

Derecho procesal

Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial

Claudia Escobar García

El papel del juez comunitario andino en la tutela
de los derechos de los ciudadanos

Olga Inés Navarrete Barrero

Control de las leyes tributarias y los efectos
de su declaración de invalidez

José Vicente Troya Jaramillo

En torno al tema del reconocimiento y la ejecución
de sentencias extranjeras y laudos internacionales

Santiago Andrade Ubidia

El bloque de constitucionalidad pergeñado
por el Tribunal Constitucional

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba

Derechos humanos de inmigrantes internacionales,
refugiados y desplazados en Ecuador

Agustín Grijalva J.

La marca renombrada en el actual régimen
comunitario andino de propiedad intelectual

Marcelo Vargas Mendoza

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2006 • Número 6

DIRECTOR

José Vicente Troya Jaramillo

EDITOR

Ernesto Albán Gómez

COMITÉ EDITORIAL

Santiago Andrade Ubidia

Ramiro Ávila Santamaría

Fernando Chamorro Garcés

Ximena Endara Osejo

Genaro Eguiguren Valdiviezo

Patricia Herrmann Fernández

Judith Salgado Álvarez

Julio César Trujillo Vásquez

COORDINADORA EDITORIAL

Dunia Martínez Molina

SUPERVISIÓN EDITORIAL

Jorge Ortega

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Manuel Mesa

DISEÑO

Edwin Navarrete

CUBIERTA

Raúl Yépez

IMPRESIÓN

Editorial Ecuador

Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

FORO es una publicación semestral arbitrada por el Comité Editorial. Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.



triplicado

FORO

revista de derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 6 • II semestre 2006

	Editorial <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL	DERECHO PROCESAL	
	Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial <i>Claudia Escobar García</i>	5
	El papel del juez comunitario andino en la tutela de los derechos de los ciudadanos <i>Olga Inés Navarrete Barrero</i>	27
	Control de las leyes tributarias y los efectos de su declaración de invalidez <i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	39
	En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales <i>Santiago Andrade Ubidia</i>	59
	Consecuencias de la ejecución de la sentencia que ha sido impugnada en casación <i>Lorena Naranjo Godoy</i>	95
	Nulidades en el proceso civil <i>Vanesa Aguirre Guzmán</i>	145
	Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado <i>Rafael Oyarte Martínez</i>	187
ARTÍCULOS VARIOS	El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional <i>Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba</i>	227
	Derechos humanos de inmigrantes internacionales, refugiados y desplazados en Ecuador <i>Agustín Grijalva J.</i>	245

	Conflicto entre las normas que regulan la Organización Mundial del Comercio y las que regulan la integración ¿Cuáles prevalecen? <i>Griselda Carina Llorente</i>	271
	Presentación del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal	289
RECENSIONES	Julio Echeverría, <i>EL DESAFÍO CONSTITUCIONAL, CRISIS INSTITUCIONAL Y PROCESO POLÍTICO EN EL ECUADOR, por Luis Ávila</i>	291
	Hernán Salgado, <i>MANUAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA, por Ramiro Rivadeneira</i>	293
	Luis Toscano, <i>PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO EN MATERIA TRIBUTARIA, por José Vicente Troya Jaramillo</i>	299
JURISPRUDENCIA	La marca renombrada en el actual régimen comunitario andino de propiedad intelectual <i>Marcelo Vargas Mendoza</i>	301
	Premiación a docentes de la Universidad Andina Simón Bolívar	311
	Colaboradores	313
	Normas para colaboradores	315

Editorial

El Derecho procesal es el tema central del presente número de FORO. Se trata de una rama jurídica que está sometida actualmente a un profundo proceso de revisión. Primero, porque es cada vez más evidente que sus raíces y su fundamento surgen de las propias normas constitucionales, que han consagrado las garantías del debido proceso. En segundo lugar y, en consonancia con esta fuente primigenia, porque la legislación procesal debe finalmente superar una vieja tradición que, a pesar de algunos avances, sigue pesando en forma significativa y contribuye en buena medida al desprestigio que sufre la administración de justicia en nuestros países. Y en tercer lugar, porque a la reflexión doctrinaria se han incorporado nuevos desafíos que deben ser enfrentados y resueltos. Tal, por ejemplo, es el caso del procedimiento constitucional, que es hoy en día un tema de especial relevancia.

En esta línea de reflexión se inscriben los artículos seleccionados. La doctora Escobar, analizando la forma en que se ejerce el control constitucional en Ecuador y Colombia, llega a la conclusión de que, a pesar de que los dos países tienen una normatividad muy próxima, los tribunales correspondientes emiten sus resoluciones con un alcance totalmente distinto. El trabajo de la doctora Navarrete tiene como objetivo principal determinar cuál es el papel del juez comunitario andino en la protección de los derechos ciudadanos. El doctor Troya en su estudio analiza el sistema de control de la constitucionalidad de las normas, con especial aplicación al ámbito tributario, y los efectos de ese control. En tanto que el doctor Andrade se refiere a un tema cada vez de mayor importancia: el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y de laudos internacionales. Los trabajos de las abogadas Naranjo y Aguirre tocan dos cuestiones concretas del proceso civil: las consecuencias de la ejecución de una sentencia que ha sido impugnada en casación y las nulidades en el proceso civil. Finalmente, el doctor Oyarte reflexiona sobre la naturaleza jurídica de los dictámenes del Procurador General del Estado y los mecanismos para impugnarlos.

Entre los temas tratados, en los artículos varios que esta edición incorpora, tenemos el concepto del bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional; los derechos humanos de los inmigrantes, refugiados y desplaza-

dos; y el conflicto entre las normas que regulan la Organización Mundial del Comercio y las que regulan la integración.

Se incluyen, como siempre, reseñas de obras recientes y comentarios de jurisprudencia.

Ernesto Albán Gómez
Editor

Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial

*Claudia Escobar García**

En este trabajo se pretende demostrar que las diferencias en las prácticas de control judicial constitucional en Colombia y en el Ecuador, responden, más que a factores jurídico-positivos, a factores extra-normativos, relacionados con decisiones políticas de los jueces constitucionales. Es decir, se pretende mostrar que frente a constituciones políticas y frente a normatividades muy próximas, que establecen un sistema de control similar, las prácticas son sustancialmente diferentes, con un alcance totalmente distinto.

FORO

INTRODUCCIÓN

Las ideas manifestadas en el resumen de este artículo suponen demostrar las siguientes ideas:

1. Que el control judicial constitucional presenta diferencias sustanciales y significativas en Colombia y en el Ecuador.
2. Que estas diferencias no se explican por factores estrictamente normativos o positivos, determinados en la Constitución Política o en las leyes que la desarrollan, sino más bien por decisiones de los propios jueces constitucionales.

Para tal efecto, se seguirá el siguiente procedimiento:

1. En primer lugar, se formularán de tres (3) preguntas claves sobre el sistema de control constitucional, cuya respuesta proporciona una idea básica sobre el tipo de control que existe en cada país.
2. En segundo lugar, se dará una respuesta a cada una de las preguntas formuladas anteriormente, tanto desde las prácticas constitucionales colombianas, como desde las prácticas constitucionales ecuatorianas.

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Magíster en Derecho, mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

3. En tercer lugar, se mostrará en qué sentido las diferencias en las prácticas judiciales constitucionales en Colombia y Ecuador no son una consecuencia lógica de los mandatos constitucionales o legales, sino el resultado de las medidas adoptadas de manera discrecional por los propios jueces constitucionales, a partir de sus creencias sobre el sistema de fuentes del derecho, y especialmente sobre el valor de la Constitución y de la función judicial constitucional.

PREGUNTAS BÁSICAS SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL

En este trabajo no se pretende hacer una síntesis sobre el sistema de control constitucional en cada uno de los países. Simplemente se pretende hacer notar que existen diferencias en puntos neurálgicos y centrales, y que estas diferencias no provienen directamente de las normas constitucionales y legales que regulan el tema.

Para tal efecto, se formularán de manera abstracta tres (3) preguntas que están relacionadas, en primer lugar, el valor y la jerarquía de las providencias constitucionales dentro del sistema de fuentes del derecho, y en segundo lugar, la relación del juez constitucional con las demás ramas del poder público.

Estas tres (3) preguntas son las siguientes:

1. ¿Los precedentes del juez constitucional son obligatorios?

La respuesta a esta pregunta permitirá definir el valor y la jerarquía de las sentencias constitucionales dentro del sistema de fuentes del derecho, y además, determinar el tipo y el grado de obligatoriedad frente al mismo juez constitucional, frente a los demás jueces, y en general, frente a los demás operadores jurídicos.

2. ¿El juez constitucional expide sentencias de constitucionalidad condicionada?

La respuesta a esta pregunta permitirá determinar el tipo de relación que existe entre la Constitución y la ley, y entre el juez constitucional y la rama legislativa del poder público.

3. ¿El juez constitucional revoca sentencias por vía de tutela/amparo?

La respuesta a esta pregunta permitirá definir el tipo de relación que existe entre la Constitución Política, y las providencias judiciales, y entre el juez constitucional y los demás jueces.

LAS PRÁCTICAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA Y EN EL ECUADOR

EL VALOR DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

La primera pregunta planteada tiene que ver con la obligatoriedad del precedente constitucional: ¿son obligatorios los precedentes del juez constitucional?

Con respecto a Colombia, dentro del marco de la tradición civilista y legalista, la Constitución Política de 1991 establece en su art. 228 que el funcionamiento de la Administración de Justicia es autónomo y desconcentrado. Por su parte, el art. 230 establece que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Dentro de esta misma línea teórica e ideológica, la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*, el Decreto 2067 de 1991 y el Decreto 2591 de 1991, establecen lo siguiente:

- El art. 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que las sentencias de constitucionalidad solo son obligatorias en su parte resolutoria, y que la parte motiva constituye tan solo un criterio auxiliar; con respecto a las sentencias de tutela, establece que su parte resolutoria únicamente tiene efectos inter-partes, y que su valor es únicamente indicativo y auxiliar.
- El art. 23 del Decreto 2067 de 1991 determina que la doctrina constitucional constituye tan solo un criterio auxiliar de los jueces.
- El art. 36 del Decreto 2591 de 1991 establece que las sentencias de tutela solo surten efectos respecto del caso en concreto.

Parece entonces que desde la normativa constitucional y legal resulta imposible construir cualquier forma de obligatoriedad del precedente constitucional, pues los jueces están únicamente sometidos al imperio de la ley, y la jurisprudencia es únicamente un criterio auxiliar que no tiene fuerza vinculante alguna para los jueces.

En el caso ecuatoriano no existe ninguna norma explícita que se refiera a la obligatoriedad del precedente o al valor de la jurisprudencia. La Ley de Control Constitucional tampoco se refiere a este punto. Tan solo se encuentran las “clásicas” disposiciones del Código Civil, que tienden a privilegiar la ley dentro del sistema de fuentes del derecho, y a otorgar a la jurisprudencia un valor meramente auxiliar. El art. 3 del Código Civil determina que “Solo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren”. El art. 19 del Código Ci-

vil dispone que “Cuando haya falta u oscuridad de la ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán a la Legislatura por medio de la Corte Suprema, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran”.

Frente a una misma normativa constitucional y/o legal conservadora en Colombia y en Ecuador, que privilegia la ley por encima de la jurisprudencia y que niega la obligatoriedad de los precedentes judiciales, las prácticas judiciales en el caso colombiano han permitido otorgar cierto grado de obligatoriedad al precedente constitucional, mientras que en el caso ecuatoriano aún no se vislumbra esta posibilidad.

La Corte Constitucional colombiana ha utilizado distintas herramientas argumentativas e interpretativas para defender cierta forma de obligatoriedad del precedente constitucional a la luz del derecho positivo.

- En primer lugar, frente a la norma constitucional que dispone que “los jueces, en sus providencias, solo estarán sometidos al imperio de la ley” y que la jurisprudencia es tan solo un criterio auxiliar de la actividad judicial, la Corte Constitucional ha entendido la expresión “ley” en un sentido amplio, como sinónimo de “ordenamiento jurídico”, que incluye no solo la ley en sentido formal, sino también la Constitución, los actos administrativos, la costumbre y la propia jurisprudencia.¹ De esta manera, si los jueces están sometidos al imperio de la ley, pero la “ley” no son únicamente los actos emanados del Congreso de la República sino todas las normas que hacen parte del derecho positivo colombiano, entonces a partir del art. 228 no se puede inferir el valor meramente auxiliar de la jurisprudencia. Es decir, entendida la expresión “ley” en este sentido amplio, la disposición constitucional es perfectamente compatible con la obligatoriedad del precedente constitucional.
- En segundo lugar, aunque la Corte Constitucional acepta y reconoce la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, del Decreto 2067 de 1991 y 2591 de 1991, que de alguna manera niegan el valor del precedente judicial, ha hecho algunas precisiones y salvedades que han permitido sostener y consolidar la tesis de la obligatoriedad horizontal y vertical del precedente constitucional.

Para tal efecto, la Corte Constitucional ha argumentado lo siguiente:

1. Por un lado, la Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y corresponde a la Corte Constitucional definir el sentido y alcance de cada una de sus disposiciones. Por consiguiente, cuando un juez o cualquier

1. En las sentencias C-224/94 y C-083 de 1995, la Corte Constitucional presenta una contundente argumentación que demuestra que la expresión “ley”, en el contexto del art. 230 de la C.P. debe ser entendida en un sentido amplio, como sinónimo de ordenamiento jurídico.

otra autoridad desconoce el precedente constitucional, no solo esta desconociendo la jurisprudencia como tal, sino a la Constitución misma. La obligatoriedad del precedente, por consiguiente, constituye un mecanismo de protección de la Carta Política, cuyo valor normativo es totalmente indiscutible.

2. Con respecto a las sentencias de constitucionalidad, no es cierto que únicamente la parte resolutive sea obligatoria, pues existen fragmentos de la parte motiva que guardan unidad de sentido con la decisión; es decir, estos fragmentos de la parte motiva, sin los cuales no es posible comprender la decisión, son obligatorios.
3. Aunque en principio las sentencias de tutela son obligatorias únicamente en relación con el caso sobre el cual se pronuncian, su espectro normativo trasciende el caso concreto, en aras del principio de igualdad y seguridad jurídica. Si frente a una misma hipótesis fáctica dos (2) jueces se pronuncian de manera distinta, se estarían negando los principios de igualdad y seguridad jurídica, motivo por el cual existe una obligatoriedad horizontal y vertical del precedente constitucional.
4. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud del principio de autonomía funcional, los jueces pueden apartarse de los precedentes sentados por ellos mismos o por sus superiores, siempre y cuando lo hagan dentro de ciertos lineamientos que respeten los principios y valores constitucionales. Así por ejemplo, un cambio jurisprudencial supone una carga argumentativa especial, tendiente a demostrar la pertinencia jurídica del cambio y a hacer patente el “error” del precedente.

En el caso ecuatoriano, el Tribunal ha llegado a un resultado distinto, pues las resoluciones de amparo no tienen fuerza vinculante sino respecto de las partes en conflicto. Este fenómeno se explica por las siguientes razones:

1. En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha entendido que su misión básica consiste en declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos jurídicos, y en garantizar en cada caso en particular la vigencia de los derechos constitucionales, mas no en dictar sub-reglas constitucionales abstractas y obligatorias que precisen el sentido y alcance de las disposiciones de la Carta Política.

Bajo este supuesto subyace el modelo tradicional de la Función Judicial, que consiste meramente en aplicar reglas jurídicas pre-determinadas a los casos concretos –de constitucionalidad abstracta o de amparo–, y en cuya elaboración el propio juez no cumple ningún papel. Hoy en día la comunidad jurídica en general reconoce que el juez juega un papel activo en la creación del derecho, pues no solo aplica las disposiciones al caso concreto, sino que las selecciona, las interpreta y las subsume en la hipótesis fáctica.

2. En segundo lugar, el sistema argumentativo utilizado por el Tribunal impide la conformación de líneas jurisprudenciales² y de auténticos precedentes. Por regla general los “considerandos” pasan directamente de la disposición constitucional a su aplicación al caso concreto, sin crear una “sub-regla” jurídica que precise su contenido y alcance, y que sirva de precedente para los casos futuros. Frente a esta ausencia de precedente, resulta imposible hablar de una obligatoriedad horizontal o vertical del mismo.
3. Por último, como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional no ha creado una disciplina del precedente. Esto explica que frecuentemente se presenten resoluciones aparentemente contradictorias que responden a sub-reglas diversas.

Tal es el caso, por ejemplo, de las Resoluciones 044-2002-HC y 010-2002-HC, que establecen un trato diferenciado por una misma hipótesis fáctica: mientras que en un caso se considera que para las mujeres en estado de embarazo la detención preventiva debe ser sustituida por otra medida cautelar como el arresto domiciliario, en la otra se sostiene la tesis contraria. Y en ninguno de los dos (2) casos se establece explícitamente una regla general que permita resolver casos similares.

Lo mismo ocurre con las resoluciones 11-1996-TP, 44-1-97-TP y 180-2000-TP. En todos estos fallos se resuelven demandas de inconstitucionalidad en contra de ciertos preceptos legales que exigen para el ejercicio de la profesión de arquitectos, contadores y abogados respectivamente, la correspondiente afiliación a los colegios profesionales. En los dos (2) primeros casos el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la disposición, mientras que en el último se abstuvo de hacerlo, argumentando que la reglamentación de la profesión de abogado no vulnera el derecho al trabajo ni la libertad de asociación, sino que únicamente regula su ejercicio para hacer posible la vigilancia del Estado, en aras de la ética, la idoneidad y el mejoramiento social y profesional de los abogados. El Tribunal, sin embargo, omite referirse a los precedentes existentes, y por ello no demuestra la necesidad de un cambio jurisprudencial, ni establece una disanalogía entre los abogados y los contadores y arquitectos.

Algo similar ocurre con la posición del Tribunal respecto de la figura de la detención en firme. Así por ejemplo, en la Resolución 002-2003-DI se desecha la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad, por considerarse que no vul-

2. La “línea jurisprudencial” es la respuesta o el conjunto de respuestas que un órgano judicial da a un problema jurídico particular a lo largo del tiempo.

nera el numeral 8 del art. 24 de la Carta Política,³ mientras que en la reciente Resolución 002-2005-TC se declara la inconstitucionalidad de la figura.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. En Colombia existen normas expresas y explícitas de rango constitucional y legal, que tienden a otorgar prelación a la ley dentro del sistema de fuentes del derecho, y a reducir el valor normativo de la jurisprudencia y de los precedentes judiciales.
2. En el Ecuador, por el contrario, no existen normas constitucionales explícitas que nieguen el valor normativo de los precedentes. Las referencias al valor de la jurisprudencia están dadas más bien por el derecho común, expresado fundamentalmente en el Código Civil.
3. Aunque la normatividad colombiana es mucho más conservadora que la ecuatoriana, pues de manera expresa y explícita tiende a reducir el valor normativo de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional de Colombia ha utilizado diferentes herramientas argumentativas y hermenéuticas para ampliar el valor del precedente. Por el contrario, el Tribunal Constitucional del Ecuador, teniendo una normatividad menos rigurosa, ha llegado a unos resultados mucho más restrictivos, pues se ha negado a establecer un sistema de precedentes.

LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA

La segunda pregunta planteada tiene que ver con la posibilidad de los jueces constitucionales de exceder su función de legislador negativo, expidiendo sentencias de constitucionalidad condicionada y de modular los efectos de sus providencias.

Con respecto a Colombia, el art. 241 de la Carta Política de Colombia establece que a la Corte Constitucional se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, y que para tal efecto debe pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, las leyes, y los decretos del

3. La Resolución del Tribunal expresó lo siguiente: “La detención en firme es una consecuencia de todo un procedimiento de investigación penal que deriva en la determinación de presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado. En tal virtud, la utilización del término detención en firme dada por el legislador no atenta contra ninguna garantía o derecho constitucional del acusado, menos aún contra normas contenidas en acuerdos o pactos internacionales vigentes con los que, por el contrario, se guarda armonía en todo el procedimiento procesal mencionado, en particular, con las normas internacionales que fundamentan la demanda del juez, esto es con (...) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) y con la Convención Americana de Derechos Humanos (...)”.

gobierno nacional que tienen fuerza de ley. Por su parte, el Decreto 2067 de 1991 guarda silencio sobre los alcances de las sentencias de constitucionalidad.

Es decir, la normativa constitucional y/o legal colombiana no se refiere explícitamente a la posibilidad de declarar la constitucionalidad condicionada de las normas objeto de control. Sin embargo, en principio únicamente otorga competencia a la Corte para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, pero no para interpretar de manera obligatoria su sentido o alcance y mucho menos para modificarlo o para modular los efectos de las sentencias.

La normatividad ecuatoriana es en este punto similar a la colombiana. El art. 276 de la Constitución Política establece que al Tribunal Constitucional le corresponde conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, actos administrativos y demás normas emanadas de las distintas instituciones del Estado. El art. 278 dispone que el acto declarado inconstitucional dejará sin efectos la disposición respectiva.

Por su parte, el art. 1 de la Ley de Control Constitucional establece que “el control constitucional tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales”. El art. 12 de la Ley de Control Constitucional dispone que al Tribunal Constitucional le corresponde determinar la constitucionalidad de las leyes, actos administrativos y demás normas expedidas por los distintos órganos del Estado.

De manera que en ningún caso, ni en el ecuatoriano ni en el colombiano, la Constitución o la ley determinan el alcance del control constitucional. No se establece de manera explícita si el juez constitucional puede únicamente declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad simple de las normas objeto de control, o si además puede declarar la constitucionalidad condicionada de las normas jurídicas.

Frente a este mismo silencio normativo, la Corte Constitucional y el Tribunal Constitucional adoptan posiciones diametralmente contrarias: la Corte Constitucional, extrayendo las consecuencias de su deber de garantizar la supremacía de la Constitución Política, considera que puede expedir sentencias de constitucionalidad condicionada y modular los efectos de sus sentencias. Por el contrario, el Tribunal Constitucional del Ecuador considera que su misión es únicamente la de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas objeto de control, sin que le sea posible establecer una interpretación obligatoria, integrar las normas o modificar los textos normativos.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha considerado que cuando la supremacía constitucional así lo exija, se pueden proferir sentencias de constitucionalidad condicionada. En términos generales son providencias en las cuales se declara la constitucionalidad de una norma, pero además se hace alguna precisión sobre su contenido, el alcance, la vigencia o la eficacia: se interpreta la disposición en un de-

terminado sentido, se amplía o restringe su alcance, se añaden ingredientes normativos, etc. Es decir, la Corte deja de actuar como mero legislador negativo, y en cambio asume un papel activo frente al sistema jurídico en general.

La Corte ha entendido que en ocasiones la mera declaratoria de inconstitucionalidad o constitucionalidad es insuficiente para garantizar la eficacia de los preceptos de la Carta Política. En estas hipótesis la Corte considera que debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la supremacía de los preceptos constitucionales, así esto implique rebasar el papel de legislador negativo.

Algunas sentencias de este tipo son las siguientes:

1. Sentencias interpretativas

En estas sentencias, la Corte Constitucional declara exequible una disposición, pero siempre y cuando sea interpretada en determinado sentido. En estos casos, una misma disposición puede ser entendida de distintas maneras, y solo una de las posibilidades hermenéuticas se ajusta a los preceptos constitucionales. En estas hipótesis, para ajustar la normatividad a la Constitución y para evitar una declaratoria de inexecutableidad, se declara la constitucionalidad de una de las interpretaciones de la norma objeto de control, desechando y descartando las demás opciones hermenéuticas.

Un ejemplo típico de este tipo de providencias es la sentencia C-113/93, en la que se declara la exequibilidad de la disposición del Decreto 2067 de 1991 que establece que las sentencias de la Corte Constitucional son obligatorias para todas las autoridades y para los particulares, pero en el entendido que únicamente es obligatoria la decisión respecto de las partes que participaron en el respectivo proceso.

2. Sentencias manipulativas

En estos casos, la Corte Constitucional declara la constitucionalidad de una disposición, pero modifica su alcance. Se trata entonces de sentencias que enmiendan o corrigen el contenido de una norma jurídica, ya sea limitando su aplicación o sus efectos (*sentencias limitativas*), o ya sea extendiéndolos a otras hipótesis no previstas por la norma o añadiendo otros ingredientes normativos (*sentencias aditivas*).

Así sucede, por ejemplo, con la sentencia C-239/97, en la que se declara exequible el art. del Código Penal que consagra el delito de homicidio por piedad (art. 326), pero en la que además se excluyen todas las hipótesis en las que el sujeto pasivo es un enfermo terminal que expresa de manera voluntaria e inequívoca su deseo de morir.

3. Sentencias sustitutivas

En estas hipótesis la Corte declara la inexecutable de la disposición, pero sustituye el vacío normativo con una regulación específica, con el fin de evitar una situación de inconstitucionalidad que se presentaría en caso de dejar un vacío normativo.

Así sucede con la sentencia C-112/00, en la que se declara inexecutable la disposición del Código Civil que fija como lugar del matrimonio el domicilio de la mujer, pero al mismo tiempo añade que el “el juez competente para celebrar el matrimonio es el juez municipal o promiscuo de la vecindad de cualquiera de los contrayentes, a prevención”.

4. Sentencias integradoras

En otras hipótesis, especialmente de omisión legislativa, la Corte Constitucional encuentra que existe una regulación deficiente de un problema jurídico, y frente a esta deficiencia decide declarar la constitucionalidad de la norma, pero agregando elementos normativos provenientes del propio sistema jurídico e integrándolos a la norma cuestionada. Es decir, la propia Corte corrige la deficiencia de la normatividad integrándola con otras disposiciones del ordenamiento jurídico.

Así sucede con la sentencia C-109/95, en la que se declara executable la disposición del Código Civil que permite la impugnación de la paternidad por parte del hijo matrimonial, cuando su nacimiento ocurre después del décimo mes siguiente en que uno de los cónyuges abandona el hogar, pero en la que adicionalmente se dispone que se aplican las demás causales de impugnación previstas por la ley para el padre, tales como las previstas en los arts. 214 y 215 del Código Civil, y el art. 5 de la Ley 95 de 1890.

5. Sentencias con efecto retroactivo

Aunque por regla general la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos hacia el futuro, la Corte Constitucional ha dado efecto retroactivo a sus sentencias, con el objeto de evitar que se consoliden situaciones de inconstitucionalidad, o de garantizar los derechos constitucionales de las personas que fueron afectadas por la norma inconstitucional.

Así ocurre con la sentencia que declara inexecutable la ley que consagraba los llamados “bonos de paz”, y que además ordena devolver los ingresos percibidos por el Estado en razón de este impuesto, y suspender los procesos sancionatorios que se adelantaban en contra de las personas que no los pagaron.

6. Sentencias de constitucionalidad diferida

Así como en algunas oportunidades la Corte otorga efectos retroactivos a sus

sentencias, también en algunas hipótesis ha diferido, en el tiempo, los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad. En estas hipótesis el juez constata la inconstitucionalidad de la norma sometida a su examen, pero decide no retirarla inmediatamente, sino que concede un plazo razonable para que se llene el vacío normativo.

Así ocurre, por ejemplo, con la sentencia C-737/01, en la que se declara inexecutable, por razones procesales, la Ley de Regalías Petroleras, pero se difiere por un año los efectos de la sentencia, concediendo al Congreso este plazo para que expida una nueva ley, e impida los nefastos efectos para la economía del país de un vacío normativo.

Y tal como se expuso anteriormente, en el caso ecuatoriano ocurre todo lo contrario, pues las sentencias de constitucionalidad son siempre sentencias de constitucionalidad o inconstitucionalidad simple, sin que el Tribunal se atreva a establecer una interpretación obligatoria de la norma objeto de control o a corregir sus deficiencias.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Tanto en Colombia como en Ecuador la normativa vigente no define de manera explícita si la Corte/Tribunal Constitucional puede proferir sentencias de constitucionalidad condicionada.
2. Frente a este mismo silencio, la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional del Ecuador asumen posiciones diametralmente distintas: mientras la primera profiere sentencias interpretativas, manipulativas, sustitutivas, integradoras, con efecto retroactivo y con efecto diferido, el Tribunal Constitucional del Ecuador se limita a cumplir con su función de legislador negativo, declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad simple de las normas objeto de control.

LA TUTELA/AMPARO CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES⁴

La última pregunta tiene que ver con la posibilidad de controvertir decisiones judiciales por parte del juez constitucional: ¿Puede el juez constitucional revocar providencias judiciales por vía de tutela?

4. La exposición sobre los antecedentes y alcances de la tutela contra sentencias fue expuesta en la ponencia presentada por el magistrado Rodrigo Escobar Gil dentro del Tercer Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, realizado en el mes de septiembre de 2005. La ponencia se denomina "La Doctrina sobre la vía de hecho judicial". Esta ponencia está disponible en <http://www.constitucional.gov.co/corte/>

En el caso colombiano, la Constitución Política no se refiere explícitamente a la posibilidad de revocar sentencias por vía de tutela. El art. 86 de la Constitución Política simplemente se limita a establecer de manera general que a través de la acción de tutela se puede reclamar la protección judicial de los derechos fundamentales, cuando estos han sido amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Frente a este silencio constitucional, el art. 11 del Decreto 2591 de 1991 consagra la posibilidad de controvertir providencias judiciales que ponen fin a un proceso judicial, imponiendo un término de caducidad de dos (2) meses, contados a partir de la respectiva ejecutoria de la sentencia. De la misma manera, el art. 40 dispone que serán competentes los respectivos superiores jerárquicos del juez accionado, o la Sala o sección que sigue en turno, en el caso de las decisiones de jueces colegiados. Sin embargo, mediante sentencia C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) el art. 11 del Decreto 2591 de 1991 fue declarado inexecutable, por considerarse lesivo de los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, autonomía funcional del juez, independencia judicial y el principio de *non bis in idem*. En estas circunstancias, parece vedada la posibilidad de revocar providencias judiciales por vía de tutela en Colombia.

En el caso ecuatoriano, el art. 95 de la Constitución Política establece explícitamente la prohibición de controvertir decisiones judiciales por vía de tutela: “No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”. De acuerdo con ello, a primera vista puede pensarse que existe una prohibición absoluta para cuestionar o revocar cualquier tipo de decisiones judiciales.

Aunque en ambos países existe una prohibición de controvertir decisiones judiciales, los jueces constitucionales han llegado a resultados opuestos: mientras la Corte Constitucional de Colombia acepta la revocación de providencias judiciales de manera excepcional, para el Tribunal Constitucional del Ecuador es claro que esto es imposible.

¿Cómo se llegó a estos resultados?

En el caso colombiano, las primeras reacciones de protesta en contra de estas disposiciones del Decreto 2591 de 1991 provino de las Altas Cortes, especialmente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Lo que se criticó en un principio no fue la posibilidad misma de controvertir decisiones judiciales, sino más bien la competencia de los jueces para revocar sentencias de las altas cortes.

Así sucedió, por ejemplo, cuando por vía de acción de tutela se pretendió revocar una sentencia de la Sala Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; en este caso, la Sala de Casación Civil, que según el Decreto 2591 de 1991 era competente para resolver la tutela, estableció que el art. 40 del Decreto 2591 de 1991 era inconsti-

tucional, en cuanto las salas de la Corte Suprema son separadas e independientes de las demás, detentando cada una de ellas la calidad de superior jerárquico en su respectiva jurisdicción, y sin que ninguna de las salas o la Sala Plena, pueda controvertir sus decisiones. La Corte Suprema de Justicia fue más allá, pues estableció que en general eran inaplicables por inconstitucionalidad, las normas del Decreto 2591 de 1991 que permitían controvertir decisiones judiciales.

Sin embargo, esta decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema fue objeto de revisión por la Corte Constitucional. En la sentencia T-006 de 1992 la Corte sostuvo que como a través de las decisiones judiciales se pueden vulnerar derechos fundamentales, y que como los jueces hacen parte de las autoridades públicas, es posible controvertir decisiones judiciales por vía de tutela. Adicionalmente, se establece que como la Carta Política es la norma suprema del sistema jurídico, ella debe ser acatada por todos los jueces, y que por este motivo, las restantes jurisdicciones deben respetar la interpretación que de la misma hace su intérprete oficial, vale decir, la Corte Constitucional.

No obstante lo anterior, los arts. del Decreto 2591 de 1991 relativos a la tutela contra sentencias, fueron objeto de una demanda de inconstitucionalidad. En la sentencia C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), se declaró la inexecutablez de los artículos que permitían la interposición de la acción de tutela frente a decisiones judiciales. En virtud de los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, autonomía funcional del juez, independencia judicial y el principio de *non bis in idem*, la Corte estableció que en general no procede la acción de tutela en contra de sentencias judiciales.

Sin embargo, a partir de las propias precisiones, matices y salvedades que quedaron plasmadas en la propia sentencia C-543 de 1992, se aceptó la posibilidad de controvertir, por vía de tutela, ciertas decisiones judiciales, que con el ropaje de sentencias, son en realidad auténticas *vías de hecho*. Es decir, se sostuvo que en estricto sentido nunca es posible atacar sentencias judiciales, pero sí actuaciones y decisiones que constituyen vías de hecho, encubiertas bajo la apariencia de una decisión judicial.

A partir de esta sentencia, la Corte elaboró la doctrina sobre las *vías de hecho*, que permite establecer en qué hipótesis es posible controvertir una decisión judicial por vía de tutela, aunque tiene un carácter restrictivo y excepcional. Tal como se expuso anteriormente, una *vía de hecho* se presenta cuando la decisión judicial es carente de fundamento objetivo, es manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley, y cuando dicho desconocimiento implica la violación de uno o más derechos fundamentales: “no es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del

juez”.⁵ Esta doctrina ha sido rechazada expresamente por la Corte Suprema de Justicia, especialmente por la Sala Laboral, con menor fuerza por el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura.

De acuerdo con esto, en términos generales, la Corte Constitucional ha establecido que la revocación tiene un carácter restrictivo y excepcional, pues únicamente procede cuando concurren las siguientes circunstancias:

- *La actuación judicial es constitutiva de una vía de hecho.*

Es decir, la decisión judicial debe ser abiertamente contraria a la Constitución y la ley. Debe constituir una negación evidente y palmaria del derecho positivo, ya sea por un defecto orgánico, sustantivo, fáctico, procedimental o por consecuencia.⁶

- *La vía de hecho tiene relevancia constitucional.*

Se requiere además que la actuación arbitraria, por parte del juez, trascienda el campo de la legalidad y adquiera una connotación constitucional, vulnerando abiertamente alguna disposición constitucional, especialmente las relativas a los derechos constitucionales fundamentales.

5. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-173 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Colombia.

6. Los defectos constitutivos de la vía de hecho presentan las siguientes modalidades:

1. El defecto orgánico se presenta cuando la decisión judicial fue proferida por un operador que carecía de competencia para ello.
2. El defecto sustantivo o material se presenta cuando la decisión se fundamenta en una disposición inaplicable a la hipótesis de hecho sobre la cual se resuelve. Esto puede ocurrir por las siguientes razones:
 - Se trata de una norma inexistente.
 - La norma ha sido derogada, anulada o declarada inexecutable.
 - Aunque se encuentra vigente su aplicación al caso concreto es inconstitucional.
 - Aunque se encuentra vigente y es constitucional, es incompatible con la materia objeto de definición judicial.
 - Desconocen el precedente judicial, en especial el fijado por la Corte Constitucional.
3. El defecto fáctico se presenta cuando existen fallas básicas en el proceso, que provienen de deficiencias probatorias del proceso judicial, bien sea por acción o por omisión.
4. Los defectos procedimentales se presentan cuando el juez desconoce la normatividad procesal, y este desconocimiento implique una violación del debido proceso que tiene incidencia directa en la decisión final, y no sea atribuible al afectado.
5. La vía de hecho por consecuencia se presenta cuando la providencia judicial se sustenta y fundamenta en hechos o situaciones jurídicas realizadas por una autoridad distinta, y cuyo manejo irregular amenaza o vulnera derechos fundamentales.

Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: T-321 de 1994, SU-961 de 1999, SU-014 de 2001, T-1001 de 2001, T-705 de 2002, T-852 de 2002 y T-701 de 2004.

- *Previamente han sido agotados los mecanismos de defensa judicial, a menos que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.*

Como la tutela tiene un carácter residual, se deben haber agotado previamente los recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento jurídico ha previsto para controvertir las decisiones judiciales. Excepcionalmente puede proceder la tutela contra sentencias sin el cumplimiento de este requisito, cuando se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio grave e irremediable que sea inminente y que exija la adopción de medidas inmediatas.

- *Que el interesado haya acudido oportunamente a los recursos previstos en el proceso para reclamar la protección de sus derechos.*

Por este motivo, la tutela no procede en las hipótesis en que se han dejado vencer los términos legales para interponer los recursos respectivos, a menos que se pruebe que el vencimiento de términos ocurrió por un hecho no imputable al afectado o por motivos ajenos a su voluntad.

- *Que el afectado determine la causa o motivo que da lugar a la vía de hecho, los derechos fundamentales afectados y las razones de la vulneración.*

Aunque por regla general la tutela tiene un carácter informal, en este caso existe una carga probatoria de acreditar la existencia de una vía de hecho, demostrando la abierta contradicción entre la decisión adoptada y el derecho positivo, y así como las circunstancias concretas que lesionan el derecho fundamental.

- *Que la vía de hecho tenga un efecto directo y definitivo en la decisión de fondo adoptada por la autoridad judicial.*

Es decir, la providencia judicial debe tener incidencia directa en la decisión final, ya que de lo contrario no tendría una trascendencia constitucional.

- *Que la vía de hecho sea alegada por el actor dentro de un término razonable, oportuno y justo al de su ocurrencia.*

Se busca que la acción de tutela no se constituya en un factor de inseguridad jurídica, que promueva la pasividad, negligencia e irresponsabilidad de los afectados por una decisión judicial. Adicionalmente, de permitirse la acción de tutela en contra de providencias judiciales en cualquier momento, ésta perdería su objetivo de proteger los derechos fundamentales.

- *Que la acción de tutela se promueva ante el superior funcional de la autoridad que dictó la providencia, o ante el mismo órgano, cuando se cuestionen providencias de las Altas Corporaciones (art. 1 del Decreto 1382 de 2000).*

Debe aclararse, sin embargo, que cuando las altas cortes omiten la revisión de sus propias sentencias –como frecuentemente lo hace la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al considerar que las sentencias de las Altas Cortes

no pueden ser revisadas—, la Corte puede inaplicar el Decreto 1382 de 2000 y proceder a su revisión, al igual que cualquier otro juez de la República.

- *Que la acción no se dirija ante un juez de tutela.*

Aunque el art. 40 del Decreto 2591 de 1991, que proscribía la tutela contra sentencias de tutela fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-543 de 1992, por regla general se ha entendido que no se pueden revocar sentencias de tutela, pues existe el mecanismo de la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional e implican un desconocimiento de la seguridad jurídica, y a la larga una desprotección de los derechos fundamentales.⁷

- *Que el juez de tutela no entre a suplantar o reemplazar al juez ordinario en el ejercicio de sus competencias.*

Como el juez constitucional no puede sustituir al juez ordinario, su competencia se limita a verificar la existencia de una vía de hecho que implique la vulneración de un derecho fundamental, y a declarar la nulidad de la providencia en caso afirmativo, fijando los parámetros constitucionales dentro de los cuales se puede mover el juez ordinario. De manera excepcional, sin embargo, el juez de tutela puede adoptar medidas concretas y dictar o modificar la decisión de fondo; así sucede, por ejemplo, cuando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia abiertamente rechaza la posibilidad de revisar sus sentencias de casación.⁸

En el caso ecuatoriano, el camino seguido fue otro: a partir del art. 95 de la Constitución Política, según el cual “no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”, y a partir de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en contra de la posibilidad de revocar sentencias vía amparo, el Tribunal Constitucional concluyó que no tiene competencia para controvertir las decisiones judiciales.⁹

7. Corte Constitucional Colombiana, Sentencias T-088 de 1999, SU-1219 de 2001 y T-200 de 2003.

8. Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-1185 de 2003 y Auto 010 de 2004.

9. El Reglamento de la Corte Suprema de Justicia que interpreta la Ley del Control Constitucional en lo referente a la acción de amparo (R.O. 378 del 27 de julio de 2001) fue demandado ante el Tribunal Constitucional, por haber sido expedido en un período de facto, y por haber reducido el alcance de la acción y haberle otorgado un carácter residual y no preferente y sumario. El Tribunal Constitucional, sin embargo, en la Resolución 036-2001-TC desechó la demanda, argumentando que las normas legales en que se funda la competencia de la Corte Suprema de Justicia son constitucionales, pues se refieren a la interpretación obligatoria en los casos en que se presentan dudas en la aplicación de los procedimientos judiciales. Posteriormente la propia Corte Suprema de Justicia reformó dicho reglamento, que se encuentra en el R.O. 559 del 19 de abril de 2002.

En el numeral c) del art. 2 del primer reglamento explícitamente se establece que la acción de amparo no procede cuando se interpone respecto de “las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, inclusive las emitidas por órganos de la administración que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales”. La reforma al reglamento no alteró esta regla.

No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

En primer término, debe interpretarse el art. 95 de la Constitución Política a la luz del objeto y finalidad del amparo constitucional. En efecto, según el mismo art. 95, el amparo constitucional está diseñado para proteger los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por las autoridades públicas. Y es un hecho que una sentencia puede vulnerar o desconocer ciertos derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso o el derecho de defensa. Y es un hecho que los jueces son autoridades públicas. A la luz de estas consideraciones debe interpretarse la prohibición contenida en el art. 95 de la Carta Política del Ecuador.

Pero además, debe tenerse en cuenta que esta disposición es perfectamente compatible con la doctrina de la “vía de hecho” adoptada en Colombia. Según esta doctrina, gozan de plena y absoluta intangibilidad las auténticas providencias judiciales, es decir, aquellas que tienen un margen de razonabilidad y se producen dentro de los cauces del derecho y la justicia; cuando las decisiones judiciales se producen fuera de estos cauces, en estricto sentido no existe una providencia judicial sino una desviación de poder, una vía de hecho, por oposición a las vías de derecho. Y en estas circunstancias sí podría ser viable el amparo en contra de estas vías de hecho que tienen el ropaje de una decisión judicial, sin desconocer el art. 95 de la Constitución Política del Ecuador.

Por último, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal en la jurisdicción civil, laboral y penal, mas no en la jurisdicción constitucional. Y siendo este un asunto estrictamente constitucional, corresponde definirlo al Tribunal Constitucional. Las apreciaciones de la Corte Suprema de Justicia solo pueden ser asumidas como meras opiniones o conceptos doctrinales, pero no como mandatos que tengan fuerza obligatoria.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir lo siguiente:

1. Tanto en Colombia como en Ecuador la tutela/amparo está diseñado para proteger los derechos fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por la actuación u omisión de cualquier autoridad pública.
2. Tanto en Colombia como en Ecuador existe una prohibición de controvertir por vía de tutela/amparo, las decisiones judiciales. En el caso del Ecuador, esta prohibición se encuentra contenida explícitamente en el inciso 2 del art. 95 de la Constitución. En el caso colombiano, la prohibición tácita se desprende de distintos artículos de la Constitución Política que consagran los principios de *non bis in idem*, la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la independencia judicial y la autonomía funcional de los jueces. Esta prohibición se ha hecho explícita con la declaratoria de inconstitucionalidad de los arts. del Decreto 2591

de 1991 que consagraban la posibilidad de interponer acciones de tutela en contra de providencias judiciales.

3. Tanto en Colombia como en Ecuador las Altas Cortes se han resistido a aceptar la tutela/amparo contra sentencias.
4. A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Ecuador han llegado a resultados diametralmente distintos: mientras que en Colombia es posible controvertir las actuaciones y decisiones de los jueces que son contrarias a la Constitución, la ley y que vulneran derechos constitucionales fundamentales, en el Ecuador las providencias judiciales, aparentes y reales, gozan de una intangibilidad absoluta y no pueden ser revocadas por vía de amparo.

CONCLUSIONES

1. El primer resultado al que se llega después de este análisis, es que el control constitucional difiere sustancialmente en Colombia y en el Ecuador, o por lo menos mucho más de lo que a primera vista puede pensarse.

Este resultado es sorprendente si se tiene en cuenta, por un lado, que normalmente se asume la existencia de una “cultura jurídica latinoamericana”, en la que los derroteros y los lineamientos fundamentales de los sistemas jurídicos son fundamentalmente iguales, y en la que únicamente existen diferencias puntuales, precisas y más bien intrascendentes.

Es igualmente sorprendente si se tiene en cuenta que en ambos países la Carta Política responde básicamente a un mismo movimiento constitucionalista, a una nueva visión del derecho, de su función dentro de la sociedad, de las fuentes del derecho, de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, del papel de la Constitución dentro del sistema jurídico y político, etc. En ambos países se crea un órgano judicial independiente y especializado, encargado de realizar el control abstracto de la constitucionalidad del sistema jurídico o de parte de él. A pesar de ello, el control constitucional difiere de manera significativa. En otras palabras, los resultados y conclusiones a los que se llega son bien distintas, según se asuma el problema desde una perspectiva estrictamente normativa, o según se asuma el problema desde una perspectiva que articule el derecho positivo con las prácticas jurídicas.

Y estas diferencias son aún más sorprendentes si se tiene en cuenta que constituyen una expresión, un signo y un síntoma de unas diferencias más amplias y profundas sobre la concepción del derecho, sobre el sistema de fuentes, sobre el valor de la Constitución, del juez constitucional y de su relación con las

demás fuentes y órganos del poder público. Es decir, estas diferencias entrañan un alejamiento en las concepciones sobre la sociedad, la organización del poder público y el Estado, etc.; y aún más, entrañan un alejamiento en la manera de canalizar y resolver los problemas y conflictos individuales y colectivos en la sociedad.

2. ¿Cómo se pueden resumir estas diferencias? En términos generales puede sostenerse que en el caso colombiano la Corte Constitucional ha intentado asumir una suerte de activismo judicial que implica el establecimiento de un sistema “fuerte” de control constitucional. Este tipo de control ha permitido que las sentencias constitucionales tengan un papel preponderante, dentro del sistema de fuentes del derecho, aun por encima de las leyes y demás actos normativos que hacen parte del ordenamiento jurídico. En el caso ecuatoriano, el Tribunal Constitucional ha asumido el papel de “legislador negativo”, instaurando un sistema “débil” de control constitucional, en el que otras fuentes del derecho determinan los alcances del proceso político y normativo.

Ahora bien, lo anterior no implica un juicio valorativo a favor o en contra de las prácticas de cada país, pues intrínsecamente ningún sistema es mejor que otro. Lo importante es comprender y entender las prácticas de los jueces constitucionales dentro del contexto de cada país, y en el contexto de su propia cultura jurídica y política.

Aunque en principio parece atractivo el modelo del juez constitucional activista, en realidad se ha planteado una serie de críticas que ponen en duda la legitimidad y la sostenibilidad del sistema.

Por un lado, se ha dicho que el juez constitucional es la expresión de la voluntad de una minoría no representativa, que toma decisiones respecto de la mayoría en un cuerpo político. Se sostiene entonces que un crecimiento en las facultades y poderes de los jueces constitucionales implica reducir el alcance de la democracia en los sistemas políticos.

Dentro de esta misma línea, se argumenta que el juez constitucional debe respetar las decisiones que son el producto del consenso político y del proceso democrático, y que por consiguiente, sus facultades para cuestionar las decisiones de las demás ramas del poder público deben ser restringidas y limitadas. Finalmente, es al legislador a quien le corresponde definir el rumbo político de la comunidad, el recaudo y distribución de recursos públicos, y la definición de los derechos otorgados a los ciudadanos.

Las iniciativas y los conflictos sociales deben canalizarse preferentemente por otros conductos, y el juez constitucional solo debe actuar de manera excepcional. De lo contrario, se pondría en peligro todo el sistema político y jurídico

que durante tantos siglos se ha venido consolidando. Así lo ha puesto de presente la propia Corte Constitucional:

Por sus pasos contados, el país se acerca a una situación en la que de todo el orden jurídico solo subsistirá la Constitución. En esa situación, desaparecidos todos los códigos y las leyes que los complementan, solo permanecerá la Constitución, interpretada a su arbitrio por miles de jueces. Será la plena vigencia del derecho nuevo.¹⁰

Por otro lado, sin embargo, la realidad de los hechos de alguna manera ha desmentido estas críticas, pues la existencia de una jurisdicción constitucional “fuerte”, capaz de enfrentarse frontalmente al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo e incluso frente al Poder Judicial, ha permitido la construcción de un proyecto donde los derechos constitucionales deben ser tomados “en serio”, y en donde todos los ciudadanos pueden canalizar sus necesidades y expectativas a través de un proceso institucional. En contra de lo sostenido por la *crítica anti-mayoritaria*, este sistema de control constitucional se convirtió en un mecanismo para garantizar la democratización en los procesos y las decisiones políticas. Y es esta la crítica que se puede hacer a la jurisdicción constitucional ecuatoriana, que hoy en día carece de la fuerza para servir de canal institucional para la resolución de conflictos.

De modo que intrínsecamente ningún sistema es mejor que otro.

3. Lo que sí queda claro es que las *constituciones políticas* no son un texto cerrado, completo y definido, sino más bien herramientas o instrumentos de la comunidad política que están abiertas a múltiples posibilidades, y que pueden conducir a resultados muy distintos.

Con *constituciones* muy similares, Colombia y Ecuador han llegado a resultados diametralmente distintos en cuestiones cruciales relacionadas con el valor de la Carta Política, dentro del sistema de fuentes del derecho, en la relación que existe entre el juez constitucional y el legislador, entre la Constitución y la ley, o entre el juez constitucional y los demás jueces, etc.

Por consiguiente, la explicación a las diferencias hay que buscarlas más allá de las normas y más allá del derecho positivo. Se deben buscar estos “datos culturales” que subyacen a las prácticas judiciales constitucionales, para encontrar una explicación a estas diferencias y a estos distanciamientos que no pa-

10. Corte Constitucional Colombiana, voto salvado de Jorge Arango Mejía a la sentencia SU-342 de 1995.

recen existir al interior de una misma “cultura jurídica latinoamericana” o de una misma “cultura jurídica andina”.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Escobar Gil, Rodrigo, “La Doctrina sobre la Vía de Hecho Judicial”, ponencia presentada dentro del Tercer Encuentro de la Jurisdicción Constitucional realizado en el año 2005, Bogotá. <http://www.constitucional.gov.co/corte/>

Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Constituciones Políticas

Constitución Política de Colombia comentada, concordada y con notas de vigencia y validez. <http://www.secretariassenado.gov.co>

Constitución Política del Ecuador.

