo, no bastan esos métodos y principios, se requiere de otros nuevos ya porque, como hemos dicho, la estructura de las normas es distinta, tema poco estudiado en nuestro país, por desgracia; ya porque la finalidad de la interpretación legal es, como ya hemos dicho, diferente de la interpretación constitucional.

MÉTODOS TÍPICOS

Cuando se averigua el sentido de la norma constitucional, el método típico es ineludible y es que la norma que se va a juzgar proviene de un órgano que tiene autoridad y libertad para crearla aunque dentro de los límites fijados en la

Constitución, como dijimos antes, porque el deber del juez constitucional no es, insisto, averiguar si la ley, reglamento, ordenanza o cualesquiera otras normas son necesarias, convenientes, oportunas, eficaces, etc.; estas son cuestiones que ha de decir el órgano normativo; el juez constitucional, tan solo, averigua si esa norma cabe, por la forma y contenido, dentro de las dos columnas de que hablé antes. A éste llaman los constitucionalistas, método tópico.

No es de competencia del juez constitucional decidir, repito, sobre las motivaciones de necesidad, oportunidad, conveniencia, eficacia, etc. de la norma infraconstitucional, aunque si deberá tenerlas en cuenta para modular su sentencia; en suma tan solo le compete examinar si está ceñida a los extremos fijados en la Constitución y, si lo está, respetar la norma creada por la autoridad de la que ella emanó y solo si no está declararla inconstitucional y sacarla del ordenamiento jurídico.

Por lo demás debemos tener presente que la norma constitucional es la más abstracta de las normas jurídicas y que mientras más abstractas son ellas más vasto es el campo de posibilidades para el creador de la norma y, al mismo tiempo, es mayor la extensión y profundidad del derecho de que se trate, lo cual obliga, para determinar el sentido o significado de la norma constitucional, tener en cuenta la constitución material o factores ambientales, económicos, sociales y aun políticos en los que la interpretación se lleva a cabo y como estos cambian con el paso del tiempo y el progreso de la sociedad, la interpretación debe ser evolutiva. Hay otros métodos que el juez, en cada caso, podrá emplear, según más convenga a los fines de la interpretación.

ALGUNOS PRINCIPIOS

Los principios de la interpretación constitucional son, en parte, comunes a los de la interpretación de la ley; sin embargo, el de la unidad constitucional tiene interés particular, porque la Constitución no es una de sus disposiciones sino que, el conjunto de sus normas forman una unidad o un todo armónico y unitario, en la que cada norma remite al conjunto. En otras oportunidades he dicho, la lectura de una norma aislada de las demás normas de la Constitución, nos permitirá conocer lo que significa la norma, en si, pero no lo que, sobre la materia, dice la Constitución.

No todas las normas son del mismo valor ni todas se suman las unas a las otras sin orden ni concierto, sino que se agrupan por temas que forman subsistemas y en su totalidad organizan al Estado, como un gran mega sistema, de modo idóneo para que cumpla sus fines. Por tanto hay que interpretar las normas constitucionales de manera que cada norma permita, a la institución, de que forma parte, lograr sus fines y al conjunto de instituciones constitucionales de manera que permitan al Estado realizar sus funciones y cumplir sus fines, a la vez que este coadyuve para que sus instituciones cumplan eficientemente su razón de ser.

Los fines del Estado no se agotan en la enumeración del Art. 3 de la Constitución, pues ellos comprenden otros que se hallan dispersos en varias secciones, capítulos y aun títulos; es decir, la interpretación de la norma constitucional debe ser sistémica, como dicen algunos o sistemática, como prefieren otros.

Asimismo hay otros principios de los que el juez deberá hacer uso de acuerdo con los problemas que tenga que resolver o desentrañar el sentido de la norma o normas de que se trate. El principio de ponderación es de suma importancia, importan-

cia que tiene especial relieve en la interpretación judicial pero no deja de tenerla para la tarea de los órganos creadores de la norma; este principio, por lo demás no es nuevo en el Derecho Penal, como enseña Zaffaroni.

Otros principios que guían la interpretación constitucional son el de concordancia práctica, corrección funcional, función integradora de la constitución.

2.4 EL ACCESO A LA CAUSA

Varias cuestiones deben ser resueltas con motivo de la vía por la que la Corte accede al conocimiento de las causas que debe resolver, mediante sentencias y es la que ha dado ocasión para críticas de variada especie.