Leyes y decretos

Decreto 2067 de 1991 (Colombia) concordada, comentada y con notas de vigencia y validez. <http://www.secretariassenado.gov.co>

Decreto 2591 de 1991 (Colombia) concordada, comentada y con notas de vigencia y validez. <http://www.secretariassenado.gov.co>

Ley de Control Constitucional (Ecuador).

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) (Colombia) concordada, comentada y con notas de vigencia y validez. <http://www.secretariassenado.gov.co>

Providencias judiciales

Auto 010 de 2004 de la Corte Constitucional.

Resolución 012-2001-TP del Tribunal Constitucional del Ecuador.

Sentencia C-543/92 de la Corte Constitucional.

Sentencia T-173/93 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-224/94 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-083/95 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-342/95 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-109/95 de la Corte Constitucional.

Claudia Escobar García

Sentencia C-088/99 de la Corte Constitucional.

Sentencia C-737/01 de la Corte Constitucional.

Sentencia SU-1219/01 de la Corte Constitucional.

Sentencia T-200/03 de la Corte Constitucional.

Sentencia SU-1185/03 de la Corte Constitucional.

La totalidad de autos y sentencias de la Corte Constitucional de Colombia se encuentran en www.constitucional.gov.co



El papel del juez comunitario andino en la tutela de los derechos de los ciudadanos

*Olga Inés Navarrete Barrero**

Este trabajo tiene como objetivo principal determinar cuál es el papel del juez comunitario andino en la protección de los derechos ciudadanos. Para ello, primero se determinará cuáles son las bases normativas que posibilitan dicha protección y, posteriormente, se establecerá, en el marco del Sistema Judicial Comunitario, cómo se protege a los particulares en relación con los daños sufridos por el incumplimiento de un País Miembro de la Comunidad Andina, y cuáles son los niveles de protección de los derechos humanos en el Sistema de Integración Comunitario.

FORO

Hace 63 años Jean Monnet pronunció estas palabras:

No habrá paz en Europa, si los Estados se reconstituyen sobre una base de soberanía nacional (...) Los países de Europa son demasiado pequeños para asegurar a sus pueblos la prosperidad y los avances sociales indispensables. Esto supone que los Estados de Europa se agrupen en una federación o 'entidad europea' que los convierta en una unidad económica común.

Las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial llevaron a los países de Europa a pensar en la integración, ya que en la búsqueda de un renacer para reconstruir sus economías no solo debían hacer acuerdos para evitar nuevos conflictos. Fue el 9 de mayo de 1950 cuando se adoptó la Declaración Schuman, auspiciada por Jean Monnet, dando así inicio a un proceso que comenzó con la transferencia de competencias a unas instituciones comunes, de aspectos de carácter casi exclusivamente

* Magistrada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las apreciaciones jurídicas contenidas en este trabajo son de absoluta responsabilidad de su autora y no comprometen la opinión oficial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

económico y que hoy vemos institucionalizados en la Unión Europea, con la ampliación de las competencias transferidas a los órganos comunitarios.

Resulta bien ejemplificativo señalar que el *Acuerdo Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, creada por uno de los Tratados de Roma de 1957, tal como lo precisara Nicola Catalano¹ no solo significaba unión aduanera, porque además de la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas, existía un sistema institucional común, unas reglas comunes, y lo que resultaba más importante, la libertad de circulación de personas, capitales y servicios. Así se lee en el acto creador de la Comunidad Económica Europea:

La Comunidad tiene por misión, por medio del establecimiento de un mercado común y por la aproximación progresiva de las políticas económicas de los estados miembros, promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, una expansión continua y equilibrada, una creciente estabilidad y una elevación acelerada del nivel de vida, y relaciones más estrechas entre los estados que ella reúne.

Isaac Cohen O. y Gert Rosenthal² señalan que un proceso de integración podrá encontrar circunstancias de facilitación cuando se dan condiciones previas de cierta homogeneidad en la proximidad geográfica, vinculaciones culturales e históricas y comunidad de intereses frente al resto del mundo. En tratándose de la Comunidad Andina, ¿quedará alguna duda acerca de las condiciones previas que reúnen los Países Miembros para adelantar un verdadero proceso de integración?

El Acuerdo Subregional Andino, Acuerdo de Cartagena, consagra objetivos más allá de los simplemente económicos, ya que instaure como finalidades en su capítulo primero, arts. 1 y 2, todo un preámbulo del proceso de integración subregional con efectos económicos, sociales y políticos.³

1. Manuel des Communautés Européennes, París, 1962.

2. Isaac Cohen O., Pert Rosenthal, "Algunas reflexiones en torno al marco conceptual de la Integración Económica Centroamericana", publicado en *Temas sobre integración económica centroamericana*, San José de Costa Rica, 1977.

3. Los arts. 1 y 2 del Acuerdo de Cartagena disponen:

"Artículo 1. El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad Subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

Artículo 2. El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios

La expresión *proceso de integración* se utiliza para significar la organización de un actuar conjunto de varios estados, bajo un concepto diferente de la simple cooperación bilateral, que se debe emprender a base de relaciones de igualdad entre Países Miembros, presentando diferentes niveles conforme a los grados y clases de interdependencia que se acuerden.

Para algunos también se le puede definir como un acuerdo internacional, suscrito entre dos o más países, pero, en todo caso, que pretende el mejoramiento de las condiciones no solo económicas de sus habitantes, mediante el acuerdo de los mecanismos necesarios para alcanzar dicho fin.

De manera que elevar el nivel de vida de sus habitantes es, en últimas, el objetivo y finalidad que acompaña la decisión política de varios países de integrar una Comunidad.

Dentro de los mecanismos que se acuerda implementar para el logro de los objetivos propuestos, es importante resaltar que la integración comunitaria conlleva la necesidad de ofrecer garantía jurídica de poder exigir la reparación de daños que cause, en el patrimonio de los particulares, la actividad o inactividad de los Países Miembros contraria al derecho comunitario, sobre el principio de que, suscrito el acuerdo de integración, los Países Miembros de la Comunidad adquieren obligaciones, entre ellas, la de aplicarlo, incluso haciéndolo primar sobre el derecho interno, previéndose que su vulneración constituye lo que la doctrina califica como una especie de ilícito comunitario.

En tratándose del Sistema Andino de Integración, SAI, la garantía jurídica que debe ofrecer a los particulares tiene como fundamento que la integración económica latinoamericana, y particularmente la consagrada en el Acuerdo de Cartagena, está prevista como un verdadero propósito común de desarrollo económico y social, en donde el enfoque más hacia lo social deberá centrar el trabajo en aspectos como la libertad, seguridad y justicia, teniendo como pilar de todo el proceso el respeto y el otorgamiento de la protección de los derechos comunitarios de los particulares.

Objetivos de primer orden deberán solucionar, a nivel de la subregión, el grave problema del desempleo y el fortalecimiento de los derechos en materia de libertad, salud pública y medio ambiente; la supresión de obstáculos a la libre circulación y, sobre todo, el respeto de los derechos humanos universalmente reconocidos. En efecto, la Comunidad Andina debe constituir el mecanismo de colaboración y de apoyo

derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos. Los resultados de dicho proceso deberán evaluarse periódicamente tomando en cuenta, entre otros factores, sus efectos sobre la expansión de las exportaciones globales de cada país, el comportamiento de su balanza comercial con la Subregión, la evolución de su producto territorial bruto, la generación de nuevos empleos y la formación de capital”.

entre los Países Miembros para la solución de problemas comunes, entre ellos, la protección al medio ambiente; entender que la libre circulación no vulnera la soberanía de los Estados, si se tienen en cuenta las circunstancias específicas de cada país, para que cada uno de ellos colabore a favor de ella, según sus propias posibilidades, dando pleno desarrollo a los objetivos y principios enunciados en el Acuerdo de Cartagena, de los que surge el enorme contenido social y la libre circulación de personas, bienes y servicios como pilares de la integración sobre la base del “desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible”, con el fin de lograr altos niveles de empleo, rechazo a cualquier forma de discriminación y la búsqueda de un mejor nivel de vida para sus ciudadanos.

En el año de 1978, los presidentes de los países andinos expresaron:

Sentimos la necesidad de que, tanto los organismos comunitarios como las estructuras administrativas internas enfoquen con ánimo constructivo los problemas recíprocos y procuren el logro de soluciones compartidas, adecuadas y rápidas, que propicien actitudes de confianza mutua y afiancen la credibilidad del proceso y el fortalecimiento de sus acciones.

Finalmente, manifestamos la convicción de que el proceso de integración andina se fortalecerá en el propósito de superación de sus pueblos, en la medida en que se sustente cada vez más dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales del individuo y de un sistema amplio de participación social.

El sistema regional andino no sustituye ni duplica los sistemas nacionales e internacionales de derechos humanos; ha sido diseñado para que de manera coordinada y armónica proteja y garantice los derechos humanos, los complemente y los refuerce, ya que la Comunidad Andina debe apoyar y colaborar con los sistemas nacionales e internacionales de protección de los mismos, tal y como se expresa en la *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*,⁴ fortaleciendo las administraciones de justicia nacionales, en su función de protección y garantía. Por este motivo, la Comunidad debe velar para que los Países Miembros cuenten con administraciones de justicia eficientes, independientes, imparciales y autónomas, así como apoyar el diseño y ejecución de programas para su mejoramiento;⁵ debe apo-

4. Arts. 64 y siguientes de la *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*.

5. El art. 64 de la *Carta Andina* establece: “Para la promoción y protección de los derechos humanos en general, y del derecho al debido proceso en particular, promoverán que los Países Miembros de la Comunidad Andina cuenten con administraciones de justicia eficientes, independientes, imparciales y autónomas”.

Por su parte, el art. 65 de la *Carta Andina* establece lo siguiente: “Apoyarán directamente y, según corresponda, en coordinación con las Funciones Judiciales de cada nación, la ejecución de programas dirigidos a mejorar sus sistemas de administración de justicia, a fin de, entre otros, promover la eficacia y transparencia de los procedi-

yar las Defensorías del Pueblo,⁶ y en general los planes y programas de derechos humanos.^{7, 8}

Es importante establecer que la historia enseña que todo proceso de integración ha debido superar momentos difíciles y es cuando se debe acentuar el camino hacia 'un crecimiento del nivel de vida' mediante el establecimiento progresivo de un mercado común, el acercamiento de políticas económicas de los Estados Miembros, la promoción del desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, estabilidad y relaciones cercanas entre los Miembros.

En el proceso europeo, con la suscripción del Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión,⁹ que para muchos implicó un avance significativo por el intento de fortalecer el sistema, "Lo que se pretende (...) es el logro de la unidad europea, tanto en los aspectos económico y político, como en el monetario caminando aceleradamente hacia lo que se ha dado en llamar la 'Europa de los ciudadanos' ",¹⁰ que constituye la piedra angular del sistema de integración europea. Este Tratado complementó y modificó el Tratado de París que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero CECA (1951), los Tratados de Roma que crearon la Comunidad Económica Europea CEE y el EURATOM (1957) y el Acta Única Europea (1986); allí se señala como objetivo de la Comunidad la unión política y no solo la constitución de un mercado común. "El término UNIÓN se usa desde el inicio del Tratado para significar el avance en un proyecto histórico. El artículo A2e señala que el Pacto Europeo constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa".¹¹

Posteriormente, con las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam,¹² se dio paso importante en la idea de integración europea, con el principio allí consagrado así: "El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible".

mientos legales; combatir los actos de corrupción judicial, el retardo injustificado en la administración de justicia y el abuso de la prisión preventiva; y ofrecer soluciones a la situación de los presos sin sentencia".

6. Arts. 70-73 de la Carta Andina.

7. Arts. 75-77 de la Carta Andina.

8. Dentro de esta línea se encuentran las Decisiones 586 y 590, que tienen por objetivo apoyar los sistemas judiciales nacionales y las Defensorías del Pueblo de los países de la Comunidad Andina.

9. Suscrito en el año de 1992.

10. Manuel Iglesias Cabero, "Fundamentos del Derecho Comunitario Europeo", Madrid, Colex, 1995.

11. "clio.rediris.es/udidactica".

12. Aprobado por el Consejo Europeo el 16 y 17 de junio de 1997 y firmado el 2 de octubre de 1997 por los Ministros de Asuntos Exteriores de los 15 Países Miembros, entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

Se modificaron disposiciones del Tratado de la Unión Europea, Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas (París y Roma) y de algunos actos relacionados con los mismos,¹³ de manera que los sujetos o destinatarios del derecho comunitario no son solamente los Estados Miembros, sino las instituciones y órganos del Sistema, además de los particulares que residan en cualquiera de los Estados que conforman la Comunidad, de manera que hoy día:

Los ciudadanos de cada Estado buscan de forma creciente el cobijo de la tutela dispensada por el derecho comunitario europeo; los tribunales nacionales se someten a la jurisprudencia *pro communitate* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y, en definitiva, resulta imprescindible en la resolución de todo conflicto jurídico saber si hay, o no hay, un vínculo comunitario.¹⁴

Y es que

Precisamente, dado el complejo entramado de relaciones económicas, jurídicas y políticas subyacentes en la Creación de las Comunidades Europeas, los autores de los Tratados constitutivos fueron conscientes de que dicha organización no podría funcionar sin la existencia de un órgano judicial dotado de todas las características propias de un auténtico poder judicial, en particular las de independencia e imparcialidad.¹⁵

En el discurso pronunciado por Jacques Santer, presidente de la Comisión Europea, con motivo de su investidura como doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Alicante, en una de sus apartes dice:

(...) La integración europea no se realiza por la fuerza. Las Comunidades Europeas no tiene poder directo de coerción; no tiene ejército ni policía. Dispone de una estructura administrativa limitada y debe en gran parte apoyarse en las Administraciones de los estados miembros.

La Unión Europea no es un Estado; se trata de una construcción política original que reúne a naciones seculares que quieren, a justo título, mantener sus diferencias, pero que desean trabajar en común por la paz y la prosperidad de sus pueblos. El arma de nuestra integración es el derecho. Un derecho también original, y que no tiene por función hacer desaparecer las diferencias, sino más bien permitir el funcionamiento armonioso de siste-

13. Este Tratado ha recibido, entre otras críticas, que no soluciona problemas de reforzamiento de instituciones comunitarias o asuntos de justicia ni el déficit democrático de la Unión.

14. Sarmiento Daniel, "Discriminaciones Inversas Comunitarias y Constitución Española", Universidad Complutense de Madrid, Revista Española de Derecho Europeo No. 15, Madrid, Aranzadi, septiembre de 2005.

15. Pillorens M. citado por Rafael García-Valdecasas y Fernández y José María Carpi Badía, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, 3a. ed.

mas jurídicos distintos en función de objetivos comunes. Nuestra Comunidad es, ante todo, y sobre todo una Comunidad de Derecho (...)

Lo que es indudable es que la Europa del futuro tendrá un rostro diferente al que hoy conocemos. Será una Europa más diversa, más plural y más compleja.

No habrá Unidad Europea sin Derecho Comunitario, y no habrá Derecho Comunitario sin unidad de Jurisprudencia. Después de todo, ¿qué es una Nación, sino un derecho comunitario que ha triunfado?

El Tribunal de Justicia, fue desde el inicio órgano común a las tres Comunidades Europeas, con la atribución de garantizar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados, asegurando no solo el acatamiento del derecho comunitario por parte de las instituciones europeas, sino también por parte de los Estados miembros, en las relaciones entre sí y con las instituciones europeas y en cuanto se afecten directamente derechos y obligaciones de los particulares.

Sobre el papel del órgano judicial comunitario en el proceso de integración europea se ha dicho que:

El Tribunal ha llevado a la práctica su misión, en particular en tres ámbitos cardinales: la consagración de los principios generales del derecho comunitario, el respeto de los derechos fundamentales de la persona en el marco de la actividad de las instituciones de la Unión Europea y el control del cumplimiento del derecho comunitario por los Estados miembros.¹⁶

En la Comunidad Andina inicialmente no fue prevista la solución judicial de las controversias que surgieran de la interpretación y aplicación del derecho comunitario, ya que aunque desde el comienzo se hizo sentir la necesidad de un Órgano Judicial Comunitario, a raíz del incumplimiento del acatamiento de la normativa comunitaria, fue años después de la suscripción del Acuerdo de Cartagena cuando urgió la importancia de fortalecer y darle firmeza al derecho comunitario andino creando el Tribunal de Justicia; la reactivación del proceso de integración contó con este organismo a base "de la experiencia acumulada en esta materia por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas".

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, inicialmente Tribunal Andino, fue creado como órgano permanente e independiente, dentro del contexto de las competencias asignadas, y en relación con los jueces nacionales de los Países Miembros

16. García-Valdecasas y Rafael Fernández, Juez del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, José María Carpi Badía, Letrado del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: "algunas consideraciones respecto de su papel en el marco de la construcción europea"*.

constituye parte esencial del Poder Judicial Comunitario, conforme a la necesidad sentida de asegurar el acatamiento de la normativa comunitaria.

Seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de:

1. Declarar el derecho comunitario.
2. Dirimir las controversias que surjan del mismo.
3. Interpretarlo uniformemente.

(...) Convencidos de la importancia del Grupo Andino y conscientes de las dificultades inherentes a todo proceso integracionista, consideramos fundamental renovar la voluntad que anima a los mandatarios de los Países Miembros y, por sobre todo, la firme decisión de los Gobiernos de contribuir en la búsqueda de soluciones a los problemas que hoy afectan la marcha del proceso.

Dentro de este espíritu positivo, hemos llegado a la conclusión de que los avances registrados en el proceso de integración andina demuestran la impostergable necesidad de disponer de un Órgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo. Nos dirigimos a las autoridades nacionales competentes y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena para que, a la mayor brevedad posible, inicien el examen de la materia, que deberá concluir durante el próximo año con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia.¹⁷

Resulta necesario recordar que la normativa comunitaria tiene previsto un verdadero Sistema Judicial Comunitario que no reside solo en este órgano principal del Sistema Andino de Integración, SAI, ya que comprende también a los jueces y tribunales nacionales, a quienes corresponde la importantísima función de hacer efectiva la reparación de los daños sufridos por los particulares por el incumplimiento de la normativa comunitaria.

En efecto, en lo que atañe a la garantía de indemnización de daños sufridos por un particular, por el incumplimiento de un País Miembro de la Comunidad Andina, la normativa comunitaria contempla dos mecanismos judiciales que implican la total coordinación del mencionado Sistema Judicial.

En primer lugar, a base de la sentencia que se profiera en Acción de Incumplimiento¹⁸ por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, corresponderá a los tri-

17. Declaración de presidentes de los países andinos, julio de 1978.

18. La sentencia que profiere el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso iniciado en ejerci-

bunales nacionales reparar a los particulares los daños y perjuicios que resulten comprobados conforme al nexo causal existente entre el incumplimiento de la normativa comunitaria andina por parte del País Miembro condenado y el perjuicio cuya indemnización se reclama, caso en el cual los tribunales nacionales cierran el sistema para otorgar 'utilidad' al fallo comunitario, a fin de que se haga efectiva para los particulares el derecho fundamental de la tutela judicial.

Los principios de primacía del derecho comunitario y su efecto directo implican la necesidad de establecer los mecanismos oportunos destinados a garantizar que todos los particulares puedan hacer valer, ante el órgano judicial comunitario o frente al juez nacional, los derechos que la normativa comunitaria otorgue, dado que dicha normativa es fuente de derechos subjetivos cuando afecte positivamente la esfera jurídica de los particulares. Es decir, cuando un País Miembro infringe la normativa comunitaria no solo está desconociendo un principio de lealtad comunitaria sino que, además, está desconociendo los derechos subjetivos que se crean a favor de los habitantes de la Comunidad.

(...)En conclusión, los particulares tienen derecho a una indemnización cuando hayan sido lesionados en virtud de una acción o de una omisión que infrinja el derecho comunitario.¹⁹

En tales eventos, la fuente de responsabilidad del País Miembro condenado ya no será objeto de discusión ante el juez nacional, dado que el fallo del juez comunitario, conforme a la disposición del art. 110 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (codificado en la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina), constituirá título legal y suficiente para que el particular, que promovió la Acción de Incumplimiento, pueda solicitar ante el juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios, ya que en dicha sentencia queda implícito que los derechos subjetivos que la normativa comunitaria confiere deben tener la misma eficacia de los derechos derivados de la normativa interna de los Países Miembros.

Como se anotó, es al juez nacional a quien corresponde, en este evento, deducir las consecuencias en cada caso concreto de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para asegurar que el Derecho comunitario tenga plena eficacia no solo en relación con los Países Miembros sino para reparar las conse-

cio de la Acción de Incumplimiento declara el incumplimiento del País Miembro demandado y, consecuentemente, la obligación de dicho país de adoptar todas las medidas necesarias para restablecer el orden jurídico comunitario (vulnerado por acción u omisión), pero no entra a conocer los perjuicios reclamados *in genere* o en concreto por un particular y que alega son consecuencia de dicho incumplimiento.

19. Olga Inés Navarrete Barrero, "Responsabilidad Patrimonial de los Países Miembros por Infracción al Derecho comunitario", trabajo presentado en el Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, San Andrés, Colombia, 2005.

cuencias dañosas que su incumplimiento haya acarreado en cabeza de los particulares, bien sean personas naturales o jurídicas.

En segundo lugar, acorde con lo previsto en el art. 31 del Tratado de Creación del Tribunal, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de la normativa comunitaria por parte de un País Miembro, no tienen necesidad de agotar el procedimiento descrito anteriormente, y que involucra la actividad inicial del juez comunitario y luego la intervención del juez nacional quien procede a base de la sentencia dictada por aquel, sino que podrán acudir directamente ante los jueces nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones de la legislación interna, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

Este mecanismo implica que en su oportunidad, el juez nacional deberá solicitar la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de la norma o normas comunitarias que se alegan incumplidas, para que el Tribunal de Justicia señale el marco interpretativo de las mismas y el juez nacional acoja dicha interpretación en su sentencia.²⁰

Además de lo anterior, el art. 38 del Tratado de Creación del Tribunal, insta en cabeza del Tribunal una función arbitral, mediante la cual los particulares pueden someter al órgano jurisdiccional comunitario las controversias que se presenten en la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento comunitario, sin necesidad de agotar la instancia judicial nacional.

En relación con la protección específica de los derechos humanos, el sistema prevé mecanismos judiciales en cabeza del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que posibilitan otorgar eficacia real a la normativa que se relaciona con dicha protección. Puede hacerse referencia a tres niveles de protección de los derechos humanos por parte de este órgano comunitario:

- En primer lugar, una de las estrategias básicas, a través de las cuales la Comunidad Andina entra a formar parte del sistema de protección y promoción de los derechos humanos, es la regulación comunitaria de aspectos de los mismos, a través de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión, normativa que tiene prevalencia sobre la legislación nacional y que obliga de manera general, inmediata y directa a los Países

20. Para asegurar la interpretación uniforme de la norma comunitaria en todo el territorio de la Subregión Andina, se encuentra previsto un sistema de colaboración entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los jueces y tribunales nacionales mediante el mecanismo de la consulta de interpretación prejudicial, en donde el juez consultante es competente para la aplicación del derecho nacional y del comunitario, solo que en relación con éste último su alcance interpretativo es el señalado en la consulta de interpretación prejudicial.

Miembros y a los particulares, lo que implica que a partir de ese momento la actuación de los Países integrantes de la Comunidad Andina debe estar adecuada a los deberes que impone la normativa comunitaria, bien con la adopción de medidas o con la abstención de actos, so pena de que se pueda judicializar mediante el ejercicio de la acción de incumplimiento. A su vez, dicha normativa debe ser tenida en cuenta por los jueces nacionales como norma que entra a constituir parte del ordenamiento interno de los países en virtud del efecto directo del derecho comunitario, cuyo alcance interpretativo corresponde al órgano judicial comunitario mediante la consulta de interpretación prejudicial.

- A través de la interpretación prejudicial el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece, de manera obligatoria y general, el sentido y alcance de la normativa comunitaria andina. Debe pronunciarse en todos aquellos procesos judiciales nacionales donde se deban aplicar normas comunitarias, en este caso bajo el marco de los derechos humanos. De esta manera, se garantiza la armonía en la interpretación de las normas comunitarias de derechos humanos por parte de todos los jueces nacionales, que son en últimas los llamados a aplicarlas.

El Tribunal está instituido como el intérprete del derecho comunitario y dentro de este contexto, da alcance interpretativo ateniéndose a la filosofía del Acuerdo Subregional Andino –Acuerdo de Cartagena– que contiene los principios y disposiciones generales relativos al proceso de integración, el cual promueve un desarrollo equilibrado de los Países Miembros y que tiene como objetivo principalísimo el desarrollo equilibrado y armónico que debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración para reducir las diferencias entre sus Miembros, implementado mecanismos como la armonización gradual de políticas económicas y sociales. De manera que, aunque se haya puesto en duda, por algunos sectores de la doctrina, el valor normativo de la *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*,²¹ dado que su expedición corresponde a una Directriz Presidencial Andina y no a una Decisión del Consejo de Relaciones Exteriores o de la Comunidad Andina, la norma fundacional de la integración subregional con-

21. La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos fue expedida por el Consejo Presidencial Andino el 26 de julio de 2002. Tiene un corte progresista, tendiente a reconocer y proteger una amplia gama de derechos humanos, ya que allí se encuentran, al lado de los tradicionales derechos civiles y políticos o de primera generación, los derechos económicos y sociales y culturales, los derechos como el derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente; los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades afro-descendientes, y los derechos de grupos que requieren una protección especial, tales como las mujeres, los niños y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidades, migrantes, desplazados, personas con diversa orientación sexual, personas privadas de la libertad y refugiados apátridas.

tiene una concepción pensada en el ser humano como persona integrante de la sociedad comunitaria; tanto es así que uno de los mecanismos para lograr la integración es específicamente el desarrollo de programas sociales, a fin de elevar el nivel de vida de los habitantes de la subregión.

- A través de la *acción de nulidad*, el Tribunal de Justicia debe garantizar la legalidad del proceso de producción normativa comunitaria, velando especialmente para que las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, y las Resoluciones de la Secretaría General, respeten los derechos humanos reconocidos universalmente, en consonancia con los tratados internacionales a que la Carta Andina remite, y otras regulaciones comunitarias sobre derechos humanos.
- Por último, a través del *recurso por omisión*, el Tribunal debe garantizar que las actuaciones de los órganos comunitarios se ajusten a la normativa comunitaria y, específicamente para el caso de los derechos humanos, eventualmente se puede ordenar, al interior del Sistema Andino de Integración, la adopción de medidas o la abstención de conductas que garanticen el respeto de los derechos humanos.

En conclusión, la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Países Miembros, es un principio producto de la jurisprudencia del Tribunal Comunitario que, a su vez, debe basarse principalmente en la protección de los derechos humanos, para lo cual, incluso no requiere al interior de la Comunidad Andina una Carta de Promoción y Protección de los Derechos Humanos ya que la tabla de los mismos, al encontrarse ínsita en el concepto de persona, como tal, es obligación del juez, especialmente del comunitario, tenerla como fuente de interpretación de la normativa andina.

Control de las leyes tributarias y los efectos de su declaración de invalidez*

José Vicente Troya Jaramillo**

Este estudio analiza la potestad tributaria o de creación de tributos, los principios y cuestiones de orden tributario que obran en la Constitución Política ecuatoriana, el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y de las normas, con especial aplicación al ámbito tributario, y los efectos de ese control. Se circunscribe principalmente a legislación ecuatoriana, mas, brevemente se refiere a otros países. Incluye la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Ecuador.

FORO

LA POTESTAD TRIBUTARIA O DE CREACIÓN

La *potestad tributaria* o de creación, distinta de la *potestad de imposición* o de aplicación, se ha diversificado en años recientes. Corresponde al Congreso crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que se confieren a los organismos del régimen seccional autónomo. El modelo del Estado es unitario, mas, se enfatiza en la descentralización y en el potenciamiento de los entes del régimen seccional. Bien se puede afirmar que se han sentado las bases para que el Estado ecuatoriano deje de ser unitario y altamente centralizado y pase a ser unitario pero descentralizado. No se dan los problemas propios de los estados federales en que coexisten, en un grado mayor o menor, potestades tributarias o de creación entre éstos y sus estados, provincias o cantones que los integran.¹ Es el caso de México, de Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Brasil, Alemania, Suiza. Se suele afirmar y con razón que esas potestades son reconocidas constitucionalmente, y, que

* Documento presentado en el Seminario de Derecho Constitucional Tributario en Iberoamérica, México D.F. Guadalajara, 26 de junio al 11 de julio de 2006.

** Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

1. José Vicente Troya Jaramillo, *Derecho Internacional Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990, pp. 14 y ss.

preexisten por la propia construcción de los estados federales. De allí que no quepa hablar de potestades tributarias mayores y menores, cual ocurre en los estados unitarios descentralizados, sino de potestades proporcionadas a la magnitud de las entidades que sirven.² El problema, entonces, suele ser de coordinación entre esas diferentes potestades, singularmente en lo concerniente a casos límite. Además se puede prever sistemas para dirimir ese tipo de conflictos.³ Para toda esta masa crítica, tiene enorme importancia el entorno constitucional.

A los gobiernos provincial y municipal se les confiere la titularidad de una porción de la *potestad tributaria*, en la medida en que se les faculta crear, modificar y suprimir tasas o derechos y contribuciones especiales. Se excluyen los impuestos.⁴

Existen otros casos en los que la propia Constitución, aunque sea limitadamente, prevé que algunos organismos coparticipen de la *potestad tributaria*. El Consejo Nacional de la Judicatura *fijará el monto de las tasas por los servicios judiciales*. De acuerdo al nuevo sistema, el servicio de administración de justicia será pagado, salvo los casos penales, laborales, de alimentos y de menores.

Comporta un caso especial la *potestad tributaria* puntual y limitada que se concede al Presidente de la República para fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. Dentro de esta misma facultad se ha entendido la de imponer salvaguardias y derechos compensatorios en los casos previstos por las reglas de la Organización Mundial de Comercio y por las de la Comunidad Andina. De este modo se zanja una antigua discusión y se da solución apropiada a las urgencias del comercio internacional.

Varios organismos determinan y aplican tasas con ocasión de la prestación de servicios públicos y contribuciones especiales por mejoras y por gasto, sin que exista una base constitucional explícita. La disposición constitucional referente al punto dice: “Las tasas y contribuciones especiales se crearán de acuerdo con la ley”. De esta disposición se ha inferido que las entidades públicas autorizadas por ley pueden crear tasas. Tal el caso de los Ministerios de Agricultura y Salud, de las autoridades portuarias, las superintendencias de bancos, de compañías, de telecomunicaciones y otras.⁵

2. Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2004, 9a. ed., pp. 260 y ss.

3. José Vicente Troya Jaramillo, “Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho internacional tributario”, en *Foro: revista de derecho*, No. 3, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, pp. 5 y ss.

4. Marco Aguirre Apolo, *Manual de Derecho Tributario Municipal*, Municipio del Distrito Metropolitano, Quito, 1994, pp. 16 y ss.

5. Tasa y derechos en las dependencias del Servicio Nacional de Salud, Código de la Salud, R.O. 158 de 8 de febrero de 1971; tasas por los servicios de control e inspección para los Medios, Sistemas y Servicios de Radiodifusión, Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, R.O. 404 de 4 de septiembre de 2001; contribuciones a las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de Bancos, Ley General de Institu-

En el ámbito internacional el ejercicio de la *potestad tributaria* sigue teniendo como fundamento la voluntad de los estados. Aún no se ha reconocido su vigencia plena, de carácter autónomo y desvinculada de los mismos. Lo que ocurre es que la existencia de una soberanía internacional *per se*, se encuentra en vías de discusión y en proceso de formación. Esto afecta al orden tributario internacional. En la Constitución se potencia y enfatiza los principios del derecho internacional. En el num. 3 del art. 4, declara que el derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas. Entre otros, los tratados internacionales que comprometan al país en acuerdos de integración y los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o de la ley, estarán sujetos a la aprobación del Congreso. La *potestad tributaria* es una de las competencias más importantes que se derivan de la soberanía. La posibilidad, reconocida por la propia Constitución, de que sea atribuida a un organismo internacional o supranacional es trascendente. En los acuerdos de integración puede ocurrir tal situación. La atribución no comporta renuncia a la *potestad tributaria*, la cual por principio es irrenunciable. Sin embargo se la debe tener como una autolimitación, similar a la que ocurre cuando se concluyen convenios internacionales para evitar la doble imposición.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

La *potestad tributaria* en puridad de doctrina es ilimitada. A pesar de ello existen límites políticos y jurídicos a su ejercicio. Los primeros se dan por la existencia de otros estados que ejercitan sus potestades de creación de tributos y que de hecho, mutuamente, ocasionan restricción en dichas potestades. Los jurídicos se atienen a normas del propio sistema jurídico que condicionan y modulan el indicado ejercicio. Tales normas constan en la Constitución y se refieren principalmente a dos ámbitos, al de los principios que gobiernan la materia y al de las políticas tributarias.

ciones del Sistema Financiero, R.O. 250 de 23 de enero de 2001; tasas y contribuciones establecidas por el Consejo Provincial, Ley de Régimen Provincial, R.O. 288 de 20 de marzo de 2001, contribuciones establecidas por la Superintendencia de Compañías, Ley de Compañías, R.O. 312 de 5 de noviembre de 1999; tasas y contribuciones fijadas por los municipios, Ley de Régimen Municipal, R.O.-S 159 de 5 de diciembre de 2005; tasas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Ley de Propiedad Intelectual, R.O. 320 de 19 de mayo de 1998; tasas por los servicios que presta el Ministerio de Agricultura, Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, R.O.-S 144 de 18 de agosto de 2000; tarifas de las entidades portuarias, Ley General de Puertos, R.O. 67 de 15 de abril de 1976; contribución de gasto establecida por la Contraloría General, Ley Orgánica de la Contraloría General, R.O.-S 595 de 12 de junio de 2002.

El principio de legalidad, antes que una limitación, es un modo de cómo se ha de ejercer la *potestad tributaria*. Este principio se encuentra incluido de una manera más apropiada y amplia en la Constitución. La expresión “Solo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar y extinguir tributos”, se complementa con aquella que manda que se requerirá de expedición de una ley, entre otros casos, para crear modificar y suprimir tributos. Se reitera la necesidad de ley al tratar de las atribuciones del Congreso, a quien corresponde, entre otras atribuciones, la de establecer, modificar o suprimir mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos. Huelga advertir que la legalidad es propia de la actuación de las entidades públicas y que se atiende también a la administración tributaria. De allí que bien puede, a más de legalidad, y dentro de ella afrontarse el principio de reserva de ley que exige, de modo general, de tal instrumento, para la creación, supresión y modificación de tributos y para la modulación de sus elementos esenciales.

La Constitución faculta exclusivamente al Presidente de la República, entre otros casos, el proponer proyectos de ley mediante los cuales se establezcan, modifiquen o supriman impuestos. Se priva al Congreso, a otros organismos y a la iniciativa popular de la posibilidad de proponer proyectos de ley concernientes a impuestos. Esta restricción se explica en la experiencia corrida. Por la acción desaprensiva de algunos legisladores las modificaciones y reformas tributarias han sido inconsultas. Se han incluido cambios inapropiados y se ha emprendido en contrarreformas tributarias que han dado al traste con los afanes de racionalización y mejora del sistema tributario. Se confunde con frecuencia la implantación de un sistema tributario adecuado al país con la justa distribución de los ingresos en beneficio de las diferentes circunscripciones territoriales. A este último propósito, la Constitución contiene normas trascendentes que debidamente aplicadas coadyuvarán eficazmente a la descentralización. Sin embargo es indudable que se ha limitado la acción del Congreso en este campo, tanto más que con gran frecuencia los proyectos de ley incluyen en su texto fuentes impositivas de financiamiento. Quien resulta fortalecido en este campo, al igual que otros, es el Ejecutivo. Otra peculiaridad de la legislación tributaria es que no puede ser objeto de consulta popular. Para coadyuvar la acción legislativa del Congreso, se ha creado la Comisión de Legislación y Codificación integrada por siete vocales designados por el Congreso Nacional de fuera de su seno. El Congreso podrá delegar a esta Comisión el estudio y conocimiento de proyectos de ley, excepto de leyes tributarias y los calificados de urgencia económica. El principio de legalidad se ha atenuado y dulcificado. Ya no cabe, sin matizaciones, sostener el apotegma clásico de que no hay tributo sin ley. A lo más lo que se puede sustentar es que no hay impuesto sin ley. Los gobiernos provinciales y cantonales del régimen seccional autónomo, premunidos de la autorización constitucional, mediante ordenanza, están en la facultad de crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales de

mejoras. Para el caso, la expedición de ordenanzas comporta el ejercicio de su facultad legislativa. La Constitución consagra una autolimitación al ejercicio de la *potestad tributaria* del Congreso quien ostenta la facultad de establecer impuestos, tasas u otros ingresos, *excepto las tasas y contribuciones especiales que corresponda crear a los organismos del régimen seccional autónomo*.⁶ La creación, modificación o supresión de tasas y contribuciones por el Consejo Nacional de la Judicatura, las superintendencias y en general otras entidades debe efectuarse mediante la expedición de resoluciones de carácter general, que deben publicarse en el Registro Oficial.

La potestad de expedir normas, que no tienen necesariamente el carácter de reglamentos, se ha consagrado ampliamente en la Constitución, la cual faculta a los ministros de Estado *expedir las normas, acuerdos y resoluciones*. De modo similar, por permisión constitucional, la Contraloría General del Estado y el Banco Central pueden dictar regulaciones de carácter general. En los casos que no existan normas expresas, se debe entender que cuanto un organismo tiene la facultad de crear tasas y contribuciones, está investido de atribuciones para expedir actos administrativos de carácter general que sirvan a ese propósito.

El principio de legalidad, que según queda visto no es tan absoluto, concierne a la creación, modificación y supresión de tributos, mas, de acuerdo a la doctrina, se refiere también a los elementos esenciales de los mismos. Se debe reconocer que tal proyección del principio no tiene consagración explícita en la Constitución. El Código Tributario señala esos elementos. Parece razonable, aun desde la óptica constitucional, que se requiera de ley, ordenanza o norma apropiada para la creación, modificación o supresión de tributos, para regular sus elementos esenciales, pues de lo contrario se vaciaría de contenido el principio de legalidad. El problema radica en definir cuáles son esos elementos.

Es necesario por ello atender lo que dice la ley, en el caso el Código Tributario, que prevé que las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones y los reclamos y recursos. En tratándose del ilícito tributario, de acuerdo a las normas constitucionales, las infracciones y sanciones también han de obrar de ley. La doctrina puede servir de auxilio poderoso. Conocidos dichos elementos de la tributación la interpretación de las normas que a ellos se refieren, se ha de efectuar en forma restrictiva, pues, no cabe someter al principio de legalidad todo tipo de materias, lo cual vendría en desmedro de la efectiva determinación y recaudación de los tributos. Un caso particular es el mencionado que faculta al Presidente de la Repú-

6. José Vicente Troya Jaramillo, "La tributación de los entes locales", en *II Jornadas de Derecho Tributario*, San Cristóbal, Venezuela, Universidad Católica del Táchira, 2004, pp. 7 y ss.

blica fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. Se trata de una situación excepcional que no puede servir de asidero para interpretaciones analógicas. La facultad concedida al Presidente de la República para decretar la recaudación anticipada de impuestos y más contribuciones, declarado el estado de emergencia, no es una modificación a la *potestad tributaria* o de creación, sino una posibilidad extraordinaria de aplicación de los mismos. La delegación al Ejecutivo para que legisle en materia tributaria respecto de determinadas materias, durante un determinado lapso, es una institución desconocida en nuestro sistema.

Con ocasión del análisis del principio de legalidad cabe mencionar varias disposiciones que han adquirido rango constitucional y que modelan la *potestad tributaria*, la cual, por tanto, ha de ejercerse dentro de ciertos carriles predeterminados. El inciso tercero del art. 53 prevé que las personas con discapacidad tendrán tratamiento preferente en la obtención de créditos, exenciones y rebajas tributarias de acuerdo con la ley. El art. 54 concede a las personas de la tercera edad *tratamiento preferente tributario*, el cual obviamente, ha de obrar de ley. Según el inciso segundo del art. 59 las prestaciones del seguro social estarán exentas del pago de impuestos. El num. 2 del art. 84 determina que las tierras comunitarias estarán exentas del pago del impuesto predial. Estos tratamientos tributarios han preexistido en el sistema fundamentados en ley. Un buen sistema tributario se articula de un conjunto de pocos tributos, de fácil comprensión y manejo, productivos y que obedezcan a propósitos predefinidos de política fiscal. Su trazo no debe estar condicionado por deducciones, tratamientos, exenciones, incentivos, etc., que lo vuelven inelástico.

El inciso tercero del art. 271 referente a la inversión, dice: *El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.* Preocupa discernir si semejante prohibición concierne también a la *potestad tributaria*. En la legislación de fomento que derogó la reforma tributaria de fines de los ochenta, se preveía el otorgamiento de beneficios tributarios por determinados lapsos. Esta legislación se ha reimplantado en los últimos tiempos al expedirse varias leyes que otorgan beneficios similares. Parece al menos dudoso que por la vía contractual pueda el Estado comprometerse a no modificar el sistema tributario. Tal posibilidad pone en tela de duda el concepto mismo de soberanía, cuyo alcance puede ser limitado por medio de convenios internacionales, mas, no luce que lo sea por contratos de inversión. Posiblemente los efectos que se buscan con la norma transcrita, se logren de mejor manera con dichos convenios, tanto más que cualquier tratamiento favorable que se persiga con los contratos puede significar una ventaja para los países de los inversionistas.

La suscripción de convenios tributarios para someterse a un régimen predeterminado de pago en el Impuesto a la Renta y en el IVA no dio resultado, y a más de los

reparos constitucionales que pueden proponerse, es evidente que el sistema no funcionó, tanto que se lo derogó en forma urgente. Además, los tratamientos de excepción, siempre que no medien razones de interés público, social o de conveniencia general, son contrarios al principio de igualdad.

El principio de capacidad contributiva, no se encuentra reconocido como tal en la Constitución. Sin embargo, fluye de determinadas expresiones consignadas en la Carta Política. Este principio tiene un doble alcance: significa que únicamente las potenciales manifestaciones directas o indirectas de riqueza pueden ser objeto de tributación y configurar los hechos generadores de obligación tributaria; y al propio tiempo que los particulares han de contribuir de acuerdo a su capacidad económica. El primer alcance se refiere a los tributos en particular, debiéndose entender que un tributo que no toma como base una manifestación de riqueza es inconstitucional. No cabe que razones de género, raza, nacionalidad, condición familiar u otras, sirvan de fundamento para crear y aplicar tributos. La proporcionalidad aludida en el art. 256 debe entenderse en ese sentido. La obligación de todos los ciudadanos de *pagar los tributos establecidos por la ley*, consignada en el num. 10 del art. 97, debe comprenderse en el mismo sentido. El otro alcance, atinente a la capacidad económica de los particulares, concierne no a los tributos en particular, sino al sistema tributario en general. La Constitución proclama su voluntad de que el sistema tributario se configure de modo que los que tengan más capacidad económica, contribuyan más al sostenimiento de las cargas públicas. Para conseguir ese propósito un arbitrio de gran importancia es la implantación de tarifas progresivas. Ello no es posible en la imposición indirecta, en la cual el gravamen se traslada a través de los precios a los consumidores finales de bienes y servicios. Todo sistema tributario se integra de impuestos directos e impuestos indirectos. Así lo demuestra la situación real de las finanzas públicas. En este caso el postulado constitucional no puede verificarse en cada tributo aisladamente considerado, ni pretender exigir su vigencia irrestricta en el sistema tributario general. Se lo debe entender como una directiva que debe procurar concretar el legislador al expedir dicho sistema. No han faltado quienes han sostenido que la proporcionalidad referida en la Constitución excluye la posibilidad de que existan tarifas progresivas. Tal interpretación, absolutamente literal, y contraria a la equidad no ha prosperado.

La confiscación está expresamente prohibida. Se ha enunciado como un principio de la tributación *la no confiscatoriedad*. Al efecto, se ha sostenido que no caben tarifas impositivas excesivas. Es difícil establecer cuando ocurre esto. Los países desarrollados aplican, singularmente en el impuesto a la renta, tarifas muy elevadas, algunas que serían inconcebibles en nuestro medio. Lo que se denomina *la finanza extraordinaria* que se utiliza en casos de guerra, conmoción u otros similares, puede exigir la aplicación de tarifas muy elevadas, incompatibles en tiempos normales. Ello

relativiza aún más el principio de no confiscatoriedad. Los casos anómalos que puedan darse deben solucionarse dentro del marco de la capacidad contributiva. Otros principios aplicables al sistema tributario, antes que a los tributos en particular, son los de la generalidad e igualdad.

La igualdad es una aplicación al orden tributario del derecho consagrado en el num. 3 del art. 23 de la Constitución que proclama el postulado, siempre viejo y siempre nuevo, de que todas las personas son iguales ante la ley. Tampoco en el campo tributario caben discriminaciones o diferenciaciones de carácter personal. La verdadera igualdad tributaria tiene que ver con la capacidad contributiva. No puede significar que a todos se sujete a igual gravamen, sino que, antes bien, se ha de hacer las diferenciaciones requeridas a fin de que, en lo posible, el sacrificio que comporta la tributación sea similar para todos los contribuyentes. Por la generalidad, todos están obligados a contribuir y no caben privilegios. Los casos de exoneración se explican por razones de equidad, de orden e interés públicos, por mejor convenir a la administración de los tributos, por consideraciones de política fiscal, mas, de ninguna manera, por consideraciones personales. Las leyes y en general las normas que facilitan conductas elusivas, en virtud de las cuales los contribuyentes, particularmente en tratándose de la imposición directa, dejan de contribuir y de soportar el gravamen, puede considerarse violatorias de la generalidad y de la obligación de contribuir previstas en la Constitución.

La proyección extrafiscal de la tributación ha merecido desde hace algún tiempo reconocimiento constitucional. *Los tributos, además de ser medios para la obtención de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general*, proclama la Constitución. La política tributaria es un segmento de la económica. Para la cabal comprensión del enunciado transcrito es necesario aludir al tratamiento que la Constitución confiere a la política económica en general. De lo contrario, se puede incurrir en distorsiones. Al Presidente de la República le corresponde establecer las políticas generales y aprobar los correspondientes planes de desarrollo. La política económica y tributaria del Estado es una de las materias que no podrá descentralizarse. En el orden tributario esta atribución la ejercerá al proponer los proyectos de leyes tributarias y en general al definir el sistema tributario. Se debe tener en mientes que a él corresponde privativamente presentar dichos proyectos. Al propio Presidente corresponde la facultad de determinar los mecanismos y procedimientos para la administración de las finanzas públicas, uno de cuyos capítulos más importantes son los recursos, dentro de los cuales destacan los tributos. La disposición de materias, entre lo económico y lo tributario es de gran importancia. Según la Constitución, las leyes tributarias han de estimular la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional; la justa distribución de la riqueza entre todos los habitantes del país. Estos propósitos de política económica general no

se los puede alcanzar plenamente si se los persigue concomitantemente. Hasta un cierto punto, pueden lucir contradictorios. La Constitución no los prioriza y ello causa dificultad. Para clarificar el tema tiene importancia definir el modelo económico que define la Carta Política. Su art. 1 de modo paladino expresa que *El Ecuador es un estado social de derecho*. Este postulado puede servir en mucho para orientar la política económica y dentro de ella el instrumental tributario. De su lado, el art. 242 señala que la organización y funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad. Estos principios pueden dar luz para resolver la contradicción indicada. Es muy difícil que en estos temas no aparezca el ingrediente ideológico que pone énfasis y prioridad en unos propósitos o en otros. El art. 243 referente a los objetivos permanentes de la economía es necesario tenerlo en cuenta. Los mismos se refieren al desarrollo socialmente equitativo, regionalmente equilibrado, ambientalmente sustentable y participativo; a la conservación de los equilibrios macroeconómicos y al crecimiento suficiente y sostenido; al incremento y diversificación de la producción, orientados a la oferta de bienes y servicios de calidad satisfactorios para el mercado interno; a la eliminación de la indigencia, la reducción del desempleo y subempleo, el mejoramiento de la calidad de la vida y la distribución equitativa de la riqueza; y, la participación competitiva y diversificación de la producción en el mercado internacional. Aquí surge también un problema de priorización. Lo importante es que los propósitos extrafiscales de las leyes tributarias se han de entender dentro y en armonía con los que persigue el orden económico. Existen en determinados campos definiciones precisas de política económica que han de verse a través de la tributación. El num. 2 del art. 89 dispone establecer estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas. De su parte, el art. 72 prevé que las aportaciones, debe entenderse donaciones, para el sector educativo serán deducibles del pago de obligaciones tributarias en los términos que señale la ley. Estas dos últimas normas inciden en el sistema tributario, mas, sin lugar a dudas, son mandatorias. En eso se diferencian de otras que sirven para que el legislador modele un sistema tributario ideal.

Entre los derechos civiles que reconoce la Constitución, se encuentra el de la seguridad jurídica. Este postulado, dentro del derecho público administrativo de modo general, y dentro del tributario en particular, tiene enorme importancia, pues, en estos ámbitos, surgen mutuas relaciones entre la administración y los particulares, las que en gran medida se desenvuelven dentro de las facultades regladas que ella ostenta, las mismas que se han de sujetar al imperio de la ley. La Constitución, para asegurar el debido proceso, consigna una obligación de la administración que hasta hace poco tenía solo base legal. Dice la norma en su parte pertinente: *Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas serán motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que*

se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Coadyuvan a la seguridad jurídica la posibilidad de que los actos administrativos puedan ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; la expedición por parte de la Corte Suprema de normas obligatorias que diriman fallos contradictorios expedidos por las Salas de Casación, los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo o las Cortes Superiores; la facultad de los jueces y tribunales, la misma que antaño la ostentaba únicamente la Corte Suprema, de inaplicar un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales; y, los recursos de inconstitucionalidad de normas y actos administrativos, así como las acciones de amparo y los recursos de *habeas corpus* y *habeas data*.

A más de los principios específicos de la materia tributaria cuales son, principalmente, los de reserva de ley, de capacidad contributiva, de generalidad e igualdad, a los cuales se ha de someter el ejercicio de la potestad tributaria o de creación, debe considerar los derechos y garantías fundamentales entre los que se incluyen los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos que no deben vulnerarse con ocasión de la creación y aplicación de los tributos. Bien cabe aseverar que esos derechos y garantías constituyen límites de la potestad tributaria.⁷

EL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS LEYES

Lo incluido en los ítems 2 y 3 constituye el conjunto de cuestiones respecto de las cuales en el orden tributario obran la ley o normas con fuerza o función de ley, respecto de los cuales cabe que se produzca el control de constitucionalidad. En Ecuador el control de constitucionalidad lo puede ejercitar cualquier juez o tribunal respecto de la causa que conozca. Podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados internacionales. Esta declaratoria tendrá valor exclusivamente respecto del asunto puesto en su conocimiento. El juez o tribunal, en el caso, deberá, adjuntando un in-

7. José Vicente Troya Jaramillo, "Tributación y derechos humanos", en *Foro: revista de derecho*, No. 2, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2003-2004, pp. 5-54. El trabajo analiza los derechos humanos y los principios generales de la tributación consagrados en las constituciones andinas, haciendo especial referencia al principio de legalidad y al de irretroactividad de la ley tributaria. Además, analiza, en referencia a la órbita tributaria, el derecho a la vida, la protección a discapacitados, menores de edad y a personas de la tercera edad. Dentro de la misma perspectiva se afronta el principio de la no discriminación, el derecho a la privacidad, el secreto profesional, el derecho de propiedad.

forme, hacer conocer de la declaratoria al Tribunal Constitucional, organismo que resolverá con carácter general, lo que fuere pertinente. Esta facultad de los jueces se enmarca dentro del denominado *control difuso* de la Constitución.⁸

Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas en caso de conflicto de normas de diferente jerarquía, aplicarán la de jerarquía superior. Si se trata de conflictos entre normas de menor grado, entre ellas, leyes en pugna con las normas constitucionales, aplicarán estas últimas. Es un caso de *control oblicuo difuso obligatorio* que han de efectuar dichas autoridades, el cual puede referirse a normas legales en pugna con normas constitucionales. Aquí también existe un caso de inaplicación tácita respecto de un asunto concreto (art. 272, inciso segundo de la Constitución).

El *control constitucional concentrado* lo efectúa un organismo autónomo, el Tribunal Constitucional. En el Ecuador, salvo durante un breve lapso, desde 1967 a 1970, año en que surgió el régimen de facto, la Corte Suprema no ha ostentado la facultad de decidir sobre los recursos de inconstitucionalidad de carácter general propuestos en contra de leyes y otras normas, por vicios de forma o de fondo. Los países de América Latina han organizado la jurisdicción constitucional ateniéndose a los dos sistemas principales, ya por medio de las Cortes Supremas, ya por organismos independientes.⁹

Al Tribunal Constitucional compete, además de conocer las demandas o recursos de inconstitucionalidad en contra de actos normativos, las que se incoen en contra de actos administrativos. Respecto de la aplicación de estos últimos cabe que se proponga acción de amparo cuando se viole o se pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un convenio internacional.¹⁰ En el caso del amparo, el Tri-

8. En el caso 871-98 el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la inaplicación de las normas sobre contribuyentes que por inconstitucionales no ha tomado en cuenta en su pronunciamiento la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1. Sostiene que las normas inaplicadas sirvieron de base a la demanda y que por lo tanto no cabe inaplicarlas. Que ello puede ocurrir exclusivamente respecto de otras normas que surgieren posteriormente dentro de la litis.

El 28 de enero de 2003, caso 007, desecha la declaratoria de inaplicabilidad de la Resolución expedida por la Directora General del Servicio de Rentas Internas, por cuanto la misma no comporta el ejercicio de la facultad reglamentaria atribuida por la Constitución al Presidente de la República.

9. Néstor Pedro Sagüés, "Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina", en Pablo Pérez Tremps, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 9 y ss. El autor de este breve pero enjundioso estudio da razón de los varios sistemas que sobre la materia se observan en Estados Unidos, España, Italia, Alemania, Portugal y en varios países de América Latina.

10. El Tribunal Constitucional en la Resolución de 9 de marzo de 2005 (caso 039) acepta el amparo y dispone que el Servicio de Rentas Internas devuelva el Impuesto al Valor Agregado a la Unidad Ejecutora del Plan Integral de Desarrollo de los Recursos Hídricos de la Provincia de Manabí, según lo ha resuelto el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 4. El fundamento del amparo es el derecho a la seguridad jurídica previsto en el numeral 26 del art. 23 de la Constitución Política.

bunal Constitucional es juez de apelación.¹¹

La demanda de inconstitucionalidad en contra de las leyes y otras normas puede ser propuesta por el Presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales y los municipios, mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier ciudadano, previo informe del Defensor del Pueblo. La resolución que sobre ella recaiga es *erga omnes* y debe publicarse en el Registro Oficial. Un caso especial es el de los tratados o convenios internacionales. Las normas constitucionales han terminado por consagrar su preeminencia sobre las leyes orgánicas y ordinarias y han estatuido que serán aprobados por el Congreso Nacional únicamente los que conciernen a materia territorial o a límites, los que establezcan alianzas políticas o militares, los que comprometan al país en acuerdos de integración, los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o de la ley, los que se refieran a los derechos fundamentales de las personas y a los derechos colectivos y los que entrañen un compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley. Respecto de la materia tributaria se ve claro que la adhesión a la Organización Mundial de Comercio, OMC, en la que subyacen cuestiones tributarias, o los concernientes a la Comunidad Andina, CAN, en la que también aparece la faz tributaria, particularmente las Decisiones para evitar la doble imposición a las rentas y patrimonios, requieren la aprobación del Congreso.¹² La exigencia de tal aprobación no es tan clara respecto de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. El Ecuador tiene suscritos trece convenios bilaterales para tal propósito. La actitud del Legislativo ha sido vacilante. No en todos los casos se ha producido la aprobación del Congreso.

El 20 de marzo de 2002 (caso 861) niega el amparo por cuanto no se han violado los derechos de libertad de empresa, seguridad jurídica y debido proceso al negar la devolución de los derechos de salvaguardia establecidos por el Presidente de la República dentro del ordenamiento comunitario andino.

En el caso 173-2002, niega el amparo respecto de la disposición del Servicio de Rentas Internas de que no se autorizará la impresión de facturas hasta que el contribuyente no se encuentre al día en sus obligaciones tributarias, ya porque no se ha afectado al debido proceso, ya porque no cabe amparo respecto de actos que tienen efecto *erga omnes*.

En el caso 861-2001, niega el amparo por cuanto no se han violado derechos al negar la devolución de los derechos de salvaguardia.

11. Rafael Oyarte Martínez, "La regulación actual de los procesos constitucionales y su necesidad de reforma", en Pablo Pérez Tremps, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, pp. 25 y ss. El autor reflexiona sobre variadas cuestiones referentes al derecho procesal constitucional en el Ecuador, particularmente sobre las acciones de inconstitucionalidad de los actos normativos y administrativos, sobre el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, sobre el control ex ante de la constitucionalidad de las leyes.
12. José Vicente Troya Jaramillo, "La fiscalidad Internacional en la Comunidad Andina", en *Diritto Tributario Internazionale*, coordinato da Victor Uckmar, Padova, Italia, III Edizione, CEDAM, 2005, pp. 1433 y ss.

Los convenios sujetos a la aprobación del Congreso son los de mayor trascendencia. Previamente a la aprobación o improbación, el Tribunal Constitucional deberá dictaminar respecto de la conformidad del tratado con la Carta Política. Por cuanto en el Ecuador, el Congreso es el máximo árbitro en materia constitucional, se entiende que el dictamen no es vinculante, condición que se desprende de su facultad de interpretar de un modo generalmente obligatorio las dudas que se presenten sobre el alcance de las normas constitucionales. Actualmente los tratados internacionales no constan aludidos en forma expresa entre las normas sujetas a control por el Tribunal Constitucional. Así mismo, en la disposición que prevé la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma legal, no se encuentran consignados los tratados internacionales. Anteriormente sí constaba la prevalencia de la Constitución sobre los tratados. Ello ha llevado a sostener que el caso de los tratados es peculiar y que al igual que ocurre con las providencias judiciales, no están sujetos a control constitucional.¹³

La ley es el principal instrumento de la tributación. Es de reciente data en el derecho constitucional ecuatoriano, la diferenciación entre leyes orgánicas y ordinarias. En el orden tributario, hasta la presente, salvo el caso de la Ley Orgánica de Aduanas, todas las demás leyes son ordinarias y en esa condición cumplen con su función de normas de creación, modificación y supresión de tributos y de regulación de sus principales elementos. Corresponde al Congreso declarar que el Código Tributario es ley orgánica y que las demás de ese ámbito, tienen la calidad de ordinarias. De este modo se sustentaría la prevalencia del Código y para su modificación se requeriría no únicamente de la mayoría de los asistentes a las sesiones del Congreso, sino de la mayoría absoluta de sus integrantes.

El control constitucional concentrado se extiende a otras normas, que sin ser leyes propiamente dichas, tienen su fuerza o desempeñan su función, cuestión de importancia en el ámbito tributario, pues, mediante ellas ha de actuar el principio de reserva de ley y en general instrumentar todo el acervo constitucional tributario.

El Presidente de la República puede presentar al Congreso proyectos de ley calificados de urgencia económica. Entre ellos destacan los de carácter tributario. Si el Congreso no se pronuncia en treinta días, el Presidente de la República los promulgará como decretos leyes. La urgencia económica es calificada por el Presidente.

13. Rafael Oyarte Martínez, "La regulación actual de los procesos constitucionales y su necesidad de reforma", en *Derecho Procesal Constitucional*, p. 31. Este estudioso señala que de modo general los sistemas comparados no prevén el control *ex post facto* de la constitucionalidad de los tratados. Sustenta que por los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide* los instrumentos internacionales deben cumplirse sin que sea posible oponer normas de derecho interno. Habría que contrastar esta tesis con el principio que permite considerar el cambio fundamental de circunstancias, *rebus sic stantibus*, incluido en el Tratado de Viena.

Los consejos provinciales y las municipalidades ostentan facultad legislativa particular que se vierte en la expedición de ordenanzas. Mediante ellas pueden crear, modificar y suprimir tasas o derechos y contribuciones especiales.

El Presidente de la República puede expedir normas generales y obligatorias para fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. En general las entidades públicas, como aquellas referidas en la nota de pie de página 3, han de expedir normas generales y obligatorias, diferentes de los actos administrativos, para crear, modificar o suprimir tasas o derechos y contribuciones especiales, en ejercicio de leyes que les faculten al intento.

El Tribunal Constitucional del Ecuador fue creado en 1996, vale decir en fecha relativamente reciente. En estos diez años ha expedido numerosas resoluciones de control de constitucionalidad de leyes o normas con fuerza o función de ley. De entre ellas, pocas de carácter tributario. Es de anotar que la temática afrontada no ha sido muy amplia. En algunos casos el control se ha contraído a normas de menor jerarquía, especialmente de carácter reglamentario.

El Tribunal Constitucional de Bolivia comenzó a funcionar en 1999. Entre sus atribuciones consta la *de conocer y resolver los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a los dispuesto en esta Constitución* (art. 119 VII 4a. de la Constitución). La Ley del Tribunal Constitucional aclara que se trata de recursos de inconstitucionalidad (art. 7 num. 3 de la Ley).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela comenzó a funcionar en enero de 2000. Está facultada para conocer la acción de control directo y abstracto de constitucionalidad de normas y actos con fuerza de ley, abierta a cualquier persona sin necesidad de invocar un interés especial y sin que operen plazos de caducidad (arts. 335 y 336 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional del Perú comenzó a funcionar en junio de 1996. Está facultado para conocer la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso y ordenanzas municipales que vulneren la Constitución.

En relación al principio de reserva de ley, el Tribunal Constitucional del Ecuador, en el caso 39-2002, contrariando pronunciamientos anteriores, por mayoría de votos, sustenta que la expresión *las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley*, no significa que pueda expedirse una ley autorizante, a fin de que una determinada autoridad pueda crear tasas o derechos y contribuciones especiales. Desatinadamente se sostendría que para la creación de cada uno de estos tributos se requeriría de ley expresa. Hay que diferenciar entre ley autorizante y ley de creación. Este pronunciamiento tiene relación con el que aparece en el caso 017-2002

que bajo el supuesto contrario, es decir, que es constitucional la existencia de una ley autorizante para la creación de los mencionados tributos menores, se ejerza esa facultad vía reglamentaria. En el supuesto, la Superintendencia de Telecomunicaciones, facultada por ley, creó tasas o derechos de control a base de la expedición de reglamento. En el caso 045-2001, igualmente, se acepta que, facultado por ley habilitante, el Ministro de Energía y Minas, pueda establecer tasas por los servicios de regulación y control de la actividad hidrocarburífera.

En el caso 020-2002, se declara la inconstitucionalidad de las tasas judiciales, creadas mediante reglamento, en cuanto se refiere a las acciones de amparo y otras que sirven de garantía a los derechos proclamados por la Constitución. Expresamente se resuelve que las tasas judiciales se han de aplicar únicamente a las causas que ordinariamente conoce la Función Judicial. Es de advertir que en Ecuador no existen jueces especiales para las acciones de amparo y otras similares. Las mismas se proponen antes los jueces que integran la Función Judicial, los cuales conocen esas causas y otras que naturalmente les corresponde, de acuerdo a su competencia ordinaria. El Consejo Nacional de la Judicatura tiene facultad constitucional para fijar tasas. Para el efecto debe expedir resoluciones generales y obligatorias, sin que sea necesario ley especial o reglamento. Aquí la reserva de ley se cumple a base de tales resoluciones generales y obligatorias.

El caso 126-2001 reconoce la inconstitucionalidad del incremento del IVA del 12 al 15%. Para lograr ese incremento el Presidente de la República remitió al Congreso un decreto urgente, el cual fue negado en esta parte. Posteriormente, el Presidente objetó el pronunciamiento del Legislativo y al hacerlo redujo el incremento del IVA del 12 al 14%, modificación que en su criterio, no fue rechazada en tiempo oportuno. La inconstitucionalidad se refiere al oficio enviado por el Presidente, aduciendo tal falta de rechazo, con el cual no se remedia la violación del principio de reserva de ley. Es de advertir que se conoce como decreto ley, que tiene valor de ley, aquél decreto urgente remitido por el Ejecutivo al Congreso que comienza a regir cuando no existe pronunciamiento dentro de treinta días.

La Resolución conjunta de los Superintendentes de Bancos y de Compañías y de la Directora General del Servicio de Rentas Internas, caso 13-2001,¹⁴ mediante el cual, para los casos de reexpresión monetaria, se explicitan los casos en los cuales tal procedimiento es gasto, y en los que es ingreso que genera obligaciones tributarias,

14. José Vicente Troya Jaramillo, "Finanzas públicas y Constitución en el Ecuador", en Juan Zornoza Pérez, coord., *Finanzas públicas y Constitución*, Quito, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 76 y ss. Se hace constar en el estudio, que los casos son tomados del trabajo presentado por los alumnos Wladimir Salazar González y Diego Andrés Parra, en la asignatura Derecho material tributario, año académico 2003-2004, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

no cabe que se declare inconstitucional, pues, se basa en expresas disposiciones de la Ley de Régimen Tributario Interno. Es bien sabido que el principio de legalidad y más precisamente el de reserva de ley, se desenvuelve en dos ámbitos, en el uno se considera de modo general y absoluto que los tributos, salvos casos puntualmente previstos en la Constitución, deben crearse, suprimirse y modificarse mediante ley; en el otro, se consideran que han de obrar de ley los elementos esenciales de los tributos. Es evidente que uno de esos elementos debe encontrarse consignado en una norma legal, lo que ocurre en este caso.

En el caso 033-2001, hay que diferenciar dos cuestiones: la una relativa al cobro de derechos por los registradores de la propiedad, que si bien corresponde fijarlos por el Consejo Nacional de la Judicatura, no es asunto tributario, pues, tales emolumentos no son ingresos públicos, ni tienen las características propias del instituto tributo; y la otra el gravamen, sea impuesto o tasa, que se establece por el uso de la información de los libros que tienen a su cargo los registradores de la propiedad, información que es pública y que reposa en los libros y archivos a su cargo. Respecto de ese gravamen o tributo, el Tribunal Constitucional, en forma certera, considera que no se lo puede tener como tasa judicial y por ello no es de competencia del Consejo Nacional de la Judicatura.

En el caso 012-2003 se reconoce que la falta de absolucón de una consulta tributaria, por no haberse provisto a la administraci3n de elementos de juicio suficientes, no contraría el derecho de petici3n. Sustenta además que la absoluc3n a la consulta no es en estricto sentido acto administrativo, por lo cual no cabe impugnaci3n en contra de ella. Lo que procede es, a juicio del Tribunal, proponer la impugnaci3n en contra de los actos administrativos de determinaci3n de obligaci3n tributaria. La conclusi3n que fluye es que frente a la consulta no procede recurso alguno, ni siquiera de carácter constitucional.

En el caso 094-2004 el Tribunal resuelve que el reconocimiento de la condici3n de contribuyentes especiales no es inconstitucional, como no son las obligaciones derivadas de dicha situaci3n jurídica. Para llegar a esta conclusi3n discierne sobre los principios de igualdad y capacidad contributiva, así como de proporcionalidad, de los cuales se infiere que no cabe dar a todos los contribuyentes el mismo tratamiento. La dificultad de interpretar estos principios, salvo los de legalidad y capacidad contributiva, no tan claramente reconocido por la Constitución, es la de que según el texto constitucional los mismos son aplicables al sistema tributario, no necesariamente a los tributos en particular, varios de los cuales, principalmente los indirectos, riñen claramente con tales principios y sin embargo, en los hechos es imposible derogarlos. Los principios tienen un valor meta jurídico, es decir, son tomados en cuenta antes de expedir las normas y luego pueden servir de base para su interpretaci3n. En re-

sumen, es muy riesgoso y difícil reconocer que un tributo es inconstitucional porque no cumple los principios de generalidad e igualdad.

El caso 016-2002 *concluye que la atribución presidencial para establecer, reformar o suprimir aranceles tiene como condición sujetarse a los convenios internacionales, para el caso, el Convenio Complementario en el Sector Automotor que, publicado en el Registro Oficial forma parte de la legislación a la que debe someterse toda la norma interna y en el que el Ecuador se comprometió a establecer los aranceles allí fijados.* Tal razonamiento no es objetable si se considera que el Presidente de la República hizo uso de las atribuciones contempladas en el art. 15 de la Ley Orgánica de Aduanas, tanto más, que en el Ecuador, vía constitucional, se ha reconocido la preeminencia de los tratados internacionales sobre las leyes, sean éstas orgánicas u ordinarias, mas, si se considera que la atribución del Presidente no solo surge de la ley, sino también, y principalmente, de la Constitución (art. 257 inciso tercero), puede haber cambiado el sentido de la resolución, o al menos, debe habérsela complementado, con la incorporación de este punto constitucional.

En el caso 8-2000 el Tribunal Constitucional no acepta el recurso de inconstitucionalidad propuesto en contra del Reglamento de Facturación y del literal d) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas que establece las guías de remisión para el transporte de mercaderías so pena de decomiso, normas que a juicio de los demandantes violan el principio de buena fe, el derecho a ser sancionado solo mediante ley previa, el derecho a transitar libremente por territorio nacional, la libertad de empresa, el derecho a la propiedad privada, la libertad de trabajo, la seguridad jurídica y la prohibición de confiscar bienes privados. La Resolución sustenta que se trata del cumplimiento de obligaciones formales por los contribuyentes, los cuales no afectan los derechos y garantías mencionados y que la incautación no es confiscación. Exhorta a la Administración para que promueva la difusión del Reglamento de Facturación.

En el caso 181-2000, respecto de la exoneración, deja en claro *que la excepción de no pagar impuestos, es decir la exoneración, no puede constituir un derecho humano que pueda ser alegado por ninguna persona, mucho menos puede tener las calidades de derecho irrenunciable e intangible.* Sustenta, además, que las exoneraciones se basan en motivaciones económicas, sociales, políticas o de equidad; en todo caso en razones de interés público. Añade que también obedecen a finalidades de política fiscal.

En los casos 019, 048, y 037-2000, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad por la forma de las Resoluciones 0151 y 0255 expedidas por la Directora General del Servicio de Rentas Internas por haberse producido previamente la derogatoria del art. 115 del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Régimen

Tributario Interno. El art. 8 c) de la Ley que crea el Servicio General de Rentas Internas faculta a la Entidad expedir resoluciones de carácter general y obligatorio que no deben contrariar las normas legales y reglamentarias. Éste no es el caso presente. La base última para disponer y regular las retenciones por parte de la administración se encuentra en el art. 45 de la Ley de Régimen Tributario Interno. La tesis del Tribunal de que para que se aplique la ley es indispensable la existencia de reglamento no es atendible, como no lo es que el Presidente de la República es la autoridad que ostenta en forma exclusiva la facultad reglamentaria.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, constituido en Sala Constitucional, el 21 de noviembre de 2000, declara sin lugar la acción de nulidad parcial por razones de inconstitucionalidad en contra de lo dispuesto en el encabezamiento de la norma prevista en el art. 28 del Decreto-Ley No. 3145 de 16 de septiembre de 1993, mediante la cual se promulgó la Ley de Impuesto al Valor Agregado publicada en la Gaceta Judicial No. 35.304 de 24 de septiembre de 1993. La Sala manifiesta que el hecho de que el consumidor final sea quien soporte el gravamen no atenta contra el principio de reserva de ley estatuido en la Constitución.

EFFECTOS

La admisión del amparo o la inaplicación que haga un juez, frente a un caso concreto, por considerar que una norma, podría ser una ley, riñe con la Constitución, producen efectos respecto del asunto particular de que se trate. La declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo conlleva su anulación. La declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, que de suyo produce efectos generales y obligatorios, la deja sin efecto, mas no produce efectos retroactivos. La que interesa es esta última.

El Tribunal Constitucional del Ecuador es un organismo autónomo e independiente de la Función Judicial. Administra justicia constitucional, de tal manera que no cabe duda que, dentro de su ámbito, expide resoluciones que tienen el valor de sentencias; de ninguna manera puede conceptuárselas como actos administrativos. Al punto se refiere Luis Ávila, quien asevera que la sentencia constitucional es un acto jurisdiccional con contenido político, sumando a esto la cualidad integradora e interpretativa del derecho que tienen las sentencias constitucionales.¹⁵ El contenido político es de mayor recibo en la interpretación que efectúan tribunales constitucionales

15. Luis F. Ávila, *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 24. El autor glosa los conceptos de Fernández Segado.

independientes de las funciones judiciales; lo es menor cuando el control constitucional está atribuido a ellas.

Según dispone el art. 256 de la Constitución, los tributos son medios para acopiar recursos públicos e instrumentos de política económica general. Esta norma es de particular importancia en el país, singularmente porque desde que se abandonó la moneda nacional, el sucre, y se adoptó como tal el dólar norteamericano, virtualmente Ecuador quedó sin la posibilidad de actuar políticas monetarias y cambiarias. Hoy la política económica, en parte más que significativa, se vierte en los tributos y en el gasto público. La mencionada disposición precisa aún más y prevé que: *Las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país.* Estos propósitos de política tributaria con resonancia económica, pueden considerarse excluyentes, pues, el estímulo a la inversión no siempre va en la misma dirección que la distribución de la riqueza. Al menos puede ocurrir una discrepancia en cuanto a su priorización y énfasis, los cuales vienen resueltos con criterios ideológicos adoptados, en determinado momento, por la clase en el poder. En caso de proponerse acciones de inconstitucionalidad contra leyes tributarias puede aflorar el cariz político, que el tribunal que administra justicia constitucional no puede ignorar.

Caben tres posibles proyecciones de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes: la suspensión, la derogación o la anulación.¹⁶ En la suspensión queda pendiente la acción del Congreso que puede proceder a la derogación de las normas. En la derogación producida gracias a la declaratoria de inconstitucionalidad emitida por el Tribunal Constitucional, debe entenderse que el Congreso ya nada puede hacer. En el Ecuador no ocurre, al menos en tratándose de normas, que *de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad surja efectos abrogativos y erga omnes hacia el futuro, pues la norma o el acto declarados inconstitucionales desaparecen del ordenamiento, tal y como si hubieran sido derogados.*¹⁷ La anulación, a menos que se la entienda como abrogación, es propia de los actos administrativos; no es compatible con la naturaleza de los actos normativos. En el Ecuador ocurre la suspensión de efectos. Según el numeral 1 del art. 276 de la Constitución, en caso de inconstitucionalidad de leyes, por la forma o por el fondo, compete al Tribunal Constitucional *suspender total o parcialmente sus efectos.* Coadyuva a sostener esta tesis el hecho de que,

16. *Ibidem*, pp. 29 y ss. El autor se refiere a esta temática in extenso. Da cuenta del sistema ecuatoriano y del que se observa en otros países.

17. Rubén Hernández Valle, "Los efectos de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad", en Pablo Pérez Tremps, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 192 y ss.

cuando se trata de la inconstitucionalidad de actos administrativos, según el num. 2 del propio artículo, *la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto*. Además, al Congreso corresponde reformar la Constitución e interpretarla con carácter generalmente obligatorio. (arts. 130 num. 4 y 284 de la Constitución) Esta última norma prevé que: *En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio*. De todo este acervo normativo fluye que el alcance de la declaratoria por parte del Tribunal Constitucional alcanza la suspensión de efectos y de que en el orden constitucional prevalece la acción del Congreso, árbitro último de la constitucionalidad.

Estas reflexiones son aplicables de modo cabal a las leyes tributarias y a las normas con fuerza o función de ley. Dicho de otro modo, la declaratoria de inconstitucionalidad de tales normas tiene efectos generales y obligatorios suspensivos y no se retrotrae a situaciones anteriores.

Respecto de los efectos secundarios de la declaratoria de inconstitucionalidad, Rubén Hernández Valle, propone cuestiones de interés. Así sustenta que *si la sentencia que declara inconstitucional un principio tributario contenido en una ley del impuesto sobre los bienes inmuebles, las leyes en materia de rentas o de ventas que contengan el mismo principio serán también inconstitucionales*. Semejante cuestión no se ha planteado en el Ecuador. Igualmente el autor asevera que *un reglamento fundado sobre una ley declarada inconstitucional deviene también inconstitucional por carecer de fundamento jurídico válido*. Tampoco se ha presentado en el país esta cuestión.¹⁸

18. Rubén Hernández Valle, "Los efectos de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad", pp. 193-194.

En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales

Santiago Andrade Ubidia*

Este artículo, introductorio al tema, señala la importancia y la actualidad del mismo, distingue entre el juicio declarativo de reconocimiento de las sentencias extranjeras y los laudos arbitrales, los sistemas de reconocimiento y los requisitos de regularidad, el marco legal y los instrumentos internacionales vigentes en Ecuador, el juez competente para conocer del proceso de reconocimiento y la vía correspondiente, los requisitos que deben reunir las sentencias extranjeras y los laudos internacionales para ser reconocidos en caso de que existan tratados y convenios vigentes y en caso de que no existan tales instrumentos, caso en el cual debe aplicarse la reciprocidad o analogía internacional; si cabe pedir la ejecución sin alcanzar previamente el *exequatur* cuando se amparan en un tratado o convenio internacional, y la ejecución de la sentencia y el laudo reconocidos. Concluye con la lista de los países que han ratificado los instrumentos internacionales de los cuales Ecuador es parte.

FORO

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en una época que se caracteriza por los cambios vertiginosos en todos los órdenes de cosas. Las facilidades de las comunicaciones han acortado los tiempos y las distancias, la economía y los negocios se han internacionalizado, la globalización golpea las fronteras y los conceptos de soberanía nacional, todo lo cual obliga a modificar los paradigmas.¹

* Vicerrector de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, presidente de su Comité de Doctorado. Profesor principal del Área de Derecho de la UASB.

1. Una exposición muy interesante acerca del espectacular avance científico y tecnológico en los últimos sesenta años y de sus incidencias en las sociedades y el derecho, trae Andrea Viviana Sarra, *Comercio electrónico y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001, 1a. reimp., pp. 3 y ss.

Ciertamente que el derecho no puede quedarse a la zaga en un mundo en que presenciemos cómo se acortan las distancias, los negocios se concluyen en tiempo presente aunque cientos y aún miles de kilómetros separen a los contratantes y sin que sea óbice para ello el que haya fronteras de por medio, las que tienden a borrarse. Los increíbles avances de la ciencia y la tecnología han modificado los mecanismos y “provocan revolucionarias alteraciones en los instrumentos y en los procedimientos de asunción y de cumplimiento de derechos y obligaciones, y en que la adquisición de aquellos y la satisfacción de éstos trascienden los límites territoriales de la vigencia del derecho nacional”.²

El tema de la ejecución de las resoluciones judiciales y de los laudos arbitrales no es nuevo, pero conforme se incrementa el tráfico mercantil transfronterizo y aun las relaciones de índole no patrimonial, van presentándose con mayor frecuencia los casos en que se pretende ejecutar determinadas resoluciones judiciales y laudos arbitrales.

Como se ha dicho antes, hay que modificar los paradigmas y, superando los estrechos límites de la soberanía de los Estados, procurar que las sentencias y otras resoluciones judiciales, así como los laudos de los árbitros se reconozcan y se lleven a ejecución, a fin de que las fronteras no sean utilizadas como medio para burlar la acción de la justicia.

Hay una tendencia general a ampliar el ámbito de reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras:³ inicialmente se redujo a materia civil y mercantil, pero paulatinamente han ido ingresando otras materias. Actualmente, por ejemplo, en el campo de la niñez y la adolescencia existen varios instrumentos internacionales que establecen la obligación de los Estados de cooperar en campos como el de la responsabilidad paterna y la adopción de medidas para la protección de niños, niñas y adolescentes, sobre adopción y restitución internacional de menores, mirando siempre el interés superior del niño. En el campo penal, sin embargo, parece ser que hay mayor resistencia. Sobre el tema, Larrea Holguín señala: “La exclusión del ámbito de lo penal se explica dada la territorialidad de la competencia de tales materias, de tal forma que la sentencia dictada en el extranjero muchas veces sería dictada por un tribunal incompetente según la ley del Estado en el que se pretendiera aplicar dicha sentencia”.⁴ Sin embargo, la necesidad de la cooperación internacional para la represión

2. Jorge Antonio Zepeda, “Homologación de sentencias extranjeras”, en *Derecho Procesal Moderno*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1988, 1a. ed., p. 489.

3. Juan Larrea Holguín, *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998, 6a. ed. actualizada, p. 334.

4. Ver los siguientes instrumentos internacionales que han sido ratificados por Ecuador: *la Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con Respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de Menores* (La Haya, 19.10.1996, R.O. No. 277 de 17.03.1998); *la Conven-*

de la delincuencia organizada, especialmente transnacional está poniendo en duda la validez de estas afirmaciones.

El presente trabajo pretende realizar una introducción al complejo tema de por qué se reconocen las sentencias extranjeras y los laudos internacionales y cómo se los ejecuta. En el futuro, con la ayuda de Dios, se lo desarrollará en una obra de mayor aliento.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Debe distinguirse entre el reconocimiento de la sentencia firme y su ejecución. Como señala Goldschmidt: “no hay ejecución sin reconocimiento, pero sí puede haber reconocimiento sin ejecución”;⁵ esto ocurre, precisamente en el caso de una sentencia meramente declarativa (v. gr. que se limita a declarar la inexistencia del derecho pretendido) que no puede ser ejecutada; igual ocurre con una sentencia constitutiva; en cambio, en una sentencia de condena que impone al deudor ejecutar una prestación (v. gr. pagar una cantidad determinada de dinero) se precisa de una realización material, que si no se la efectúa “voluntariamente”, se llevará a cabo por la fuerza (ejecución forzada).

Boggiano señala que mientras las sentencias declarativas y constitutivas tan solo son susceptibles de reconocimiento, las sentencias de condena pueden recibir reconocimiento y además ejecución, y añade que solamente para preparar la vía ejecutiva de una sentencia extranjera se exige el trámite incidental del *exequatur*, o sea en las sentencias de condena, ya que en las constitutivas o meramente declarativas no cabe la ejecución. En los casos de estas dos clases de sentencias “se puede reconocer la eficacia de una sentencia extranjera examinando si se han reunido los requisitos exigidos a este efecto, sin necesidad de promover el incidente de *exequatur*”.⁶ Por ejemplo, si en un proceso que se sigue en Ecuador se alega que hay cosa juzgada por haberse seguido un juicio en nación extranjera que concluyó con sentencia desestimatoria por inexistencia del derecho pretendido, y para probar esta excepción se presenta copia debidamente autenticada de la sentencia que contiene tal declaración; en esta hipótesis el juez nacional puede reconocer esa sentencia extranjera aunque no se haya seguido el proceso de homologación que concluiría en una sentencia de *exequa-*

ción Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 15.07.1989, R.O. No. 682 de 14.10.2002).

5. Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002, 9a. ed., No. 368, p. 481.

6. Antonio Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, NexisLexis Abeledo-Perrot, 2003, 4a. ed., p. 292.

tur.⁷ Sin embargo, debe advertirse que, si se pretende marginar en el Registro Civil la sentencia de divorcio dictada en el extranjero respecto de un matrimonio que, habiéndose igualmente celebrado en el extranjero, se ha inscrito en el Ecuador, es necesario que previamente sea “reconocida” por el juez de lo civil, al igual que cualquier sentencia que verse sobre el estado civil, conforme lo dispone la Resolución Obligatoria dictada por la Corte Suprema de Justicia el 14.06.1954.⁸

El reconocimiento implica un proceso de conocimiento “de asimilación de un acto jurídico ajeno al sistema normativo propio, por lo que se regula por las normas de conflicto del derecho interno y por el derecho internacional”;⁹ en cambio, una vez producida la “nacionalización” del fallo, su ejecución compete exclusivamente al derecho interno.

En palabras de Santiago Sentís Melendo, “la finalidad del juicio de reconocimiento no puede ser otra que la de determinar si una sentencia extranjera se le puede dar la consideración de sentencia nacional, esto es, si se le puede reconocer el valor de cosa juzgada y si se puede proceder a su ejecución, pero sin modificar su contenido”.¹⁰

El proceso de reconocimiento se inicia con el planteamiento de una pretensión declarativa, hecha valer mediante el ejercicio de la acción que persigue la determinación de si a la sentencia extranjera se le puede dar la consideración de una sentencia nacional; abre la posibilidad de la reacción a la pretensión, por ello debe contarse como legítimo contradictor con la persona en contra de la cual se pretende ejecutarla; permite el debate que es dirigido por el juez, y culmina con la decisión jurisdiccional que, de ser estimatoria, recibe el nombre de sentencia de reconocimiento o *exequatur*.¹¹

7. Jorge Antonio Zepeda, “Homologación de sentencias extranjeras”, en *Derecho Procesal Moderno*, p. 490 señala que “se confunde, a las veces, el resultado (*homologación*) con el proceso o procedimiento (*reconocimiento, calificación*) o con la sentencia que finalmente lo produce (*exequatur*); y el *exequatur* mismo, por razones etimológicas obvias (*ejecútese*) se identifica en ocasiones con lo que no es más que una providencia de exequendo (literalmente: *lo que debe ser ejecutado*), que igual puede ser referida a una resolución nacional o interna que a una extranjera”.

8. El texto de la arte resolutive es el siguiente: “Los Jefes de Registro Civil se abstendrán de anotar el divorcio declarado por un juez de otra nación, y, en general, cualquier fallo sobre estado civil, mientras no se les notifique la sentencia ejecutoriada del juez ecuatoriano que autorice dicha anotación para los efectos consiguientes, so pena de la responsabilidad del funcionario respectivo” R.O. 547 de 22.06.1954 y G.J. S. VIII No. 4, reproducida en G.J. S. XI No. 10, p. 1516. Sin embargo, algunos abogados inescrupulosos pretenden sorprender al juez de lo civil solicitándole, en trámite de jurisdicción voluntaria, el reconocimiento de sentencias de divorcio dictadas en el extranjero respecto de matrimonios celebrados en el Ecuador, en que uno de los contrayentes (o los dos) ha sido ecuatoriano, no obstante la disposición imperativa del art. 129 del Código Civil según la cual estos matrimonios únicamente pueden disolverse por sentencia de jueces ecuatorianos.

9. Jorge Antonio Zepeda, “Homologación de sentencias extranjeras”, en *Derecho Procesal Moderno*, p. 490.

10. Citado por Monroy Cabra, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Temis, 2006, 6a. ed. p. 293.

11. Jorge Antonio Zepeda, “Homologación de sentencias extranjeras”, en *Derecho Procesal Moderno*, p. 498.

Los tratadistas han señalado que el reconocimiento y la eventual ejecución de las sentencias extranjeras son necesarios para “realizar la armonía internacional de las decisiones, principio fundamental del D.I.Pr. (Derecho internacional privado) comparado”¹² y se añade que “una *justa solución uniforme* exige cierto control de la decisión extranjera, porque es razonable que los Estados no reconozcan cualquier solución foránea dispuesta aun por sentencia judicial”; y de aquí surge una conclusión muy importante: “Por consiguiente, *el control de las sentencias extranjeras es universalmente admitido en el derecho comparado*”.¹³

De por medio hay la delicada cuestión respecto de los criterios que debe seguir el juez requerido de reconocimiento o ejecución de una sentencia extranjera. Si tenemos presente que la jurisdicción emana de la soberanía, “y como ésta tiene por límite el territorio sobre el que se ejerce, la sentencia solo produce efectos jurídicos dentro de ese territorio”;¹⁴ pero la cooperación judicial internacional impone que se reconozca y se otorgue efectos a una sentencia de un juez extranjero. Como señala Monroy Cabra: “Por razones de seguridad jurídica y de conveniencia recíproca, casi todos los Estados les reconocen validez a sentencias y laudos arbitrales proferidos en el extranjero y permiten su ejecución como si hubiesen sido dictados por sus propios jueces, si bien difieren en cuanto a los requisitos que exigen para ello”.¹⁵ De lo anterior, se concluye que la materia del *exequatur* pertenece al derecho internacional privado (el determinar por qué se les da valor) y al derecho procesal (cómo se les da valor, o sea el procedimiento para reconocerlas y ejecutarlas).

Sin entrar en la complejidad de las teorías acerca de la jurisdicción internacional del juez extranjero (que es materia del D.I.Pr.), se ha de señalar que hay legislaciones que niegan eficacia a la sentencia extranjera, cada vez menos numerosas; y otras la reconocen; dentro de estas últimas, hay fundamentalmente dos sistemas:

- a) El de reconocimiento automático, según el cual la sentencia extranjera tiene valor y eficacia en el Estado independientemente de todo procedimiento y con anterioridad a él: se señala que es el sistema alemán, en cuanto da a la sentencia extranjera la eficacia de cosa juzgada. Este sistema se va abriendo paso, por ejemplo, en la Unión Europea, desarrollando lo que dispone el Convenio de Bruselas de 27.09.1978, el Reglamento 44/2001 de 22.12.2000 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su art. 33, declara que las resoluciones dictadas en

12. Antonio Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado*, p. 292.

13. *Ibidem*.

14. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, p. 292.

15. *Ibidem*, p. 292.

un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno, pero en caso de discusión el procedimiento aplicable para la ejecución es aplicable al reconocimiento, y en los arts. 34 y 35.1 se señalan los casos en que no se reconocerán las resoluciones, pero en el art. 36 sienta un principio fundamental: “Las resoluciones extranjeras en ningún caso podrán ser objeto de una revisión en cuanto al fondo”;

y,

- b) el sistema que establece el requisito de la sentencia de *exequatur* como requisito indispensable para el valor y la eficacia de la sentencia extranjera, de manera que únicamente mediante este procedimiento adquiere eficacia jurídica.

Larrea Holguín clasifica en cuatro grupos a los países de acuerdo a sus sistemas de reconocimiento:

- a) Pocos países que no reconocen las sentencias extranjeras: señala entre ellos a Canadá, Suecia, Dinamarca;
- b) aquellos que reconocen únicamente a base de un tratado internacional;
- c) los que aplican el principio de reciprocidad; y,
- d) países que reconocen las sentencias extranjeras que reúnan ciertos requisitos de “regularidad”.¹⁶

El art. 414 del Código de Procedimiento Civil manifiestamente aplica el sistema de “regularidad” que, en palabras de Larrea Holguín, parece el más conveniente y el que tiende a imponerse,¹⁷ ya que si bien distingue según haya tratado o convenio o no lo haya, pero en los dos casos exige que no se contravenga el derecho público, ni ninguna ley nacional, pero en el caso de los fallos provenientes de países con los que no se tiene tratado o convenio vigente, habrá sin embargo que examinar cuál es el tratamiento que se da en esos países a los fallos ecuatorianos.

En efecto, muchos países exigen la reciprocidad o niegan el reconocimiento si en el otro país no se aplican sus fallos.

En los países andinos, Bolivia,¹⁸ Chile,¹⁹ Perú²⁰ y la República Bolivariana de Venezuela²¹ establecen expresamente el principio de la reciprocidad.

16. Juan Larrea Holguín, *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*, p. 335.

17. *Ibidem*, p. 336.

18. Arts. 553 y 554 del C.P.C.

19. Arts. 243 y 244 del C.P.C.

20. Art. 2102 inc. 2o. del Código Civil y 838 del C.P.C.

21. Art. 850 inc. 2o. del C.P.C.

Coello García, sobre el tema, dice que la reciprocidad, conocida también como la doctrina de la analogía en el tratamiento jurídico de los problemas de derecho, tiene dos manifestaciones básicas: la diplomática y la legislativa, y que ambos planteamientos se basan en el mismo principio: “doy para que me des”.²²

El autor²³ más adelante señala:

Como quiera que esto sea la reciprocidad se ha considerado como un menoscabo a la soberanía de los Estados, puesto que condiciona el régimen jurídico a la voluntad de legisladores extranjeros, aparte de que puede resultar injusto que se deba supeditar el reconocimiento de un derecho a lo que diga una legislación atrasada. Tales derechos no pueden, jurídicamente hablando, quedar sometidos a los vaivenes de la política legislativa de los diversos países. La reciprocidad, además, conduce a un círculo vicioso que impone el absurdo de que cada uno de los países espere que los demás le ofrezcan primero a él la reciprocidad que por su parte habrá de conceder en consecuencia, salvo que se la haya reconocido específicamente para los casos que ocurran en el propio texto de la ley.

Como se ha señalado, en nuestra patria al tenor de lo que dispone el art. 414 del Código de Procedimiento Civil, se aplica el principio de la “regularidad”. Existe un fallo de tercera instancia, no publicado, que dictó la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia el 27 de junio de 1972, que es de gran interés porque precisamente aplica el principio señalado de la “regularidad” en un proceso de ejecución de un laudo arbitral. En la parte pertinente dice:

[...] Aun en el caso de que los EE.UU. de América no se hubieran adherido a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, tal circunstancia no podría impedir en forma alguna la ejecución de la sentencia en mención; pues, nuestro Derecho Procesal Civil, atendiendo a la obligación que tienen todos los Estados Políticos de coadyuvar a que el Derecho y la Justicia gobiernen las relaciones de todos los hombres, dispone su ejecución, cuando se cumplen los requisitos determinados en el art. 451 (414) del tantas veces mencionado Código, y sin consideración alguna a que sean Arbitrales o expedidas por la Justicia de otra clase de jueces. Reunidos los requisitos en mención, es obligación de los jueces ordenar la ejecución de las sentencias extranjeras. Consta de autos el cumplimiento de los requisitos que establece el art. 451 (414), pues la sentencia arbitral pasó en autoridad de cosa juzgada; la obligación que se demanda la ejecución es esencialmente personal y no contraviene al Derecho Político Ecuatoriano. Procede, en consecuencia, la presente acción dirigida a ejecutar la sentencia arbitral expedida por el Panel o Tribunal de Arbitradores, previsto en el correspondiente contrato. Además

22. Hernán Coello García, *Derecho Internacional Privado*, Cuenca, Universidad del Azuay / Fundación Chico Peñaherrera, 2004, 2a. ed., p. 56.

23. *Ibidem*, p. 57.

de estar cumplidos aquellos requisitos, consta de autos que Arévalo fue citado con la demanda para la comparecencia al juicio arbitral; haber comparecido por intermedio de la firma Jacques Davis Associates Inc., haber pedido prórroga y posponer el procedimiento de arbitraje hasta el 15 de enero de 1969; haber tenido conocimiento del inmediato arbitramento una vez terminada la prórroga; y aun haber cumplido en parte la orden contenida en la sentencia, cuando pagó 50 dólares fijados por los derechos de arbitraje [...]

Larrea Holguín señala que normalmente se acepta que son requisitos de “regularidad”:

1. La competencia internacional del juez que haya dictado sentencia;
2. que se haya citado la demanda;
3. que esté ejecutoriada la sentencia en el país en que se pronunció; y,
4. que la sentencia se presente debidamente legalizada.

El mismo autor manifiesta que “suele añadirse un quinto elemento de ‘regularidad’; que la sentencia extranjera no contraría el orden público del país en el cual se ejecutará, pero que esto ya no es propiamente un elemento de regularidad, sino una aplicación más, necesaria y evidente, del principio de respeto al orden público internacional”.²⁴

Finalmente, de acuerdo a la legislación interna de cada país, se podrá exigir un procedimiento administrativo o un proceso judicial: “Los sistemas de *exequatur* pueden ser eficaces por la vía administrativa o por la vía judicial que es el más frecuente en las legislaciones”.²⁵

Según el art. 269 del Código de Procedimiento Civil, sentencia “es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”, sin embargo, debe advertirse que no solamente estos actos procesales pueden ser objeto de reconocimiento y ejecución; en efecto, los autos interlocutorios que tienen fuerza de sentencia y que en muchos países reciben la denominación de “sentencias interlocutorias”, tales como los autos que resuelven respecto de la tenencia de los menores, el régimen de visitas o las pensiones alimenticias, son objeto de frecuente reconocimiento y ejecución, existiendo instrumentos internacionales sobre la materia como se verá más adelante.

24. Juan Larrea Holguín, *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*, p. 336.

25. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, p. 294.

MARCO LEGAL

En Ecuador no existe un cuerpo legal que trate exhaustivamente el tema de la ejecución de sentencias extranjeras, apenas en el Código de Procedimiento Civil el art. 414 señala que las sentencias extranjeras se ejecutarán siempre y cuando cumplan con los requisitos que la misma norma legal señala.²⁶

Esta norma legal dice:

Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravienen al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes.

A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo:

- a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y,
- b) que la sentencia recayó sobre acción personal.

Respecto del arbitraje internacional, la Ley de Arbitraje y Mediación dispone en su art. 41:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan su domicilio en estados diferentes; o,
- b) cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes tiene su domicilio; o
- c) cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.

26. La situación normativa ecuatoriana contrasta con la de los demás países andinos, en que los cuerpos legales tratan el tema con suficiente amplitud: Bolivia, Código de Procedimiento Civil, libro III, título II, capítulo IV, arts. 552 a 561; Colombia, Código de Procedimiento Civil, libro V, capítulo I, arts. 693 a 695; Chile, Código de Procedimiento Civil, libro I, título XIX, parágrafo 2, art. 242 a 251; Perú, Código Procesal Civil, sección VI, título II, subcapítulo 11, arts. 837 a 840; República Bolivariana de Venezuela, Código de Procedimiento Civil, libro III, título X, arts. 850 a 858.

Por su parte, el art. 42 establece:

El arbitraje internacional estará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un pronunciamiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados en la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

Ecuador ha suscrito y ratificado los siguientes instrumentos internacionales sobre la materia: *El Pacto Bolivariano sobre Ejecución de Actos Extranjeros* (Caracas, 18.07.1911, R.O. No. 73 de 28.11.1912); *el Tratado sobre Derecho Internacional Privado con Colombia* (Quito, 18.06.1903, R.O. No. 189 de 19.07.1933); *el Código de Derecho Internacional Privado*, conocido como *Código Sánchez de Bustamante* (La Habana, 20.02.1928, R.O. No. 1202-S, 20.08.1960); *la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 10.06.1958, R.O. No. 43 de 29.12.1961); *la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros* (Montevideo, 08.05.1979, R.O. No. 240 de 11.05.1982), *la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* (Panamá, 30.01.1975, R.O. No. 875 de 14.02.1992).²⁷

Además, al 25.11.2005, Ecuador había celebrado 22 acuerdos, convenios o tratados para la promoción y protección recíproca de inversiones, con igual número de países, por lo que los convenios de inversión celebrados con los nacionales de dichos países incorporan cláusulas de arbitraje internacional que no precisan del informe favorable del Procurador General del Estado, de conformidad con lo que dispone el inciso 4o. del art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, antes transcrito.

27. Al final constan los países que han ratificado estas convenciones.

JUEZ COMPETENTE Y VÍA EN QUE DEBERÁ TRAMITARSE EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO

Es principio general en nuestro sistema procesal que, naciendo la competencia de la ley, debe existir una norma específica que señale la competencia de un juez, por ello el art. 15 del Código de Procedimiento Civil dispone que ejercen competencia privativa los órganos jurisdiccionales a quienes se encarga el conocimiento de materias especiales; por lo tanto, si no existe en una norma legal el encargo de determinada materia a un juez con jurisdicción privativa, conocerá de esta materia el juez ordinario, o sea el juez de lo civil.

Únicamente en el caso de los embajadores y demás agentes diplomáticos extranjeros, en los casos en que lo permite el derecho internacional o determinados por los tratados, y del Presidente de la República, cuando el actor fuere un particular, habrá fuero de Corte Suprema, de conformidad con lo que dispone el art. 13 No. 4 y 8 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.²⁸

Sobre este punto, existen varios precedentes jurisprudenciales que lo han aclarado: así, en la Gaceta Judicial, S. XVII No. 3, pp. 613-615 se halla publicada la Resolución No. 290-2000, juicio 177-99, de 06.07.2000, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en cuya parte pertinente se dice:

Es preciso determinar el juez competente para conocer y resolver de este proceso de “nacionalización”, “homologación” o “exequátur”. La regla general es que, si no se ha atribuido expresamente a una judicatura especial el conocimiento de un asunto, corresponde a la judicatura común (art. 5 del Código de Procedimiento Civil), esto es, a los jueces de lo Civil (numeral primero del art. 71 de la Ley Orgánica de la Función Judicial) competentes en el domicilio del demandado (arts. 25 y 27 del Código de Procedimiento Civil). En nuestro país no se ha atribuido privativamente a un juez o tribunal el conocimiento del proceso de “homologación”, “nacionalización” o “exequátur” de las sentencias extranjeras, por lo que deberán aplicarse los principios y las disposiciones generales, por ello el juez competente para conocer y resolver sobre la “homologación”, “nacionalización” o “exequátur” de una sentencia y su consiguiente ejecución es el juez de primera instancia del domicilio del demandado, de conformidad con lo que disponen los arts. 25 y 27 del Código de Procedimiento Civil.

28. Debe tenerse en cuenta que, según la Convención de Viena sobre Relaciones Internacionales, de la cual es parte Ecuador, los agentes diplomáticos gozan de inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles y administrativas, salvo que el Estado acreditante renuncie a tal inmunidad, debiendo ser expresa y que “La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles u administrativas no ha de entenderse que entraña renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesaria una nueva renuncia” (Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, p. 434).