El juez constitucional, como el juez ordinario, tiene competencia porque de ella está investido por la ley, pero necesita que este poder sea activado y esto lo hace la demanda presentada por los legitimados, es decir, el juez no puede tomar a su cargo la iniciación de una causa por su propia iniciativa, ni por cualquier impulso que no revista, salvo excepciones, la forma y contenido de una demanda, sin perjuicio de que en el proceso puedan ordenar de oficio alguna diligencia para hacerlo avanzar o cuando la ley le faculte; esto es así, a pesar de la desafortunada expresión del Art. 436.3. En esto difiere de ordinario y sustancialmente del poder legislativo y aun del Ejecutivo, que, en cambio, tienen un amplio espacio para actuar de oficio o por propia iniciativa, salvo excepciones, según ya he dicho.

Esto que es propio de un órgano jurisdiccional es, desgraciadamente, ignorado entre nosotros, con más frecuencia de la que exigen la naturaleza de la Corte y su alta jerarquía y eso ocurre por acción de los actores políticos de antaño y de hoga-

ño, con la condescendencia de la misma Corte, a costa de su prestigio.

Por cierto, en la Constitución, como está dicho antes, se le inviste a la Corte de las facultades que he llamado políticas y político jurisdiccionales, que las ejerce mediante dictámenes vinculantes; pero estas son únicas y exclusivamente las taxativamente mencionadas en la Constitución.

Por lo demás, iniciado un proceso con una demanda, la Corte Constitucional, lo mismo que cualquier juez ordinario, no puede dejar de dictar sentencia, so pena de incurrir en grave incumplimiento de su deber y dejar al legitimado en situación de indefensión incompatible con el Estado social y democrático de derecho que descarta, por ilegítimo, el uso de la fuerza para resolver los conflictos de intereses, derechos y aun de facultades entre los órganos del poder político. Son innumerables los casos en los que pueden ocurrir conflictos entre los actos del poder público y la Constitución.

Este deber diferencia al órgano jurisdiccional de los órganos políticos, como el legislativo y el ejecutivo que gozan de libertad para dictar la ley el uno y el reglamento el otro, y aunque esta libertad, como digo más arriba, es limitada por los derechos humanos y con la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, no desaparece porque, primero, esta *acción de inconstitucionalidad por omisión* procede únicamente cuando el uno o el otro no dictan la norma infraconstitucional que la norma constitucional necesita para ser exigible y aun en este caso, el órgano normativo no pierde su facultad para dictar la norma infraconstitucional y dar a ésta la conformación que mejor le parezca para hacer plenamente exigible la norma constitucional, con los problemas ya anotados.

El estudio de cada una de las facultades que la Constitución de Montecristi otorga a la Corte Constitucional, no es tema que se estudia en este trabajo, aun porque exigiría un espacio, acaso, mayor que el de este ensayo; ese estudio deberá preceder a su regulación en la ley orgánica que podrá conciliar normas aparentemente contradictorias, enmarcarlas en el sistema de división de poderes, que no es ya la de la Constitución de los Estados Unidos de América ni la que recomendara Montesquieu en la época de la monarquía de origen divino y de la sociedad estamental, y ordenarla en razón de la función integradora de la interpretación constitucional para que todas las instituciones, organismos y dependencias contribuyan al cumplimiento de los fines del Estado, cada una desde el ámbito de su competencia, como prevé el Art. 26 de la Constitución y exige la interpretación sistémica de la Constitución del Estado contemporáneo y un texto tan extenso como el que comento.

2.5 LOS PROCESOS

Las causas que he calificado de políticas han de necesitar un procedimiento, no por sencillo y breve poco meditado, para sortear los riesgos que conlleva toda incursión en el nada pacífico terreno de la política, más tranquilo será el procedimiento de las causas político-jurisdiccionales de que hablo en páginas anteriores.

Las demás causas que están sometidas a decisión de la Corte Constitucional deben ser sustanciadas en procesos objetivos, pues en ellos no se discuten derechos subjetivos ni hay propiamente parte demandada, a menos que, por analogía, se tenga por tal al acto del poder público que por ser sometido a juicio se lo debe llamar justiciable.

De otra parte, los demandantes no piden que la Corte condene a la demandada (que repito no hay) a dar, hacer o no hacer algo, ni siquiera le piden que condene a la autoridad a derogar el acto; lo que le demandan es que la misma Corte declare la invalidez del acto y, en consecuencia, es la Corte la que expulsa del ordenamiento jurídico el acto si es que, a su juicio, viola la Constitución o rechaza la demanda en caso contrario, aun en el evento de que la autoridad, autora del acto, esté de acuerdo con el demandante en que el acto es inconstitucional. La función primera y directa es salvar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico por su conformidad con la Constitución, aunque indirectamente y por efecto secundario pueden ser favorecidos los derechos.