En igual sentido se han pronunciado la misma Primera Sala en su Resolución No. 223-04, de 28.09.2004, R.O. 537-S de 04.03.2005; la Segunda Sala en su Resolución de 02.02.2005; y Tercera Sala en sus Resoluciones 19-2005 de 03.02.2005 y 21-2005 de 03.02.2005.

En los restantes países andinos, el conocimiento de los procesos de homologación están asignados así: en Bolivia a la Corte Suprema de Justicia (art. 557 del Código de Procedimiento Civil); en Colombia a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que los tratados internacionales señalen otra cosa (art. 695 del Código de Procedimiento Civil); en Chile a la Corte Suprema de Justicia (art. 247 del Código de Procedimiento Civil); en Perú a la Sala de lo Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer (art. 837 del Código Procesal Civil); y en la República Bolivariana de Venezuela a la Corte Suprema de Justicia, actualmente Tribunal Supremo de Justicia (art. 850 del Código de Procedimiento Civil).

El tema del órgano competente para conocer y resolver sobre las demandas de reconocimiento de las sentencias extranjeras fue motivo de preocupación de la llamada Corte Suprema del 97, por ello en el proyecto de Ley Orgánica de la Función Judicial que presentó a conocimiento del Congreso Nacional se contempló que sea el presidente de la Sala Especializada del máximo Tribunal el que conozca y resuelva en primera instancia (art. 42), y la apelación debía ser conocida por la Sala Especializada en la materia (arts. 80 No. 5 y 81 No. 4).

El juez de lo civil competente será el del lugar del domicilio de la persona en contra de la cual se pretende hacer valer la sentencia o el laudo, de conformidad con lo que dispone el art. 26 del Código de Procedimiento Civil.

Tampoco se ha previsto, de manera general, un procedimiento sumario para este proceso de homologación, por lo que deberá sustanciarse por la vía ordinaria, de conformidad con lo que dispone el art. 59 del Código de Procedimiento Civil que dice: "Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario". La Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en Resolución No. 227-2001, de 13.06.2001, proceso No. 99-2001, R.O. 378 de 27.06.2001, declaró que para homologar o conceder el *exequatur* de una sentencia extranjera debe demandarse en proceso de conocimiento. La sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia el 18.10.1972, Gaceta Judicial X. XII No. 1 pp. 73-74, resolvió que, siendo una sentencia originaria en Venezuela y a falta de preceptos propios de la legislación nacional, debieron observarse las normas constantes en los arts. 426 y 433 del Código de Derecho Internacional Privado "Sánchez de Bustamante".

Sin embargo, para el reconocimiento de las sentencias de divorcio de matrimonios celebrados en el extranjero, existe el criterio, que lo expresó la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia en su auto de 10.11.1980, de que la Resolución Obligatoria de la Corte Suprema de Justicia de 14.06.1954

...exige el trámite del correspondiente juicio verbal sumario, por decir relación con la demanda de divorcio, en cumplimiento de la disposición del art. 118 (118) del CC en correlación con el art. 898 (826) del CPC y dado que en tratándose de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, los arts. 423 y siguientes del Código Sánchez de Bustamante establecen los requisitos para la validez de las mismas y competencia de los Jueces Ecuatorianos para aceptarlas o no, conforme a nuestra Ley.²⁹

Es verdad que la sentencia extranjera, al igual que el laudo, constituirán título ejecutivo, pero ello será una vez homologados, pero antes de su nacionalización no tienen tal carácter, y el proceso de homologación es, como se ha señalado antes, un proceso de conocimiento porque, conforme se ha dicho en líneas precedentes, y siguiendo a Santiago Sentís Melendo, la finalidad del juicio de reconocimiento no puede ser otra que la de determinar si a una sentencia extranjera se le puede dar la consideración de sentencia nacional; esto es, si se le puede reconocer el valor de cosa juzgada y si se puede proceder a su ejecución, pero sin modificar su contenido; por lo tanto, en este proceso de reconocimiento no podrán volver a discutirse los temas de fondo, que fueron objeto de la declaración del juez extranjero que dictó la sentencia cuyo reconocimiento se solicita, ni tampoco las cuestiones sobrevivientes, que de haberlas serán objeto de alegación en la fase de ejecución, al tenor de lo que dispone el art. 489 del Código de Procedimiento Civil, sino que exclusivamente se debatirá acerca de si cumple o no la sentencia con los requisitos establecidos en el tratado o convenio vigente, o con las normas del derecho internacional particularmente en lo que respecta a la reciprocidad, y si contraviene o no al derecho público o a las leyes nacionales. Si se proponen excepciones de puro derecho, lo procedente será que el juez, transcurrido el término para contestar la demanda, pida los autos y dicte sentencia. Si el demandado guarda silencio, lo que equivale a negar simplemente los fundamentos de la acción, o si propone excepciones, deberá convocarse a junta de conciliación y abrirse la causa a prueba por el término de ley; pero las excepciones en ningún caso podrán referirse a la cuestión de fondo, ni con situaciones posteriores a su ejecutoria (que deberán ser alegadas en la etapa de ejecución, conforme se ha señalado antes), por lo que el juez deberá impedir que se pretenda desvirtuar la naturaleza y la finalidad del proceso de reconocimiento para lograr retardar indefinidamente la ejecución

29. Auto de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia de 10.11.1980, juicio Guerrero-Arteta, en Juan Larrea Holguín, *Repertorio de Jurisprudencia*, t. XIII, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986, p. 536.

de la sentencia. En ningún momento debe perderse de vista que la razón de ser y la finalidad de este proceso que es el otorgar a la sentencia extranjera la eficacia de la nacional, o sea dotarle de la fuerza necesaria para su cumplimiento, sin que pueda variar su contenido; “nada se puede pretender en cuanto a la relación sustancial controvertida”.³⁰ A los jueces les toca actuar con severidad e impedir el abuso procesal, cortando de raíz toda práctica encaminada a desvirtuar el proceso.

Es interesante, en este punto, anotar que en otros países de la región andina, se ha dejado a la discreción del juez (que es la Corte Suprema de Justicia) abrir un término de prueba. Así, en el C.P.C. chileno, el art. 250 dispone: “Si el tribunal lo estima necesario, podrá abrir un término de prueba antes de resolver, en la forma y por el tiempo que este Código establece para los incidentes”; el art. 559 del C.P.C. boliviano dispone en igual sentido; el art. 695 del C.P.C. colombiano dispone:

4. Dentro del término de traslado, la parte citada y el procurador podrán pedir las pruebas que estimen convenientes. 5. Vencido el traslado, se decretarán las pruebas pedidas y se señalará el término de veinte (20) días para practicarlas para las que deban producirse en el exterior se aplicarán los incisos segundo y tercero del artículo 405. La Corte podrá decretar pruebas de oficio, conforme a las reglas generales.

En Perú, el reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero origina un proceso no contencioso (art. 749 No. 11 C.P.C.), en que “el emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisorias, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia prevista en el artículo 754” (753); el art. 754, en la parte pertinente, dice:

De haber contradicción, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia.

En la República Bolivariana de Venezuela, el art. 855 del C.P.C. dispone:

En el acto de contestación deberán proponerse todas las cuestiones y defensas acumulativamente y el asunto se decidirá como de mero derecho, con vista de los documentos autenticados que produjeren las partes, pero la Corte (actualmente Tribunal) podrá de ofi-

30. Enrique M. Falcón, *Manual de Derecho Procesal*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 68.

cio, si lo considerare procedente, disponer la evacuación de otras pruebas, en cuyo caso fijará el lapso correspondiente, según las circunstancias.

En general, en los códigos procesales civiles de los restantes países andinos los procesos de reconocimiento cuentan con procedimiento especial, sumarísimo, en los cuales no se admite la interposición de recursos; por ser fallos de la Corte Suprema o del Tribunal Supremo (Venezuela); en el caso del Perú, en que la competencia para conocer de estas causas está atribuida a la Sala Civil de turno de la Corte Superior, su resolución no está entre las providencias casables y tampoco se ha previsto un recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

Es urgente una reforma del sistema procesal civil en la que se prevea un proceso rápido y sencillo para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, como ocurre en los demás países andinos.

REQUISITOS QUE HA DE CUMPLIR LA SENTENCIA O EL LAUDO EXTRANJERO

Para que pueda solicitarse el reconocimiento de una sentencia extranjera, se han de cumplir con ciertos requisitos, los cuales varían según el caso. Si existe un tratado o un convenio vigente, habrá de consultar el instrumento internacional, de conformidad con lo que dispone el inc. 1o. del art. 414; de no existir tal instrumento internacional, deberá estarse a lo dispuesto en el inciso 2o. de dicha disposición legal.

Lo anterior es aplicable a los laudos arbitrales.

EL RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS EN LOS CASOS EN QUE EXISTA TRATADO O CONVENIO VIGENTE

Si existe un tratado o un convenio internacional vigente con el Estado en donde se ha dictado la resolución, deberán cumplirse los requisitos contemplados en dicho instrumento internacional y, adicionalmente, el juez cuidará que no contravengan al derecho público ecuatoriano o a cualquier ley nacional. En definitiva, el juez nacional velará porque la sentencia cumpla con los requisitos de "regularidad" antes señalados.

Se verá, a continuación, lo que exigen los tratados y convenios.

CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El art. 423 dispone:

Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúnen las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado;
2. que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;
3. que el fallo no contravenga al orden público o al derecho público del país en que quiere ejecutarse;
4. que sea ejecutorio en el país en que se dicte;
5. que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;
6. que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera, para que haga fe, la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.

El art. 424 por su parte, dice:

La ejecución de la sentencia deberá solicitarse del tribunal o juez competente para llevarla a efecto, previas las formalidades requeridas por la legislación interior.

Finalmente, el art. 425 dispone:

Contra la resolución judicial, en el caso a que el artículo anterior se refiere, se otorgarán todos los recursos que las leyes de ese Estado concedan respecto de las sentencias definitivas dictadas en juicio declarativo de mayor cuantía.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

El art. 2 dice:

Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes:

En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos...

- a) Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;
- b) que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;
- c) que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto;
- d) que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto;
- e) que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;
- f) que se haya asegurado la defensa de las partes;
- g) que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados;
- h) que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pide el reconocimiento o la ejecución.

El art. 3 dispone:

Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales son los siguientes:

- a) Copia auténtica de la sentencia o del laudo y resolución jurisdiccional;
- b) copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo anterior;
- c) copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada.

El art. 4 prevé el caso de la eficacia parcial:

Si una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional extranjeros no pueden tener eficacia en su totalidad, el juez o tribunal podrá admitir su eficacia parcial mediante petición de parte interesada.

En el art. 6 se produce un reenvío a la *lex fori*:

Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros serán regulados por la Ley del Estado en que se solicita su cumplimiento.

Cabe preguntar si la solicitud de ejecución deberá venir mediante “carta rogatoria” o “exhorto”, por la vía diplomática. No existe una norma que imponga la utilización de este canal de comunicación si la sentencia proviene de un país con el cual Ecuador tenga tratado o convenio vigente. Nótese que el art. 414 del Código de Procedimiento Civil no lo exige, a diferencia de lo que sucede en caso en que no exista tratado o convenio vigente, en que sí se exige el exhorto.

Específicamente respecto de la ejecución de laudos arbitrales, tenemos los siguientes instrumentos internacionales:

CONVENCIÓN SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (CONVENCIÓN DE NUEVA YORK)

El art. II dispone la obligación de reconocer las cláusulas compromisorias:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

El art. III establece que los Estados Contratantes reconocen la autoridad del laudo arbitral (al que denominan “sentencia arbitral”) y concederán su ejecución de conformidad con las normas procesales del derecho nacional del lugar en donde se pretenda su ejecución, o sea que se lo hará de conformidad con las normas procesales que regulan la ejecución de sentencias extranjeras:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral y concederán su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciable-

En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos...

mente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

El art. IV señala los requisitos para obtener el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros:

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:
 - a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
 - b) el original del acuerdo a que se refiere el artículo 2, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.
2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

El art. V señala las causas por las cuales se podrá negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo y la necesidad de probar tales causas:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
 - b) que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c) que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - d) que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

- e) que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.
- 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:
 - a) Que según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
 - b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

En el art. VI, se prevé el caso en que se solicite la anulación o la suspensión de la sentencia a la autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada la sentencia (nunca al país en donde se solicita la ejecución):

Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo l c), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CONVENCIÓN DE PANAMÁ)

El art. 1 reconoce la validez del compromiso arbitral y la forma de la cláusula compromisoria:

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudieran surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.

Esta convención no señala los requisitos que deberá contener la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, sino que en su art. 4 se remite al derecho nacional y a los tratados internacionales:

Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución y reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

En el art. 5 se señalan los casos en los cuales no cabe el reconocimiento del laudo arbitral:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual se invoca, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en el que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a) Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o
 - b) que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c) que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - d) que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se haya ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o
 - e) que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia;
2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:
 - a) Que según la ley de ese Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por la vía de arbitraje; o
 - b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado.

En el art. 6, se ha previsto el caso en el que se solicita la anulación o la suspensión de la sentencia a la autoridad competente del país en que, conforme a cuya ley, haya sido dictada la sentencia (nunca al país en donde se solicita la ejecución):

Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo 5, párrafo l c), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y,

a solicitud de la parte que pida la ejecución, podrá ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

¿CABE PEDIR DIRECTAMENTE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL, SIN ALCANZAR PREVIAMENTE SU RECONOCIMIENTO?

Como se ha señalado antes, el art. 42 inc. 5o. de la Ley de Arbitraje y Mediación se refiere a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, en los siguientes términos:

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

Esta disposición legal ha llevado a que se sostenga que no es necesaria la sentencia de *exequatur* para iniciar la ejecución del laudo. Pero esta interpretación no es admisible porque, si bien el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, sin embargo es dictado por un tribunal arbitral extranjero y no puede tener mejor calidad que una sentencia extranjera. Las razones que imponen la revisión de las sentencias son igualmente aplicables a los laudos internacionales, por lo tanto, un laudo dictado dentro de un procedimiento de arbitraje internacional surte los efectos de sentencia ejecutoriada extranjera.

Como fluye de la lectura de las normas antes transcritas, las convenciones internacionales imponen la revisión previa de los laudos arbitrales, por la autoridad competente del Estado en el cual se los pretende ejecutar, para su reconocimiento o nacionalización.

Una vez reconocido el laudo, tendrá los mismos efectos y fuerza que los laudos nacionales y, por lo tanto, desde ese momento constituirán cosa juzgada y gozarán de fuerza ejecutiva.

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS EN LOS CASOS EN QUE NO EXISTA TRATADO O CONVENIO VIGENTE

Si la sentencia proviene de un país que no es suscriptor de ninguno de los instrumentos internacionales antes referidos, necesariamente debe venir el "exhorto" o "carta rogatoria", o sea la solicitud del juez extranjero para que se ejecute su senten-

cia, la que es presentada por canal diplomático porque es uso internacional que, al no existir acuerdo o convenio, se ofrezca reciprocidad en casos análogos, compromiso que debe ser formulado por el gobierno del país al cual pertenece el juez solicitante.

Esta es, seguramente, la razón por la cual el art. 414 del Código de Procedimiento Civil en estos casos sí habla del exhorto, en el cual, además, vendrán las acreditaciones que establece el art. 414 del Código de Procedimiento Civil:

- a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y,
- b) que la sentencia recayó sobre acción personal.

Si llega un exhorto o carta rogatoria, irá al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual remitirá a la Corte Suprema de Justicia, ante la que deberá gestionarse que lo remita al juzgado competente.

Es verdad que nuestra legislación (a diferencia de lo que ocurre en Bolivia, Chile, Perú y la República Bolivariana de Venezuela) no señala expresamente que de no haber tratado o convenio internacional vigente se aplicará el principio de reciprocidad, y que la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en su fallo de 27 de junio de 1972 se pronunció por la tesis de la “regularidad” del fallo, sin embargo, sería realmente absurdo que, si se niega infundadamente en otro país la ejecución de los fallos ecuatorianos, en nuestra patria no se aplique la reciprocidad. Negar la ejecución de un fallo sin que exista una razón de fondo, o sea sin analizar su “regularidad” sería un acto poco amistoso, y en el derecho internacional ello impone un tratamiento análogo.

El juez que conozca de la solicitud de reconocimiento examinará si la sentencia cumple con los requisitos exigidos por el art. 414 del Código de Procedimiento Civil y la “regularidad” del mismo, examinando aquellos cinco requisitos que la doctrina señala y que se han transcrito en líneas anteriores.

Lo dicho en las líneas anteriores vale para los laudos arbitrales.

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LOS LAUDOS

Una vez que se haya ejecutoriado el fallo de *exequatur*, la sentencia extranjera y el laudo internacional se convierten en nacionales, por lo tanto se ejecutarán de la misma manera que se ejecutan las sentencias dictadas por los jueces ecuatorianos y los laudos resueltos por los tribunales y árbitros ecuatorianos, y tropezarán con las graves dificultades que aquejan nuestro sistema.

Sea que se trate de sentencia o de laudo, lo ejecutará el juez de primer nivel del domicilio de la persona en contra de la cual se pide la ejecución. Dado el estado de nuestro sistema procesal, no cabe ejecución privada, aunque ello sea posible en el país de donde se origina la sentencia o el laudo.

De conformidad con lo que dispone el art. 489 del Código de Procedimiento Civil, es en esta etapa (y no en el juicio de reconocimiento), donde se podrá alegar pago efectivo, transacción, compensación, compromiso en árbitros, novación, espera, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación, siempre que fueren posteriores a la sentencia o laudo. El juez admitirá estas alegaciones únicamente cuando consten de documento público, documento privado judicialmente reconocido o confesión judicial y su resolución causará ejecutoria.

CONCLUSIONES

1. Se debe impulsar una reforma del Código de Procedimiento Civil radicando la competencia para el conocimiento de los procesos de homologación, nacionalización o reconocimiento de las sentencias extranjeras y los laudos internacionales en la Corte Suprema de Justicia.
2. Debe, igualmente, establecerse un trámite sumario para la sustanciación de las causas de reconocimiento.
3. Debe consagrarse expresamente en la ley el principio de la regularidad de la sentencia o del laudo, reservándose el tratamiento de analogía o reciprocidad únicamente para los casos de sentencias o laudos que provengan de países en donde, previamente, se haya negado infundadamente el reconocimiento a las sentencias o laudos ecuatorianos regulares.
4. En ningún caso cabe discutir en el juicio de reconocimiento el asunto de fondo resuelto en la sentencia extranjera o en el laudo internacional. El debate se centra única y exclusivamente en los vicios de forma o de "irregularidad" de tales actos procesales.
5. Una vez que se haya reconocido la sentencia extranjera o el laudo internacional, procede iniciar el mismo trámite de ejecución, que corresponde a las sentencias y laudos nacionales, sin que en caso alguno quepa un tratamiento diferente.

BIBLIOGRAFÍA

- Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, NexisLexis Abeledo-Perrot, 2003, 4a. ed.
- Código de Procedimiento Civil Boliviano.
- Código de Procedimiento Civil Chileno.
- Código de Procedimiento Civil Colombiano.
- Código Procesal Civil Peruano.
- Código de Procedimiento Civil de la República Bolivariana de Venezuela.
- Coello García, Hernán, *Derecho Internacional Privado*, Cuenca, Universidad del Azuay / Fundación Chico Peñaherrera, 2004, 2a. ed.
- Falcón, Enrique M., *Manual de Derecho Procesal*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Gaceta Judicial.
- Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002, 9a. ed.
- Larrea Holguín, Juan, *Repertorio de Jurisprudencia*, t. XIII, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986, 1a. ed.
- *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998, 6a. ed. actualizada.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Temis, 2006, 6a. ed.
- Registro Oficial.
- Sarra, Andrea Viviana, *Comercio electrónico y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001, 1a. reimp.
- Zepeda, Jorge Antonio, "Homologación de sentencias extranjeras", en *Derecho Procesal Moderno*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1988, 1a. ed.

ANEXO

Lista de países que han suscrito y ratificado los tratados y convenios internacionales que han sido suscritos y ratificados por el Ecuador

**CONVENCIÓN SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
(CÓDIGO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE), LA HABANA, 1928³¹**

PAÍSES SIGNATARIOS	FECHA	REF	RA/AC/AD	REF	DEPOSITO	INST	INFORMA REF
Argentina	02/20/28	R1	//		//		//
Bolivia	02/20/28		01/20/32	Ra	03/09/32	RA	//
Brasil	02/20/28	R2	06/25/29	Rb	//	RA	//
Chile	02/20/28	D4	07/14/33	Rd	09/06/33	RA	//
Colombia	02/20/28	D3	//		//		//
Costa Rica	02/20/28	D3	02/04/30	Rc	02/27/30	RA	//
Cuba	02/20/28		03/28/28		04/20/28	RA	//
Ecuador	02/20/28	D5	04/15/33	Re	05/31/33	RA	//
El Salvador	02/20/28	R6	09/25/31	Rf	11/16/31	RA	//
Guatemala	02/20/28	D7	09/09/29		11/09/29	RA	//
Haití	02/20/28		01/07/30	Rg	02/06/30	RA	//
Honduras	02/20/28		04/04/30		05/20/30	RA	//
México	02/20/28		//		//		//
Nicaragua	02/20/28	D8	12/17/29		02/28/30	RA	//
Panamá	02/20/28	D9	09/26/28		10/26/28	RA	//
Paraguay	02/20/28	R10	//		//		//
Perú	02/20/28		01/08/29		08/19/29	RA	//
República Domin.	02/20/28	R11	02/04/29	Rh	03/12/29	RA	//
Uruguay	02/20/28	R12	//		//		//
Venezuela	02/20/28		12/23/31	Ri	03/12/32	RA	//

REF = Referencia

D = Declaración

R = Reserva

INFORMA = Información requerida por el Tratado

INST = Tipo de instrumento

RA = Ratificación

AC = Aceptación

AD = Adhesión

31. Información obtenida en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-31.htm>

CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS, NUEVA YORK, 1958³²

ESTADO	FIRMA	RATIFICACIÓN, ADHESIÓN O SUCESIÓN	ENTRADA EN VIGOR
Afganistán (a b)		30 noviembre 2004 (c)	28 febrero 2005
Albania		27 junio 2001 (c)	25 septiembre 2001
Alemania (a, k, l)	10 junio 1958	30 junio 1961	28 septiembre 1961
Antigua y Barbuda (a, b)		2 febrero 1989 (c)	3 mayo 1989
Arabia Saudita (a)		19 abril 1994 (c)	18 julio 1994
Argelia (a, b)		7 febrero 1989 (c)	8 mayo 1989
Argentina (a, b, d)	26 agosto 1958	14 marzo 1989	12 junio 1989
Armenia (a, b)		29 diciembre 1997 (c)	29 marzo 1998
Australia		26 marzo 1975 (c)	24 junio 1975
Austria		2 mayo 1961 (c)	31 julio 1961
Azerbaiyán		29 febrero 2000 (c)	29 mayo 2000
Bahrein (a, b)		6 abril 1988 (c)	5 julio 1988
Bangladesh		6 mayo 1992 (c)	4 agosto 1992
Barbados (a, b)		16 marzo 1993 (c)	14 junio 1993
Belarús (e)	29 diciembre 1958	15 noviembre 1960	13 febrero 1961
Bélgica (a)	10 junio 1958	18 agosto 1975	16 noviembre 1975
Benin		16 mayo 1974 (c)	14 agosto 1974
Bolivia		28 abril 1995 (c)	27 julio 1995
Bosnia y Herzegovina (a, b, f, g)		1 septiembre 1993 (h)	6 marzo 1992
Botswana (a, b)		20 diciembre 1971 (c)	19 marzo 1972
Brasil		7 junio 2002 (c)	5 septiembre 2002
Brunei Darussalam (a)		25 julio 1996 (c)	23 octubre 1996
Bulgaria (a, e)	17 diciembre 1958	10 octubre 1961	8 enero 1962
Burkina Faso		23 marzo 1987(c)	21 junio 1987
Camboya		5 enero 1960 (c)	4 abril 1960
Camerún		19 febrero 1988 (c)	19 mayo 1988
Canadá (i)		12 mayo 1986 (c)	10 agosto 1986
Chile		4 septiembre 1975 (c)	3 diciembre 1975

32. Información obtenida en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

ESTADO	FIRMA	RATIFICACIÓN, ADHESIÓN O SUCESIÓN	ENTRADA EN VIGOR
China (a), (b), (o)		22 enero 1987 (c)	22 abril 1987
Chipre (a, b)		29 diciembre 1980 (c)	29 marzo 1981
Colombia		25 septiembre 1979 (c)	24 diciembre 1979
Costa Rica	10 junio 1958	26 octubre 1987	24 enero 1988
Côte d' Ivoire		1 febrero 1991 (c)	2 mayo 1991
Croacia (a, b, f, g)		26 julio 1993 (h)	8 octubre 1991
Cuba (a, b, e)		30 diciembre 1974 (c)	30 marzo 1975
Dinamarca (a, b)		22 diciembre 1972 (c)	22 marzo 1973
Djibouti (f)		14 junio 1993 (h)	27 junio 1977
Dominica		28 octubre 1988 (c)	26 enero 1989
Ecuador (a, b)	17 diciembre 1958	3 enero 1962	3 abril 1962
Egipto		9 marzo 1959 (c)	7 junio 1959
El Salvador	10 junio 1958	26 febrero 1998	27 mayo 1998
Emiratos Árabes Unidos		21 agosto 2006 (c)	19 noviembre 2006
Eslovaquia (f, j)		28 mayo 1993 (h)	1 enero 1993
Eslovenia (a, b, f, g)		6 julio 1992 (h)	25 junio 1991
España		12 mayo 1977 (c)	10 agosto 1977
Estados Unidos de América (a, b)		30 septiembre 1970 (c)	29 diciembre 1970
Estonia		30 agosto 1993 (c)	28 noviembre 1993
ex República Yugoslava de Macedonia (a, b, f, g)		10 marzo 1994 (h)	17 septiembre 1991
Federación de Rusia (e, p)	29 diciembre 1958	24 agosto 1960	22 noviembre 1960
Filipinas (a, b)	10 junio 1958	6 julio 1967	4 octubre 1967
Finlandia	29 diciembre 1958	19 enero 1962	19 abril 1962
Francia (a)	25 noviembre 1958	26 junio 1959	24 septiembre 1959
Georgia		2 junio 1994 (c)	31 agosto 1994
Ghana		9 abril 1968 (c)	8 julio 1968
Grecia (a, b)		16 julio 1962 (c)	14 octubre 1962
Guatemala (a, b)		21 marzo 1984 (c)	19 junio 1984
Guinea		23 enero 1991 (c)	23 abril 1991
Haití		5 diciembre 1983 (c)	4 marzo 1984
Honduras		3 octubre 2000 (c)	1 enero 2001

ESTADO	FIRMA	RATIFICACIÓN, ADHESIÓN O SUCESIÓN	ENTRADA EN VIGOR
Hungría (a, b)		5 marzo 1962 (c)	3 junio 1962
India (a, b)	10 junio 1958	13 julio 1960	11 octubre 1960
Indonesia (a, b)		7 octubre 1981 (c)	5 enero 1982
Irán (Rep. Islámica del) (a, b)		15 octubre 2001 (c)	13 enero 2002
Irlanda (a)		12 mayo 1981 (c)	10 agosto 1981
Islandia		24 enero 2002 (c)	24 abril 2002
Israel	10 junio 1958	5 enero 1959	7 junio 1959
Italia		31 enero 1969 (c)	1 mayo 1969
Jamaica (a, b)		10 julio 2002 (c)	8 octubre 2002
Japón (a)		20 junio 1961 (c)	18 septiembre 1961
Jordania	10 junio 1958	15 noviembre 1979	13 febrero 1980
Kazajstán		20 noviembre 1995 (c)	18 febrero 1996
Kenya (a)		10 febrero 1989 (c)	11 mayo 1989
Kirguistán		18 diciembre 1996 (c)	18 marzo 1997
Kuwait (a)		28 abril 1978 (c)	27 julio 1978
Lesotho		28 abril 1978 (c)	27 julio 1978
Letonia		14 abril 1992 (c)	13 julio 1992
Líbano (a)		11 agosto 1998 (c)	9 noviembre 1998
Liberia		16 septiembre 2005 (c)	15 diciembre 2005
Lituania (e)		14 marzo 1995 (c)	12 junio 1995
Luxemburgo (a)	11 noviembre 1958	9 septiembre 1983	8 diciembre 1983
Madagascar (a, b)		16 julio 1962 (c)	14 octubre 1962
Malasia (a, b)		5 noviembre 1985 (c)	3 febrero 1986
Malí		8 septiembre 1994 (c)	7 diciembre 1994
Malta (a, m)		22 junio 2000 (c)	20 septiembre 2000
Marruecos (a)		12 febrero 1959 (c)	7 junio 1959
Mauricio (a)		19 junio 1996 (c)	17 septiembre 1996
Mauritania		30 enero 1997 (c)	30 abril 1997
México		14 abril 1971 (c)	13 julio 1971
Moldova (a, g)		18 septiembre 1998 (c)	17 diciembre 1998
Mónaco (a, b)	31 diciembre 1958	2 junio 1982	31 agosto 1982
Mongolia (a, b)		24 octubre 1994 (c)	22 enero 1995
Montenegro (a, b, g)		23 octubre 2006 (h)	3 junio 2006

ESTADO	FIRMA	RATIFICACIÓN, ADHESIÓN O SUCESIÓN	ENTRADA EN VIGOR
Mozambique (a)		11 junio 1998 (c)	9 septiembre 1998
Nepal (a, b)		4 marzo 1998 (c)	2 junio 1998
Nicaragua		24 septiembre 2003 (c)	23 diciembre 2003
Níger		14 octubre 1964 (c)	12 enero 1965
Nigeria (a, b)		17 marzo 1970 (c)	15 junio 1970
Noruega (a, n)		14 marzo 1961 (c)	12 junio 1961
Nueva Zelanda (a)		6 enero 1983 (c)	6 abril 1983
Omán		25 febrero 1999 (c)	26 mayo 1999
Países Bajos (a)	10 junio 1958	24 abril 1964	23 julio 1964
Pakistán (a)	30 diciembre 1958	14 julio 2005	12 octubre 2005
Panamá		10 octubre 1984 (c)	8 enero 1985
Paraguay		8 octubre 1997 (c)	6 enero 1998
Perú		7 julio 1988 (c)	5 octubre 1988
Polonia (a, b)	10 junio 1958	3 octubre 1961	1 enero 1962
Portugal (a, o)		18 octubre 1994 (c)	16 enero 1995
Qatar		30 diciembre 2002 (c)	30 marzo 2003
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (a)		24 septiembre 1975 (c)	23 diciembre 1975
República Árabe Siria		9 marzo 1959 (c)	7 junio 1959
República Centroafricana (a, b)		15 octubre 1962 (c)	13 enero 1963
República Checa (f, j)		30 septiembre 1993 (h)	1 enero 1993
República de Corea (a, b)		8 febrero 1973 (c)	9 mayo 1973
República Democrática Popular Lao		17 junio 1998 (c)	15 septiembre 1998
República Dominicana		11 abril 2002 (c)	10 julio 2002
República Unida de Tanzania (a)		13 octubre 1964 (c)	12 enero 1965
Rumania (a, b, e)		13 septiembre 1961 (c)	12 diciembre 1961
San Marino		17 mayo 1979 (c)	15 agosto 1979
San Vicente y las Granadinas (a, b)		12 septiembre 2000 (c)	11 diciembre 2000
Santa Sede (a, b)		14 mayo 1975 (c)	12 agosto 1975
Senegal		17 octubre 1994 (c)	15 enero 1995
Serbia (a, b, g, q)		12 marzo 2001 (h)	27 abril 1992

ESTADO	FIRMA	RATIFICACIÓN, ADHESIÓN O SUCESIÓN	ENTRADA EN VIGOR
Singapur (a)		21 agosto 1986 (c)	19 noviembre 1986
Sri Lanka	30 diciembre 1958	9 abril 1962	8 julio 1962
Sudáfrica		3 mayo 1976 (c)	1 agosto 1976
Suecia	23 diciembre 1958	28 enero 1972	27 abril 1972
Suiza (r)	29 diciembre 1958	1 junio 1965	30 agosto 1965
Tailandia		21 diciembre 1959 (c)	20 marzo 1960
Trinidad and Tobago (a, b)		14 febrero 1966 (c)	15 mayo 1966
Túnez (a, b)		17 julio 1967 (c)	15 octubre 1967
Turquía (a, b)		2 julio 1992 (c)	30 septiembre 1992
Ucrania (e)	29 diciembre 1958	10 octubre 1960	8 enero 1961
Uganda (a)		12 febrero 1992 (c)	12 mayo 1992
Uruguay		30 marzo 1983 (c)	28 junio 1983
Uzbekistán		7 febrero 1996 (c)	7 mayo 1996
Venezuela (República Bolivariana de) (a, b)		8 febrero 1995 (c)	9 mayo 1995
Vietnam (a, b, e, s)		12 septiembre 1995 (c)	11 diciembre 1995
Zambia		14 marzo 2002 (c)	12 junio 2002
Zimbabwe		29 septiembre 1994 (c)	28 diciembre 1994

Estados Partes: 139

- a) Declaraciones y reservas (se omiten las declaraciones territoriales y ciertas otras reservas y declaraciones de carácter político). Este Estado solo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante.
- b) Declaraciones y reservas (se omiten las declaraciones territoriales y ciertas otras reservas y declaraciones de carácter político). Este Estado aplicará la Convención solo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno.
- c) Adhesión.
- d) Declaraciones y reservas (se omiten las declaraciones territoriales y ciertas otras reservas y declaraciones de carácter político). La Argentina declaró que la presente Convención se interpretaría de conformidad con los principios y reglas de la Constitución Nacional en vigor o con los que resultaran de las reformas impuestas por la Constitución.
- e) Declaraciones y reservas (se omiten las declaraciones territoriales y ciertas otras reservas y declaraciones de carácter político). Con respecto a los laudos dictados en el territorio de

Estados no contratantes, el Estado aplicará la Convención solo en la medida en que estos Estados otorguen un trato recíproco.

- f) Las fechas efectivas de sucesión son las siguientes: para Bosnia y Herzegovina, 6 de marzo de 1992; para Croacia, 8 de octubre de 1991; para la República Checa, 11 de enero de 1993; para Djibouti, 27 de junio de 1977; para Eslovaquia, 11 de enero de 1993; para Eslovenia, 25 de junio de 1991; y para la ex República Yugoslava de Macedonia, 17 de septiembre de 1991; y para la República Checa, 1 de enero de 1993.
- g) Declaraciones y reservas (se omiten las declaraciones territoriales y ciertas otras reservas y declaraciones de carácter político). Este Estado aplicará la Convención únicamente a los laudos arbitrales dictados después de la entrada en vigor de la Convención.
- h) Sucesión.
 - i) Declaraciones y reservas (se omiten las declaraciones territoriales y ciertas otras reservas y declaraciones de carácter político). El Gobierno del Canadá declaró que ese país aplicará la Convención únicamente a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno del Canadá, excepto en el caso de la Provincia de Québec, donde la ley no prevé esa limitación.
 - j) El 3 de octubre de 1958, la ex Checoslovaquia firmó la Convención, y depositó su instrumento de ratificación el 10 de julio de 1959. El 28 de mayo de 1993, Eslovaquia, y el 30 de septiembre de 1993, la República Checa, depositaron sendos instrumentos de sucesión.
 - k) La ex República Democrática Alemana se adhirió a la Convención el 20 de febrero de 1975 con las reservas mencionadas en las notas de pie de página a, b, y, e.
 - l) El 31 de agosto de 1998, Alemania retiró la reserva que había formulado en el momento de la ratificación y que se menciona en la nota de pie de página a.
 - m) En el caso de Malta, la Convención solo se aplica en relación con los acuerdos de arbitraje concluidos después de la fecha de adhesión de ese Estado a la Convención.
 - n) Declaraciones y reservas (se omiten las declaraciones territoriales y ciertas otras reservas y declaraciones de carácter político). Este Estado no aplicará la Convención a las controversias en las que sean objeto de litigio bienes inmuebles situados en el territorio del Estado o algún derecho real sobre esos bienes.
 - o) Cuando recuperó la soberanía sobre Hong Kong el 1 de julio de 1997, el Gobierno de China extendió la aplicación territorial de la Convención a Hong Kong, Región Administrativa Especial de China, a reserva de la declaración formulada inicialmente por China al adherirse a la Convención. El 19 de julio de 2005, China declaró que la Convención se aplicará a Macao, Región Administrativa Especial de China, a reserva de la declaración formulada inicialmente por China al adherirse a la Convención.
 - p) A partir del 24 de diciembre de 1991, la Federación de Rusia sucedió a la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en su condición de Miembro de las Naciones Unidas y, desde esa fecha, ha asumido plenamente todos los derechos y obligaciones de la Unión Soviética con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas y a los tratados multilaterales depositados ante el Secretario General.

- q) La ex Yugoslavia se adhirió a la Convención el 26 de febrero de 1982. El 12 de marzo de 2001, el Secretario General recibió del Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia una notificación de sucesión en la que se confirmaba la declaración hecha el 28 de junio de 1982 por la República Socialista Federativa de Yugoslavia (véanse las notas a, b, y g *supra*).
- r) Declaraciones y reservas (se omiten las declaraciones territoriales y ciertas otras reservas y declaraciones de carácter político). El 23 de abril de 1993, el Gobierno de Suiza notificó al Secretario General su decisión de retirar la declaración de reciprocidad que había formulado al proceder a la ratificación.
- s) El Gobierno de Vietnam declaró que los tribunales y las autoridades competentes de su país debían interpretar la Convención con arreglo a la Constitución y a la legislación de Vietnam.

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA
EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES
EXTRANJEROS, MONTEVIDEO, 1979³³**

Información general del Tratado:

PAÍSES SIGNATARIOS	FECHA	REF	RA/AC/AD	REF	DEPOSITO	INST	INFORMA REF
Argentina	12/01/83		11/07/83		12/01/83	RA	//
Bolivia	08/02/83		05/15/98		10/08/98		//
Brasil	05/08/79	R1	08/31/95		11/27/95	RA	//
Chile	05/08/79		//		//		//
Colombia	05/08/79		06/24/81		09/10/81	RA	//
Costa Rica	05/08/79		//		//		//
Ecuador	05/08/79		05/05/82		06/01/82	RA	//
El Salvador	08/11/80		//		//		//
Guatemala	05/08/79		//		//		//
Haití	05/08/79		//		//		//
Honduras	05/08/79		//		//		//
México	12/02/86		02/11/87	DRa	06/12/87	RA	//
Panamá	05/08/79		//		//		//
Paraguay	05/08/79		07/05/85		08/16/85	RA	//
Perú	05/08/79		04/09/80		05/15/80	RA	//
República Domin.	05/08/79		//		//		//
Uruguay	05/08/79	D	202/12/80	Db	05/15/80	RA	//
Venezuela	05/08/79		01/30/85		02/28/85	RA	//

REF = Referencia

D = Declaración

R = Reserva

INFORMA = Información requerida por el Tratado

INST = Tipo de instrumento

RA = Ratificación

AC = Aceptación

AD = Adhesión

33. Información obtenida en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html>

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, PANAMÁ 1975³⁴

Información general del Tratado:

PAÍSES SIGNATARIOS	FECHA	REF	RA/AC/AD	REF	DEPOSITO	INST	INFORMA REF
Argentina	03/15/91		11/03/94		01/05/95	RA	//
Bolivia	08/02/83		10/08/98		04/29/99	RA	//
Brasil	01/30/75		08/31/95		11/27/95	RA	//
Chile	01/30/75		04/08/76		05/17/76	RA	//
Colombia	01/30/75		11/18/86		12/29/86	RA	//
Costa Rica	01/30/75		01/02/78		01/20/78	RA	//
Ecuador	01/30/75		08/06/91		10/23/91	RA	//
El Salvador	01/30/75		06/27/80		08/11/80	RA	//
Estados Unidos	06/09/78		11/10/86		a 09/27/90	RA	//
Guatemala	01/30/75		07/07/86		08/20/86	RA	//
Honduras	01/30/75		01/08/79		03/22/79	RA	//
México	10/27/77	1	02/15/78		03/27/78	RA	//
Nicaragua	01/30/75		07/15/03		10/02/03	RA	//
Panamá	01/30/75		11/11/75		12/17/75	RA	//
Paraguay	08/26/75	1	12/02/76		12/15/76	RA	//
Perú	04/21/88		05/02/89		05/22/89	RA	//
República Domin.	04/18/77		//		//		//
Uruguay	01/30/75		03/29/77		04/25/77	RA	//
Venezuela	01/30/75		03/22/85		05/16/85	RA	//

REF = Referencia

D = Declaración

R = Reserva

INFORMA = Información requerida por el Tratado

INST = Tipo de instrumento

RA = Ratificación

AC = Aceptación

AD = Adhesión

34. Información Obtenida en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html>

Consecuencias de la ejecución de la sentencia que ha sido impugnada en casación

Lorena Naranjo Godoy*

En Ecuador una sentencia de instancia puede ser ejecutada aun cuando exista recurso de casación pendiente, que pudiera modificarla. El problema surge cuando dicha sentencia es revocada y los actos producto de su ejecución pierden sustento. Los distintos ordenamientos señalan dos posibles soluciones: a) aquel que considera que la sentencia recurrida en casación no es final y definitiva y por ello a manera de excepción a los principios del derecho, establecida legalmente, permite la ejecución provisional de una sentencia carente de firmeza; o, b) aquel que establece que la naturaleza de la sentencia recurrida en casación es la de ser final y definitiva, sujeta a condición resolutoria, por lo que su ejecución resulta también de carácter definitivo, pero bajo condición resolutoria. Este trabajo intenta establecer a cual sistema pertenece nuestra Ley de Casación.

FORO

I. INTRODUCCIÓN

La casación en el Ecuador fue instituida hace más de diez años en nuestro ordenamiento jurídico para cumplir con varios objetivos esenciales: “a) uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y la doctrina legal en los distintos tribunales del país; b) hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia haya violado el derecho en perjuicio de algún litigante; y, c) agilizar y volver eficiente la administración de justicia, descentralizándola y confiriéndole a las cortes superiores y tribunales distritales de apelación, la calidad de jueces de última instancia”.¹

* Profesora titular de “Derecho Civil II - Bienes” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK. Docente adjunta del módulo “Responsabilidad contractual y extra-contractual” del Programa de Especialización Superior en Derecho Procesal de la UASB, Sede Ecuador; Secretaria del IEDP.

1. César Coronel Jones, “La Ley de Casación: estudio introductorio”, en *La casación. Estudios sobre la Ley No. 27*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Latinoamericana para el Desarrollo / Corporación Editora Nacional, 1994, p. 11.

Durante los años de su implementación las finalidades del recurso de casación se han ido logrando paulatinamente; sobre la eficiencia procesal, caben todavía algunas puntualizaciones: 1. porque en la práctica ha eliminado el agobiante recurso de tercera instancia que prolongaba considerablemente la resolución definitiva de la causa; 2. porque además, se advierte que la celeridad nace de la propia naturaleza extraordinaria y suprema del recurso de casación, que no constituye una nueva instancia, sino más bien, una nueva causa en la que ya no puede analizarse la traba de la *litis* sino que se discuten las violaciones cometidas por el juzgador en la sentencia y denunciadas por el recurrente.² Por lo tanto, el recurso debe limitarse al análisis en derecho del contenido del fallo, mas no a la satisfacción de los intereses de las partes de revisar una sentencia aparentemente injusta, aun cuando del examen de la correcta aplicación de la ley y de la unificación de la jurisprudencia, pueda obtenerse un resultado favorable a la parte perjudicada.

En consecuencia, al ser el recurso de casación una *acción impugnativa autónoma*³ que “rompe la unidad del proceso con el proceso recurrido, y da lugar a una nueva tramitación que no afecta tanto a la firmeza de la resolución sino a su autoridad de cosa juzgada material, ya que constituye un ataque al proceso principal, en vista de una acción autónoma distinta, que se ventila en proceso independiente”.⁴ Es decir, la sentencia dictada por las cortes superiores y los tribunales distritales puede ser ejecutada aun cuando exista recurso de casación pendiente de ser resuelto y potencialmente modifique su sentido, .

El problema surge cuando la sentencia recurrida es revocada y los actos, producto de su ejecución, pierden sustento. La doctrina no ha resuelto del todo cuáles son los efectos o consecuencias de esta ejecución. Incluso varias legislaciones como la uruguaya ni siquiera han contemplado esta posibilidad.

Los distintos ordenamientos han establecido dos lineamientos generales:

-
2. El recurso de casación solo puede ser interpuesto con estricto apego a los requisitos y limitaciones señalados por la ley:
 - a) Sobre la procedencia del recurso, solo es factible interponerlo frente a determinadas providencias señaladas expresamente en la ley. (Art. 2 Ley Casación)
 - b) Respecto de los legitimados para interponer el recurso de casación. (Art. 4 Ley de Casación)
 - c) En cuanto a que, solo determinadas causales expresamente señaladas en la ley son las que permiten fundamentar el recurso y atacar la sentencia de segunda instancia. (Art. 3 de la Ley de Casación)
 - d) Respecto a que el Tribunal de Casación tiene limitada su actividad, pues solo puede resolver los errores, vicios y las causales invocados por el recurrente en su recurso. (Art. 6 de la Ley de Casación)
 3. Sin embargo, la Resolución Obligatoria de 27 de abril de 1994, dictada por la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, publicada en el R.O. No. 465 de 20 de junio de 1994; para solucionar si los recursos de casación deben ir acompañados de la firma del recurrente y no solo de la de su abogado defensor, señaló que la casación es un recurso extraordinario y supremo y no un medio impugnativo autónomo.
 4. Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3a. ed., p. 712.

- a) Aquel que considera que la sentencia recurrida en casación no es final y definitiva y por ello a manera de excepción a los principios generales del derecho, establecida legalmente, se permite la ejecución provisional de una sentencia carente de firmeza; o,
- b) aquel que piensa que la naturaleza de la sentencia recurrida en casación es la de ser final y definitiva pero sujeta a condición resolutoria, por lo que su ejecución resulta también de carácter definitivo, pero bajo condición resolutoria.

Cada uno de estos sistemas mantiene su propia justificación y directriz, y su aplicación es distinta. Este trabajo intenta establecer a cuál de estos dos grandes sistemas pertenece la Ley de Casación ecuatoriana; determinar sus características generales y su correcta implementación, al mismo tiempo que dilucida varios conceptos que permiten desarrollar lógicamente y ordenadamente el tema como lo relativo a los efectos del recurso de casación, las características necesarias para la ejecución ordinaria de una sentencia, la naturaleza de la sentencia recurrida en casación, la ejecución provisional de una sentencia y la ejecución de las sentencias recurridas en casación que permiten determinar los inconvenientes que presenta este mecanismo y sus posibles soluciones.

Complemento importante del tema es la caución, ya que al rendirla se faculta la ejecución o suspensión de una sentencia, mereciendo por tanto, un estudio particular.

EFFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Solo cuando un recurso ha sido debida y oportunamente interpuesto produce efectos jurídicos, pero en el caso del recurso de casación por su carácter extraordinario, estos efectos suelen tener ciertas peculiaridades que vamos a dilucidar a continuación:

Efecto suspensivo

El efecto suspensivo es aquel mediante el cual se paraliza el cumplimiento o ejecución de la resolución que se impugna, es decir, interpuesto un recurso en debida forma y dentro del tiempo señalado por la ley, su efecto inmediato es suspender la ejecutoria de la sentencia y por ende imposibilitar su ejecución.

Por lo tanto, “efecto suspensivo significa, que la interposición del recurso detiene el inicio de la fuerza de cosa juzgada formal. La sentencia recién adquiere fuerza de cosa juzgada si se ha decidido y en tal carácter el recurso interpuesto en su contra”.⁵

5. Stefan Leible, *Proceso Civil Alemán*, Colombia, Biblioteca Jurídica DIKE, 1998, 2a. ed., pp. 379 y 380.

Igualmente el efecto suspensivo determina la falta de jurisdicción del órgano judicial para conocer la cuestión principal o cualquier incidencia desde el mismo momento en que se admite el recurso.⁶

La regla general en el derecho procesal es que la interposición de recursos ordinarios produzca efectos suspensivos, así por ejemplo si se presenta el de apelación, la sentencia recurrida no podrá ser ejecutada mientras el superior no la confirme. Sin embargo, por excepción existen algunos procesos en los que por su naturaleza, es decir, por la necesidad de un cumplimiento rápido y efectivo, no debe admitirse el efecto suspensivo, como por ejemplo: el juicio de alimentos.

Sin embargo, generalmente los nuevos códigos tienden a retirarle el efecto suspensivo a los recursos ordinarios, tal como ocurre con la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en la cual consta que: “se puede ejecutar la sentencia recurrida en apelación incluso sin la presentación de fianza: Toda esta nueva tendencia constituye un reflejo de la revalorización de la decisión del juez de primera instancia y de la necesidad de que las decisiones judiciales sean eficaces y efectivas y no declaraciones de muy tardía ejecución. Sin embargo, se debe tener cuidado con ciertos aspectos, como el de aquellas sentencias cuya ejecución provisional cause daños irreparables o incluso que la satisfacción dineraria sea insuficiente para compensar el perjuicio causado”.⁷

En cambio, los recursos extraordinarios como el de casación, por regla general, no produce efectos suspensivos, es decir, la sentencia recurrida se ejecuta aun cuando el mencionado recurso esté pendiente de resolución, así lo señala el ordenamiento ecuatoriano.⁸ Asimismo, en Colombia “originalmente según la ley 105 de 1931 que rigió el país hasta 1971, la casación tuvo carácter de recuso en efecto suspensivo... Sin embargo, al amparo del C. Procedimiento Civil de 1970 que entró a regir en el país en julio del año siguiente, el instituto de la ejecución provisional del fallo tomó perfiles bien distintos... lo que significa, en suma, que la legislación en Colombia, como también lo hace la de la mayoría de los países, ha consagrado el principio de la casación en el efecto devolutivo”.⁹

Otras legislaciones como la costarricense¹⁰ y la peruana¹¹ le otorgan efecto suspensivo al recurso de casación porque lo consideran como el sistema más adecuado

6. Valentín Cortés Domínguez, y otros, *Derecho Procesal*, tomo 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 27.

7. Juan Verdugo García, “La ejecución provisional en la nueva ley: un asunto delicado”, http://noticias.juridicas.com/external/nj_observatorio/200104-observatorio2.html

8. El art. 10 de la Ley de Casación ecuatoriana.

9. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, 6a. ed., p. 620.

10. Art. 599 del Código Procesal Civil de Costa Rica.

11. Art. 393 del Código Procesal Civil del Perú.

de protección a los ciudadanos, y establecen que para que se ejecute la sentencia debe rendirse caución que garantice los perjuicios causados por dicha ejecución.

Efecto devolutivo

El efecto devolutivo es aquel por el cual “la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior al que dictó la resolución recurrida”.¹²

Los recursos ordinarios y extraordinarios se otorgan tanto en el efecto suspensivo como en el devolutivo, es decir, además de suspenderse la ejecución de la sentencia se eleva el proceso al superior para que resuelva el recurso interpuesto. Al igual que la mayoría de los recursos extraordinarios, el recurso de casación solo se otorga en el efecto devolutivo, por tal la interposición del mismo no implica que se suspenda la ejecución del auto o sentencia impugnada, salvo que verse sobre el estado civil de las personas o se rinda caución, tal como ocurre en el caso ecuatoriano en el que nuestra Ley de Casación en su art. 10, así lo señala.

REQUISITOS NECESARIOS PARA LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA

Una sentencia puede ser ejecutada, es decir, llevarse a efecto su contenido, cuando reúne ciertos requisitos fundamentales como son:

- a) *Ejecutoriedad, o carácter de final y definitiva*: esto quiere decir que no exista pendiente recurso alguno o que haya transcurrido el tiempo legal para interponerlo. “Por sentencia definitiva debe entenderse la que pone fin al proceso en sus instancias ordinarias, o hace imposible su continuación... Este es el criterio generalmente aceptado, señalándola como la que termina el pleito o la que pone término al litigio sin que lo decidido pueda renovarse por otra vía o la que poniendo fin al pleito tiene, entre otros efectos jurídicos, el de extinguir la jurisdicción del juez y determinar cosa juzgada respecto a los derechos sustanciales controvertidos en la litis”.¹³
- b) *Producir cosa juzgada formal y material*: “significa, en general, la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. No constituye, pues, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad

12. Valentín Cortés Domínguez, y otros, *Derecho Procesal*, p. 27.

13. Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Editorial Víctor de Zabalía, 1968, p. 547.

y que vale para todos los posibles efectos que produzca. De lo dicho se sigue que la cosa juzgada supone, fundamentalmente, la inimpugnabilidad de la sentencia, o, lo que es lo mismo, la preclusión de los recursos que procedan contra ella (tanto por no haberse deducido, cuanto por haberse consumado la facultad de deducirlos). Al operarse tal preclusión, que obsta al ataque directo de las sentencias, se dice que ésta adquiere autoridad de cosa juzgada en sentido formal. Cuando en cambio la sentencia, aparte de ser insusceptible de ese ataque directo mediante la interposición de un recurso, también lo es de un ataque indirecto a través de la apertura de un nuevo proceso. Se dice que aquélla goza de autoridad de cosa juzgada en sentido material”.¹⁴

- c) *La ejecutabilidad*: que “es la propiedad de una sentencia, de servir para la ejecución forzosa”.¹⁵

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE UNA SENTENCIA

Como vimos, para que una sentencia pueda ser ejecutable la ley exige que reúna varios requisitos fundamentales que son la ejecutoriedad o carácter de firme o definitivo, la producción de cosa juzgada formal y la ejecutabilidad en sí misma.

Sin embargo, “el ordenamiento jurídico permite, bajo ciertas condiciones, la ejecución de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza, es decir, de resoluciones que siendo susceptibles de recursos han sido efectivamente recurridas”¹⁶ esto es lo que se conoce como ejecución provisional.

De donde se desprende que la cosa juzgada y la ejecutabilidad son dos conceptos distintos que pueden vivir separadamente cada uno en su esfera, pues no necesariamente una sentencia puede haber pasado en autoridad de cosa juzgada para ser ejecutable.

Es el legislador quien otorga ejecutabilidad a una sentencia carente de firmeza y lo hace motivado en las siguientes consideraciones:

- a) *Celeridad*: En ocasiones, la desviación de las normas rectoras fundamentales se produce para satisfacer apremiantes necesidades del tráfico...¹⁷ este es el caso de la ejecución provisional en que “la ley afronta el riesgo de una ejecución injusta, para asegurar al acreedor las ventajas de una ejecución pronta, y

14. Enrique Palacio Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 30.

15. *Ibidem*, p. 30.

16. Valentín Cortés Domínguez, y otros, *Derecho Procesal*, p. 422.

17. Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 398.

toma esta decisión, o porque realmente tiene necesidad de acelerar la ejecución, o, como en la primera de las hipótesis legales, porque es poco probable que la sentencia sea revocada”.¹⁸

- b) *Eficacia*: Tradicionalmente el contenido de las sentencias era una simple declaración que casi nunca se podía ejecutar o si se lo hacía era de forma tardía, cuando los medios para garantizar su cumplimiento o los efectos necesarios para ello habían desaparecido en perjuicio del ganador del litigio. Por ello, “la ejecución provisional supone, de un lado y por encima de otras consideraciones, un reforzamiento de la posición del litigante que ganó la sentencia, a quien se le va a otorgar una tutela más inmediata (si bien dada la revocabilidad a que está sometido el título que sirve de base a la ejecución por el pronunciamiento que recaiga en el recurso, haya de prestar garantía)”.¹⁹
- c) *Evita dilaciones del proceso*: De esta forma también se contribuye con la celeridad del proceso y el cumplimiento de la sentencia, pues “desestimula o reduce sensiblemente los incentivos para la interposición de recursos por el condenado que se sepa sustentó una oposición claramente infundada solo con fines dilatorios, para retrasar en la medida de lo posible la efectividad del pronunciamiento judicial”.²⁰
- d) *Como verdadera medida precautoria*: “...a veces, la ejecución provisional equivale a una verdadera medida precautoria, que sale al paso de las eventuales consecuencias de la mala fe, o de las inevitables derivaciones de un propósito insano de litigiosidad”.²¹
- e) *Afianzamiento de la decisión de los jueces inferiores*: La nueva tendencia procesal es otorgar mayor importancia a los jueces inferiores,²² a fin de que recu-

18. *Ibidem*, p. 399.

19. Valentín Cortés Domínguez, y otros, *Derecho Procesal*, p. 422.

20. *Ibidem*, p. 422.

21. Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, p. 398.

22. Juan-Luis Gómez Colomer, “Principios y Características Esenciales del Nuevo Proceso Civil”, en: http://www.rgid.com/pages/articnov/colomer1_3.htm “Una de las cuestiones que resalta de manera notable tras un estudio inicial de la LEC es la potenciación de la primera instancia que refleja. En efecto, uno de los principales problemas del proceso civil derogado era la conciencia en la práctica forense de que el asunto terminaba de verdad con la sentencia del TS, o de la AP si no cabía recurso de casación, desvalorizando absolutamente la decisión del JPI, pues un elevado número de sentencias se apelan sin excepción, prácticamente siempre por el demandado condenado. Como acertadamente se ha dicho, la sentencia de primera instancia era solo un paso inicial carente de eficacia práctica. La LEC quiere acabar con ello facilitando extraordinariamente la ejecución provisional de la sentencia, pues será posible su determinación por mora de la ley sin prestación de fianza, con muy pocas excepciones. Con ello se pretende disuadir al recurrente de que interponga la apelación con fines meramente dilatorios, por tanto, se quiere conseguir que la decisión de la primera instancia sea la realmente importante y efectiva. Pero en algún caso la revocación de la sentencia por el tribunal superior implicará problemas prácticos si no se ha exigido aquella fianza, ya que es posible que no se pueda restablecer el estado jurídico (ni el económico,

peren su imagen y de que la instancia no se convierta en una simple estación de paso de los procesos, en lugar de un medio para obtener una sentencia que pueda ser aceptada por las partes; “supone para el juzgador de instancia un acicate y un reforzamiento en suposición, porque se va a ver avocado con frecuencia a decretar la ejecución de sus resoluciones, sin esperar la revocación o confirmación de su fallo por otro tribunal”.²³

Ejecución provisional atendiendo la naturaleza del proceso

La sentencia se ejecuta de acuerdo con la naturaleza del proceso que se ventila, más aún cuando se trata de ejecución provisional, así por ejemplo:

- a) *En los procesos declarativos puros*: El proceso declarativo es aquel en que se pide al juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica, por ejemplo el juicio en el que se demanda la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la ejecutoria de la sentencia en esta clase de juicio implica simultáneamente su ejecución, la cual se retrotrae en el tiempo. “Los procesos declarativos o de declaración constitutiva agotan la pretensión con la sentencia, y si es favorable el demandante queda satisfecho con los efectos jurídicos que en ella se deducen.”²⁴ Pero, ¿qué ocurre con las sentencias en esta clase de juicios, pendientes de recursos extraordinarios? ¿Pueden ser ejecutadas provisionalmente? Al respecto, Chiovenda dice lo siguiente: “Declaración del derecho no puede haberla sino mediante una sentencia firme; pues la certidumbre no puede ser provisional. Ahora bien, de los medios que nuestra ley denomina extraordinarios, el recurso de casación, que puede proponerse lo mismo la anulación que la revisión del juicio en derecho, está encerrado en tan breves términos, y con tal largueza lo admitió la ley, y se aplica, que la sentencia sujeta al recurso no puede tomarse como firme ni producir declaración”.²⁵

por supuesto, si existe insolvencia), pudiendo llegarse incluso a una denegación de justicia en contra del art. 24.1 CE, riesgo cierto a cuya evolución real habrá que estar muy atentos. Tampoco podemos decir ahora exactamente si el condenado desistirá simplemente por ello de presentar su recurso, pues si debe soportar el procedimiento de ejecución, tanto si recurre (con carácter provisional), como si no (en este caso, con carácter forzoso), nada ha perdido y le dará igual, con lo cual parece que recurrirá, con la consiguiente dilación procedimental, pues es su única oportunidad de conseguir una resolución favorable”.

23. Valentín Cortés Domínguez, y otros, *Derecho Procesal*, p. 422.

24. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, 2a. ed., p. 428.

25. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III, México, Cárdenas Editor, 1989, p. 371.

Humberto Murcia Ballén en su obra *Recurso de Casación Civil* dice:

...la sentencia meramente declarativa se limita exclusivamente a reconocer un derecho y nada más, si busca únicamente dar certeza a lo que antes era incierto, es claro que ella no requiera cumplimiento: la sentencia puramente declarativa, por no ir más allá de esa simple declaración, no afecta el derecho en ningún sentido; este queda tal como estaba, con la sola variante de su nueva condición e indiscutible asegurada mediante la prueba perfecta que es el fallo.²⁶

En consecuencia, no se pueden ejecutar provisionalmente estas sentencias declarativas porque su naturaleza lo impide. Sin embargo, el juez deberá comprobar si la sentencia es meramente declarativa pues, como veremos adelante, a veces pueden contener ciertas formas de condena lo que lo convierte en una sentencia de naturaleza mixta y por ende en aquellas que pueden ser llevadas a ejecución.

- b) *En los procesos de condena*: Los procesos de condena son aquellos en que la pretensión va dirigida a que el vencido satisfaga una prestación de dar, hacer o no hacer. Sus sentencias son ejecutables cuando están ejecutoriadas y tienen fuerza de cosa juzgada. En efecto, su ejecución se produce cuando la prestación ha sido cumplida, ya sea voluntariamente o a través de la coacción judicial.

En consecuencia, la naturaleza de esta clase de procesos permite que la ley de manera excepcional faculte ejecutar provisionalmente las obligaciones que constan en estas sentencias de condena.

- c) *En los procesos constitutivos o de declaración constitutiva*: Esta clase de procesos son aquellos en los que la sentencia implica la modificación de una situación jurídica preexistente y la constitución de una situación jurídica nueva, como por ejemplo aquellos que modifican el estado civil de una persona.

Por su naturaleza no pueden ser ejecutados sino cuando medie una sentencia firme, por ello incluso, la mayoría de las legislaciones²⁷ e incluso la nuestra,²⁸ prohíbe la ejecución provisional de esta clase de sentencias, pues el hacerlo podría causar un perjuicio irreparable a las partes.

26. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, p. 628.

27. Art. 525 del Código de Enjuiciamiento Civil español: "Sentencias no provisionalmente ejecutables. 1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso..."

28. Art. 10 de la Ley de Casación ecuatoriana.

En consecuencia, “la ejecución provisional solo procede respecto de resoluciones que, de ser firmes, fueran susceptibles de ejecución forzosa; es decir, únicamente podrán ser ejecutadas provisionalmente las resoluciones de condena recurridas, pero no las absolutorias, ni las de naturaleza meramente declarativa o constitutiva”.²⁹

EXAMEN DE LA NATURALEZA DE LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA RECURRIDA EN CASACIÓN

Generalmente, en los recursos extraordinarios y en especial en el de casación, la sentencia recurrida tiene la posibilidad de ser ejecutada aun cuando exista pendiente un recurso.

Todo lo cual da lugar a una situación jurídica compleja, que ni la doctrina ha podido resolver, referente a la naturaleza de la sentencia sujeta a recurso de casación. Cada uno de los autores, que se señalan a continuación, realiza sus propias consideraciones, por lo que la doctrina ha tenido que agruparlos en los siguientes enunciados:

- a) Acto sometido a condición resolutoria (Mortara, Kohler);
- b) no es verdadera sentencia, sino acto que pueda devenir en sentencia (Chiovenda);
- c) es un acto perfecto, con fuerza obligatoria propia (Rocco);
- d) es un acto imperativo, aunque no inmutable (Carnelutti);
- e) es un acto sometido a condición suspensiva (Vasalli, Calamandrei);
- j) por nuestra parte consideramos que el problema de la sentencia pendiente de recurso no es uno sino múltiple y que solo puede ser resuelto considerando por separado las distintas situaciones. Debe comenzarse por colocar en primer término la situación de la sentencia durante el plazo dentro del cual pueden interponer los recursos.³⁰ (Couture)

Ahora bien, se puede concluir que existen tres posiciones mayoritarias respecto a la determinación de la naturaleza de la sentencia recurrida en casación.

Para unos es un *acto sujeto a condición suspensiva*, porque su actuación queda supe-
ditada al pronunciamiento definitivo; para otros está *sometida a condición resolutoria*,

29. Valentín Cortés Domínguez, y otros; *Derecho Procesal*, p. 422, “...con la denominación ejecución impropia se suelen designar una serie de actividades que derivan fundamentalmente de sentencias constitutivas. Al crear, modificar, o extinguir estas resoluciones judiciales un estado o situación jurídica, suelen precisar en buen número de ocasiones la constancia o publicidad del cambio producido, lo que no representa más que un complemento de la sentencia, que por su firmeza satisface la pretensión de forma plena”.

30. Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1945, 2a. ed., pp. 240 y 241.

porque tiene existencia presente y efectiva, cuyos efectos solo se extinguen por un pronunciamiento contrario; para Chiovenda *es un simple elemento, que, con ayuda de otros (preclusión, confirmación, etc.)*, adquiere carácter de sentencia.³¹

En consecuencia, aquella posición que sostiene que la sentencia impugnada en casación es un acto sujeto a condición suspensiva, permite la ejecución pero solo provisional y con carácter excepcional, por lo que debe estar plenamente consagrada en la ley, pues limita su existencia a la decisión del superior.

Como vimos, la ejecución provisional no es más que una excepción establecida por el legislador, justificada en los aspectos de carácter social ya analizados, y que incluso comienza a aplicarse a aquellas sentencias elevadas en apelación o en cualquiera de los recursos ordinarios conocidos,³² pues la nueva tendencia procesal va dirigida a atribuir “a la ejecución provisional naturaleza ejecutiva y la concibe como una institución única, aplicable por igual a todos los procesos de declaración, independiente de la pretensión demandada, y su régimen jurídico es prácticamente el mismo cuando se insta pendiente el recurso de apelación, el de casación o el extraordinario por infracción procesal”.³³

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000 en el art. 535 señala: “Ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia. 1. La ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia, que no sean firmes, así como la oposición a dicha ejecución, se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior de la presente Ley...”; asimismo el num. 2 del art. 524 de la misma ley dice: “La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el tribunal competente para la primera instancia”. También la legislación uruguaya en el art. 372 del Código General del Proceso dice: “La ejecución corresponderá una vez que quede firme la sentencia, sin perjuicios de la ejecución provisoria en el caso de los arts. 260 y 275...” En suma, tanto el ordenamiento español como el uruguayo facultan la ejecución de una sentencia que carece de firmeza, por estar pendiente la resolución del recurso de casación, esta ejecución es a la que se la denomina como provisional.

En cambio, si se considera que la sentencia impugnada en casación es firme, incluso produce cosa juzgada formal y sustancial, mientras no se cumpla la *condición resolutoria* que consiste en que el superior revoque el fallo. En este evento no se pro-

31. Hugo Alsina, y otros, *Instituciones del Derecho Procesal Civil, Colección Ciencia del Proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 186.

32. Art. 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español.

33. Fernando Lacaba, “La ejecución provisional de sentencias en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ponencia de Las XII Jornadas Sobre Responsabilidad Profesional, <http://www.arquitectura-tecnica.com/ARTCERCH62-8.htm>

duce ejecución provisional sino ejecución definitiva, también sujeta a condición resolutoria.

En cuanto a la “La doctrina de Chiovenda importa a su vez la negación de la sentencia como acto autónomo, pues vincula su existencia a un hecho extraño, como es la impugnación. Ello induce a Rocco a decir que la sentencia de primer grado está dotada desde su nacimiento de autoridad propia, pero que no vincula a las partes ni al tribunal superior cuando se ha interpuesto en término un recurso y se halla en consecuencia en situación de expectativa”;³⁴ por lo que en este caso no cabe ejecución ni siquiera provisional.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano establecen que el recurso de casación procede únicamente en contra de aquellas sentencias que reúnen las calidades de ser finales, definitivas y que además producen cosa juzgada formal y material. “Este es el genuino significado histórico de esta institución jurídica; (así nació en Francia y así se implementó en los demás países...) La casación se instituyó para remediar la injusticia cometida por el juez al dictar sentencia, en los casos en que no se podía recurrir de ella... Pero, no perdamos de vista que solamente es posible el recurso de casación contra la sentencia o auto que hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada, si aún no tuviere esta calidad no se puede interponer este recurso, precisamente, porque es de carácter extraordinario”.³⁵

Y concordantes con lo señalado en la cita que antecede, en varias resoluciones dictadas por la Primera Sala de la Corte Suprema de justicia, que inclusive constituyen precedente jurisprudencial obligatorio, se señala que:

“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...” De acuerdo con esta disposición, únicamente procede el recurso extraordinario en caso de que se haya dictado una providencia que ponga FIN AL PROCESO produciendo efecto de cosa juzgada formal y sustancial, es decir, final y definitiva, de manera que no pueda renovarse la contienda entre las mismas partes (identidad subjetiva) en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho (identidad objetiva).³⁶

De lo transcrito se colige que la sentencia recurrida en casación para poder ser impugnada tiene en sí misma las calidades de ser final y definitiva y de producir cosa

34. Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo IV, Buenos Aires, Ediar Soco Anon Editores, 1961, 2a. ed., p. 186.

35. Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, p. 547.

36. Resolución dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, No. 160-2000, publicada en el R.O. No. 83 de 23 de mayo de 2000.

juzgada material y sustancial. Pero, ¿cómo es posible que la interposición del recurso de casación no le reste a la sentencia recurrida dichas calidades?

Para absolver esta interrogante debemos considerar que el recurso de casación se caracteriza por ser de aquellas acciones impugnativas autónomas, (aunque respetamos la posición de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana que sustenta que es un recurso extraordinario más) pues solo bajo la perspectiva de que el recurso de casación no constituye una tercera instancia que continúe con la revisión de las pretensiones y excepciones de las partes en el proceso, sino que al contrario es un quebrantamiento del mismo, luego su objeto es totalmente distinto, ya que únicamente busca la rectificación de las violaciones legales visibles en la sentencia; se puede entender que la sentencia recurrida tiene en sí misma todas las cualidades de firmeza y cosa juzgada, aun cuando esté pendiente el recurso de casación, pues el tema por resolverse es distinto del que motivó el proceso.

En consecuencia, cuando en estos ordenamientos hablamos de la ejecución de una sentencia recurrida en casación, no podemos considerarla como ejecución provisional sino al contrario como definitiva, pues dicha sentencia posee todos los requisitos necesarios para ser ejecutable. Ahora bien, ¿cómo podemos considerar sentencia definitiva a aquella que puede ser revocada por el superior? Al respecto, debemos aclarar que estos ordenamientos consideran que la naturaleza de la sentencia recurrida es la de ser un acto sujeto a condición resolutoria, con lo cual queda perfectamente explicado que la sentencia recurrida es definitiva y produce cosa juzgada formal y sustancial y solo si se cumple la condición resolutoria, es decir, si el superior la revoca, tanto la sentencia recurrida como los actos de ejecución devienen en inexistentes.

Clarifica este criterio la siguiente cita:

Como se ha señalado, la sentencia de última instancia se encuentra ejecutoriada y tiene fuerza de cosa juzgada que, en virtud del recurso extraordinario de casación, se halla expuesta al hecho futuro e incierto de que sea anulada (de existir vicio in procedendo) o revocada (en los casos de vicio in iudicando), es decir, es una sentencia perfecta y firme pero que afronta la posibilidad de quedar sin efecto, sea porque se la revoque o porque se declare la nulidad del proceso (lo que de cierta manera se asimila a la situación de las obligaciones bajo condición resolutoria), quien obtuvo la resolución de instancia favorable en general podrá llevarla a ejecución bajo el riesgo que implica siempre el ejecutar un derecho que afronta la posibilidad de quedar sin efecto si es que prospera un hecho futuro e incierto, esto es, que el fallo sea casado.³⁷

37. Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, Quito, Andrade y Asociados Fondo Editorial, 2005, p. 315.

DE LA CAUCIÓN EN GENERAL Y EN EL ORDENAMIENTO ECUATORIANO

Condición necesaria para que proceda la ejecución o no de una sentencia recurrida en casación es la rendición de una caución. Por lo que a continuación señalaremos de manera general cómo funciona esta figura jurídica.

SISTEMAS DE CAUCIÓN

En sus primeros momentos, la caución se la consideraba como una forma de impedir el abuso de los recursos procesales. Precisamente, el derecho francés cree que la motivación inicial de la rendición de caución es la de impedir el abuso de los recursos extraordinarios en perjuicio de la celeridad del proceso. Tal como se colige de la cita que sigue a continuación:

Los tratadistas ponen de relieve que con esa exigencia que a las leyes positivas llegó por vía jurisprudencial y que era común a la casación a la apelación y a la revisión, trataba de evitarse la formulación de recursos innecesarios que, o retrasaban la conclusión de los procesos, o atacaban la santidad de la cosa juzgada. Casi en los mismos términos se expresaba hace ya muchos años nuestro Caravantes: “Con el fin de que los litigantes, decía, en vez de consultar los sentimientos de equidad y justicia, se dejen arrebatar de un interés ciego o de un amor propio extremado, o de pasiones de odio y rivalidad haciendo uso de un recurso costoso, con perjuicio suyo y de la parte contraria, se ha exigido siempre por nuestras leyes, para la presentación de los recursos extraordinarios, el depósito de ciertas cantidades”. Con más precisión pero respondiendo en el fondo a la misma idea, ha dicho en nuestros días Calamandrei, que el depósito por multa esta destinado en el juicio de casación a servir de rémora a la litigiosidad (poena temeratis).³⁸

Este sistema es muy antiguo, a manera de ejemplo cito la Ley II, título XXII, libro XI de la Nov. Recopilación de España en la cual consta que se “obliga al que interpone el recurso de segunda suplicación a constituir una fianza de mil quinientas doblas, que asegura, la interposición del recurso en tiempo, para que cesen todos fraudes y dilaciones por causa de dicha suplicación y la sanción por la temeridad que puedan presuponer la confirmación de la sentencia”.³⁹ Es decir, se rinde caución para impedir la dilación del proceso y también como una forma de sanción para el recurso temerario.

38. Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, pp. 388 y 389.

39. *Ibidem*, pp. 389 y 390.

En los anales de la legislación argentina se consideró que “este depósito no reviste carácter penal ni fiscal, ni configura una sanción al litigante temerario, porque se pierde siempre que el recurso sea rechazado aun cuando pueda comprobarse que hubo razón plausible para litigar y ligerarse incluso de las costas del recurrente. Es nada más un medio de limitar los recursos, poco eficaz y por otra parte injusto, como lo es todo lo que se nutre en exigencias económicas, susceptibles de introducir diferencias cuando está en juego la libertad personal”.⁴⁰

Coincidente con esta posición, Fernando de la Rúa considera que la caución “No reviste carácter penal, ni fiscal, ni es tampoco una sanción al litigante temerario: el dinero depositado se pierde irremediamente junto con el recurso, aunque pueda comprobarse que medió razón fundada para impugnar el fallo. Y como en este caso queda a favor del fisco, no se lo puede vincular siquiera al carácter indemnizatorio que revisten las costas en casación que, inevitablemente, deben ser impuestas al recurrente cuando la impugnación es rechazada”.⁴¹ Descartando de esta manera que la caución sea una sanción a la temeridad de los recurrentes, sino únicamente un mecanismo, para muchos no idóneo, de evitar abusos procesales.

En el Ecuador también se suscita esta disquisición: “Pero también podría ser una penalización patrimonial como mecanismo para desalentar la interposición de recursos que carezcan de base legal. En muchas ocasiones ocurre que la parte sabe que existe una sentencia ejecutoriada que le es adversa, estima si le conviene o no demorar su ejecución, hace un cálculo del costo, y si éste es muy bajo porque la caución es ínfima, o si se halla convencido de que le asiste la razón y que fue injustamente agraviado en el fallo de instancia, interpone el recurso y solicita que se suspenda la ejecución. La Ley, desde 1993, ha buscado evitar que se utilice el recurso en forma desviada, como un mecanismo de demorar la ejecución de las resoluciones, por ello sanciona a quien utiliza de esta manera al recurso, penalizándole a que pierda el importe de la caución, el que irá en beneficio de la contraparte. En la práctica, ha resultado un elemento disuasorio muy eficaz. De aceptarse esta interpretación no cabría que quien pagó la caución pretenda imputarla a la liquidación final ni que se reclame complemento o devolución por ninguna de las partes. Sin embargo, hay que recordar que nuestra legislación no contempla, en general, este tipo de penalizaciones patrimoniales, por lo que su establecimiento requiere de una norma muy clara y específica, y sería conveniente reformar la ley aclarándola, o que la Corte Suprema de Justicia dicte una resolución obligatoria especificando cuál es la naturaleza de la caución”.⁴²

40. Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, p. 228.

41. *Ibidem*, p. 474.

42. Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, pp. 311 y 312.

En cambio, el segundo sistema concibe a la caución como una condición de admisibilidad, pues si bien en la Argentina en “El Código de Córdoba y los que lo han seguido, salvo una excepción, no establece ninguna forma de depósito de garantía como condición de admisibilidad del recurso. Pero en la provincia de La Rioja la ley 2327 estableció (art. 1) que para la interposición de un recurso extraordinario de casación, revisión, inconstitucionalidad y contencioso administrativo se hará un depósito judicial de garantía de \$ 500, que será devuelto en caso de prosperar el recurso...”⁴³ La caución aparece entonces como una condición de admisibilidad del recurso de casación, lejos está de posibilitar la ejecución del fallo recurrido.

Además de lo visto, se establecieron ciertos principios básicos para su rendición como el de que “el depósito es siempre proporcional a la cuantía... y que los fiscales deben prestar fianza cuando defiendan intereses del Estado o de las personas que no puedan administrar sus bienes, mas no cuando recurran en interés de la ley”⁴⁴ (Real Cédula de 1855)

En varios códigos procesales, entre los cuales se incluye el costarricense,⁴⁵ se estableció la caución en un sentido completamente distinto, esta vez como requisito indispensable para la ejecución de una sentencia recurrida. Pues, elevado un recurso de casación, tanto en el efecto devolutivo como en el suspensivo, no se podía ejecutar la sentencia recurrida, excepto cuando se rendía caución suficiente que garantizara los perjuicios del cumplimiento. Sistema que en general se aplica cuando el recurso de casación se concede tanto en el efecto suspensivo como en el devolutivo.

En cambio, otros códigos como el ecuatoriano,⁴⁶ desde 1971 el colombiano⁴⁷ y el uruguayo,⁴⁸ sustentan que la interposición del recurso de casación solo conlleva el efecto devolutivo, es decir no suspende la ejecución de la sentencia. Por ende la caución se presenta para impedir la ejecución y en este efecto se la rinde con la finalidad de satisfacer los perjuicios causados por la demora.

Actualmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil Español “se caracteriza por la desaparición de la exigencia de fianza o caución para lograr el despacho de la ejecución provisional, se apuesta decididamente por la efectividad de la justicia civil, estableciendo una regulación que supera los defectos advertidos en la anterior normativa, de

43. Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, p. 228.

44. Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, pp. 389 y 390.

45. Art. 599 del Código Procesal Civil de Costa Rica.

46. Art. 11 de la Ley de Casación del Ecuador.

47. Art. 371 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

48. Art. 275 del Código General del Proceso uruguayo dice: “Salvo que el proceso versare sobre el estado civil de las personas, la interposición del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, para lo cual deberá expedirse, a pedido de parte, testimonio para la misma”

modo que se dota a quien obtiene un pronunciamiento favorable en primera instancia de un instrumento apto para obtener su inmediata ejecución”.⁴⁹

En nuestra legislación, los primeros antecedentes del concepto de caución provienen de marzo de 1915, fecha en la cual, el vocal de la Academia de Abogados de Quito Dr. Manuel Eduardo Escudero, en cumplimiento de la comisión que la academia le confió, presentó un proyecto, que no llegó a aprobarse, y que contenía lo siguiente:

Art. 7. El recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia de que se ha recurrido. Se exceptúan los casos siguientes: 1. Cuando el recurso se haya interpuesto en los juicios que, según la ley, la apelación se concede solo en el efecto devolutivo; y, 2. Cuando la parte favorecida por el fallo diere fianza suficiente para responder por los resultados del recurso, siempre que de concedérselo libremente, quedara de hecho eludida la sentencia o retardada con grave daño su ejecución y en sus efectos. El tribunal a quo será el que resuelva, si es o no el caso, de aceptar la fianza así como la cuantía y naturaleza de ésta.⁵⁰

Solo a partir de la publicación de la Ley de Casación en el Registro Oficial No. 192 de 18 de mayo de 1993, en la cual se derogó el recurso de tercera instancia, se estableció por primera vez la figura de la caución en el Ecuador, cuyo texto vigente dice:

Art. 11. Caución. Salvo las excepciones contenidas en el artículo anterior, quien haya interpuesto recurso de casación podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la contraparte.

El monto de la caución será establecido por el juez o el órgano judicial respectivo, en el término máximo de tres días y al momento de expedir el auto por el que concede el recurso de casación o tramita el de hecho; si la caución fuese consignada en el término de tres días posteriores a la notificación de este auto, se dispondrá la suspensión de la ejecución de la sentencia o auto y en caso contrario se ordenará su ejecución sin perjuicio de tramitarse el recurso.

La Corte Suprema de Justicia dictará un instructivo que deberán seguir los tribunales para la fijación del monto de la caución, en consideración de la materia y del perjuicio por la demora.

Actualmente, existe una propuesta de reforma a la Ley de Casación elaborada por el Dr. Santiago Andrade Ubidia, cuyo texto realiza varias precisiones respecto de la

49. Fernando Lacaba, “La ejecución provisional de sentencias en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, <http://www.arquitectura-tecnica.com/ARTCERCH62-8.htm>

50. Juan Isaac Lovato Vargas, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2002, p. 167.

caución y que considero deben ser tomadas en cuenta porque distinguen ciertos problemas no contemplados en la legislación vigente, dicho proyecto formula el siguiente art.:

Artículo 6. El artículo 11 de la ley de Casación, sustitúyase por el siguiente: art. 11. Ejecución de la providencia casada y caución: La concesión del recurso no impedirá que la sentencia, el auto o el laudo se cumpla, salvo que el proceso verse sobre el estado civil de las personas o que el recurso haya sido interpuesto por el estado o una entidad del sector público en general.

Quien haya interpuesto recurso de casación o el de injusticia notoria podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia, auto o laudo recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia auto o laudo pueda causar a la contraparte.

El monto de la caución será fijado por el tribunal respectivo, en el término máximo de tres días y al momento de expedir el auto por el que concede el recurso de casación o el de injusticia notoria, y se constituirá mediante depósito en dinero en efectivo o en cheque certificado. El monto se fijará entre dos y veinte remuneraciones básicas unificadas, atendiendo a la complejidad de la causa, a los perjuicios estimados por la demora en la ejecución del fallo casado, a la capacidad económica del recurrente.

De la providencia que fije caución, no habrá recurso alguno, ni horizontal ni vertical. Si la caución se consigna en el término de tres días posteriores a la notificación de este auto, el tribunal respectivo dispondrá la suspensión de la ejecución de la providencia recurrida; en caso contrario ordenará de oficio que se saquen las copias necesarias para ello y se las remita al órgano judicial encargado de la ejecución para que se la inicie, sin perjuicio de tramitarse el recurso.

CONCEPTO DE CAUCIÓN

La Real Academia Española lo define como: “Garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual”.⁵¹

El art. 31 del Código Civil ecuatoriano dice: “Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para seguridad de otra obligación propia o ajena”.

La doctrina señala que “es la seguridad que da una persona de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Esta seguridad se da presentando fiadores, obligando bienes o prestando juramento”.⁵²

51. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, España, 2001, 22a. ed.

52. Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo II, París, Gamier Hermanos 1787, p. 236.

En consecuencia, cotejando su significado general con su específica rendición en el recurso de casación podemos decir que caución es aquel medio por el cual el recurrente garantiza el perjuicio por la ejecución de un fallo pendiente de recurso o por la demora en la ejecución de una sentencia recurrida, dependiendo de cada legislación.

PERSONAS QUE DEBEN RENDIR CAUCIÓN

La caución debe ser rendida dependiendo del sistema que se maneje en cada legislación:

- Cuando el sistema es aquel mediante el cual la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia, es el recurrente el que debe rendir caución, pues precisamente con ello evita la ejecución de una sentencia que le causa perjuicio.
- En aquellos sistemas en que el recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia recurrida, el no recurrente cuya sentencia le favorece pide la ejecución consignando la respectiva caución.
- El Estado no rinde caución porque la ley, incluso la ecuatoriana, así lo dispone, esto en salvaguarda de sus intereses, lo que constituye un privilegio exorbitante del Estado. Pero, si bien no es necesario que se deposite el valor de la caución, es indispensable que solicite expresamente la ejecución o suspensión de la ejecución, respectivamente. Aunque en el Ecuador la necesidad de pedir la suspensión no es necesaria pues para el estado el recurso de casación siempre se eleva con efecto suspensivo.⁵³

REQUISITOS NECESARIOS PARA RENDIR CAUCIÓN

Para que la rendición de caución pueda surtir efectos, ya sea que se ejecute o se suspenda la ejecución de una sentencia, es necesario que cumpla con ciertos requisitos, los cuales son:

- a) Que sea expresamente solicitada por la parte pertinente, no puede, por tanto, concederse de oficio;
- b) que la solicitud se formule dentro del tiempo señalado por la ley. En nuestra legislación es el mismo de la interposición del recurso de casación, pero en la

53. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Ley 2001-45, R.O. 372, 19-VII-2001. Art. 10. Del recurso de casación. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días para interponer el recurso de casación, que deberá ser concedido con efecto suspensivo, sin la obligación de rendir caución.

Ley Española de Enjuiciamiento Civil se puede proponer, mientras no se resuelva el recurso, ante el juez de primer nivel con un trámite propio;⁵⁴

- c) que se entregue el valor señalado por el juez por concepto de caución, dentro del tiempo señalado para el efecto. “Si quien ha solicitado la suspensión del cumplimiento del fallo, que es obviamente el recurrente, no constituye en oportunidad y en forma legal la caución, o si la sala de decisión, o el juez que ha pronunciado el fallo no acepta la ofrecida por estimarla ilegal o insuficiente, este debe denegar la suspensión deprecada”.⁵⁵

CASOS EN LOS QUE NO PUEDE RENDIRSE CAUCIÓN

Cuando estudiábamos la forma de ejecución de las sentencias atendiendo su naturaleza, distinguíamos que solo aquellas que establecían una condena eran susceptibles de ejecución, y por ende para que se hiciera efectivo su cumplimiento o para evitarlo, se interponía caución.

Ahora bien, y como ya vimos en su momento, los procesos declarativos producen sentencias meramente declarativas, las cuales no pueden ser ejecutadas, en consecuencia tampoco procede rendir caución porque no hay nada que pueda ejecutarse o dejarse de ejecutar. Así lo contempla la legislación colombiana.⁵⁶

El juez debe verificar si la sentencia rendida es o no meramente declarativa pues, “sus efectos sí van más allá de la simple declaración de un derecho, ya que a la par con la declaración reconoce una responsabilidad del demandado, entonces sí es susceptible de cumplimiento”.⁵⁷

Asimismo los procesos constitutivos que producen sentencias de la misma naturaleza tampoco pueden ejecutarse, por lo que la mayoría de legislaciones, entre la que consta la nuestra, considera que no se puede ejecutar la sentencia y por ende no se puede rendir caución en aquellos procesos constitutivos, como los relativos al estado civil de las personas.⁵⁸

54. Art. 535 en relación con el 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

55. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, p. 623.

56. Art. 371 Código de Procedimiento Civil colombiano.

57. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, p. 627.

58. “En el caso del estado civil de las personas, no es posible suspender la ejecución de la sentencia impugnada, pues su cumplimiento hace imposible llevar a efecto lo que se dicte si se acoge el recurso de casación. Ejemplo: Nulidad de matrimonio.” Lo mismo señala el art. 10 de la Ley de Casación ecuatoriana y el art. 275 del Código General del Proceso uruguayo dice: “...al interponer el recurso o dentro del término para hacerlo, podrá solicitar el recurrente que se suspenda la ejecución de la sentencia, prestando garantía para responder de los perjuicios que a la parte contraria pudiere ocasionar la demora...”

Tampoco procede rendición de caución de la sentencia totalmente desestimatoria o inhibitoria.

En aquellos sistemas en que se rinde caución, a fin de que se ejecute la sentencia no cabe aceptarla: “Cuando pueda derivar de la ejecución, grave e irreparable daño... para evitar al vencido que ha impugnado en casación dicha sentencia el daño derivado de la ejecución forzada de esta última... A menos, que estos últimos sean en todo o en parte eventualmente eliminables con el pago de una suma y entonces el mismo art. 373, primer apartado, prevé, como se ha visto, que el juez pueda disponer la prestación de una caución...”.⁵⁹

FINALIDADES DE LA CAUCIÓN

Según el régimen establecido en cada legislación respecto de si se interpone el recurso de casación en el efecto únicamente devolutivo o si también se lo hace en el suspensivo, la caución varía de finalidades:

Como medio de garantizar los perjuicios de la ejecución de la sentencia

En aquellas legislaciones en las que la interposición del recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia, se rinde caución para que ésta se cumpla y en consecuencia su finalidad es la de garantizar que de dictarse una sentencia que revoque la que se habría cumplido, puedan repararse todos los daños derivados de su ejecución forzada.

La caución “debe tener la potencialidad de eliminar los daños sufridos por la prosecución de dicha ejecución”;⁶⁰ por ello su cálculo debe tomar en cuenta el daño y perjuicio que pudiera causarse, los intereses, las mejoras, los frutos y además, valorarse la situación subjetiva de las partes.

Como medio de evitar la ejecución de la sentencia

En aquellos ordenamientos, como el ecuatoriano,⁶¹ en los que el recurso de casa-

59. Hugo Alsina, y otros, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Colección Ciencia del Proceso, p. 361.

60. *Ibidem*, p. 361.

61. Ley de Casación del Ecuador, art. 11. Caución. ...quien haya interpuesto recurso de casación podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la contraparte.

ción se interpone únicamente en el efecto devolutivo y por ello no se suspende la ejecución de la sentencia, la caución real se consigna para evitar dicha ejecución.

Sin embargo, aun en este caso el recurso de casación solo eleva el proceso en el efecto devolutivo, y por ende no podrá ejecutarse cuando las sentencias se refieran al estado civil de las personas, debido a la naturaleza constitutiva de la sentencia; concuerda con este criterio la legislación ecuatoriana.⁶²

La caución así entendida “permite al justiciable que considere que el inferior hubiere cometido injusticia contra él, mantener las cosas en el estado en que se encontraban al momento de iniciar la contienda legal hasta que el asunto quede totalmente definido; es decir la caución impide la variación jurídica anticipada de los bienes y de los derechos de los justiciables; con ella esta variación se da por una sola y definitiva vez; de no mediar ella la variación se produce con la sentencia del inferior y si la Corte Suprema de Justicia concediere la razón a quien hubiere interpuesto el recurso de casación, nuevamente debe producirse otra variación del titular de bienes y derechos. Por lo tanto, la caución se ha establecido para evitar este juego que atenta contra la seguridad jurídica de la que debe gozar todo ciudadano que viva en un estado regido por el Derecho”.⁶³

Como medio de compensar al perjudicado por la demora

Bajo el sistema por el cual se rinde caución para evitar la ejecución de una sentencia, es posible que efectivamente dicha sentencia sea revocada y en consecuencia valió la pena rendir dicha caución, pues no se hubiera modificado innecesariamente la situación jurídica de las partes, pero en cambio si la sentencia es confirmatoria de la venida en grado, debe entregarse el valor de la caución a la parte que ha sido perjudicada por la demora en la ejecución, tal como ocurre en el caso ecuatoriano.⁶⁴

En este mismo sentido el autor Azula Camacho en su obra *Curso de Teoría General del Proceso*, señala:

... por regla general, permite darle cumplimiento a la sentencia recurrida y mientras se ventila el recurso, por cuanto considera que la decisión está amparada por una presunción de certeza que así al recurrente le corresponde desvirtuar, sin lograrlo en la mayoría de las

62. Ley de Casación del Ecuador, art. 10. Efectos. Salvo que el proceso verse sobre el estado civil de las personas, la admisión del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla.

63. Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Civil*, tomo I, Quito, Editorial Ecuador, 1993, p. 104.

64. Ley de Casación, art. 11 “... quien haya interpuesto recurso de casación podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la contraparte...”

ocasiones, como lo demuestra la experiencia, por lo cual sería injusto retardar dicho cumplimiento, que implicaría perjuicios para la parte beneficiada con la decisión recurrida, salvo que el recurrente, como lo prevé la norma, las garantice mediante caución, cuyo monto ha de fijarlo el funcionario jurisdiccional.⁶⁵

Entonces, el monto de la caución se calcula en virtud de los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse.⁶⁶

Para el cálculo de dicho monto es necesario "...considerar el monto de la obligación principal declarada o reconocida a la parte a quien beneficia la sentencia o auto impugnado en casación, debe considerar este monto solamente para valorizar estimativamente los perjuicios que ocasione la eventual demora de la ejecución causada por la interposición y tramitación del recurso de casación, pero no el monto de la obligación en sí misma considerada. Aun reconociendo los peligros de proponer un ejemplo, me permito concluir uno bastante simple: si la sentencia impugnada en casación manda a pagar una suma de dinero verbigracia 1.000 mm, la caución debería equivaler al monto estimado de los intereses a la tasa aplicable a la respectiva obligación, por el número de meses o semanas que el juez o tribunal estime pueda demorar la tramitación del recurso de casación, y cualquier otro perjuicio adicional que, en el caso particular, demostrare como previsible la parte a quien perjudica o afecta la interposición del recurso. A lo dicho debemos agregar que siguiendo las normas generales del derecho común, que establecen que el acreedor debe ser indemnizado de todo perjuicio y quedar absolutamente indemne, si la caución resultare insuficiente, éste conserva el derecho para requerir el pago completo de los perjuicios causados (Código Civil 1599 y 1586)".⁶⁷

Existe un Proyecto elaborado por el Dr. Bolívar Vergara Acosta, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, que señala como rubro a considerarse para estimar el monto de los perjuicios caucionables "el monto declarado o reconocido a la contraparte en la sentencia o el auto que han puesto fin al proceso, que es objeto del recurso de casación, siempre que se trate de obligaciones o derechos cuantificables en dinero de curso legal".⁶⁸ Este monto debe solo servir de referente para el cálculo de los perjuicios causados por la demora y no para el establecimiento del valor total de la caución, pues no se trata de garantizar el cumplimiento de la sentencia.

65. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed., p. 464.

66. Art. 376 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

67. César Coronel Jones, "La Ley de Casación: estudio introductorio", en *La casación. Estudios sobre la Ley No. 27*, pp. 17 y 18.

68. *Ibidem*, p. 17.

FORMAS DE RENDIR CAUCIÓN

Como vimos, la caución es un medio de garantizar el cumplimiento de una obligación; sin embargo, existen otras instituciones que pueden cumplir con esta finalidad; las cuales también pueden ser usadas para suspender la ejecución o para ejecutar una sentencia recurrida en casación.

En España, por ejemplo, existe además de las formas tradicionales de caución, la posibilidad abierta y discrecional del juez de calificar como caución a cualquier otro medio de garantía, tal como consta del art. 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que a continuación transcribo: “La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate”.⁶⁹

En Bolivia se han establecido la fianza simplemente personal y la hipotecaria como formas de garantizar o impedir la ejecución de una sentencia, además se han establecido límites, todo lo cual se desprende de la jurisprudencia que sigue a continuación:

Se determina aclarativamente con igual carácter retroactivo, que no podrá admitirse fianza de resultas simplemente personal, sino solo cuando el monto condenatorio en ejecución provisional no exceda de la suma de diez mil 00/100 bolivianos (Bs. 10.000) debiendo exigirse necesariamente garantía hipotecaria, previamente calificada para la ejecución provisional de todo auto de vista condenatorio por monto que sobrepase la cantidad de diez mil 00/100 bolivianos (Bs. 10.000) y que estuviere pendiente de recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷⁰

En el Ecuador, atendiendo al contenido del art. 31 del Código Civil se entendería que se puede rendir caución para suspender la ejecución de una sentencia a través de cualquiera de sus formas, esto es: fianza, prenda o hipoteca, tal como lo sostiene el Dr. Jorge Ramírez Álvarez, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana en un proyecto de resolución presentado por él.

Sin embargo, en el art. 11 de la Ley de Casación ecuatoriana consta el término “consignada” para referirse a la rendición de caución. Esta palabra se utiliza únicamente para señalar la entrega de “efectivo”, por lo que la Corte Suprema del Ecu-

69. Art. 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español.

70. Sentencia Constitucional No. 0054/2003, dictada en Bolivia, Sucre, Distrito: Santa Cruz junio de 2003. Expediente: 2003-06460-13-R11, <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion7001.html>

dor ha interpretado que solo podrá consignarse caución en efectivo, es decir en dinero, cheque certificado o garantía bancaria a primera demanda, la que por sus cualidades de incondicional, irrevocable y de pago inmediato, equivale a efectivo. Interpretación que considero acertada, porque de esta forma se evitan varios problemas originados en la aceptación de otras formas de caución, comenzando por el caso de que se pretenda hipotecar un bien inmueble o preñar un mueble, pues los bienes tendrán que someterse a un peritaje a fin de determinar su valor y verificar si es suficiente o no para garantizar la obligación, lo cual ocasiona demoras injustificadas al proceso. Además si el valor del bien consignado es superior al de la caución, la persona que lo interpuso no puede usar la diferencia a su favor porque está sujeto a garantía.

EFFECTOS DE LA RENDICIÓN O NO DE CAUCIÓN

Cuando se ha rendido caución

Sistemas en que el recurso de casación se otorga solo en el efecto devolutivo

Solicitada y consignada la caución dentro del término pertinente, el juez dicta providencia por la que se suspende la ejecución de la sentencia recurrida, así lo establecen legislaciones como la ecuatoriana⁷¹ y la uruguaya.⁷²

Mientras no se falle en casación, la caución permanece en garantía. Cuando el Tribunal de Casación dicta sentencia confirmatoria⁷³ dentro de su parte resolutive, dispone que el juez ante quien se consignó el valor correspondiente a caución, que en el caso ecuatoriano es el Tribunal de la Corte Superior del caso, entregue dicho valor a la parte que no interpuso el recurso, como una forma de indemnización por la demora en la ejecución de la sentencia.

Pero además "...la pérdida del depósito, cautelarmente exigido y constituido, no es solo consecuencia del pronunciamiento de la sentencia de casación (modo normal de terminarse el recurso), sino también sanción que deriva del desistimiento (modo

71. Art. 10 de la Ley de Casación ecuatoriana dice: "Art. 10. Efectos. Salvo que el proceso verse sobre el estado civil de las personas, la admisión del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla".

72. Art. 275 del Código General del Proceso uruguayo dice: "al interponer el recurso o dentro del término para hacerlo, podrá solicitar el recurrente que se suspenda la ejecución de la sentencia, prestando garantía para responder de los perjuicios que a la parte contraria pudiere ocasionar la demora".

73. Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, p. 475. "...lo cierto es que atenuando la peculiar institución, se ha establecido la obligación del depósito y consiguiente pérdida únicamente para los casos en que la sentencia de la Cámara fuese confirmatoria".

anormal), siquiera la cuantía de la pérdida dependa para el recurrente del momento en que ese hecho trascendental se produce”.⁷⁴

Sistemas en que el recurso de casación se otorga en efecto suspensivo y devolutivo

Ahora bien, en los sistemas, como el costarricense, en que el recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia, la rendición de caución permite su ejecución, por lo que, el valor consignado como caución, se pierde cuando la sentencia dictada por el Tribunal de casación revoca la recurrida, porque constituye una forma de garantizar al ejecutado los perjuicios de dicha ejecución.

Entonces, el monto de la caución deberá establecerse nuevamente por el juez de instancia, para lo cual se debe verificar si es o no posible realizar las correspondientes restituciones a fin de calcularse en debida forma las indemnizaciones. Además, la parte interesada solicitará en un mismo incidente, la respectiva liquidación y su aprobación, tomando en cuenta todos los perjuicios efectivamente causados. El juez ordenará la entrega de la caución si el dinero consignado ha sido suficiente; en caso de no serlo, ordenará que la parte complete el monto para entregarlo al ejecutado.

Cuando no se ha rendido caución:

Sistemas en que el recurso de casación se otorga solo en el efecto devolutivo

Si el recurrente, pese a interponer el recurso, no considera necesario depositar la caución, carece del valor señalado por el juez o la ha solicitado o consignado fuera de tiempo, el juez de la causa en providencia aparte así lo dirá y mandará a que se saquen copias del proceso para enviarlas al juez inferior a que ejecute la sentencia. Cabe resaltar que existen ordenamientos que toman a la caución no solo como una garantía, sino como un requisito de admisibilidad del recurso de casación y por eso en el caso de que solicitada no se la consigne, provoca que se declare desierto el recurso.⁷⁵

Por su parte, la legislación española considera que basta con solicitar la ejecución provisional de una sentencia, tanto de primera como de segunda instancia, aun cuando exista pendiente recurso de apelación o de casación, respectivamente, para que se

74. Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, p. 395.