Es cierto que, como digo más arriba, en el caso de las garantías constitucionales, del lado del demandante pueden estar en juego derechos subjetivos y que el juez tenga por función la de proteger esos derechos, pero tiene también la función de hacer respetar el Derecho objetivo y, para ello, no sujetarse a la norma inconstitucional, por esto es que aun en estos casos, el juez declara la invalidez del acto que lo viola y lo elimina del mundo jurídico sin contar, para este efecto, con la acción ni la voluntad del órgano que lo emitió, porque del respeto de la norma constitucional depende la legitimidad del Estado constitucional, social y democrático de derecho, así como la seguridad jurídica (Art. 82).

Parecido entrecruzamiento de los derechos subjetivos y del Derecho objetivo puede presentarse en la *cuestión de inconstitucionalidad*; en defensa de éste compete al juez *aquo* proponerla a la Corte Constitucional (Art. 428) y, en defensa de los primeros, procede el recurso extraordinario de protección (Art. 94).

Merece reflexión aparte la naturaleza y el rol de la demanda en el proceso objetivo y en el subjetivo, la función del legitimado en el uno y en otro, la actuación de la prueba, la naturaleza de la jurisdicción en el primero, a la que los autores llaman "*voluntaria jurisdicción*", por lo que la autoridad no está obligada a comparecer, aunque puede hacerlo si quiere, etc. Lo que digo del proceso constitucional, sostengo que es aplicable al proceso objetivo ante los tribunales de lo contencioso administrativo.

Bibliografía

- Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Primera edición ampliada, 2007, Palestra Editores S. A. C., Lima Perú.
- Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- José Julio Fernández Rodríguez, *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, 2002, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid.
- Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo – kelseniano*, 2004, Universidad Autónoma de México, México.
- Eduardo Ferrer Mac – Gregor, *Los Tribunales Constitucionales en Ibero América*, 2002, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S. C., México.
- Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, 1998, MARSOL Perú Editores, S. A., Lima.
- Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto, J. Brie, segunda edición. 1999, Editorial Tecnos S. A., Madrid.
- Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, segunda edición, 1976, Editorial Ariel, Barcelona.
- José Ángel Marín, *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*, 1998, Editorial Ariel S. A., Barcelona.
- Franco Modugno, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, traducción de Liliana Rivero Rufino, 2004, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. S. C. (FUNDap), México.

- Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edición, 1999, Editorial Tecnos, S.A., Madrid.
- Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, segunda edición, 1998, Editorial Tecnos, S.A., Madrid.
- Julio Tobar Donoso y Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, cuarta edición, 1996, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Luis Fernando Torres, *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, 2003, Librería Jurídica Cevallos, Quito.
- Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, parte general*, sexta edición, EDIAR, Buenos Aires, 1991.
- Gustavo Zagrebelsky *¿Derecho Procesal Constitucional?, y otros ensayos de justicia constitucional*, 2004, Fundación Universitaria de Derecho Administrativo y Política, S. C., Santiago de Querétaro, México.
- Friedrich Ebert Stiftung, ILDIS, Revista la Tendencia (coordinadores), *Análisis, Nueva Constitución* 2008, Quito, Ecuador.

Quito, 1 de junio de 2009.

PRESIDENTE

**Nicolás Alejandro
Solines Moreno**

VICEPRESIDENTE

**Esteban Patricio
Ron Castro**

VOCALES AL CONSEJO DE FACULTAD

- Byron Villagómez (Principal)
- María Isabel Cevallos (Suplente)
- María Fernanda Álvarez Alcívar (Principal)
- Amparo Esparza Paula (Suplente)

DIRECTORIO DE FACULTAD

- Esteban Zabala Tamayo (Principal)
- María Gabriela Cando Ortega
(Suplente y Vicepresidenta encargada)
- Gary López Vélez (Principal)
- Natalia Almeida Oleas (Suplente)
- Galo Chávez (Principal)
- Tamara Maldonado (Suplente)

JUNTAS DE FACULTAD

- Paúl Quiñónez
- Francisca Ruiz
- María Belén Rivera
- Andrea Bustos
- Mayra Tirira
- Ruth Urbano
- Soledad Mena
- Francisco Puente

 **Cevallos**[®]
editora jurídica