75. Álvaro Pérez Vives, *Recurso de casación en materia, civil, penal y de trabajo*, Bogotá, Editorial Centro, 1946, 2a. ed., pp. 40 y 41.

proceda a su ejecución provisional. Por lo que no es necesario rendir caución alguna y la misma ley así lo señala.⁷⁶

Varias legislaciones también hacen mención expresa a que “el término para suministrar lo necesario, con el fin de expedir las copias, será de tres días a partir de la notificación de dicho auto”, pues puede ocurrir que la parte pertinente no cumpla con su obligación o lo haga fuera de tiempo y en tal pretexto no se envíe el caso al inferior para que se ejecute en contravención con el mandato legal.

Sistemas en que el recurso de casación se otorga en efecto suspensivo y devolutivo

En este sistema la caución se rinde precisamente para que se ejecute la sentencia, por lo que si no se la rinde, el juez envía el proceso al tribunal de casación para que este dicte sentencia.

En la legislación peruana el recurso de casación se otorga en los dos efectos, pero no se ha legislado la posibilidad excepcional de rendir caución que permita la ejecución, sino que únicamente es ejecutable la resolución dictada por el tribunal de casación.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y EJECUTADA FRENTE A LA NUEVA SENTENCIA DE CASACIÓN

Del estudio realizado sabemos que es posible ejecutar provisionalmente e incluso definitivamente una sentencia recurrida en casación, dependiendo de cómo cada ordenamiento haya tratado lo relativo a la naturaleza de las sentencias recurridas.

El tribunal de casación puede estimar el recurso y considera que proceden las acusaciones planteadas por el recurrente, y en su defecto anular el fallo casado y dictar la sentencia de mérito que corresponda en el mismo momento (sistema mixto); o que el “tribunal, también al decidir el fondo, declare errónea la jurisprudencia establecida por la Sala, fijando una contraria. En este caso anulará –casará– la sentencia y re-

76. Ley de Enjuiciamiento Civil Español, art. 526 dice: “Ejecución provisional de las sentencias de condena en primera instancia. Legitimación. Salvo los casos a que se refiere el artículo anterior quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes”.

mitirá la causa para nuevo juzgamiento a la Sala que sigue en orden de Turno o la Sala que resulte sorteada, para que tenga lugar ante ella el juicio de reenvío”.⁷⁷

Precisamente, al respecto, se ha señalado que: “Dictada la sentencia resolutoria del recurso, caben dos supuestos esenciales: que sea confirmatoria de la de primera instancia o declare no haber lugar al recurso de casación o lo inadmita; o bien que revoque total o parcialmente la sentencia apelada o estime el recurso de casación: En el primer caso, los únicos efectos que produce la sentencia del tribunal superior son los de devolución de la garantía prestada. En el segundo supuesto es enormemente problemático y no encuentra respuesta alguna en el derecho positivo”.⁷⁸

Se anota que no procede la ejecución provisional ni la ejecución definitiva bajo condición resolutoria respecto de aquellas sentencias en que interviene el Estado, ni en aquellas que establezcan el estado civil de las personas, porque la misma ley limita esta posibilidad, como en el caso ecuatoriano, al impedir que se pueda caucionar.

A continuación analizaremos las consecuencias de la confirmación o revocación del fallo ejecutado.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FALLO DE CASACIÓN QUE CONFIRMA EN TODO EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el sistema que considera que la ejecución es provisional, si la nueva sentencia es confirmatoria de la ejecutada, es decir, aquella por la cual “el tribunal, resolviendo el fondo del recurso, lo rechace declarando que la doctrina establecida en el fallo es la correcta adoptándola en consecuencia como jurisprudencia plenaria. En este caso, la sentencia será la misma que dictó la Sala y los efectos deberán computarse a partir de ella. La sentencia de casación se ha limitado, en ese caso, a declarar que no existía infracción de ley, manteniéndola válida y vigente”;⁷⁹ provoca dos efectos principales que son: la convalidación de la cosa juzgada que produce la validez de todo lo realizado en la ejecución, y la entrega de la caución a la parte perjudicada con la demora, en los sistemas en que se la propone para suspender su ejecución o la devolución de la caución al vencedor de la contienda, en los sistemas en que la caución se rinde para ejecutar la sentencia.

En este mismo sentido se han pronunciado varios tratadistas que dicen que: “Terminado el proceso, adquiere la sentencia impugnada rango de cosa juzgada material,

77. Fernando de la Rúa; *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, p. 578.

78. Valentín Cortés Domínguez, y otros; *Derecho Procesal*, pp. 427 y 428.

79. Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, p. 578.

y se convierte en título adecuado para la ejecución. Como secuela de este pronunciamiento fundamental, el recurrente pecha con el pago de las costas del recurso y pierde el depósito que oportunamente constituyó...”⁸⁰

Si la ejecución todavía estaba en la vía de apremio vale lo señalado en el art. 532 la Ley Española de Enjuiciamiento Civil que dice: “Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada. Si se dictase sentencia que confirme los pronunciamientos provisionalmente ejecutados, la ejecución continuará si aún no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante”.

En cambio, en aquellos ordenamientos que consideran que la ejecución es de carácter definitivo, si la nueva sentencia es confirmatoria quiere decir que no se ha cumplido la condición resolutoria y por ende subsiste la sentencia ejecutada. Lo mismo si todavía el proceso de ejecución se encuentra en vía de apremio.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FALLO DE CASACIÓN QUE CONFIRMA EN PARTE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Una sentencia de casación puede confirmar la sentencia recurrida, aun cuando sus argumentos sean distintos, casación platónica, pero además puede confirmar solo parte del contenido de la misma, en este caso hablamos de casación parcial.

Los efectos de la casación parcial son distintos de la total, pues mientras “la casación total, priva a la sentencia recurrida de valor, y permite al Tribunal de Casación pronunciar la segunda, ocupando el puesto y lugar del tribunal a quo, pero ...cuando solo es parcial, y los motivos del recurso que se estiman, aluden a cuestiones que pueden aislarse, sin trascendencia en las demás que la sentencia de instancia resolvió, subsiste la parte de ésta, no afectada por la casación, cuyas decisiones no hacen otra cosa sino completarla y rectificarla, en aquello que supuso yerro, patentizado por la estimación del recurso...” La casación parcial, dice Garsonnet, “deja subsistente en la sentencia impugnada, todo lo que no está afectado por la resolución de la Suprema Corte, directamente, o por razón de la indivisibilidad de las disposiciones”. Si se casan únicamente algunos de los extremos o capítulos de la sentencia, sostiene Chiovenda, quedan firmes los restantes (sea que contra estos no haya habido recurso, o que, habiéndolo, no haya sido estimado). “Pero puede haber capítulos de sentencia no anulados, aun sin haberse atacado en el recurso o sin considerarse expresa-

80. Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, p. 481.

mente en la sentencia, toda razón de ser dependientes del capítulo por el cual es casada”.⁸¹

En consecuencia, valdrán los actos ejecutados sustentados en la parte del fallo que ha sido confirmado, mientras que los otros actos que perdieron su justificación serán nulos *ipso iure*. Es decir, “el efecto principal de esta es el dar a la sentencia impugnada, con efecto retroactivo, carácter de cosa juzgada”,⁸² solo en la parte que ha sido confirmada mientras que la parte revocada debe ser anulada.

El Tribunal *ad quem* determinará el monto de la caución que debe ser entregada a la parte que sufrió por la demora del porcentaje que hubiera podido ser cumplido, en los casos en que se haya rendido caución para evitar su ejecución. En los otros casos en que se la presentó para que se proceda a su ejecución y esta se realizó, el monto de la caución cubrirá los perjuicios ocasionados por la parte que llegó a ejecutarse y que no fue confirmada.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FALLO DE CASACIÓN QUE REVOCA LA SENTENCIA IMPUGNADA

Cualquiera sea el sistema de casación, contemplado en el ordenamiento jurídico, el tribunal de casación puede revocar el fallo que ha sido ejecutado produciendo varias consecuencias. “De casarse la sentencia, los derechos y obligaciones que nacieron para la parte que pidió su ejecución, pierden su eficacia y se extinguen; esta situación, como se señala en líneas anteriores, se asimila en cierto modo a la situación de las obligaciones bajo condición resolutoria, por lo que ha de considerarse cada caso en particular, para determinar cuáles son los derechos y obligaciones que, originalmente amparados en una sentencia favorable, se extinguieron al casarse la sentencia”.⁸³

a) Anula el fallo ejecutado

Dependiendo de si se considera que la naturaleza de la sentencia recurrida es la de ser acto que pueda devenir en sentencia (Chiovenda), el efecto o la consecuencia primera de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente es la anulación del fallo,⁸⁴ con efecto *ipso iure*;⁸⁵ así lo sustenta Manuel de la Plaza en su obra *La*

81. Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, p. 480.

82. *Ibidem*, p. 480.

83. Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, p. 315.

84. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, p. 639.

85. *Ibidem*, p. 639.

Casación Civil, en la que incluso desarrolla el tema y señala que “por obra de la sentencia de casación, se anula... la de instancia; y es de suponer que no solo lo que está comprendido literalmente en el fallo, sino lo que es natural y lógica derivación suya; mas es claro que, para saber la extensión de lo resuelto, es preciso atenerse a la segunda sentencia, en que el tribunal de casación traduce los pronunciamientos de la dictada en primer término, y saca sus consecuencias, en contemplación esta vez, del interés de los litigantes”.⁸⁶ Anotándose que las últimas líneas de este razonamiento son aplicables a aquellos sistemas que funcionan sobre la base del “reenvío”, en el que la segunda sentencia dictada por el tribunal de instancia es aquella que finalmente prevalece. Aunque la consideración de que la sentencia de instancia se anula, también se aplica al sistema mixto, porque al tomar el tribunal de casación las facultades de tribunal de instancia y dictar la sentencia de mérito que superpone la sentencia de casación por sobre la de instancia y por tanto la anula.

Sin embargo, si se considera que la naturaleza de la sentencia recurrida es la de ser acto sujeto a condición resolutoria, es decir, aquel cuyos efectos solo se extinguen por un pronunciamiento contrario⁸⁷ no produce la nulidad, sino que “se tiene por no dictada en caso de reforma por uno de estos medios y los efectos ya efectivamente producidos de la sentencia, como la acción ejecutiva, concedida por la ley o por resolución del juez, desaparecen con la sentencia reformada, como sucede con los actos sometidos a condición resolutoria”,⁸⁸ esto independientemente del sistema de casación aplicado sea el “mixto” o el de “reenvío”.

b) Anula los actos de ejecución

Giuseppe Chiovenda, en su obra *Derecho Procesal Civil*, sostiene que la naturaleza de la sentencia recurrida es la de no ser verdadera sentencia, sino acto que puede devenir en sentencia, por ello considera que el efecto de la revocación de la sentencia ejecutada es la de anular y no la de declarar inexistentes los actos de ejecución, tal como lo señala en la siguiente cita:

El efecto primero y constante de la sentencia de casación es anular la sentencia impugnada y con ella las sentencias y los actos posteriores a que la sentencia casada haya servido de base. De allí se sigue que los efectos ejecutivos eventualmente realizados son anulados *ipso jure* y todo lo conseguido como consecuencia de la sentencia debe restituirse.

86. Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, p. 480.

87. Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, p. 186.

88. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 396.

Si se casan únicamente alguno de los extremos de una sentencia, quedan firmes las restantes.⁸⁹

Sin embargo, cualquiera sea la naturaleza que atribuyamos a la sentencia recurrida es indudable que cuando se la revoca queden sin efecto los actos de ejecución, ya sea porque han sido anulados o simplemente han dejado de existir.⁹⁰

c) Restitución de las cosas al estado anterior

Producto de la anulación o de la inexistencia de la sentencia ejecutada y. por ende de los actos de ejecución amparados en ella, el juez inferior procede a las restituciones, en caso de haber ejecutado el fallo.

La restitución consiste en imponer “a la parte que ha obtenido el cumplimiento anticipado del fallo una obligación de restitución: devolver lo que haya recibido con causa en la sentencia infirmada, o las prestaciones que precisamente en ésta hayan tenido base, pues los eventuales actos ejecutivos realizados anticipadamente, con carácter provisorio, no pueden ser ya definitivos por falta de la condición que las subordina”.⁹¹

Es decir, deben restituirse las cosas al mismo ser y estado en que se encontraban con anterioridad, he aquí la enorme dificultad de que esto acontezca a cabalidad. Para lo cual la nulidad o la inexistencia retrotraen las cosas al estado anterior al de la interposición del recurso de casación.

Obviamente, la restitución obliga a que el ejecutante devuelva lo recibido en virtud de la ejecución, esto es, dinero si la condena era el pago de una cantidad líquida o a devolver el bien materia del litigio, si era una obligación no dineraria, etc.

Esta consecuencia es recogida en varias legislaciones como la colombiana, en cuyo art. 376 del Código de Procedimiento Civil se dice:

Si la Corte al decidir el recurso aniquila o quiebra el fallo que tuvo cumplimiento anticipado, debe adoptar allí mismo dos medidas importantes, que son: 1. declarar sin efecto los actos procesales realizados para la ejecución provisorio; y 2. disponer que el juez de primer grado de jurisdicción proceda inmediatamente a efectuar las restituciones y adop-

89. *Ibidem*, p. 591.

90. El art. 376 del Código de Procedimiento Civil colombiano dice que: “cuando la Corte case una sentencia que tuvo cumplimiento, declarará sin efectos los actos procesales realizados con tal fin, y dispondrá que el juez de primera instancia proceda a las restituciones y adopte las demás mediadas a que hubiere lugar”.

91. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, p. 639.

tar las demás medidas que fueren necesarias para restablecer o poner las cosas en el estado en que se encontraban antes de cumplir la sentencia.

d) Obligación de pagar indemnizaciones, mejoras y frutos

De lo anteriormente señalado debe discernirse que aun en la hipótesis de que efectivamente sea posible realizar a cabalidad las restituciones, es necesario que la persona que obtuvo el beneficio de la ejecución de la sentencia indemnice a la otra parte por los gastos que haya ocasionado esta reversión.

De todo lo dicho se colige que en la eventualidad de que el Tribunal de Casación altere la sentencia, a nadie se le escapa la gravísima dificultad de establecer la situación y resarcirse de los gastos que inevitablemente ello significaría (nuevas escrituras, duplicidad del pago de impuestos, documentos, etc.).⁹²

Ahora bien, existe la posibilidad de que no se pueda realizar la correspondiente restitución ya sea de modo parcial o incluso total, por cuanto

esa finalidad de la ejecución de conseguir el bien del obligado no siempre puede lograrse, y esto ocurre en dos casos: cuando existe una imposibilidad física para hacerlo, por destrucción del objeto, por ejemplo, y cuando depende de un acto del obligado y éste se niega a realizarlo, o habiendo consistido en una obtención, ya lo realizó. En estos dos casos la restitución en si no es posible, y la ejecución se traduce en reparación económica.

Cuando el bien se consigue del obligado, el interés del ejecutante se satisface por la dación, en las obligaciones de dar; cuando esto no cabe, esa satisfacción se logra mediante la transformación en reparación del daño. Esta transformación tiene lugar en las obligaciones de hacer o no hacer, y puede tener dos formas, que son la ejecución del hecho por otra persona cuando es posible, o la indemnización de perjuicio.⁹³

Por tanto, el ejecutante debe indemnizar los daños y perjuicios para lo cual debe tomar en cuenta el valor del objeto del litigio, los intereses, las mejoras que hubieran podido producirse e incluso los frutos.⁹⁴

La obligación de indemnizar nace en virtud de que el ejecutante haya utilizado un derecho excepcional que la ley le franquea, como es la ejecución provisional de una

92. Valentín Cortés Domínguez, y otros, *Derecho Procesal*, pp. 427 y 428.

93. Juan Isaac Lovato, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, p. 193.

94. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, p. 639. "...como es apenas obvio, la parte que se benefició del cumplimiento anticipado de la sentencia, en el caso de la prosperidad del recurso, queda obligada a indemnizar el valor de los frutos, productos y perjuicios que, justamente por el cumplimiento de una sentencia que más tarde deja de existir, haya dejado de recibir o se le hayan causado a la otra parte".

sentencia pendiente de recurso, por lo que “queda obligado si se casare el fallo recurrido a restablecer las cosas al estado que tenían antes de los actos de ejecución y a indemnizar al ejecutado por los daños sufridos”.⁹⁵

Sin embargo, otros autores consideran que: “la referida indemnización resulta injusta, puesto que el ejecutante ha procedido en uso de un derecho legítimo y si no se le puede imputar ninguna culpa es ilógico obligarle al pago de daños y perjuicios que son obra de la Ley y no de su falta”.⁹⁶ Por ello, es la ley la que debe señalar de forma expresa esta obligación indemnizatoria.

e) Consecuencias relativas a la caución

Otra consecuencia es la relativa a la caución, pues la revocatoria de la sentencia ejecutada provisionalmente provoca que se cancele la caución y se ordena que el juez *ad quem* devuelva a quien interpuso el recurso, en los sistemas en que se la rinde para suspender la ejecución de una sentencia o que se entregue dicho valor a la parte que ha sido perjudicada por la ejecución de una sentencia que ahora es revocada, en los casos en que se la rinde precisamente para permitir que se la ejecute.

En el Ecuador el art. 12 de la Ley de casación señala:

La caución se cancelará por el tribunal *a quo* si el recurso es aceptado totalmente por la Corte Suprema de Justicia; en caso de aceptación parcial el fallo de la Corte determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora; si el fallo rechaza el recurso totalmente, el tribunal *a quo* entregará a la parte perjudicada por la demanda el valor total de la caución.

f) Efectos particulares de la sentencia de casación dictada mientras está pendiente la vía de apremio

Puede suceder que la sentencia de casación que revoca la de segundo nivel todavía no se haya ejecutado, sino que se encuentre en vía de apremio, con lo cual existen varios actos de ejecución que obviamente quedan anulados *ipso iure* o se los considere inexistentes, dependiendo de cómo se considere la naturaleza de la sentencia recurrida.

95. Valentín Cortés Domínguez, y otros, *Derecho Procesal*, pp. 427 y 428.

96. *Ibidem*, pp. 427 y 428.

Dicho proceso de ejecución al carecer de la sentencia que lo justifica debe suspenderse de manera inmediata, pero dicha suspensión debe ser solicitada por la parte interesada, porque “el juez de la ejecución carece de poder discrecional para valorar la suspensión sino que verificada que concurren aquellos elementos previstos para la suspensión debe ser concedida, por ello se habla de suspensión necesaria”.⁹⁷

El efecto inmediato de la sentencia de casación revocada es la suspensión del proceso de ejecución, del mismo modo como lo hace un “juicio autónomo conexo, de cognición, que tenga por objeto una cuestión de derecho sustancial o procesal que sin la previa resolución de aquella el proceso de realización coactiva no puede proseguir”.⁹⁸

La suspensión del proceso puede ser total o parcial; es total cuando “implica la paralización total del proceso, en virtud de la cual no son posibles o no se consienten actos procesales de parte o de los órganos jurisdiccionales”,⁹⁹ excepto la obligación del juez de archivar la causa; y es parcial cuando la sentencia de casación revoca parcialmente la ejecutada y por tanto se suspenden únicamente los actos de ejecución que vayan en contra de la sentencia definitiva.

PROBLEMAS Y REMEDIOS PROCESALES

Establecido todo el sistema de ejecución provisional o de ejecución definitiva de una sentencia recurrida, mal haríamos en involucrar y considerar que, para evitar todas las complicaciones causadas por la revocatoria de una sentencia ejecutada se debe prescindir de ellas, pues precisamente su implantación es considerada “desde el punto de vista técnico una mejora sustancial de su régimen jurídico positivo”,¹⁰⁰ por todas las razones de celeridad y eficacia antes señaladas.

Puede suponerse que la mayoría de los problemas en la ejecución provisional o definitiva bajo condición resolutoria de las sentencias provienen de los sistemas en que el recurso de casación se eleva solo en el efecto devolutivo, porque en aquellos en que también se lo dicta en el efecto suspensivo, la caución se rinde para satisfacer los perjuicios ocasionados por la ejecución provisional y en este caso todos los problemas aparentemente se solucionan con la simple entrega de esta caución a la parte ejecutada que recibió en su favor la nueva sentencia, como ocurre con la legislación costarricense en el art. 599 del Código Procesal Civil.¹⁰¹

97. Ugo Rocco, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, España, Temis y Depalma, 1976, p. 432.

98. *Ibidem*, p. 432.

99. *Ibidem*, p. 432.

100. Lacaba, Fernando, <http://www.arquitectura-tecnica.com/ARTCERCH62-8.htm>

101. Art. 599 del Código Procesal Civil de Costa Rica: “Ejecución provisional: No obstante de la interposición del

Todo lo cual no es cierto, pues en ambos sistemas subsisten los problemas relativos a las restituciones, ya que en el caso de que ésta sea posible, la indemnización de daños y perjuicios se limita a los gastos de la reversión, pero en el caso de que las restituciones no se puedan efectuar, las indemnizaciones deben contemplar el valor del objeto materia del litigio, los intereses, las mejoras y los frutos por el tiempo que el ejecutante no disfrutó de ellos, lo cual ocasiona perjuicio al ejecutado e incluso al ejecutante. En consecuencia, es necesario que, cualquiera sea el sistema de cada país, se regulen los conflictos más comunes.

A continuación procedo a desarrollar cada uno de los problemas presentados con su respectiva solución, los cuales incluso se encuentran regulados en varios ordenamientos, pero que lamentablemente no han sido considerados por el nuestro.

De la dificultad en las restituciones cuando se ha casado una sentencia ejecutada

En el evento de que la sentencia ejecutada sea revocada y se procedan a las restituciones, muchas legislaciones como la nuestra dejan al derecho civil todo lo concerniente a las restituciones, asimilándolas a los efectos propios de las declaraciones de nulidad, pero por tratarse de un asunto meramente procesal es necesario legislar ampliamente sobre el tema, a fin de evitar confusiones e interpretaciones civilistas tanto del juez como de las partes, las cuales puedan perjudicar a los terceros.

La mayoría de los problemas que se presentan sobre el tema de las restituciones son relativos a la imposibilidad de llevarlas a cabo, por lo que he creído conveniente desarrollar cada una de estas dificultades y sus posibles soluciones.

Desaparición del objeto materia del litigio

Muchas veces no se puede proceder a las respectivas restituciones porque el bien, materia del litigio, ha desaparecido de hecho o legalmente.

recurso, si el victorioso lo solicitare dentro del emplazamiento, se ejecutará la sentencia, previa garantía de resultas correspondientes; con ese objeto, el tribunal de segunda instancia expedirá el testimonio respectivo para el inferior, quien deberá fijar y recibir la garantía antes de proceder a la ejecución. El testimonio deberá ser expedido dentro del plazo de tres días, contados a partir de la solicitud. Si el recurso fuere declarado sin lugar, se cancelará la garantía. En caso contrario, seguirá respondiendo por los daños y perjuicios, para lo cual la parte recurrente deberá presentar la liquidación, dentro del plazo de dos meses posteriores a la fecha de notificación de la sentencia a todas las partes, con indicación de las pruebas correspondientes, a la cual se le dará el trámite previsto para las liquidaciones en ejecución de sentencia. Vencido el plazo sin hacerse el reclamo, o hecho sin la demostración correspondiente, se declarará extinguida la obligación originada en la denegatoria del recurso y se cancelará la garantía rendida”.

En este caso si la restitución, como ya vimos, no es posible el resarcimiento se traduce en reparación económica, es decir, la parte en cuyo favor se ejecutó la sentencia debe devolver el valor total del objeto, las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados, y además lo establecido por concepto de mejoras y frutos.

Disposición del objeto materia del litigio

Puede suceder que el bien materia del litigio haya sido dispuesto por el ejecutante, es decir, se haya transferido o gravado por cualquiera de las formas establecidas en la ley, por lo que frente a ellos ahora existen derechos de terceros.¹⁰²

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia en su libro *La Casación Civil en el Ecuador*, describe varias formas de disposición del objeto materia del litigio y las soluciones a aquellos casos en que las sentencias relativas a la condena al pago de una suma de dinero y en las que en la etapa de ejecución se embargan y rematan los bienes del deudor a terceros de buena fe¹⁰³ y que posteriormente la sentencia de casación declara la inexistencia del crédito, asimismo los casos en el tribunal de casación revocan las decisiones judiciales que declaraban la prescripción adquisitiva de dominio¹⁰⁴ o la reivindicación¹⁰⁵ con posterioridad a su enajenación o la constitución de un gravamen sobre ellos.

102. Giuseppe Chioyenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 396. “La sentencia sometida a oposición (recurso de audiencia), o apelación o recurso de casación, no siendo firme, se tiene por no dictada en caso de reforma por uno de estos medios y los efectos ya efectivamente producidos de la sentencia, como la acción ejecutiva, concedida por la ley o por resolución del juez, desaparecen con la sentencia reformada, como sucede con los actos sometidos a condición resolutoria. Este efecto de la reforma se produce, entre las partes, sea a perjuicio de los terceros que en el tiempo intermedio hayan adquirido derechos sobre la cosa que fue objeto de litigio, quedando a salvo, en todo caso, las disposiciones de derecho civil dirigidas a la tutela de terceros. El caso puede equipararse al de los derechos pendientes de un título anulable”.

103. Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, p. 316. “Si se trata de una sentencia que condena al pago de una suma de dinero, no se cauciona para impedir su ejecución, el proceso vuelve al juzgado *a quo* y en la etapa de ejecución se embargan y rematan bienes del perdedor; posteriormente la sentencia de casación revoca la de última instancia o declara la nulidad del proceso: ¿podría quien fue dueño de los bienes rematados reivindicarlos de manos del adjudicatario que los adquirió en la venta en pública subasta? La respuesta sería negativa porque éste sería un poseedor de buena fe, que se halla protegido por la apariencia de legitimidad que tenía el proceso de subasta, por lo mismo, el que fue dueño de los bienes rematados únicamente tendría acción contra la parte que pidió la ejecución de la sentencia”.

104. *Ibidem*, pp. 316 y 317. “Si se trata de una sentencia que declara la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, no se cauciona para impedir su ejecución, el proceso vuelve al juzgado *a quo*, se lleva a ejecución la sentencia protocolizando e inscribiendo la sentencia en el pertinente registro de la propiedad, si se trata de un inmueble, y el prescribiente enajena o grava al bien prescrito, posteriormente la sentencia de casación revoca la de última instancia o declara la nulidad del proceso: ¿cabrá la acción reivindicatoria contra el tercero que ha adquirido el bien o en cuyo favor se ha constituido el gravamen? La respuesta igualmente será negativa, porque éste será un poseedor de buena fe, que se halla protegido por la apariencia de legitimidad que tenía el documento que sirvió de título de propiedad para efectos de la venta o el gravamen, únicamente cabría la acción de daños y perjuicios contra el prescribiente que enajenó o gravó el bien.”

105. *Ibidem*, p. 317. “Si se trata de una sentencia que declara la reivindicación, no se cauciona para impedir su eje-

En un ordenamiento en que no se haya regulado expresamente una solución al respecto, deben aplicarse los principios relativos a los efectos de la nulidad en materia civil, los que a continuación transcribo.

Cuando se anula o rescinde un acto o contrato, las cosas vuelven al mismo estado en que se encontrarían si el acto o contrato no hubiese existido. En virtud de esta ficción, se considera que ese acto o contrato no ha existido nunca. Tratándose de un acto jurídico que comporta una transferencia de dominio, de acuerdo con esa ficción, se supone que el dominio de la cosa enajenada ha permanecido siempre en poder del tradente y que el adquirente no lo ha adquirido jamás, por cuyo motivo tampoco ha podido transferirlo a terceros; de ahí el tradente puede reclamar a estos la cosa objeto del contrato nulo, mediante la acción reivindicatoria, y obtener también la cancelación de los gravámenes constituidos sobre ella. La nulidad del contrato no solo permite reivindicar de terceros las cosas enajenadas en virtud él, sino que destruye todos los gravámenes o derechos reales (hipotecas, usufructos, servidumbres, etc.) constituidos a favor de esos mismos terceros, puesto que para constituirlos haya sido menester ser propietario de las cosas y el adquirente no tenía este carácter como consecuencia de haberse anulado el contrato.¹⁰⁶

En consecuencia, el ejecutado tiene derecho a que los terceros poseedores del bien ejecutado se lo devuelvan, sin embargo, este derecho debe ser ejercitado a través de una nueva acción, para lo cual deberá iniciarse un nuevo proceso tal como se colige de la siguiente cita:

A la inversa, no se puede pretender obtener la restitución de las cosas en poder de terceros poseedores, ni la cancelación de los gravámenes constituidos en su favor, sin intentar en contra de estos terceros la acción reivindicatoria o la destinada a obtener esa cancelación, a pretexto de que bastaría para ello la sentencia que declaró la nulidad. Esto iría, como hemos dicho varias veces, contra el principio de la relatividad de los efectos de las sentencias judiciales. Por consiguiente, la sentencia que declara la nulidad no puede hacer desposeer sin más trámite, a los terceros poseedores de los bienes sobre que versaba el contrato declarado nulo, si ellos no han figurado como partes ni han sido citados en el juicio.¹⁰⁷

cución, el proceso vuelve al juzgado *a quo*, se cancela la inscripción de la demanda de reivindicación en el presente registro, se entrega el bien reivindicante, el cual lo enajena o lo grava, posteriormente la sentencia de casación revoca la de última instancia o declara la nulidad del proceso; al igual que en el caso anterior ¿podría quien fue despojado de la posesión gracias a la acción reivindicatoria exigir que se la restituya? La respuesta también sería negativa, por las mismas razones expresadas en los casos anteriores.”

106. Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en le derecho civil chileno*, tomo I, Chile, Ediar Editores, 1983, 2a. ed., pp. 1110 y 1111.

107. *Ibidem*, p. 1114.

Esta forma muy civilista de resolver un problema de índole procesal tiene muchas falencias, pues resulta extremadamente gravoso que mientras el ejecutante tuvo la posibilidad de disfrutar de los beneficios de una ejecución inmediata, el ejecutado deba iniciar un nuevo proceso, con el consecuente gasto de tiempo y dinero, para que las cosas vuelvan a su estado anterior. Además, siendo los mecanismos procesales los responsables de dar apariencia de dueños a quienes después dejan de serlo, no es adecuado desproteger a los terceros de buena fe que adquirieron los bienes en virtud de esta apariencia, por lo que la solución más aconsejable es no despojarles de los bienes.

El art. 375 del Código General del Proceso uruguayo establece precisamente esta solución:

Art. 375.4. En ningún caso la revocación y la casación podrán perjudicar a terceros de buena fe ni determinar la anulación de los actos o contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes.

Respecto de la buena fe además cabe transcribir las siguientes consideraciones, ya que el Ecuador al no gozar de una legislación que desarrolle y proteja las situaciones relativas a la ejecución de una sentencia impugnada en casación debe acudir a los principios generales y en tal virtud realizar el siguiente razonamiento: “Cabe preguntar el tratamiento que se dará a la parte que, con conocimiento del riesgo, alcanzó la ejecución de la sentencia. Es decir, si se lo considerará como poseedor de buena fe o de mala fe. En realidad, tenía a su favor una sentencia ejecutoriada, que le legitimaba a pedir la ejecución y que es justo título, bajo este aspecto, resultaría injusto que se le dé el tratamiento de poseedor de mala fe. Pero si se considera que toda persona debe responder por sus actos propios, y el alcanzar la ejecución de la sentencia sobre la cual pende un recurso de casación es un acto propio que está causando daños a la contraparte, podría argumentarse que debe recibir el tratamiento de poseedor de mala fe y que se debe aplicar lo que disponen los arts. 950 y 951 del C.C.... Ahora bien, frente al tercero que se halle en posesión de los bienes que fueron objeto de la ejecución, la parte que alcanzó la sentencia favorable en casación no podrá reivindicarlos, salvo que el tercero haya obrado de mala fe, o sea que haya conocido de la existencia del recurso de casación pendiente cuando adquirió los bienes de propiedad de la parte derrotada en el juicio de instancia y triunfadora en el proceso de casación”.¹⁰⁸

La legislación ecuatoriana al carecer de directrices claras, obliga al juez a aplicar los principios generales del derecho. El juez deberá determinar si quien dispuso del bien (ejecutante), lo hizo de buena o mala fe, así mismo deberá determinar si el ad-

108. *Ibidem*, pp. 315 y 316.

quiriente también actuó de buena o mala fe. Aun así, dicha decisión podría no ser del todo justa para el equivocadamente ejecutado, sobre todo porque significa un retardo aún mayor en la solución del conflicto.

En consecuencia, parece que la mejor solución al respecto es la que han tomado otras legislaciones que optan por una solución diferente, aquella que establece una disposición legal que impide inscribir la sentencia en el Registro de la Propiedad, a fin de que el ejecutante no pueda ni disponer ni gravar el bien en litigio.

Esta solución ha sido recogida en el art. 371 del Código de Procedimiento Civil colombiano que dice: “El registro de la sentencia, la cancelación de las medidas cautelares y la liquidación de costas, solo se harán cuando quede ejecutoriada la sentencia del tribunal o la de la Corte que la sustituya”.¹⁰⁹

La cual es aceptada ampliamente por la doctrina, incluso la ecuatoriana:

Será preferible que nuestro ordenamiento legal contenga alguna disposición expresa que aclare el asunto. Inclusive podría pensarse en concederse el efecto suspensivo al recurso o aumentar los casos en que excepcionalmente no puede llevarse a ejecución el fallo de última instancia. Pero, la solución más práctica podría ser que se disponga que, si se interpone el recurso extraordinario, al concederlo se mande a inscribir en el registro de la propiedad o mercantil, según el caso, que se halla pendiente de resolución el recurso de casación, para que la sentencia que pronuncie la sala especializada de la Corte Suprema sea oponible a tercero. Esta inscripción inclusive debería disponerla la Corte Suprema, en caso de que no lo haya hecho el tribunal *ad quem*.¹¹⁰

Anotándose que, cuando la sentencia ordena cancelar las medidas preventivas y por razón de su práctica condena al pago de perjuicios, este último aspecto de la condena sí es ejecutable (autos: 15 de noviembre de 1988 y 8 de marzo de 1989 Extractos de Jurisprudencia colombiana, Nos. 4 y 1 de esos años, pp. 81 y 62).¹¹¹

Sin embargo, si pese a la prohibición antes señalada se produce la transferencia a terceros de buena fe del bien materia del pleito, no proceden las restituciones. El ejecutado tiene derecho a que el ejecutante le indemnice los daños y perjuicios causados, incluyendo el valor del bien objeto de la litis, como señala el Dr. Santiago Andrade Ubidia en su obra trascrita en líneas anteriores¹¹² y como lo establece también la Ley de Enjuiciamiento Civil española que dice:

109. Gerardo Monroy Cabra, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Temis, 1988, 3a. ed., p. 517.

110. Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, p. 317.

111. Humberto Murcia Ballén, *Recurso de Casación Civil*, p. 633.

112. Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, pp. 316 y 317.

Art. 534. Revocación en casos de condenas no dinerarias

1. Si la resolución provisionalmente ejecutada que se revocase hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, en el concepto en que lo hubiere tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien.

Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios, que se liquidarán por el procedimiento establecido en los artículos 712 y siguientes.

Si la revocación de la sentencia fuese parcial, solo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero.

Ejecución dineraria revocada

Puede suceder que la sentencia revocada establezca la condena de entregar una cantidad de dinero que se realizó, el ejecutante está obligado a restituir dicho valor, pero se niega a hacerlo.

Puede argumentarse en este caso, que lo procedente es que se envíe el juicio al juez de primera instancia para que ejecute la nueva sentencia definitiva que revoca la condena de pagar una cantidad de dinero. Esta ejecución debe hacerse observando la peculiaridad de que la sentencia revocada fue ejecutada y por lo tanto la vía de apremio debe seguirse en contra del ejecutante que ya recibió el dinero y está obligado a devolverlo.

Sin embargo, al no establecerse en la ley claramente este procedimiento, puede sustentarse lo contrario, que el ejecutado deba iniciar una nueva causa ordinaria por pago de lo no debido, porque el juez de primer nivel no puede ejecutar sino lo que consta expresamente en la sentencia de casación y en ella nada se dice sobre la ejecución y nada puede decir al respecto, porque no existe la obligación de remitir esta información al juez ejecutor, ni éste de conocerla.

De aceptarse cualquiera de estas dos posiciones debe señalarse que además de la restitución del dinero entregado debe indemnizarse los perjuicios causados que en este caso corresponde a los intereses ganados por el ejecutante mientras tuvo en su poder dichos valores.

La Legislación española recoge en la Ley de Enjuiciamiento Civil una norma muy clara respecto de este tema, que imposibilita las interpretaciones y que además recoge otros supuestos como el de la casación parcial de una sentencia, la cual considero debe ser tomada en cuenta en nuestra legislación a fin de precaver precisamente los incidentes relatados.

Artículo 533. Revocación de condenas al pago de cantidad de dinero

1. Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, se sobreseerá la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado.

2. Si la revocación de la sentencia fuese parcial, solo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero.

3. Si la sentencia revocatoria no fuera firme, la percepción de las cantidades e incrementos previstos en los apartados anteriores de este artículo, podrá pretenderse por vía de apremio ante el tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional. La liquidación de los daños y perjuicios se hará según lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de esta Ley.

El obligado a devolver, reintegrar e indemnizar podrá oponerse a actuaciones concretas de apremio, en los términos del apartado 3 del artículo 528.

Sentencias que condenan a obligaciones de hacer y de no hacer

Resulta inusual que se llegue a perfeccionar la ejecución de aquellas sentencias que condenan a obligaciones de hacer y de no hacer, sin embargo cuando esto sucede, hay que verificar si en el momento de las restituciones se pueden volver al estado anterior.

Para ello cabe distinguir las obligaciones en general de aquellas que por su naturaleza necesitan de un agente específico para su realización de las cuales el juez no puede sustituirlo, como por ejemplo en el caso de la elaboración de una obra de arte, o el arreglo de una maquinaria especial conocida solo por el condenado, etc. En este último caso se debe distinguir si en efecto cumplió con la sentencia y realizó el trabajo o si bien se negó a hacerlo pues en este caso su cumplimiento se limitó a la entrega de una indemnización.

Pues para que proceda la restitución, debido a que la sentencia de casación revocó la del inferior, habría que verificar si el resultado de esa obligación puede ser restituido a su dueño, como por ejemplo en el caso de la obra de arte o si es que es imposible como por ejemplo en el caso del arreglo de una maquinaria en el que no tendría sentido volverla a dañar, porque la única posibilidad de restitución sería la dineraria.

Posibilidad de que el recurrente sea escuchado sobre la irreparabilidad de la ejecución provisional o definitiva bajo condición resolutoria

Si bien señalamos anteriormente que todo daño puede ser reparado a través una indemnización pecuniaria, subsisten algunos casos en que esta forma de reparación no satisface.

Algunos casos de reparación irreparable pueden provenir de sentencias “que decidan sobre: a) desahucio; b) desalojo de vivienda o local de negocio por las causas del artículo 7.2 LPH in fine; o c) derribo de construcción”.¹¹³

Ejemplificando la irreparabilidad un abogado español en una nota en Internet afirma:

Piensen ustedes qué cuerpo le queda a un juez obligado por ley a conceder la ejecución provisional de una sentencia de desahucio, esto es, a echar a una familia de su vivienda, en ejecución de una sentencia no firme. Por muy seguro que ese juez esté de la resolución que ha dictado, y de que todos los males son indemnizables en dinero. Pero a lo mejor, cuando llegue la revocación de la sentencia y la necesaria reposición a la situación anterior a la ejecución “provisional”, resulte que ya no sea necesario, por desaparición de la víctima de la ejecución.¹¹⁴

Ahora bien, varios autores consideran que también debe entenderse como irreparabilidad “cuando la restitutio haya de efectuarse por equivalente”,¹¹⁵ pues para ellos la entrega de una indemnización no necesariamente garantiza una verdadera compensación, sobre todo en los casos de bienes inmuebles, pues su valuación pudiera ser inferior al valor real del mercado. Considero que ésta es una posición extrema, pues es un problema de la práctica y no del derecho el que se avalúen adecuadamente los bienes en litigio a fin de precaver una adecuada indemnización. El derecho ha instituido que todo daño puede ser reparado mediante una indemnización, más aún cuando se trata de un bien mueble o inmueble, los daños son de índole económico, es decir la pérdida del objeto, del lucro cesante y daño emergente que son precisamente los conceptos que deberán ser reconocidos por el ejecutante.

Sin embargo, en cuanto a las otras ejecuciones que puedan ser consideradas de naturaleza irreparable, Manuel de la Plaza ya señaló su existencia y al respecto dijo:

113. Juan Verdugo García, “La ejecución provisional en la nueva ley: un asunto delicado”, http://noticias.juridicas.com/external/nj_observatorio/200104-observatorio2.html

114. José Santiago Torres Prieto, *La ejecución provisional de sentencias y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, http://www.diariodirecto.com/INFORMES/hesperia_desarrollo2.html

115. Valentín Cortés Domínguez, y otros, *Derecho Procesal*, pp. 426 y 427.

Al Tribunal Supremo, en cambio, se le conceden facultades para que, a instancia de parte y previa audiencia del Ministerio Público, pueda suspender la ejecución de la sentencia sujeta a recurso, si de la ejecución pudiera derivarse perjuicios graves e irreparables para el vencido.

En consecuencia, para precaver la “irreparabilidad” que pueda causar la ejecución de una sentencia y para establecer plenamente el monto de la caución debe instaurarse un mecanismo que permita suspender dicha ejecución, para lo cual es necesario establecer un trámite que permita abrir “una nueva ‘batalla’”. De un lado, el abogado solicitante previendo la oposición a la ejecución provisional debe suministrar todos los argumentos posibles para ‘desmontar’ ese irreparable perjuicio en caso de revocación. De otro, el abogado ‘provisionalmente ejecutado’ debe probar la irreparabilidad de la situación que aquella ejecución provisional puede causar”,¹¹⁶ solo así podemos precautelar que en el afán de celeridad de la ejecución provisional no se produzcan injusticias.

La Ley Española ha establecido todo un sistema para determinar la posibilidad de irreparabilidad de una sentencia, con la cual no estoy de acuerdo sobre todo porque, como toda enumeración taxativa, impide que sean considerados ciertos casos que pueden ser irreparables pero que la ley no los ha contemplado y porque ha incluido muchos casos de “*restitutio* por equivalente”, que como vimos no pueden ser considerados en estricto sentido como irreparables. A continuación transcribo el texto del art. 530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española:

Art. 530. Decisión sobre la oposición a la ejecución provisional y las medidas ejecutivas concretas.

1. Cuando se estime la oposición fundada en la causa primera del apartado 2 del artículo 528, la oposición a la ejecución provisional se resolverá mediante auto en el que se declarará no haber lugar a que prosiga dicha ejecución provisional, alzándose los embargos y trabas y las medidas de garantía que pudieran haberse adoptado.
2. Si la oposición se hubiese formulado en caso de ejecución provisional de condena no dineraria, cuando el tribunal estimare que, de revocarse posteriormente la condena, sería imposible o extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto a prestar, dictará auto dejando en suspenso la ejecución, pero subsistirán los embargos y las medidas de garantía adoptadas y se adoptarán las que procedieren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 700.

116. Juan Verdugo García, “La ejecución provisional en la nueva ley: un asunto delicado”, http://noticias.juridicas.com/external/nj_observatorio/200104-observatorio2.html

3. Cuando, siendo dineraria la condena, la oposición se hubiere formulado respecto de actividades ejecutivas concretas, se estimará dicha oposición si el tribunal considerara posibles y de eficacia similar las actuaciones o medidas alternativas indicadas por el provisionalmente ejecutado o si, habiendo éste ofrecido caución que se crea suficiente para responder de la demora en la ejecución, el tribunal apreciare que concurre en el caso una absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o de compensar económicamente al ejecutado provisionalmente mediante ulterior resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de ser revocada la condena.

La estimación de esta oposición únicamente determinará que se deniegue la realización de la concreta actividad ejecutiva objeto de aquélla, prosiguiendo el procedimiento de apremio según lo previsto en la presente Ley.

4. Contra el auto que decida sobre la oposición a la ejecución provisional o a medidas ejecutivas concretas no cabrá recurso alguno.

El Código General del Proceso uruguayo no solo establece la facultad de la contraparte de suspender la ejecución de la sentencia sino que le da al juez facultades discrecionales para determinar si el daño es irreparable o no, posición que considero más adecuada, y que consta en el art. 260 num. 3, el cual dice:

Art. 260.3. La contraparte podrá solicitar la suspensión de la ejecución provisional por causarle perjuicio grave, de difícil reparación; circunstancia que el tribunal apreciará discrecionalmente. Si estimare que existe esa posibilidad, exigirá al condenado que preste garantía bastante para asegurar, en todo caso, lo que ha de ser objeto de la ejecución con más los intereses, costas y costos que el posterior trámite del recurso pueda irrogar.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La regla general es que solo aquellas sentencias que reúnen las características de ser firmes, definitivas y producir cosa juzgada pueden ser ejecutadas, y sin embargo, la misma ley establece como excepción la ejecución provisional de resoluciones que, no siendo firmes, han sido efectivamente recurridas. Lo que permite concluir que la cosa juzgada y la ejecutabilidad son dos conceptos distintos que pueden vivir separadamente.

La ejecutabilidad de una sentencia carente de firmeza se motiva en la necesidad de: celeridad, pues la ley afronta el riesgo de una ejecución injusta; eficacia, que permite el efectivo cumplimiento de la sentencia; desestimular la interposición de recursos; constituir una verdadera medida precautoria y afianzar la decisión de los jueces inferiores.

Existen dos sistemas principales para la procedibilidad del recurso de casación, aquel que considera que solo procede recurso de casación de aquellas sentencias de

segundo nivel que no son firmes y aquel que determina que dicha sentencia no solo es firme, sino incluso final y definitiva.

En los ordenamientos jurídicos que consideran que las sentencias recurridas en casación no son firmes, se puede ejecutar de manera provisional la sentencia recurrida, porque el legislador ha establecido por excepción esta posibilidad.

En las legislaciones que consideran que las sentencias recurridas en casación son firmes, finales y definitivas, la ejecución no es provisional sino definitiva, sujeta a condición resolutoria. Lo cual se puede entender cuando se considera que el recurso de casación es medio impugnativo autónomo, es decir, que no constituye una tercera instancia sino un quebrantamiento del proceso cuyo objetivo es rectificar las violaciones legales de la sentencia.

El recurso de casación, por regla general, se otorga solo en el efecto devolutivo y por lo tanto, la sentencia debe ejecutarse, aunque la ley ha establecido la posibilidad de evitar esta ejecución rindiendo caución como medio de compensar al perjudicado por la demora.

Sin embargo, varias legislaciones también le otorgan efecto suspensivo, al recurso de casación, porque consideran que el sistema más adecuado de protección a los ciudadanos es aquel por el cual para que se ejecute una sentencia debe rendirse caución que garantice los perjuicios causados por dicha ejecución.

Cada país ha señalado las formas de rendir caución. En el art. 11 de la Ley de Casación ecuatoriana consta el término “consignada” para referirse a la rendición de caución. Esta palabra se utiliza únicamente para señalar la entrega de “efectivo”, por lo que la Corte Suprema del Ecuador ha interpretado que solo podrá consignarse caución en efectivo, es decir en dinero, cheque certificado o garantía bancaria a primera demanda. Interpretación que considero acertada porque de esta forma se evitan la demora en la valuación de los bienes y la imposibilidad de disponer de las diferencias a favor en los casos de prenda e hipoteca.

Si se considera que la ejecución de la sentencia recurrida es provisional, si la nueva sentencia es confirmatoria de la ejecutada, provoca la convalidación de la cosa juzgada, es decir, de la sentencia y de los actos de ejecución.

En cambio, en los ordenamientos que consideran que la ejecución es de carácter definitivo, si la nueva sentencia es confirmatoria quiere decir que no se ha cumplido la condición resolutoria y por ende subsisten tanto la sentencia como los actos de ejecución.

En cualquiera de los dos sistemas, la sentencia confirmatoria produce la devolución de la caución al vencedor, cuando se la ha rendido para ejecutar la sentencia o su entrega a la parte perjudicada por la demora en los sistemas en que se la rinde para impedir su ejecución.

Si se considera que la ejecución es provisional, la sentencia de casación que revoca la ejecutada anula el fallo y anulan también los actos de ejecución.

Si se considera que la ejecución es de carácter definitivo, porque la naturaleza de la sentencia recurrida es la de ser acto sujeto a condición resolutoria, al revocarse la sentencia se habrá cumplido la condición y por ello tanto la sentencia como los actos de ejecución devienen en inexistentes.

En cualquiera de los dos casos se restituyen las cosas al estado anterior, se obliga a pagar indemnizaciones, mejoras y frutos y se cancela la caución y se ordena que el juez *ad quem* devuelva a quien interpuso el recurso, en los sistemas en que se la rinde para suspender la ejecución de una sentencia o que se la entregue al ejecutado, cuando se la rinde para permitir que se ejecute.

Los principales problemas de la sentencia ejecutada que luego es revocada son los relativos a la imposibilidad de las restituciones, ya sea porque ha desaparecido el objeto materia del litigio, para lo cual se establece como solución que la restitución se traduzca en reparación económica; o porque el ejecutante ha dispuesto del objeto materia del litigio, para lo cual se plantea una doble solución, que se impida que la sentencia sea inscrita en el Registro de Propiedad y evitar así su disponibilidad, pero si pese a ello se transfiere dicho bien, que el contrato no sea anulado y quede el bien a favor de los terceros de buena fe que contrataron en virtud de una apariencia jurídica y que sea el ejecutante el que indemnice al ejecutado el valor del bien y los daños y perjuicios; o que la sentencia definitiva revoque la condena de pagar una cantidad de dinero, y por lo tanto la solución sería que la vía de apremio deba seguirse en contra del ejecutante que recibió dinero y está obligado a devolverlo.

Finalmente, al admitirse la existencia de ejecuciones irreparables, se establece la posibilidad de las partes de alegar a favor o en contra de la irreparabilidad y la potestad discrecional del juez de resolver al respecto, para que en el caso de ser procedente suspender la ejecución.

Considero que todos los razonamientos anteriores deben ser incluidos en la discusión de un proyecto de reformas a la Ley de Casación, sobre todo en lo relativo a las consecuencias de la sentencia recurrida y revocada por el tribunal de casación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Besa, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, tomo I, Chile, Ediar Editores, 1983, 2a. ed.
- Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo IV, Buenos Aires, Ediar Soco Anon Editores, 1961, 2a. ed.

- Alsina, Hugo, y otros, *Instituciones del Proceso Civil*, *Colección Ciencia del Proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- Andrade Ubidia, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Quito, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, 2005.
- Azula Camacho, Jaime, *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed.
- Canosa Torrado, Fernando, *Procesos de Ejecución de Providencias Judiciales*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, 2a. ed.
- Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III, México, Cárdenas Editor, 1989.
- Coronel Jones, César, “La Ley de Casación: estudio introductorio”, en *La casación. Estudios sobre la Ley No. 27*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Latinoamericana para el Desarrollo / Corporación Editora Nacional, 1994.
- Cortés Domínguez, Valentín, y otros, *Derecho Procesal*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1945, 2a. ed.
- Cueva Carrión, Luis, *La Casación en Materia Civil*, tomo I, Quito, Editorial Ecuador, 1993.
- De la Plaza, Manuel, *La Casación Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.
- De la Rúa, Fernando, *El Recurso de Casación en el derecho positivo Argentino*, Buenos Aires, Editorial Víctor de Zabalía, 1968.
- Devis Echandía, Remando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, 2a. ed.
- Esriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, París, Garnier Hermanos, 1787.
- García Falconí, José, *Manual Teórico Práctico en Materia de Casación Civil*, Ecuador, Ediciones Rodian, 1998.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Nuevo Derecho Procesal*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, 1988.
- Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3a. ed.
- Leible, Stefan; *Proceso Civil Alemán*, Colombia, Biblioteca Jurídica DIKE, 1998, 2a. ed.
- Lovato Vargas, Juan Isaac, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2002.
- Monroy Cabra, Gerardo, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Temis, 1988, 3a. ed.
- Murcia Ballén, Humberto, *Recurso de Casación Civil*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, 6a. ed.
- Palacio Lino, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.

Pérez Vives, Álvaro, *Recurso de casación en materia civil, penal y de trabajo*, Bogotá, Editorial Centro, 1946, 2a. ed.

Pico I Junoy, Joan, *Esquemas del Nuevo Proceso Civil*, Madrid, La Ley, 2001, 2a. ed.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2001, 22a. ed.

Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, España, Temis y Depalma, 1976.

Vescovi, Enrique, *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

Leyes

Código de Procedimiento Civil colombiano.

Código Procesal Civil de Costa Rica.

Código Procesal Civil del Perú.

Ley de Casación ecuatoriana.

Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Ecuador.

Direcciones web

Gómez Colomer, Juan-Luis, “Principios y Características Esenciales del Nuevo Proceso Civil”, en http://www.rgid.com/pages/articnov/colomer1_3.htm

Lacaba, Fernando, “La ejecución provisional de sentencias en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ponencia de las XII Jornadas Sobre Responsabilidad Profesional, en <http://www.arquitectura-tecnica.com/ARTCERCH62-8.htm>

Sentencia Constitucional No. 0054/2003, dictada en Bolivia, Sucre, Distrito Santa Cruz el 11 de junio de 2003. Expediente: 2003-06460-13-RII, en <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion7001.html>

Torres Prieto, José Santiago, “La ejecución provisional de sentencias y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en http://www.diariodirecto.com/INFORMES/hesperia_desarrollo2.html

Verdugo García, Juan, “La ejecución provisional en la nueva ley: un asunto delicado”, en <http://www.noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho%20Procesal%20Civil/200104-observatorio2.html>

Nulidades en el proceso civil

Vanesa Aguirre Guzmán*

Cuando en la expedición de un acto procesal hay un apartamiento de ciertas formas, o bien se omiten requisitos que la ley exige para su validez, se dice que es *nulo*. Estos errores determinan que la nulidad sea un vicio que afecta a las formas, no al contenido del acto; por ello, para declarar una nulidad procesal –diríase el remedio extremo–, el juzgador debe atenerse a ciertos principios, en especial, cuando el vicio afecta gravemente la garantía de defensa de los justiciables. El tratamiento que otorga la legislación procesal civil ecuatoriana a la materia no es sistemático; es de esperar que un nuevo cuerpo legal, siguiendo la corriente que en la materia ha impuesto el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, corrija la dispersión en el sistema e incorpore nuevos principios y figuras.

FORO

A MANERA DE INTRODUCCIÓN: BREVES CONCEPTOS SOBRE LA NULIDAD PROCESAL

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano se refiere a las “nulidades procesales” a partir del art. 344, sin referirse sistemáticamente a sus *clases*, o a las distintas consecuencias que se derivan de la declaratoria de nulidad de un acto procesal, y trata las nulidades procesales dentro de la sección 10a. del título I del libro II, que se refiere a los recursos.¹

Sin duda que ésta es una limitación conceptual del Código de Procedimiento Civil, ya que al hablar de nulidades procesales, no se ha de hacer referencia únicamen-

* Profesora titular en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Docente de la Especialización Superior en Derecho Procesal de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. El párrafo 3o. de esta sección, título y libro del Código de Procedimiento Civil se intitulaba antes “Del recurso de nulidad”, denominación que fue cambiada por la Ley reformativa publicada en el Registro Oficial –R.O. en adelante– 800 de 03.08.1984, Ley que eliminó el recurso de nulidad. Sin embargo, el cambio se realizó únicamente en la designación del mencionado párrafo 3o. que se sigue manteniendo en la sección relativa a los recursos (recurso de hecho).

te a los remedios procesales que permiten subsanarlas –v. gr., al reclamar al juez, durante la tramitación de la litis, su declaración, o vía recurso, en el antiguo sistema que preveía antes de 1978 el Código de Procedimiento Civil– sino, y de manera general, a los vicios de que puede adolecer un acto procesal, que de una u otra manera le afecten, sea en cuanto a su existencia, o en cuanto a su eficacia.²

De manera muy general, se ha dicho que un acto procesal es nulo cuando no produce efectos (*nullum est quod nullum effectum producit*); desde este punto de vista, la nulidad es la sanción por la cual el ordenamiento jurídico “[...] priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello”.³ Esta idea, expresada por Alsina, es compartida por Véscovi,⁴ quien es claro en advertir que la formulación de cualquier definición es compleja y objeto de múltiples discusiones, ya que el vocablo *nulidad* tiene varias acepciones.

Así uno de los aspectos de la nulidad procesal se refiere a la ineficacia del acto en cuestión, pero el tema no se agota en la *privación de efectos* que la ley procesal asigna, como consecuencia, de un acto nulo; como bien advierte Couture, referirse a la nulidad procesal como *aquellos que no produce ningún efecto*, es anotar sus consecuencias, mas no su naturaleza. “Si se traslada, entonces, la reflexión, de los efectos hacia la naturaleza, se encuentra una idea ya expuesta al comienzo de este tema: siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley”,⁵ criterio con el cual se coincide. En el mismo orden de ideas, Devis Echandía se refiere al tema de las nulidades procesales en el capítulo XXXV de su *Teoría General del Proceso* como “Los vicios de los actos procesales y sus remedios: inexistencia, nulidad, anulabilidad y revocación”.⁶ En igual sentido, De Santo establece varios conceptos para el vocablo

2. V. gr., así lo entiende el anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuya sección VII del capítulo I del título VI del libro I, se refiere a la nulidad de los actos procesales.

3. Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1956, 2a. ed., p. 629.

4. “[...] la no producción de efectos del acto nulo se deriva de la violación o el apartamiento de ciertas formas, o la omisión de los requisitos indispensables para la validez de aquel. Es que, en primer lugar, la nulidad es un apartamiento de las formas y no del contenido. Y en el proceso es un error en las formas, no en los fines de justicia queridos por la ley, sino en los medios de obtener esos fines”. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1999, 2a. ed., p. 257.

5. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Colección Maestros del Derecho Procesal, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, 4a. ed. (póstuma), p. 304.

6. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, 2a. ed., pp. 531 y ss.

nulidad: como un *error*, como los *efectos del error*, como el *vehículo impugnativo* en virtud del cual se reclama por el error, y como la *consecuencia de la impugnación*.⁷

La nulidad, el vicio que se opone a la validez, se refiere a la falta de requisitos que precisa un acto procesal para que se considere *realizado* o *producido*, a los presupuestos necesarios para que nazca como tal a la vida jurídica, para que se exteriorice,⁸ o las formalidades que la ley procesal ha establecido como imprescindibles para que estos actos emerjan a la vida jurídica de manera válida y produzcan, en consecuencia, los efectos previstos en la norma procesal. Así un acto procesal requiere tres requisitos: *existencia*, *validez* y *eficacia*.⁹ Lo señalado ilustra que un acto procesal bien puede nacer a la vida jurídica, pero dicha existencia puede estar afectada en algún grado que perjudicaría su validez, y por ende, no produciría efectos. Así, el tema de la nulidad procesal no se agota en los efectos que produce, y viceversa, tampoco en los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su existencia y exteriorización.

Azula Camacho señala que la eficacia de un acto procesal corresponde a los requisitos que debe cumplir, con la finalidad de que *produzca los efectos* requeridos por la ley adjetiva y queridos por su autor,¹⁰ y precisa que se habla de *nulidad* cuando se analizan los actos procesales y así declara este vicio el juzgador; y de *eficacia*, cuando se estudian los actos que provienen de las partes.¹¹ En el mismo sentido, Devis Echandía sostiene que la nulidad procesal es un vicio propio de los actos del juez,¹² pues cuando el acto viciado proviene de las partes, se debe hablar –con más propiedad–, de actos *ineficaces*, inocuos o inexistentes, pero no de actuaciones nulas.¹³

¿Cuál es entonces la diferencia entre *existencia*, *validez* y *eficacia*? La *existencia* hace relación a los requisitos que la norma procesal exige para que el acto se consi-

7. Víctor De Santo, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, 2a. ed.,

8. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed., p. 379.

9. *Ibidem*, p. 379.

10. *Ibidem*, p. 387.

11. Cfr. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 387. Para sostener esta última aseveración dice, a manera de ejemplo, que “No puede hablarse de la nulidad de la demanda, de un recurso o de cualquiera otra petición que formulen las partes, pero sí del auto que admite el libelo, que abre a prueba, que corre traslado, etc.”; el mismo autor continúa: “Empero, la nulidad de la actuación determina que los actos de las partes sean ineficaces. De acuerdo con lo expuesto, surge la diferencia entre los tres requisitos esenciales del acto procesal, o sea, la existencia, la validez y la eficacia. La existencia tiende a que el acto se considere producido; la nulidad, a que no se encuentre afectado de vicio que la genere, y la eficacia, a que produzca sus efectos. Así por ejemplo, la demanda debidamente elaborada y suscrita por el interesado, una vez presentada al órgano jurisdiccional, tiene existencia; si el proceso a que ella dio lugar no está afectado de nulidad, es válida; y finalmente, si los pedimentos o pretensiones que contiene son acogidos en la sentencia por el juez, será eficaz”.

12. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, p. 532.

13. *Ibidem*, p. 532.

dere producido; la *validez*, a que el acto no esté afectado por un vicio, que en su generación no haya un apartamiento de las formas dictadas por la ley procesal —o lo que es igual, los requisitos que debe reunir el acto “[...] para que tenga una vida jurídica sana”;¹⁴— finalmente, para que un acto procesal sea *eficaz*, se requiere que conduzca a los efectos previstos en la norma adjetiva. A manera de ejemplo: la prueba debidamente pedida, ordenada y practicada (art. 117 del Código de Procedimiento Civil), se incorpora al proceso y a partir de ese momento tiene existencia como tal; si en su producción no hubo apartamiento de las formas procesales, será válida; y en el momento de la valoración de la prueba, si el juez la considera para fallar a favor de los fundamentos de quien la produjo, habrá sido eficaz.

NULIDAD VS. INEFICACIA

Para Maurino,¹⁵ la ineficacia es el *género* y la nulidad es la *especie*. Así, pues, no se debe confundir entre estos conceptos; en el ejemplo propuesto, si la prueba no ha sido acogida por el juez, se dirá que ha sido *ineficaz*, pero no por ello será *nula*.

EXISTENCIA VS. INEXISTENCIA DE UN ACTO PROCESAL

Ya desde antiguo planteó Chiovenda que en el caso de la inexistencia, no hay para el órgano jurisdiccional obligación alguna de pronunciarse al respecto.¹⁶ Así, la *inexistencia* de un acto procesal expone un problema ontológico. Es, “[...] en cierto modo, el problema del *ser o no ser* del acto”. Así precisa Couture que este tema se refiere a la vida misma del acto, más que a sus efectos. No se trata aquí de comprobar una *desviación* del acto procesal, porque éste no se ha producido, no ha nacido a la vida jurídica, sino de saber si aquel ha tenido siquiera la capacidad para lo que el profesor uruguayo denomina “estar en el camino”: “Una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una *no sentencia* (*Nichturteil*). No es un acto sino un simple hecho”.¹⁷ Un *no acto* no puede entonces convalidarse, y esta es la principal diferencia que existe entre la inexistencia y la nulidad, cuando esta última puede ser saneada en aquellos casos permitidos por la norma procesal. Un acto inexis-

14. Juan Colombo Campbell, *Los actos procesales*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 83.

15. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, 2a. ed., p. 20.

16. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de E. Gómez Orbaneja), México, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 420.

17. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 307.

tente no requiere en principio de declaración judicial alguna, pues no tiene sentido pronunciarse sobre algo que no tiene existencia.¹⁸

LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA DE UN ACTO PROCESAL

Y esta última aseveración servirá de punto de partida para concluir que la nulidad presupone, necesariamente, la existencia de un acto procesal. Se excluye entonces el problema de la inexistencia como parte del estudio de la nulidad,¹⁹ porque un acto inexistente no es objeto de ninguna declaración judicial; la nulidad *es* sin lugar a dudas un vicio, que se configura cuando en la elaboración del acto procesal existe un alejamiento de las formalidades previstas por la ley. El acto procesal existe como tal, pero está viciado. “La nulidad procesal, pues –precisa De Santo–, despoja de virtualidad al acto del proceso cuando por padecer de alguna anomalía en sus requisitos fundamentales carece de posibilidades para consumir su propia finalidad”.²⁰

La mayoría de autores se refiere a la nulidad procesal como una sanción que afecta a un acto procesal; Azula Camacho²¹ la coteja con la invalidez, vicio que priva parcial o totalmente de su eficacia al acto procesal. Que las leyes procesales hayan establecido un conjunto de procedimientos, implica que los actos que se apartan de dicho camino deben ser declarados nulos. Existen como actos, pero su existencia está afectada.²² Y esta afectación se relaciona directamente con la ineficacia del acto así perjudicado.

En consecuencia, puede formularse una ecuación para explicar la cuestión: a mayor grado de desviación de la forma prevista por la norma, mayor será también el de la ineficacia con que ha de ser sancionado el acto afectado. La desviación más grave

-
18. Aunque algunos como García Sánchez sostienen que, aunque un *no acto* no necesita ser denunciado ni requiere de declaración judicial alguna, sin embargo “[...] nadie puede decir que una situación jurídica de tal naturaleza pueda mantenerse sin límite temporal de pronunciamiento. Ello sería atentatorio contra los principios viscerales del proceso”, por lo que el acto inexistente. “Está sujeto a una declaración de hipernulidad o nulidad radical...” (Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, p. 28). En este sentido, véase la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dictada mediante Resolución –Res., en adelante– No. 115 de 15.03. 2001, R.O. suplemento –S. en adelante– 328 de 17.05.2001, en la que se declaró la nulidad de todo lo actuado ya que en el pronunciamiento del tribunal ad quem, faltaba la firma de uno de los ministros de dicho tribunal, lo que deviene en la inexistencia jurídica de la sentencia que se impugnó mediante recurso de casación.
19. Coinciden con esta posición Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 307; Carlos, Carli, Rodríguez, Cabal y Atienza, citados por Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, pp. 26-27, quien advierte que la teoría de la existencia se relaciona con la debida constitución de la relación procesal, p. 27.
20. Víctor De Santo, *Nulidades Procesales*, p. 34.
21. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 382.
22. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 308.

será la *nulidad*, la más leve, con “menores consecuencias jurídicas para su validez”, es la *anulabilidad*; “se advierte una íntima correspondencia entre la inobservancia de la ley, en sus distintas gradaciones, y la correlativa sanción que deberá imponerse, todo lo que autoriza a establecer criterios discriminativos a su respecto”.²³ Chiovenda enseñaba que la diferencia entre nulidad y anulabilidad del acto radica en que la primera puede y debe ser declarada de oficio por el juez, mientras la segunda procede únicamente a petición de parte;²⁴ se adelanta aquí el concepto relativo a los presupuestos procesales, de necesaria mención en el estudio de las nulidades procesales.

Dependiendo de esa afectación, Couture clasifica a los actos procesales nulos en *absolutamente nulos* y *relativamente nulos*. Respecto al primero, señala que la gravedad de la desviación resulta de tal magnitud que es imperativo enervar sus efectos, pues el error conlleva un deterioro en las garantías que integran el debido proceso, que insistir en su subsistencia hace peligrar tales garantías²⁵ –v. gr., la falta de citación al demandado que ha impedido que haga valer sus derechos, habiéndose dictado sentencia condenatoria en su contra–.²⁶ En cuanto al segundo, también hay un apartamiento de las formas procesales, pero de menor gravedad; de ahí que no necesariamente requiere ser declarado inválido, pues habrá que analizar si el acto ha ocasionado efectivamente un perjuicio a la parte interesada.²⁷

La *relevancia* del vicio es, pues, el criterio que define la clasificación entre un acto procesal absolutamente nulo y uno relativamente nulo, o bien entre actos nulos y anulables; los absolutamente nulos o simplemente nulos “se reflejan en la legalidad y justicia del acto del juez y en la eficacia o idoneidad del acto de parte”; los relativamente nulos o anulables “afectan su validez en grado que puede variar según su importancia”.²⁸

Existen, pues, nulidades *saneables*, y esta clasificación atiende a la posibilidad de convalidar el acto, sea por manifestación de las partes o por su silencio. Para Devis

23. Eduardo B. Carlos, “Nulidades procesales”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XX, pp. 538-548.

24. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal*, pp. 420-421.

25. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 308, quien con precisión absoluta concluye: “La fórmula sería, pues, la de que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada”.

26. En el mismo sentido, Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 383.

27. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 308; en esta clase de nulidad “La fórmula sería la de que el acto relativamente nulo admite ser invalidado y puede ser convalidado”.

28. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, p. 531, quien toma otros criterios de clasificación: Los vicios también pueden clasificarse como trascendentes e intrascendentes, (p. 532), según afecten o no a la validez del acto; hay nulidades expresas o implícitas, según estén o no previstas en la ley procesal (p. 533); las nulidades pueden también clasificarse en saneables e insaneables, “[...] según que pueda convalidarse o ratificarse la actuación, por la simple manifestación de las partes o su silencio, o que, por el contrario, ese remedio resulte improcedente”; serán totales y parciales, según afecten o no a la totalidad del proceso o solo a un acto determinado (p. 534).

Echandía, las nulidades procesales deben ser –salvo excepciones como la falta de jurisdicción o competencia, por ejemplo–, por regla general, convalidables. Y ello por un motivo de economía procesal, mientras la ley no disponga lo contrario.²⁹

LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA NULIDAD PROCESAL

Al tratar sobre las nulidades procesales, existen ciertos principios que informan la materia, y que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de declarar una nulidad. Cabe reiterar que dicha declaratoria tiene como fundamento un error *in procedendo*, pues resulta del apartamiento de las formas que dirigen el proceso, a diferencia del yerro *in iudicando*, que hace referencia al derecho sustancial que se somete a la decisión del juez.

Al enfrentarse a una declaración en tal sentido, el juzgador ha de tener presente en primer lugar cuál es la finalidad primordial del derecho procesal, que es “[...] garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados”.³⁰ Por lo tanto el derecho procesal es un “[...] medio, como un *derecho secundario*, que supone la existencia de normas jurídicas preexistentes que regulan la conducta humana y que habrían sido violadas”.³¹ Este principio ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones.³²

Lino Enrique Palacio establece tres requisitos a los que se somete la declaratoria de nulidad: 1. Debe existir un vicio en alguno de los elementos que componen al acto procesal; 2. Para que se declare su nulidad, se requiere demostrar interés jurídico;

29. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, pp. 533-534.

30. *Ibidem*, p. 43.

31. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 8.

32. A manera de ejemplo, la Res. de 10.04.1984 publicada en la G.J. S. XIV, No. 5, p. 1051 en que la que la Corte Suprema dijo: “[...] Es de dominio universal en el ámbito jurisdiccional que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos. De modo que la naturaleza de las formas procesales no es otra cosa que de la ley procesal, es decir son de derecho público, de orden público e imperativas, sin que esté atribuido a las partes o al juzgador soslayarlas, con grave quebranto del sistema que es la columna vertebral del ordenamiento riguroso procesal, sin el que imperaría la arbitrariedad y el caos en los litigios...”

y, 3. El acto no debe haber sido convalidado.³³ Estos presupuestos anticipan cuáles son los criterios que guían los principios que informan la nulidad procesal.

¿Por qué –y cuándo– es necesario declararla? Como se dijo, en ocasiones anteriores el vicio comporta tal gravedad que compromete las garantías de defensa de los justiciables. No se trata de un tema que –no en pocas ocasiones–, ha sido planteado como la *defensa de meras formalidades*. No se sostiene la existencia de las formas como meros ritos, sino como verdaderas garantías de que el proceso se desarrollará en orden y en resguardo de los derechos de las partes, y en ese sentido deben entenderse las palabras del art. 192 de la Constitución Política de la República (“No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”). Las formas procesales, como advierte Maurino, son necesarias para conservar el orden y la igualdad procesal. Son indispensables porque garantizan el imperio de la justicia.³⁴ Por supuesto, como ya se ha advertido, es preciso distinguir las solemnidades procesales de las meras formalidades, que no son sino simples complicaciones de las formas, y a las que no en pocas ocasiones acuden juzgadores y abogados, unos para no conocer el fondo del asunto sometido a su autoridad, otros para dilatar indefinidamente la tramitación de las causas que defienden.³⁵

EL PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD O LEGALIDAD

Este presupuesto se halla, para De Santo, a la cabeza de los requisitos que confluyen para la declaración de nulidad de un acto procesal,³⁶ o lo que es igual, “no hay nulidad sin ley específica que la establezca” (*pas de nullité sans texte*).³⁷ Esto quiere decir que para declarar una nulidad procesal, el juez ha de estar autorizado expresamente por un texto legal, que contemple la causal de invalidez del acto.³⁸ Ya Couture advirtió que la especificidad debe manejarse cuidadosamente y aplicarse a los casos en que sea estrictamente indispensable, y mediante sus decisiones los jueces tienen el deber de frenar las actuaciones indebidas de quienes buscan declaratorias de nulidad sin mayor motivo.³⁹

33. Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6a. ed. actualizada, p. 389.

34. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, p. 4.

35. Como dijera la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia No. 137 de 01.03.1999, publicada en el R.O.-S 185 de 06.05.1999.

36. Víctor De Santo, *Nulidades Procesales*, p. 46.

37. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 316-317.

38. En el mismo sentido, la Res. No. 478 de 04.12.2000 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 283 de 13.03.2001.

39. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 317.

El principio de la especificidad no ha de aplicarse, sin embargo, a rajatabla; advierte Maurino junto a Carlos que no puede imperar en forma absoluta. Por supuesto, sería virtualmente imposible que el legislador prevea todos los posibles casos de nulidad en forma expresa, y esta es la orientación que imponen tanto la doctrina como los códigos procesales modernos.⁴⁰ Es necesario entonces dejar al juez cierto margen de libertad para llenar esos vacíos, labor que deberá realizarla con fundamento en las normas que integran el debido proceso, y tomando en cuenta los demás principios que rigen en materia de nulidades, así como los presupuestos procesales necesarios para integrar debidamente la relación jurídico-procesal. Va este precepto de la mano, pues, con el principio de *finalidad*: habrá lugar a la declaratoria de nulidad si el acto procesal no ha podido cumplir con su finalidad específica.⁴¹

PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA

Se ha dicho que la nulidad es la sanción que acarrea la invalidez del acto procesal, cuando en su producción existe un alejamiento de las formas procesales. Ellas están, pues, inevitablemente presentes en el análisis del principio de especificidad; pero la mera desviación de las formas no puede conducir a la declaración de nulidad, de ahí que el art. 192 *in fine* de la Constitución Política de la República claramente prescribe que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

Ya que la nulidad acarrea consecuencias para los justiciables –v. gr., la pérdida del tiempo que se ha invertido en el litigio–, el juez ha de ser parco en establecerla.

Por ello, su declaratoria se sujeta, según el art. 352 del Código de Procedimiento Civil, a que concurran estas circunstancias: “1o. Que la omisión pueda influir en la decisión de la causa; y, 2o. Que se haya alegado la nulidad, en la respectiva instancia, por alguna de las partes”.

El principio de trascendencia hace directa relación al perjuicio *real* que ocasiona a los justiciables la nulidad. Si el vicio no afecta a su defensa, no será necesario determinararlo, pues las formas no han sido establecidas para satisfacer “pruritos formales”.⁴²

El art. 344 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano recoge el principio cuando dice que el proceso es nulo, “[...] en todo o en parte, *solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código*”.

40. Cfr. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, p. 41.

41. *Ibidem*, p. 43.

42. En este sentido, las resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: No. 472 de 24.11.2000, R.O. 282 de 12.02.2001; No. 229 de 19.06.2001, R.O. 379 de 30.07.2001.

También está relacionado con este principio el de la finalidad del acto procesal. Por regla general, y de conformidad con el mandato contenido en el art. 192 *in fine* de la Constitución, un acto procesal que adolezca de nulidad puede generalmente convalidarse, y la nulidad es una sanción excepcional, que se declara únicamente cuando el acto viciado haya influido en la decisión de la causa. Este principio además tiene directa relación con el derecho al debido proceso y la garantía de acceso a los tribunales de justicia (art. 23 No. 27 de la Constitución).⁴³

EL PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN

En principio, dice Couture, toda nulidad en derecho procesal civil se convalida por el consentimiento.⁴⁴ ¿Cuál es el sentido de tal afirmación? A manera de ejemplo: un recurso no deducido a tiempo o una reclamación extemporánea, hacen que el acto defectuoso se convalide. La ratificación puede ser entonces expresa, si la parte perjudicada ratifica el acto viciado, y tácita o presunta, en cuanto no se solicita la declaratoria de nulidad oportunamente o bien inadecuadamente.⁴⁵ Así lo reconoce el No. 2 del art. 352 del Código de Procedimiento Civil cuando dice que la nulidad debe haber sido alegada en la respectiva instancia, por alguna de las partes.

En el sistema procesal civil ecuatoriano, las partes pueden convenir en prescindir de la nulidad, pero nunca en lo relativo a la falta de jurisdicción del juez, y ello por expresa disposición del art. 349 *in fine* del Código de Procedimiento Civil.⁴⁶

El principio de convalidación tiene directa relación con el de *preclusión*, que es aquella situación procesal que tiene lugar cuando los justiciables no ejercen en forma oportuna o legal los recursos previstos por la ley adjetiva, o bien si incumplen con alguna obligación procesal⁴⁷ –v. gr., el no deducir ninguna reclamación dentro del

43. “[...] El debido proceso se integra por el Juez competente, el adecuado procedimiento y la ley preexistente aplicable en la sentencia que dirime el conflicto. En ese debido proceso, con la finalidad concreta de servir como instrumento o de medio para dirimir los conflictos de intereses o los conflictos de pretensiones que acaecen entre los particulares y el Estado tiene su médula, su espina dorsal, su cuestión interna que hay que descubrir... Es decir, el proceso tiene su estructura, su trámite, sus principios, su fenomenología, su fin, su problemática, que lo hace ciertamente complejo pero interesante...” (Zenón Prieto Rincón, *Casación civil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983, p. 12).

44. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 319.

45. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, p. 63.

46. Para el profesor Alfonso Troya Cevallos, no es convalidable la ilegitimidad de personería, “[...] porque conduciría al absurdo de que una persona que no pudo intervenir en el proceso, se encuentre habilitada para sanear su incapacidad, por haberlo así convenido con la parte contraria, siendo parecido el caso de falta de poder” (*Elementos de derecho procesal civil*, tomo II, Quito, Pudeleco Editores, 2002, 3a. ed., p. 739). Sin embargo, los arts. 359 y 360 del Código de Procedimiento Civil reconocen tal posibilidad.

47. Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1976, p. 606.

término previsto por la ley respecto a una providencia determinada, ocasiona que ésta quede en firme—. Que el proceso deba desarrollarse por etapas es consustancial a su naturaleza. Así como los juicios no pueden desenvolverse desordenadamente, a las partes les es vedado exponer sus reclamaciones fuera del tiempo y forma debidos. Esto, por un obvio principio de seguridad jurídica.⁴⁸

EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN. LEGITIMACIÓN PARA PROPONER LA NULIDAD

En virtud del principio de protección, la nulidad solo puede invocarse cuando en virtud de ella, los intereses de una de las partes o de ciertos terceros a quienes afecte la sentencia, queden en indefensión.⁴⁹ La declaratoria de nulidad únicamente debe darse cuando sea un medio para proteger los intereses jurídicos que han sido lesionados, a partir del apartamiento de las formas procesales.⁵⁰

La consecuencia más importante del principio de protección es que quien ha celebrado el acto nulo a sabiendas o debiendo saber del vicio que lo invalidaba, no puede invocarlo.⁵¹ Es una aplicación del principio *nemo auditur non propiam turpitudinem allegans* (“nadie puede invocar a su favor su propia torpeza”). V. gr., el Código de Procedimiento Civil dispone en el art. 352 que para que se declare la nulidad, por no haberse citado la demanda al demandado o a quien legalmente le represente, será preciso: “1o. Que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos; y, 2o. Que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en el pleito”.

La legitimación también estará otorgada por el interés —que se traduce como el perjuicio efectivamente sufrido— de quien solicita la declaratoria de nulidad. Evidentemente, quien no ha sido afectado por un vicio de esta naturaleza, carece de legitimación para alegar la nulidad, porque no le perjudica.⁵²

Por último, se requiere que la parte que invoca esta declaratoria no haya ratificado expresa o tácitamente el vicio.⁵³ Ello, como consecuencia del principio de convalidación.

48. *Ibidem*, p. 606. En este sentido, véanse las siguientes resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil: No. 367 de 08.11.2001, R.O. 490 de 09.01.2002; Res. No. 311 de 11.11.2003, R.O. 352 de 09.06.2004; No. 351 de 04.12.2003, R.O. 358 de 17.11.2004.

49. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 323.

50. *Ibidem*, p. 323.

51. *Ibidem*, p. 323.

52. Como bien acota Alberto Luis Maurino, ello equivaldría a “incentivar las argucias legales y la mala fe procesal”, p. 68.

53. *Ibidem*, p. 69.

Otra situación distinta es la declaratoria de oficio de la nulidad procesal por parte del juzgador, quien, como se verá enseguida, debe velar porque se cumplan con todos los presupuestos procesales necesarios para que el proceso se desenvuelva normal y válidamente.

EL ARTÍCULO 346 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. LAS SOLEMNIDADES SUSTANCIALES COMUNES A TODOS LOS JUICIOS E INSTANCIAS

El art. 346 del Código de Procedimiento Civil dice:

Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias:

- 1a. Jurisdicción de quien conoce el juicio;
- 2a. competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;
- 3a. legitimidad de personería;
- 4a. citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;
- 5a. concesión de término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la Ley prescribiere dicho término;
- 6a. notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,
- 7a. formarse el tribunal del número de jueces que la Ley prescribe.

Las solemnidades sustanciales previstas en esta norma son conocidas en doctrina como *presupuestos procesales*: aquellos requisitos necesarios, mínimos, para que pueda constituirse una relación procesal válida,⁵⁴ o como expresa Véscovi, los que se precisan para que pueda constituirse un proceso válido.⁵⁵ Los presupuestos procesales determinan entonces el nacimiento legal del proceso y garantizan su normal desarrollo y conclusión. De ahí que, como se verá más adelante, hacen también relación a las garantías del debido proceso.

54. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano establece en los arts. 57, 68 y 1007 los requisitos y contenido de la demanda, los documentos que se deben acompañar a ella, y las formalidades requeridas por el Código en la presentación de solicitudes y exposiciones en juicio, respectivamente. Estos requisitos se refieren a presupuestos de admisibilidad ante el órgano judicial. En este sentido señala Alsina: “No basta la interposición de la demanda, sino que también para que la relación procesal sea válida; la sola presencia de las partes no sería suficiente para generarla si carecieren de aptitud para estar en juicio o faltare en el juez la aptitud para conocer del mismo. Tales requisitos no afectan a la acción, pues su ausencia solo impide la constitución de la relación procesal, y no nace, en consecuencia, el deber del juez para actuar en el proceso, debiendo únicamente fundar la razón de su imposibilidad. Por eso se les llama presupuestos procesales”, p. 248.

55. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 80.

Los presupuestos procesales no deben ser confundidos con aquellos requisitos necesarios para que se dicte una resolución que se adecue a una u otra de las pretensiones deducidas en juicio; estos son los presupuestos *materiales* o *sustanciales* de una sentencia *favorable*.⁵⁶ V. gr., presupuesto procesal del proceso ejecutivo es la existencia de un título ejecutivo; en el proceso penal, para los juicios de acción privada, presupuesto procesal para iniciarlo es la denuncia del ofendido. Mientras los presupuestos materiales o sustanciales se refieren a la declaración de voluntad o sentencia favorable –p. ej., que exista legitimación en la causa, sea en la parte activa o pasiva–,⁵⁷ los presupuestos procesales del proceso son los que condicionan su misma existencia.

Couture⁵⁸ distingue varias *clases* de presupuestos procesales: de la acción, que son la jurisdicción y la competencia (investidura y capacidad del juez); la capacidad de las partes (o *legitimatío ad processum*); de la pretensión, y de validez del proceso.

Como bien anota Véscovi, en un principio se confundió los presupuestos procesales con las excepciones de mérito, y no fueron objeto de estudio independiente hasta los trabajos de von Bülow, quien en 1868 llamó la atención respecto a este equívoco.^{59, 60} Son requisitos sin los cuales una decisión de fondo *válida* es imposible. Así, si un juez incompetente dicta sentencia definitiva, tal decisión es, simplemente, nula.⁶¹

56. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 88-90; Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, pp. 278-279; Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 82; Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 49.

57. Un ejemplo de este presupuesto material es el siguiente: si en un juicio de nulidad de un contrato de compraventa no se cuenta con todos quienes son los llamados a contestar a la pretensión deducida por el actor, el juez estará en la imposibilidad de dictar sentencia de fondo, porque no se puede declarar la nulidad respecto a unas personas y a otras –las que no han participado en el proceso– no. No se trata, como se verá más adelante, de la falta de legitimación procesal o *ad processum*, que sí es, en cambio, presupuesto del proceso, cuya falta ocasiona su nulidad.

58. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 85.

59. *Ibidem*, p. 80.

60. Existen, pues, diferencias con otras figuras como las excepciones, las cuestiones previas y prejudiciales: la prejudicialidad “[...] implica la necesidad de que antes de continuar el proceso se resuelva por otro tribunal (en sentido muy lato, podrían ser por el mismo) determinada situación jurídica que influye, con carácter necesario, sobre la cuestión principal” (Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 85). Respecto a la excepción, Couture señala que es el medio legal para denunciar la falta de un presupuesto procesal. Así, la falta de incompetencia se denuncia mediante la excepción de incompetencia; la incapacidad de las partes (para comparecer al proceso, con la excepción de ilegitimidad de personería; la falta de derecho, con la falta de legitimación en la causa, ver, p. 91); aunque no constituyen, en sentido estricto, excepciones de mérito, pues como Devis Echandía precisa (*Teoría General del Proceso*, p. 373), los presupuestos procesales se distinguen de las excepciones de mérito, en cuanto aquellas atacan al ejercicio del derecho de acción del demandante, mientras éstas abordan directamente a la pretensión del actor.

61. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 81.

La falta de presupuestos procesales faculta a jueces y tribunales a declarar la nulidad de oficio. El principio, previsto en el art. 349 del Código de Procedimiento Civil, establece que esta facultad corresponde *in genere* a todos los juzgadores, por lo que también en casación, aun cuando no se haya fundamentado debidamente –en la causal segunda del art. 3 de la Ley de la materia– la acusación de que el proceso carece de los presupuestos necesarios para su validez, el tribunal de casación debe declarar de oficio la nulidad si verifica dicha carencia.⁶²

Las solemnidades sustanciales o presupuestos procesales tienen directa relación con el debido proceso. Precisamente, “El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones” es uno de los derechos fundamentales consagrados en el art. 23, No. 27 de la Constitución Política. Los presupuestos procesales existen porque solo en su presencia son posibles las garantías del debido proceso. A manera de ejemplo: una de las formas en las que el derecho a la contradicción –parte del debido proceso– se hace presente, sucede cuando a las partes se les notifica con el auto de apertura del período de prueba. Cuando se emplaza válidamente al demandado, es posible contar con un legítimo contradictor en el proceso, y al mismo tiempo, se le otorga al accionado el derecho a la defensa, también parte del debido proceso. De esta manera, el proceso *válido* –es decir, el *debido proceso*– cumple con la finalidad establecida en el art. 192 de la Constitución: ser un medio para la realización de la justicia.

La importancia de verificar si el proceso reúne los presupuestos procesales está en la “depuración de nulidades”: así, por ejemplo, el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica⁶³ propone en su art. 33 que el juez o tribunal esté facultado no solamente para declarar de oficio las nulidades absolutas e insaneables, sino también para disponer las diligencias que persigan evitarlas. Se restringen así las causas de nulidad procesal a las taxativamente señaladas por la ley o a las que produzcan indefensión.⁶⁴ Además, con la “audiencia preliminar” (art. 300), se busca también sanear posibles nulidades, con lo que no tiene que esperarse a que se dicte sentencia definitiva, en la que se comprueben y declaren aquellas, con la consiguiente pérdida de tiempo para los justiciables.⁶⁵ Sería conveniente que se adopte este sistema en el Ecuador,

62. En este sentido, véase la Resolución No. 385 de 04.12.2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 521 de 25.02.2002.

63. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos. Texto del anteproyecto*, Montevideo, 1988.

64. *Ibidem*, p. 30.

65. Véase en detalle las “Bases” del anteproyecto, pp. 53-65. “El saneamiento del proceso supone, en consecuencia, que estas cuestiones, excepciones dilatorias, falta de presupuestos, como la capacidad y aun la legitimación e improponibilidad de la demanda, se planteen (si no se lo hizo antes) en la propia audiencia y sean resueltas por el tribunal mediante lo que constituye un verdadero despacho saneador (sentencia o auto interlocutorio, p. 62).

eso sí, mediante la implementación del proceso civil oral por audiencias, único que posibilita tal debate.

La doctrina, como se dijo, distingue entre presupuestos procesales del *proceso*, de la *demanda* y de la *acción*. Sobre la base de esta distinción, se estudiarán las solemnidades sustanciales previstas en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil.

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

Para ejercer válidamente el derecho a la acción, o como se le denomina en doctrina con más propiedad, *derecho a la jurisdicción*⁶⁶ (el derecho de toda persona a “acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión”, de conformidad con el art. 24 No. 17 de la Constitución Política), deben concurrir ciertos requisitos.

Cabe anticipar que los presupuestos procesales de la acción no equivalen a *condiciones* para ejercerla. Estas aluden a las circunstancias requeridas para obtener una resolución *favorable*, de conformidad con el derecho sustantivo invocado por el actor. Así, pues, al no concurrir aquellas, la sentencia será negativa a los intereses del accionante.

Los presupuestos procesales de la acción son las condiciones requeridas para *obtener* un pronunciamiento, sea este *favorable* o *desfavorable*, respecto a las pretensiones contenidas en la demanda.⁶⁷ Así, precisa Chiovenda, para que el derecho a la jurisdicción o el derecho a la acción sea eficazmente ejercido, es preciso que exista un órgano estatal –juez o tribunal–, investido de jurisdicción, que tenga competencia para pronunciarse sobre la causa a él sometida, y que las partes “tengan la *capacidad de ser parte* y la *capacidad procesal*”, o sea, la aptitud para comparecer por sí mismas o por intermedio de su representante legal a juicio.⁶⁸

Son presupuestos procesales de la acción, entonces, la jurisdicción y la competencia del juez o tribunal,⁶⁹ así como la capacidad procesal de las partes o *legitimatio ad*

66. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 33-37; Eduardo Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 6.

67. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 40.

68. *Ibidem*, p. 40.

69. Para algunos como Juan Colombo Campbell, *La jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el derecho chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980, pp. 94-96, cuando faltan estos presupuestos no se requiere siquiera una declaratoria de nulidad, porque se trataría de un acto afectado de tal manera que resulta inexistente.

processum. Coinciden con el criterio de Chiovenda, Couture,⁷⁰ Devis Echandía⁷¹ y Vécovi;⁷² los dos últimos autores añaden como presupuesto procesal de la acción su no caducidad, cuando la ley ha señalado un término para su ejercicio.

La jurisdicción

Jurisdicción proviene etimológicamente del latín *juris dictio*, que significa *decir el derecho*: “Desde ese punto de vista, puede concebirse como la facultad de declarar el derecho”,⁷³ que se ejerce por medio de los órganos establecidos por la Constitución y la ley al efecto. Es en definitiva, la función pública de administrar justicia y ejecutar lo juzgado, la cual ha sido encargada al órgano jurisdiccional del Estado, investido de potestad, poder o *imperium*, para dirimir conflictos jurídicos y en los casos en que las leyes o las partes lo requieran, solemnizar ciertos negocios jurídicos, y para la plena aplicación de esta función, puede imponer el cumplimiento de la decisión tomada inclusive coercitivamente.

Si quien pretende dictar sentencia no está investido de este poder, simplemente no puede ser considerado como juez. Si no es juez, mal puede procurarse que su “decisión” sea ejecutada forzosamente, uno de los elementos que definen la jurisdicción. Recuérdesse lo dicho en líneas anteriores:⁷⁴ se ha sostenido que un acto afectado de tal manera, ni siquiera puede ser considerado como acto procesal, y en consecuencia, no existe, por lo que en estricto sentido, no sería necesaria una declaración de nulidad.

La competencia

La palabra competencia proviene del latín *competere*, que significa atribuir, incumbir, corresponder. En efecto, es la medida en que se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales.

70. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 85, para quien “[...] la capacidad de las partes y la investidura del juez son condiciones mínimas de procedibilidad”. Así, “[...] Los incapaces no son hábiles para accionar, para comparecer en juicio. Lo que ellos hagan no será acción, ni proceso. Los no jueces no tienen jurisdicción; quienes acudan ante ellos no lograrán nunca hacer nada que llegue a adquirir categoría de acto jurisdiccional...”

71. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, p. 274.

72. Enrique Vécovi, *Teoría General del Proceso*, p. 81.

73. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 161, quien advierte junto a Bonjean que el vocablo “[...] tiene un campo de aplicación extenso, pues se refiere tanto al legislativo como al judicial, por cuanto decir derecho es reglamentar las relaciones sociales, sea creando o aplicando la norma. Empero, específicamente considerada, solo puede aludir a la facultad del Estado atribuida a uno de los órganos con la finalidad exclusiva de administrar justicia”.

74. *Ut supra*, acápites “Existencia vs. inexistencia de un acto procesal”.

Por *factores de competencia* se entienden las reglas que emplea la ley para determinar cuál es el juez o tribunal que, en concreto, debe conocer un asunto determinado. Su fundamento radica en la necesidad de distribuir el trabajo de manera equitativa entre los tribunales, así como el asignar a ciertos jueces materias que por su contenido requieren de cierta especialización. Coincide con este criterio el profesor ecuatoriano Alfonso Troya Cevallos: “ciertamente, por más que todos los jueces se hallen investidos de jurisdicción, no pueden conocer de cualquier asunto; solo pueden juzgar aquellos casos en los que concurren las circunstancias que los factores de distribución de la competencia convergen”.⁷⁵

La competencia de los jueces se limita en razón de la materia, los fueros, el territorio y los grados, según señala el art. 1 del Código de Procedimiento Civil. Pero algunos de estos límites pueden ser traspasados por excepción —en consecuencia, la división de la jurisdicción en propia y prorrogada—;⁷⁶ jurisdicción prorrogada, dice el art. 3 del Código de Procedimiento Civil “es la que ejercen los jueces sobre las personas o en asuntos que, no estando sujetos a ellos, consienten en sometérselos o les quedan sometidos por disposición de la Ley”

La competencia, entonces, no es un fenómeno procesal inamovible, rígido. De ahí que el mismo Código de Procedimiento Civil reconoce que la competencia de los jueces que ejercen jurisdicción ordinaria es prorrogable, de conformidad con lo que dispone la ley, aun contra el principio de la estabilidad y firmeza de la competencia, para agilizar la administración de justicia.⁷⁷ Ahora bien, la competencia es únicamente prorrogable en razón del territorio,⁷⁸ en los casos y formas permitidos por la ley (arts. 6 a 12 del Código de Procedimiento Civil); por ello, en caso de no verificarse esta prorrogación, o si un juez actúa sin ser competente en razón de la materia, el grado y el fuero de quienes intervienen como partes, el proceso será nulo. En estos tres últimos casos, no será convalidable el vicio. Lo mismo, para el caso en que no se haya verificado de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil la prorrogación en razón del territorio, siempre y cuando conste del proceso que

75. Alfonso Troya Cevallos, *Elementos de derecho procesal civil*, p. 271.

76. Víctor Manuel Peñaherrera, *Lecciones de derecho práctico, civil y penal*, tomo I, Quito, Editorial Universitaria, 1958, p. 149.

77. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, vol. V, Guayaquil, Edino, 2001, 2a. ed., p. 71.

78. El inciso final del art. 12 del Código de Procedimiento Civil decía: “Se prorroga, asimismo, la competencia de los jueces ordinarios, si, habiéndose propuesto ante ellos una demanda propia de un juzgado privativo, en lo civil o comercial, el demandado no ha alegado expresamente esta falta, dentro del término de deducir excepciones”. Hoy este inciso no tiene aplicación práctica, toda vez que los juzgados de primera instancia en materia comercial fueron eliminados de la organización jurisdiccional. Cabe preguntar si fue esta la razón que motivó al codificador a eliminar, del vigente Código, la referencia a esta disposición.

se ha reclamado por tal defecto, y que –de conformidad con el principio de trascendencia–, se haya ocasionado verdadera indefensión al reclamante.⁷⁹

La competencia es un presupuesto procesal de la acción, considerada como la capacidad del juez, investido de jurisdicción, para actuar en el caso concreto que se somete a su autoridad; es una solemnidad sustancial, cuya falta acarrea la nulidad del proceso y en nuestro ordenamiento jurídico, los jueces están obligados a declararla aun de oficio (art. 349 del Código de Procedimiento Civil).

Un caso de necesaria mención en materia de nulidades procesales: la legitimación procesal o “legitimatio ad processum”

Por *parte procesal* se entiende, en estricto sentido, aquella que solicita la actuación de una voluntad de la ley, para sí o para otro que representa, y “[...] aquel frente al cual –el juez– es pedida”.⁸⁰ Con esta idea, Chioventa expresa que el concepto se deriva del proceso y de la relación procesal, por quien “presenta” la demanda. En consecuencia, es necesario desvincularlo de la relación sustantiva debatida, porque bien puede suceder que quien interviene en el proceso, no sea el titular del derecho sustantivo que invoca. Si estos dos conceptos se identificaran, se obtendría como resultado que, en caso de ser rechazada la pretensión deducida en juicio, quien la dedujo, finalmente, no tendría la calidad de *parte procesal*.

No en pocas ocasiones se confunde entre legitimación procesal o *legitimatio ad processum* con legitimación en la causa o *legitimatio ad causam*,⁸¹ por lo que es necesario hacer referencia, aunque sea somera, a lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido en lo que concierne a este tema. En varias sentencias,⁸² la

79. Véase en este sentido, las resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: No. 250 de 23.03.1998, publicada en el R.O. 319 de 18.05.1998; No. 37 de 25.02.2002, R.O. 574 de 13.05.2002.

80. Giuseppe Chioventa, *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 374.

81. Algunos como Armando Cruz Bahamonde sostienen que la *legitimatio ad processum* se relaciona no solo con la capacidad de la persona para ser parte de un proceso, “capacidad que, por un lado, justifica la capacidad civil para intervenir en el mismo”, sino también el llamado “interés en la causa”: “Así, si alguien comparece a un juicio de partición, de un lado debe demostrar ser mayor de edad, en ejercicio de sus derechos civiles y, de otro lado, que por algún título –heredero, donatario, acreedor, etc.– se encuentra legalmente justificada su presencia en el juicio, sin que trascienda la posición que adopte dentro del mismo –actor, demandado o tercero– que, para aquella justificación, poco o nada importan”, p. 56. El ejemplo confunde la legitimación procesal con la *legitimatio ad causam*. El principal defensor de esta teoría es Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, México, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 290, la cual ha sido criticada porque confunde la calidad de parte con la titularidad del derecho invocado (Cfr. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, pp. 250-251).

82. Entre otras: No. 405 de 13.07.1999, R.O. 273 de 09.09.1999; No. 516 de 15.10.1999, R.O. 335 de 09.12.1999; No. 314 de 25.07.2000, R.O. 140 de 14.08.2000.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha señalado nítidamente la distinción entre ambos conceptos:

Respecto a la legitimación procesal o legitimatio ad processum:

[...] Una persona puede comparecer como parte a juicio, por sus propios derechos o en representación de otra (sea natural o jurídica); pero para que los actos procesales que realice produzcan efectos jurídicos, debe ser capaz de comparecer como lo ha hecho. Por lo tanto, la ilegitimidad de personería o falta de “legitimatio ad processum” se produce cuando comparece a juicio: 1. Por sí solo quien no es capaz de hacerlo (“la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”: art. 1448 [1461 en la vigente codificación] inciso final del Código Civil); 2. El que afirma ser representante legal y no lo es (“Son representantes legales de una persona, el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el art. 589 [570]”: art. 28 del Código Civil); 3. El que afirma ser procurador y no tiene poder (“Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer a juicio”: art. 40 [38] del Código de Procedimiento Civil); 4. El procurador cuyo poder es insuficiente; y, 5. El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (gestión de negocios), conforme lo ha resuelto ya esta Sala en casos anteriores, como la sentencia dictada en el juicio No. 604-95, y publicada en el Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 1998. Cuando existe ilegitimidad de personería, generalmente cabe ratificación de la parte, con lo cual se convalidan los actos realizados por la persona que carecía de capacidad para comparecer a juicio (arts. 368 [359] al 371 [362] del Código de Procedimiento Civil)...

En las mismas sentencias, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho que es preciso distinguir lo que es la ilegitimidad de personería de lo que es la falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en la causa (*legitimatio ad causam*),

[...] que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues frente a ellos la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial. ... Por otra parte, la legitimación en la causa o *legitimatio ad causam* determina no solo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de *necesarios contradictores*, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda. Es decir, no existe debida legitimación en la

causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso” [Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, tomo I, *Teoría General del proceso*, Bogotá, Editorial ABC, 1996, 14a. ed., pp. 268-269].

A continuación (p. 269) el citado autor dice:

... puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litisconsorcio necesario... Como ejemplos pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes en el mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión produce efectos contra todos...

Finalmente, Devis Echandía, en la obra antes citada, p. 336, afirma:

Para nosotros, la debida formación del necesario contradictorio es un problema de legitimación en la causa; cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa incompleta que impedirá sentencia de fondo... Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria...

En consecuencia, si en el proceso no existe legitimación en la causa o *legitimitio ad causam* –institución que también es conocida en el sistema jurídico ecuatoriano como la del “legítimo contradictor”–, dicha falta no sería nunca causal para declarar la nulidad de un proceso, sino únicamente motivo para que el juez dicte sentencia inhibitoria, porque estaría impedido de pronunciarse sobre el fondo del asunto; no así en el caso de la legitimación procesal o *legitimitio ad processum*, cuya falta ocasiona la nulidad procesal y debe ser declarada aun de oficio, porque no puede configurarse la relación jurídico-procesal *válida* necesaria en el juicio (actor-demandado-juez que dicta resolución).

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA DEMANDA

Constituyen los requisitos necesarios para que la demanda sea aceptada a trámite, en la terminología que emplea el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano; en

otras palabras, para que sea *admisible*, en el sentido de que pueda ser conocida por el juzgador. A estos presupuestos también se les denomina *de iniciación*;⁸³ la demanda adquiere entonces el carácter de “acto idóneo” que tiene capacidad para impulsar un proceso –aunque no para constituirlo como tal, ya que el proceso existe únicamente cuando la demanda haya sido admitida a trámite y comunicada a la otra parte, mediante citación–.⁸⁴

Entonces, si se considera a la demanda como “el acto típico y ordinario de iniciación procesal o, dicho con más extensión, aquella declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación”,⁸⁵ debe reunir ciertos requisitos –como se dijo, los previstos en los arts. 67, 68 y 1007 del Código de Procedimiento Civil–.

La demanda, como acto que da inicio al proceso, ha de reunir requisitos *subjetivos, objetivos* y de *actividad*.⁸⁶ En el primer grupo, según precisa Guasp, se comprenden: a) que la demanda o querrela sea formulada ante juez competente; y b) que el demandado goce de suficiente capacidad o bien sea debidamente representado. En el segundo grupo: b) que la pretensión en ella deducida sea *posible* o idónea, sea porque merece tutela jurídica o bien porque el interesado así lo requiere, “[...] aunque no sea más que del carácter de estricto acto procesal que la demanda tiene”. Finalmente, el tercer grupo concierne a requisitos tales como el lugar –de la sede del órgano jurisdiccional a la que está dirigida la demanda–, el tiempo –presentación en días y horas hábiles– y el idioma.⁸⁷ Lo que la doctrina ha dado en llamar como *debidamente demandada*, incluye también el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos que la ley exige para ciertos casos⁸⁸ y que en el sistema procesal ecuatoriano, están referidos en los artículos antes citados.⁸⁹

83. Cfr. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 51.

84. Esta ha sido la tesis sostenida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil: Resolución No. 3 de 14.01.1999, publicada en el R.O. 142 de 05.03.1999, y en la Gaceta Judicial Serie (G.J. S, en adelante) XVI, No. 14, pp. 3954-3958, con la que se concuerda. En contra, la sentencia de fecha 17.09.1998 (juicio No. 130-97) de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la que se argumenta que existe un proceso con la sola presentación de la demanda, sin que sea necesaria su calificación y citación a la contraparte.

85. Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, Civitas, 1998, 4a. ed., p. 281.

86. *Ibidem*, pp. 284-286.

87. *Ibidem*, p. 286.

88. *Ibidem*, p. 286.

89. Art. 67. “La demanda debe ser clara y contendrá:

1. La designación del juez ante quien se la propone;
2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;

PRESUPUESTOS PROCESALES DEL PROCESO

La citación con la demanda al demandado o quien le represente

La doctrina⁹⁰ señala como presupuesto procesal del procedimiento el emplazamiento válido. La afirmación, como advierte Couture, es *–prima facie–* correcta, pero plantea esta interrogante: ¿Y si el motivo de nulidad no fue impugnado por la parte afectada cuando debía hacerlo? ¿Se convalidaría la falta de citación? Quien podía impugnar la nulidad y no lo hizo en el tiempo y forma debidos, ¿ratifica el acto con su consentimiento?⁹¹

La interrogante y su respuesta también admiten variantes: en efecto, supóngase que quien no fue citado debidamente, pero comparece a juicio y manifiesta “que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del

-
6. La especificación del trámite que debe darse a la causa;
 7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
 8. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.”

Art. 68. “A la demanda se debe acompañar:

1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado;
2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz;
3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;
4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y,
5. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.”

Art. 1007. “Siempre que se presente una demanda, solicitud, pedimento, alegato o cualquiera otra exposición, pertinente a un juicio, la parte que la presente está obligada a acompañar, autorizada con su firma y con la del abogado que la patrocina, tantas copias como partes intervengan en el juicio, para ser entregados a cada una de dichas partes, previa certificación, que pondrá el secretario, respecto de la exactitud de tales copias.

Lo mismo se observará cuando se presente nóminas de testigos.

El actuario no recibirá escrito alguno que no se presente acompañado de las copias que determina este artículo y, si de hecho lo recibe, no se le dará curso hasta que se presenten las copias; pero en todo caso se pondrá la fe de presentación.

Si en una causa o procedimiento judicial hubiere más de cinco partes, excluida la que presenta el escrito, se acompañarán cuatro copias, para que sean entregadas a cada una de las que hubieren sido designadas por sorteo que, por una sola vez, se practicará al iniciarse el procedimiento, dejando constancia en acta suscrita por el juez y el secretario, si lo hubiere.

Si cada parte se compusiere de dos o más personas, se acompañará una sola copia para éstas, que se entregará a cualquiera de ellas o al procurador común. Igual cosa se observará cuando varios interesados estuviesen en el caso de constituir un solo procurador, haya o no orden judicial al respecto, pero que se la expedirá necesariamente en los casos y con los efectos previstos por la ley.

No se acompañará copia cuando la parte o partes hubieren sido declarados rebeldes y, en general, en los casos en que no deban ser notificados.”

90. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 82.

91. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 87.

cual quede constancia en el proceso” (art. 84 del Código de Procedimiento Civil), se le considera como citado o notificado en la fecha (debería decirse *desde*) de presentación del escrito o del acto al que ha concurrido; pero si no ha tenido oportunidad de conocer del emplazamiento formulado en su contra –y siempre que dicha falta le haya impedido ejercer su defensa en el proceso–, éste debe ser declarado nulo, porque no se ha constituido válidamente la relación jurídica procesal, respecto a la cual el juez pueda dictar sentencia válida.

Es común que los litigantes aleguen, cada uno por su lado, que se ha practicado válidamente una citación o que no, y que en este último caso ello les ha impedido ejercer su derecho a la defensa. La afirmación expresada en cada caso debe ser considerada con sumo cuidado por el juzgador. Así, se puede admitir en principio que una citación realizada por la prensa, que reúne las condiciones previstas en el art. 82 del Código de Procedimiento Civil, es “válida”. Mas, como reflexionó en sentencia de 11.02.1999⁹² la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dadas las características de estos avisos, que son publicados en espacios reducidos, es prácticamente imposible que el demandado tome debida noticia del emplazamiento. Esta es una práctica que debería ser regulada con suma exigencia.

El juramento al que se refiere el art. 82 del Código de Procedimiento Civil se remite a la imposibilidad de determinar la individualidad del domicilio: no basta con declarar que se lo desconoce sino que se debe declarar bajo juramento que ha sido *imposible determinarlo*. Si se declara únicamente que se desconoce el domicilio y la citación se realiza por la prensa, tal emplazamiento será nulo.⁹³

¿Cuál es, entonces, la naturaleza de la citación? La Res. 258 de 11.07.2001⁹⁴ lo establece con claridad: es un presupuesto procesal fundamental, previsto en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil, cuya falta puede convalidarse siempre que se cumplan los requisitos previstos por la ley.

Los demás presupuestos del proceso

Para Devis Echandía,⁹⁵ son presupuestos del proceso, además de la citación a los demandados y terceros que ordene la ley:⁹⁶ 1. la práctica de ciertas medidas preven-

92. Res. No. 83, publicada en el R.O. 159 de 29.03.1999 y en la G.J. S. XVII, No. 1, pp. 29-37. En este sentido, véase también la Res. No. 59 de 24.04.1996 de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en el R.O. 1.006 de 08.08.1996.

93. Fallos de triple reiteración publicados en la G.J. S. XVII, No. 8, pp. 2243-2249.

94. R.O. 416 de 20.09.2001.

95. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, pp. 276-277.

96. Un ejemplo de este caso está dado por el art. 6 de la codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría Gene-

tivas que deben practicarse antes de la notificación al demandado; 2. la no caducidad o perención de la instancia o del proceso por inactividad de las partes; 3. el cumplimiento de los trámites procesales “en el orden establecido para la ley en cada proceso”; 4. determinar la vía en la que se sustanciará la causa; 5. “la ausencia de causa de nulidad en el curso del proceso”.

La no concesión de término probatorio cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la Ley prescribiere dicho término (art. 346 No. 5 del Código de Procedimiento Civil) es una falta que, sin duda, coloca a la parte afectada en indefensión, pues le impide exponer sus motivos de defensa en esta etapa, la cual puede decidir el curso del litigio.⁹⁷ Evidentemente, el afectado debió haber solicitado que se abra el término probatorio y requerido al juez o tribunal por dicha falta, pues no podrá aducirla posteriormente. No reclamar por esta omisión equivale a subsanarla—recuérdense los principios de preclusión y convalidación—. También es importante resaltar que es la única solemnidad sustancial que no puede ser declarada de oficio, según el art. 349 del Código de Procedimiento Civil.

Lo mismo cabe decir respecto a la notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia: quien no es notificado, no puede ejercer su derecho a la defensa. En el primer caso, no poder actuar la prueba que justifique sus asertos; en el segundo, no poder presentar contra la sentencia los recursos que prescribe la ley para cada caso.

Finalmente, en cuanto al último presupuesto procesal previsto en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil (“Formarse el tribunal del número de jueces que la Ley prescribe”), Cruz Bahamonde bien observa que en ninguna disposición legal se establece cuál es el número de jueces que deben integrar las salas de las cortes superiores, pero por la definición que de la palabra “tribunal” trae el *Diccionario de la Lengua Española*, se entiende que debe ser de tres o más jueces. Expresamente, respecto del máximo tribunal de justicia del país, trata el art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, recientemente reformado,⁹⁸ mas no existen disposiciones semejantes para la integración del número de jueces que conforman las salas de las cortes superiores, tribunales distritales y tribunales penales.

ral del Estado, que dispone citar al Procurador o a su delegado en el caso de cualquier procedimiento o proceso judicial o extrajudicial que se siga en contra del Estado, cuando la entidad estatal demandada carezca de personalidad jurídica.

97. En este sentido, la Res. No. 272 de 19.07.2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 418 de 24.09.2001.

98. Ley No. 1, R.O. 26 de 26.05.2005. En detalle, sobre la actual integración del máximo tribunal de justicia, véase a Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005, 1a. ed., pp. 56-61.

Normas que deben tomarse en cuenta respecto a la debida integración de los tribunales, son las previstas en los arts. 54 (resolución de la causa por los ministros ante quienes se hizo la relación de la causa, y llamamiento a los conjuces en caso de pérdida o suspensión de jurisdicción), 61 (nombramientos de conjuces permanentes y su actuación en caso de reemplazo de los titulares), 203 (resolución de la causa por conjuces permanentes) de la Ley Orgánica de la Función Judicial, entre otras disposiciones, citadas más adelante (arts. 864 y 888 del Código de Procedimiento Civil).

Finalmente, cabe anotar que el art. 350 del Código de Procedimiento Civil dispone que es obligación de los jueces “superiores” dictar sentencia de fondo, cuando la nulidad provenga de composición irregular del tribunal o de defecto en la intervención de los jueces. Debe entenderse que esta norma queda para aquellos casos en los que la Corte Suprema actúa como tribunal de segunda instancia, pues la tercera instancia fue eliminada por las reformas constitucionales de diciembre de 1992.

OTRAS DISPOSICIONES QUE SE REFIEREN A NULIDADES

Sin pretender agotar el tema, se señalan a continuación otras disposiciones en el Código de Procedimiento Civil que se refieren a nulidades procesales:⁹⁹

Art. 265. La omisión de nombramiento de intérprete, cuando haya que examinar a los que ignoren el idioma castellano, o a los mudos que no sepan escribir, causará la nulidad de la respectiva diligencia.

Art. 472. El remate [en el juicio ejecutivo] será nulo y el juez responderá de los daños y perjuicios:

- 1o. Si se verifica en día feriado o en otro que no fuese el señalado por el juez;
- 2o. si no se hubieren publicado los avisos que hagan saber al público el señalamiento del día para el remate, la cosa que va a ser rematada y el precio del avalúo; y,
- 3o. si se hubieren admitido posturas presentadas antes de las dos o después de las seis de la tarde del día señalado para el remate.

Art. 473. Esta nulidad [del remate] solo podrá ser alegada antes de que se dicte el auto de adjudicación de los bienes rematados. El juez resolverá sobre ella y, de decidir que no existe nulidad, en el mismo auto hará la adjudicación. De lo que resuelva, podrá ape-

99. No se tratará en este trabajo, por sus propias limitaciones temáticas, sobre las disposiciones contenidas en los arts. 347 (solemnidades sustanciales del juicio ejecutivo) y 348 (solemnidades sustanciales del juicio de concurso de acreedores). Puede consultarse al respecto, in extenso, la obra de Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, pp. 267-274.

larse para ante la Corte Superior, la que fallará por el mérito del proceso y de cuyo fallo no se admitirá recurso alguno.

Art. 552. No puede celebrarse convenio con el fallido, sino en junta de acreedores, y después de haberse cumplido las formalidades que quedan prescritas.

El convenio no puede tener lugar si no es aprobado por una mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los acreedores con derecho a votar en la junta, que reúnan las tres cuartas partes de los créditos representados por la totalidad de acreedores; o por la mayoría de las tres cuartas partes de la totalidad de dichos acreedores, que reúnan las dos terceras partes de la totalidad de los créditos.

El convenio deberá ser firmado, so pena de nulidad, en la misma sesión en la que se celebra.

Art. 560. Es nulo, aun con respecto al fallido:

- 1o. Todo convenio que haga algún acreedor con el fallido o con cualquiera otra persona, estipulando ventajas a su favor en razón de su voto en las deliberaciones del concurso; y,
- 2o. todo convenio celebrado por cualquier acreedor después de la cesación de los pagos, estipulando alguna ventaja para sí a cargo del activo del fallido.

En los casos de este artículo, el acreedor será condenado a restituir, a quien corresponda, los valores recibidos, sin perjuicio de la pena prescrita en el Código Penal.

Art. 561. El convenio [en el concordato] aprobado no puede anularse sino:

- 1o. Por la condenación superveniente del fallido como quebrado fraudulento; y,
- 2o. por causa de dolo, resultante de ocultación o disimulación del activo o de exageración del pasivo, descubierto después de la aprobación del convenio.

La nulidad liberta a los fiadores del convenio.

Art. 622. Practicadas las diligencias, el juez pronunciará sentencia, en la que, atendidas las formas exteriores del testamento, declarará si es válido o nulo. En el primer caso, mandará se lo publique y protocolice, se den copias a los interesados, si las pidieren, y se inscriba la primera de ellas o cualquiera otra, a falta de aquella.

En la misma sentencia, señalará día y hora para la lectura del testamento. El día y hora designados, en presencia de los interesados concurrentes, abrirá el pliego, se impondrá secretamente del contenido del testamento y mandará al secretario lea públicamente las cláusulas respecto de las cuales el testador no hubiese dispuesto se guarde reserva. Se sentará acta de esta diligencia, y la firmarán el juez, los interesados presentes y el secretario.

Art. 628. Si se demanda la nulidad de un testamento, se sustanciará el juicio por la vía ordinaria, sin que se suspendan las diligencias necesarias para asegurar los bienes y formar el correspondiente inventario.

Art. 720. Legítimo contradictor, en el juicio de paternidad, es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre; y en el de maternidad, la madre contra el hijo, o el hijo contra la madre.

Si en el juicio se trata de la paternidad, el padre debe intervenir en él, so pena de nulidad.

Art. 864. Los ministros, jueces y demás empleados de justicia que fueren recusados, no intervendrán en la causa principal, hasta que se falle sobre la recusación la cual se sustanciará en cuaderno separado.

En caso de que se contraviniera a lo dispuesto en el inciso primero, los actos que se hubieren ejecutado antes de que cause ejecutoria el fallo que se pronunciare en los incidentes de inhibición o recusación, serán nulos y de ningún valor.

La multa establecida en el Código Penal, por delito de usurpación de atribuciones, y la declaración de nulidad serán decretadas por el juez que conoce del incidente de inhibición o recusación.

Art. 888. El juez de primera instancia que no pueda asistir al despacho, por tener que ausentarse, o por enfermedad, licencia u otro motivo justo, pasará, sin pérdida de tiempo, un oficio al subrogante, quien procederá a despachar, sin entrar en la calificación del motivo. Si actuare sin recibir el oficio, el proceso será nulo.

Art. 989. La numeración de las fojas de los procesos se expresará en letras; y si fuere necesario corregirla, se dejará legible la anterior, y se salvará la enmendadura. Por la omisión de este deber, incurrirá el actuario en multa de diez a cincuenta sucres, sin perjuicio de cualquier responsabilidad legal. Estas sanciones excluyen la nulidad procesal.

EL ARTÍCULO 1014 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: LA VIOLACIÓN DE TRÁMITE

La nulidad procesal puede ser declarada por la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias (arts. 344 y 346 del Código de Procedimiento Civil), o bien cuando exista violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando (art. 1014 *ibídem*).

El art. 344 del Código de Procedimiento Civil dice que: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código”. La frase *Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1014* no ha de interpretarse literalmente, en el sentido de que lo señalado por esta norma es una mera aplicación o concordancia del principio contenido en el art. 344.¹⁰⁰

El art. 1014 del Código de Procedimiento Civil dice:

100. Al respecto, véase a Juan Isaac Lovato, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2002, 1a. ed., p. 206.

La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los arts. 346, 347 y 348.

En consecuencia, no está facultado a las partes, escoger a su arbitrio la vía o trámite procesal que ha de seguirse para el juzgamiento de sus pretensiones.

Para que se declare la nulidad por violación de trámite, la infracción “[...] ha de ser determinante de la parte dispositiva del auto o sentencia, de manera que si el vicio no tiene relieve en la resolución, como en el presente caso porque únicamente hay una referencia inexacta a la norma legal, no procede casar el fallo por esta razón...”¹⁰¹ En este mismo sentido, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil dijo en sentencia de 27.09.2001¹⁰² que en el caso de la violación de trámite, la declaratoria de nulidad está siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación.

Evidentemente, la nulidad debe declararse cuando influye en la decisión de la causa y si ha causado un perjuicio directo a una de las partes procesales. Se viola el trámite cuando no se haya seguido el procedimiento indicado por las leyes procesales, o si se ha seguido una vía distinta de la que la ley prescribe.

La Corte Suprema¹⁰³ también ha dicho que la violación de trámite no es

[...] una simple formalidad sino algo sustantivo a cada caso, cuestión que no está atribuida a la voluntad de las partes ni del juez sino a regulaciones legales que, atañen al orden público. La Ley, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación de las normas objetivas materiales y, además son instrumentales, porque sirven de instrumentos para la realización del derecho objetivo en casos determinados, singulares y concretos. De ahí que, en definitiva, el derecho procesal es un derecho público formal, instrumental y de medio, autónomo, de superlativa importancia y de imperativo cumplimiento...

CASOS DE VIOLACIÓN DE TRÁMITE

Se produce violación de trámite en los casos establecidos taxativamente en la ley, aunque se haya advertido, ya que el juzgador debe tener cierta libertad para declarar-

101. Res. No. 144 de 29.03.2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 352 de 21.06.2001.

102. Res. No. 311, juicio No. 213-2001 (declaración de unión de hecho seguido por Sánchez).

103. Res. No. 52 de 23.04.1996 de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 23 de 11.09.1996.

la, siempre y cuando dicha decisión tome en cuenta los principios de *trascendencia*, *finalidad*, *protección* y *convalidación* que rigen en la materia. Las formas procesales tienen como objetivo garantizar el debido proceso; por ello, la existencia de ciertos vicios puede impedir el derecho de defensa en juicio, aun cuando la ley no los determine expresamente,¹⁰⁴ y no solo a petición de parte, sino de oficio, como lo reconocen el art. 349 y el propio art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, y deben ser declarados para evitar aquel peligro.

Algunos casos en los cuales el máximo tribunal de justicia del país se ha pronunciado respecto a la violación del trámite que debía darse a la causa, son los siguientes:

Improcedencia o procedencia de la acción: En sentencia de 28.05.1974,¹⁰⁵ la quinta sala de la Corte Suprema dijo que la excepción de improcedencia o procedencia de la acción no son relativos al trámite que debe seguirse a la causa, sino que atañe al fondo de la controversia; solamente habrá nulidad procesal “[...] cuando en la organización del proceso se ha faltado a alguna de las solemnidades comunes a todos los juicios e instancias” nulidad que puede ser declarada de oficio “[...] desde el momento en que (el Tribunal) descubre que el proceso es nulo”.

Violación del trámite por falta de posesión de peritos y no presentación de informes periciales: En esta causa,¹⁰⁶ la Corte consideró que se infringió el trámite inherente a la sustanciación de la causa, por cuanto los peritos nombrados por la parte demandada, no se posesionaron ni presentaron su informe, designándose como perito único al que fue nominado por la parte actora, violándose el trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Esta resolución merece criticarse, ya que en virtud del principio de trascendencia, no cabe anular todo el proceso cuando solo un acto procesal adolece de nulidad, a menos que dicho vicio haya influido en la decisión de la causa. El juez tiene la obligación de no considerar la “prueba” así incorporada al proceso; si efectivamente se produjeron vicios en su producción, la declarará inválida, sin que esta declaratoria afecte al resto del proceso.

104. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 264.

105. G.J. S. XII, No. 6, p. 1285.

106. Resolución de 31.08.1988 publicada en el Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 1, p. 78.

Sentencia dictada dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria: En fallo de 07.12.1988,¹⁰⁷ la Corte Suprema consideró que el proceso de terminación de unión de hecho por la voluntad de uno de los convivientes, termina con la notificación al otro conviviente de esa voluntad, en los términos que señala el art. 5 letra b) de la Ley que regula las uniones de hecho [en la actualidad, la norma está codificada como art. 226 del Código Civil]. Por lo tanto, con tal notificación,

[...] termina el asunto, que propiamente es de jurisdicción voluntaria y no requiere pronunciamiento de mérito del Juez que interviene, sin perjuicio, naturalmente de que los interesados puedan hacer valer sus derechos por separado, en los términos del último inciso del art. 4 del Código de Procedimiento Civil. Dictar sentencia en el caso y, peor, expedirla sin controversia formal, ni proceso ni prueba alguna, como lo ha hecho el Juez inferior, constituye, sin duda, violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto y da lugar necesariamente a la declaratoria de nulidad, de oficio o a petición de parte, conforme al art. 1067 [1014] del Código de Procedimiento Civil...

*Violación de trámite en asuntos de desahucio:*¹⁰⁸ En esta causa, el tribunal de casación¹⁰⁹ estableció que el juez de inquilinato violó el trámite inherente a la naturaleza de esta causa por sustanciar el desahucio propuesto, por vencimiento del plazo según las normas procesales aplicables a los desahucios calificados por transferencia de dominio o por derrocamiento, además de haber ordenado la desocupación y desalojo del local arrendado, “[...] violación que debe ser declarada aun de oficio por este Tribunal ya que ha influido en la decisión de la causa y la ha viciado de nulidad insanable...”

La violación del trámite en el juicio verbal sumario es causa de nulidad procesal, únicamente si ha influido en la decisión de la causa: En este proceso,¹¹⁰ el tiempo que medió entre la convocatoria a la audiencia de conciliación y de contestación a la demanda y su realización no fue de al menos dos días, conforme disponía el art. 845 [829] del Código de Procedimiento Civil,¹¹¹ por lo que efectivamente hubo violación del trámite en la causa; sin embargo, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la

107. Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 1, p. 101.

108. Resolución No. 230 de 23.07.1996, R.O. 33 de 25.09.1996.

109. El tribunal de casación conoció de esta causa, ya que fue propuesta antes de las reformas de 08.04.1997, R.O. 39, en las que se limitó la procedencia del recurso de casación a las resoluciones dictadas por cortes superiores y tribunales distritales, excluyéndola para las resoluciones de tribunales de primera instancia.

110. Res. No. 381 de 29.06.1999, R.O. 258 de 19.08.1999.

111. “Inmediatamente después de practicada la citación, el juez señalará día y hora para la audiencia de conciliación, que tendrá lugar dentro de un período de tiempo no menor de dos días ni mayor de ocho, contados desde la fecha en que se expide la providencia que la convoque”.

Corte Suprema de Justicia, analizado el proceso y visto que la demandada concurrió a la audiencia y ejerció ampliamente su derecho a la defensa, sin reclamar por esta omisión oportunamente –por lo que no sufrió efectivamente perjuicio– y de conformidad con el principio de trascendencia, no declaró la nulidad del proceso. Aunque se llamó severamente la atención al *juez a quo*, a fin de que, cumpliendo con los mandatos legales, computase en adelante los plazos de conformidad con lo que disponía el art. 33 del Código Civil.

La oscuridad de la demanda y la omisión del juez de ordenar aclararla, no constituye un motivo de nulidad procesal: En sentencia de 04.12.2000,¹¹² la misma Sala, acogiendo los principios de trascendencia y especificidad, señaló que la omisión del juez de ordenar aclarar la demanda que adolece de oscuridad, como mandaba el art. 73 [hoy 69] del Código de Procedimiento Civil, no constituye causal para declarar la nulidad procesal, “[...] porque no se encasilla ni en el art. 355 [346] ni en el art. 1067 [1014] del Código de Procedimiento Civil”; esta omisión únicamente imposibilitaría al juzgador para dictar una sentencia de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

La falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando regía el art. 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ocasiona violación de trámite que influye en la decisión de la causa: En fallo de 02.04.1996,¹¹³ la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia declaró ajustada a derecho la resolución del tribunal *ad quem* que declaró la nulidad procesal de esta causa, ya que la presentación de la demanda infringió la disposición del art. 13 de la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público, “[...] según el que no se puede conocer de las acciones judiciales contra el Estado o las instituciones del sector público sin previa reclamación administrativa”, además de que no se citó con la demanda al Procurador General del Estado, infringiéndose de esta manera el art. 83¹¹⁴ del Código de Procedimiento Civil, y “[...] que se prescindió de que la Ley de Régimen Municipal prohíbe al Alcalde ‘allanarse o no contestar una demanda sin previa autorización del Concejo, así como intervenir en la resolución de asuntos en que tengan interés sus parientes’...” Se considera que al haber sido propuesta la demanda el 27.03.1992, cuando estaba vigente la Ley Or-

112. Res. No. 478 de 04.12.2000, ya citada.

113. Res. No. 11-1996, R.O. 959 de 04.06.1996.

114. Esta disposición, tal como constaba en la codificación del Código de Procedimiento Civil de 1987, fue suprimida en la actual (R.O. 68 de 12.07.2005). El art. 78 del vigente cuerpo normativo señala: “La citación al Procurador General del Estado, se hará de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado”.

gánica del Ministerio Público, cuyo art. 13 prohibía que se conocieran las acciones judiciales contra el Estado y las instituciones del sector público sin el agotamiento previo de la vía administrativa, y más aún cuando aún no se dictaba la Ley de Modernización del Estado,¹¹⁵ amén de no constar de autos “[...] que en el caso hubiera habido reclamo administrativo previo a la demanda, ni menos resolución sobre él”, efectivamente se violó el trámite inherente a la sustanciación de la causa.

La falta de la firma del recurrente en el escrito mediante el cual se deduce recurso de apelación no constituye violación de trámite: En fallo de casación de 10.07.1998,¹¹⁶ la misma Sala casó la sentencia del tribunal *ad quem*, al determinar que dicho tribunal consideró indebidamente que la falta de firma en el recurso de apelación deducido por el demandado constituía violación al trámite de la causa que debía seguirse en el juicio de reivindicación materia de estudio, por infringir el mandato contenido en el art. 192 de la Constitución Política de la República, además de que la apelación fue suscrita por el abogado del recurrente que venía actuando desde la contestación a la demanda:

[...] En el mismo orden de ideas, –dijo la Sala–, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que: “la falta de firma de la demanda, no constituye violación de trámite, desde que tal firma solo sirve para dar autenticidad a dicho libelo, la cual se deduce de la intervención posterior del actor sobre todo de la comparecencia a la audiencia de conciliación” (G.J. 2, IX serie, mencionada por el Dr. Luis Carlos Puig Vilazar en su *Índice de Procedimiento Civil*, tomo II, p. 30)...

Trámite en los incidentes de aumento de pensiones alimenticias con fundamento en los arts. 107 [108] y 115 del Código Civil: De conformidad con lo que disponen estas normas, este incidente debe tramitarse en vía verbal sumaria, y “[...] no de acuerdo a la sección 14a. del título II, del libro II de la vigente Codificación del Procedimiento Civil”, que se refiere al juicio de alimentos. La Corte Suprema consideró en este caso¹¹⁷ que la violación en el trámite no influyó en la decisión de la causa, porque las partes tuvieron oportunidad para hacer uso de su derecho de defensa. Se declaró, por lo tanto, válido el proceso.

115. Ley No. 50, R.O. 349 de 31.12.1993, cuyo art. 38 inciso 2 dice que “No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción jurídica contra el Estado, y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa”.

116. Res. No. 557-1998, R.O. 70 de 19.11.1998.

117. Res. de 23.02.1989, Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 2, p. 78.

Tercería deducida en un juicio posesorio: En sentencia de 20.07.1989,¹¹⁸ la Segunda Sala de la Corte Suprema declaró la nulidad del proceso por violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto, ya que el juez admitió a trámite una “tercería de amparo posesorio”, figura que en esta clase de asuntos no existe, ya que la tercería únicamente puede deducirse conforme al art. 505 [hoy 494] del Código de Procedimiento Civil,

[...] fundada que fuese en alegación de ‘derecho preferente o coadyuvante sobre la materia del juicio’. La posesión es un hecho, no un derecho y menos podría apreciarse como un derecho preferente o coadyuvante al que, en la especie, entraña la pretensión del demandante. Se ha dado, por consiguiente, también en punto a la referida ‘tercería’, violación de trámite correspondiente a la naturaleza del asunto...

Falta de nombramiento de curador para una herencia yacente cuando hubo solicitud expresa en tal sentido: En este caso, el juez *a quo* negó la solicitud de los herederos conocidos de que declare yacente la herencia de los demandados fallecidos y que se nombre un curador a fin de que se cuente con él en este proceso, y convocó a las partes a junta de conciliación. La Corte Suprema consideró¹¹⁹ con fundamento en el art. 1067 [1014] del Código de Procedimiento Civil que esta actuación violó el trámite correspondiente a la naturaleza del juicio, y declaró la nulidad de lo actuado, “[...] ya que se la ha tramitado (la causa) sin legítimo contradictor, según lo ha resuelto esta Sala en casos similares (Ver tomo VII, p. 104, *Repertorio de Jurisprudencia* del Dr. Juan Larrea Holguín)”.

Es evidente que en este fallo se confunde entre omisión de solemnidades sustanciales y la violación de trámite, “que son presupuestos procesales”, con la legitimación en la causa, que, como se ha dicho, tiene relación con la relación procesal que debe configurarse entre las partes procesales y el interés sustancial debatido en el juicio, que para el demandado, consiste en ser la persona llamada a oponerse o discutir la pretensión del actor. Así, es indispensable que en el proceso intervengan determinadas personas (se habla también de litis consorcio necesario), para que la decisión sobre lo solicitado en la demanda sea posible, “ya que de no haber concurrido esa persona al proceso, el Juez no podría pronunciar sentencia de mérito o de fondo”.^{120, 121}

118. G.J. S. XV, No. 6, p. 1536.

119. Sentencia de 27.03.1990, Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 2, p. 52.

120. Res. No. 252 de 19.04.1999, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 214 de 17.06.1999.

121. Ver *ut supra*, el acápite “Un caso de necesaria mención en materia de nulidades procesales: la legitimación procesal o ‘legitimatío ad processum’”, en lo relativo a la distinción entre legitimación procesal y legitimación en la causa.

CASOS DE VIOLACIÓN DE TRÁMITE - EL CAMBIO DE VÍA PROCESAL, EN ESPECIAL

Por ser el derecho procesal el instrumento que permite a los justiciables acceder a los tribunales y obtener de ellos un pronunciamiento, estos y aquellos se han de sujetar a los procedimientos y vías que la ley procesal ha determinado. El orden, recuerda el profesor ecuatoriano Cruz Bahamonde, es la base fundamental del proceso: “Preciso es recordar que las normas de procedimiento son esencialmente formales y que responden a un orden preestablecido por la ley”.¹²²

Las vías que la ley procesal civil ha reconocido para la resolución de un conflicto en este ámbito son las contenidas en el título II del libro II, que se refiere a la sustanciación de los juicios. En la vía *ordinaria* se sustancian todas aquellas controversias que, según la ley, no tienen un procedimiento especial (art. 59). Por disposición de la ley o por convenio de las partes, las causas se sujetan al trámite *verbal sumario* establecido a partir del art. 828 el Código de Procedimiento Civil (entre otras, las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, los asuntos comerciales que no estén sujetos a procedimiento especial, y aquellos que las partes hayan decidido, siempre que sea posible, someter a este trámite).

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que es deber del juez “[...] velar para que se siga por la vía señalada a fin de que no se perjudique a la parte provocando indefensión”: quien debe encaminar su acción por la vía ordinaria, no puede pretender que se la sustancie por una vía sumaria o ejecutiva, pues se ocasionaría grave perjuicio a la contraparte y se provocaría su indefensión, al privársele de los medios de defensa y las oportunidades propias de un proceso de lato conocimiento. Y viceversa, no puede decirse que existe violación al derecho de defensa, “[...] si, debiéndose sustanciar una pretensión en un proceso abreviado, el actor escogiera la vía ordinaria o de lato conocimiento, en el que las partes tienen la posibilidad de defenderse en forma amplia...”.¹²³

Otros casos en los cuales la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre tema son los siguientes:

122. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, p. 283.

123. Resolución 311 de 27.09.2001, juicio No. 213-2001 (declaratoria de unión de hecho seguido por Sánchez, citando); en igual sentido, las Resoluciones: No. 112 de 09.03.2000, R.O. 64 de 25.04.2000; Res. 235 de 22.06.2001, R.O. 379 de 30.07.2001.

Error en la determinación de la vía procesal: en la No. 270 de 04.12.2002, la misma Sala ha dicho que, de manera general, el tribunal de casación no tiene atribuciones jurisdiccionales para enmendar los errores que en la formulación del recurso de casación cometan los recurrentes; sin embargo, puede hacerlo cuando encuentre que en el proceso se hayan omitido solemnidades sustanciales o se haya violado el trámite inherente a la naturaleza del asunto o de la causa que se esté juzgando; en este caso, “[...] cuando se ha intentado una acción que no puede ejercerse por cuanto la ley prevé forzosamente que debe acudirse a una acción distinta”.¹²⁴

Requisitos a los cuales debe sujetarse el convenio para demandar por la vía verbal sumaria: En sentencia de 19.06.2001, la mencionada Sala dijo que para que una causa pueda someterse a esta vía mediante convenio, es necesario:

[...] 1o. Que se trate de derechos privados y que no miren al orden público; 2o. Que no esté señalado en la ley un trámite específico que corresponda a la naturaleza del asunto o de la causa que se está juzgando, así por ejemplo, no puede convenirse en que se sustancie por la vía verbal sumaria una causa relativa a la nulidad o a la rescisión de un acto o contrato, porque el trámite correspondiente es el de lato conocimiento por la vía ordinaria, atenta a la naturaleza de orden público (del proceso) y la necesidad de que se agote el análisis para dictar una sentencia de tanta importancia....¹²⁵

Acciones para el pago del cheque. La acción ordinaria para un pago de cheque no puede sustanciarse en otra vía: En fallo de 04.11.1999,¹²⁶ la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia señaló:

[...] Tres son las acciones establecidas por la ley contra el girador del cheque no pagado. 3.1. Debido a falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación se tiene la vía ejecutiva, por constituir título ejecutivo, de acuerdo al art. 56 (de la Ley de Cheques) inciso 1ro. 3.2. Se sigue el trámite verbal sumario, en los demás casos de cheque no pagado, ‘salvo disposición legal en contrario’, siempre que reúna los requisitos indicados en el art. 1 de la ley, ya que se trata de un acto de comercio según el art. 56 inciso 2do. 3.3. La vía ordinaria, en los casos: 3.3.1. Cuando hayan prescrito las dos acciones antes mencionadas, a fin de entablar la acción de enriquecimiento injusto, en concordancia al art. 49 de la Ley de Cheques. 3.3.2. Cuando el instrumento no tenga validez como cheque por falta de los requisitos legales, pero contenga una simple obligación natural; y, 3.3.3. Cuando el cheque ha sido utilizado como instrumento de crédito, admitiéndose a sa-

124. R.O. 44 de 20.03.2003.

125. Res. No. 229 de 19.06.2001, G.J. S. XVII, No. 6, pp. 1553-1559.

126. Res. No. 1090-1999, R.O. 8 de 02.02.2000.

biendas un cheque posdatado por parte del beneficiario o portador, por mandato del art. 56 de la Ley de Cheques.

En la especie, se trataba de la falta de aplicación del art. 56 de la Ley de Cheques, que establece la vía ordinaria para la sustanciación de la demanda en los casos señalados en los números 3.3.1 y 3.3.2 que cita la Sala. Se casa la sentencia y se declara que hubo violación de trámite, ya que en lugar de seguirse esta vía, el juez dio paso a la verbal sumaria como lo pidió la demandante. El voto salvado a esta resolución estableció:

[...] Examinado el proceso se establece que la nulidad planteada en el recurso de casación no fue deducida al contestarse la demanda y que al haberse tramitado esta causa en juicio verbal sumario y no en ordinario, no ha influido en la decisión de la causa, ya que la demandada acepta haber girado los cheques materia de la controversia y que la retención de los fondos a la que estaba obligado el banco girado no se lo hizo porque éstos no existían habiendo el banco obrado ilegalmente al no protestar el cheque de acuerdo con lo que establece el inciso 3ro., del art. 27 de la Ley de Cheques. Resolver la nulidad del proceso es atentar contra la economía procesal que no se compagina con la agilidad de las decisiones judiciales.

Vía verbal sumaria seguida en lugar de la ordinaria: no es causal de nulidad si no influye en la decisión de la causa: La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil del máximo tribunal de justicia, en fallo de 08.11.1999,¹²⁷ resolvió que si bien el trámite que correspondía a esta demanda de rendición de cuentas era el ordinario, de acuerdo con el entonces art. 63 [hoy 59] del Código de Procedimiento Civil, “[...] y no el verbal sumario que se ha dado a la causa, ya que el asunto demandado no está comprendido en ninguno de los casos previstos en el art. 843 [828] del mismo Código”, ello no es causal para dictaminar la nulidad procesal, pues para que proceda tal declaratoria en virtud de la causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación,

[...] es necesario... que el vicio o vicios en las normas procesales hayan producido en el proceso nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa; y, en el presente caso tales supuestos no se cumplen, pues si bien lo que es materia de la demanda no se encuadra en ninguno de los casos del art. 843 [828] citado, no ha viciado el proceso de nulidad insanable ni ha provocado indefensión, el haberse tramitado la causa por la vía verbal sumaria, ya que las partes han ejercitado ampliamente su derecho de defensa, han concurrido en el proceso en forma oportuna aportando todos los elementos probatorios en defensa de su derecho. Por tanto el trámite verbal sumario no ha influido en la decisión de la causa; y, por lo mismo, no ha lugar a la casación por la causal 2a. del art. 3 de la ley de la materia.

127. Res. No. 385-1999, R.O. 26 de 28.02.2000.

El cambio de la vía: del juicio ordinario al ejecutivo

El Código de Procedimiento Civil ha reconocido la posibilidad de pasar del juicio ordinario al juicio ejecutivo, cambio que puede ocurrir cuando en el transcurso del primero, el título y la obligación en los que se fundamenta la demanda adquieran el carácter de ejecutivos. Tal sería el caso, p. ej., de un proceso ordinario en el que el actor consigue del demandado una confesión judicial en el sentido de que le debe la cantidad de dinero que reclama. Se cambiará entonces siempre a solicitud de parte, el trámite para pasar a la vía ejecutiva, la que comenzará por el auto de pago, ordenándose al deudor que pague lo reclamado o proponga excepciones dentro del término de tres días.¹²⁸

El paso de la vía ordinaria a la ejecutiva o viceversa es, para el maestro Peñaherrera, una simple modificación de la acción, si por ésta se entiende la facultad de solicitar un pronunciamiento judicial respecto a una pretensión. Sin embargo, aun cuando el cambio puede ocurrir inclusive después de haber decurrido el término probatorio y en cualquier estado de la causa, no puede darse sino cuando el proceso esté sustanciándose en primera instancia: si la decisión ha sido ya recurrida, en segunda instancia no se puede modificar la vía, porque ello conduciría a dejar insubsistentes “[...] las resoluciones que, sobre la acción o sobre las excepciones, haya expedido el fallo de primera instancia”.¹²⁹

En un caso citado por el mismo Peñaherrera, la Corte Suprema decidió en fallo de 25.08.1923 que la reconvencción en juicio ordinario, no obsta a que de éste se pase al juicio ejecutivo, según el art. 102 [133 en la codificación vigente] del Código de Procedimiento Civil.¹³⁰

Esta es, pues, una excepción que expresamente reconoce nuestra ley procesal civil, al cambio de vía.

LAS VÍAS PARA RECLAMAR LA NULIDAD

La nulidad procesal, en el proceso civil ecuatoriano, puede ser reclamada en varias formas:

- a) Al contestar la demanda, como *medio de defensa* –técnicamente hablando, antes que una excepción–: para denunciar *la falta de un presupuesto procesal* –v.

128. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, p. 303.

129. Víctor Manuel Peñaherrera, *Lecciones de derecho práctico, civil y penal*, p. 206.

130. *Ibidem*, pp. 309-311.

gr., la “excepción” de incompetencia, de falta de jurisdicción—, y acusar por ello un motivo de nulidad del proceso que ha sido iniciado. El ordenamiento jurídico ecuatoriano las acoge como parte de las excepciones *dilatorias* (art. 100 del Código de Procedimiento Civil).

- b) En el transcurso del proceso, como *incidente*.
- c) Como *acción* en juicio ordinario posterior (juicio de nulidad de sentencia ejecutoriada). Según los arts. 299, 300 y 301 del Código de Procedimiento Civil, esta acción procede por las causales taxativamente señaladas en el art. 299; el art. 300 limita su ejercicio para atacar aquellas sentencias ejecutoriadas que no hayan sido ejecutadas, y el 301 se refiere a las restricciones para deducirla.
- d) La nulidad también puede alegarse *al interponer el recurso de apelación o de hecho*; ello, como consecuencia de las reformas al Código de Procedimiento Civil del año 1984, en las que el recurso de nulidad fue suprimido.
- e) *Al deducirse el recurso de casación*, con fundamento en la causal segunda del art. 3 de la ley de la materia, que prevé la procedencia del recurso supremo y extraordinario cuando en la sentencia impugnada exista aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, siempre que esos vicios hayan provocado nulidad insanable del proceso u ocasionado indefensión, en definitiva, si han influido en la decisión de la causa y la nulidad no se haya convalidado legalmente. En esta causal se han incorporado los principios de trascendencia y protección ya analizados.

En el anteproyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica (art. 107), se prevé que los actos judiciales “recurribles” que se crea están afectados de nulidad, puedan ser convalidados mediante recurso de reposición y por el de apelación, cuando corresponda. El recurso de reposición no tiene denominación específica en el sistema procesal civil ecuatoriano, aunque puede decirse que sí está contemplado en el código adjetivo civil, ya que el art. 289 de este cuerpo normativo faculta a cualquiera de las partes a solicitar la ampliación, *reforma* o *revocatoria* de la providencia en cuestión (dentro del término de tres días fijado por el art. 281 *ibídem*).

En definitiva, el juzgador tiene la facultad y el deber de declarar la nulidad de un acto procesal cuando advierta de este vicio, con las especificaciones de que se ha hablado anteriormente. Es de esperar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se incorpore la “audiencia de saneamiento” prevista por el Código Procesal Civil modelo. A ello se ha hecho ya referencia *ut supra*, acápite “El artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. Las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias”, al tratar sobre los presupuestos procesales.

LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

El proceso, como institución jurídica, tiene como finalidad última resolver los conflictos de relevancia jurídica que, a consideración de los tribunales, plantean los justiciables. Y este objetivo se cumple cuando el juzgador dicta sentencia de mérito, o lo que es igual, sobre el fondo del asunto planteado.

Cuando un proceso carece de los presupuestos procesales necesarios, el juez o tribunal no puede dictar sentencia de mérito, por las razones que se han expuesto. Y, de la misma manera, si observa la falta de alguno de esos presupuestos –se hace aquí referencia a las demás etapas procesales–, está en la obligación de declarar de oficio la nulidad del proceso.

Debe considerarse especialmente que una declaratoria de nulidad no necesariamente conlleva la de todo el proceso. En efecto, como bien indica Cruz Bahamonde, la nulidad puede presentarse en el transcurso del juicio, o cuando el proceso está cerca de su conclusión, v. gr., en caso de no notificarse la sentencia: la declaratoria de nulidad, entonces, no debe afectar a todo el proceso, sino que sus *efectos* ocurrirán desde el momento en que ocurre el vicio. La jurisprudencia, como indica este autor, se ha orientado en el sentido de reponer el proceso al punto en que se provocó la omisión, sin declarar la nulidad de lo actuado con anterioridad.¹³¹ De ahí que el art. 346 del Código de Procedimiento Civil disponga que el proceso es nulo, *en todo o en parte*, cuando se hayan vulnerado las solemnidades sustanciales previstas en dicho cuerpo normativo. Así, en caso de que el vicio sea de aquellos que provocan la nulidad absoluta del proceso –p. ej., no haberse citado con la demanda al accionado–, todo el juicio será nulo, mas si el vicio se produce en cierto momento procesal, la declaratoria afectará al acto en cuestión y a los sucedáneos, siempre que dependan del acto viciado. No se declarará la nulidad de lo anteriormente realizado, por principio de economía procesal.¹³²

Las razones de una declaratoria *total* de nulidad procesal son, como se ha dicho, razones de defensa de las garantías del debido proceso, o como precisa Cruz Bahamonde, de eficacia y seguridad de los procedimientos. A veces, la nulidad debe afectar a todo el proceso, si se compromete el derecho a la defensa de las partes.

El efecto principal de una declaratoria de nulidad de un acto procesal es el de convertirse éste en ineficaz; no producir, en otras palabras, efecto alguno.

131. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento*, p. 239.

132. *Ibidem*, p. 239.

Los criterios para establecer los efectos de una declaratoria de nulidad son múltiples; siguiendo a Maurino¹³³ se tiene esta clasificación:

- En caso de que se afecten formalidades accidentales o secundarias, la declaratoria de nulidad solo alcanzará a los actos procesales impugnados. Los demás deben, por un principio de economía procesal, conservar sus efectos propios, a menos que el acto impugnado les alcance o influya sobre ellos. Un ejemplo sería el de la declaratoria de nulidad de una confesión judicial que ha sido rendida fuera de horas hábiles. Simplemente no se la considera; si se la declara nula, los demás medios probatorios no tienen por qué verse afectados, mucho menos el proceso.
- Si, por el contrario, se vulneran formalidades considerables como indispensables o sustanciales (como serían los casos previstos en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil), la nulidad debe ser total. Ello, con las excepciones a las que se ha hecho referencia junto a Cruz Bahamonde.

Finalmente, es indispensable anotar que la declaratoria de nulidad de un acto procesal se refiere al momento en que éste fue producido. A partir de la declaración de nulidad, el acto se entiende no producido o carente de efectos, y las partes han de ser retrotraídas a la situación anterior a la anulación.¹³⁴

Pero importa saber si la declaratoria de nulidad de un acto afecta a los demás que son posteriores. Si estos últimos dependen de aquel, entonces, deben también ser declarados nulos. Pero si los actos posteriores son independientes, no tienen por qué ser afectados.

BIBLIOGRAFÍA

Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires, 1956, 2a. ed.

Andrade Ubidia, Santiago, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005, 1a. ed.

Azula Camacho, Jaime, *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed.

Carlos, Eduardo B., "Nulidades procesales", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XX.

133. Cfr. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, pp. 245 y ss.

134. *Ibidem*, p. 247.

- Chioyenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de E. Gómez Orbaneja), México, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Colombo Campbell, Juan, *La jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- *Los actos procesales*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Colección Maestros del Derecho Procesal, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, 4a. ed. (póstuma).
- Cruz Bahamonde, Armando, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, vol. V, Guayaquil, Edino, 2001, 2a. ed.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, 2a. ed.
- De Santo, Víctor, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, 2a. ed.
- Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, Civitas, 1998, 4a. ed.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos*, Montevideo, 1988.
- Lovato, Juan Isaac, *Programa analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2002, 1a. ed.
- Maurino, Alberto Luis, *Nulidades procesales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, 2a. ed..
- Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6a. ed. actualizada.
- Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1976.
- Peñaherrera, Víctor Manuel, *Lecciones de derecho práctico, civil y penal*, tomos I (1958) y III (1960), Quito, Editorial Universitaria.
- Prieto Rincón, Zenón, *Casación civil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.
- Rocco, Ugo, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de derecho procesal civil*, tomos I y II, Quito, Pudeleco, 2002, 3a. ed.
- Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1999, 2a. ed.

Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*

Rafael Oyarte Martínez**

Este artículo busca generar debate académico sobre la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado en el Ecuador, y determinar si se trata de un acto normativo, de un acto administrativo, de un acto de simple administración, de un acto complejo o de un acto de naturaleza sui géneris, asunto que nos permitirá establecer a su vez la o las vías de impugnación de estos pronunciamientos, sean estas acciones constitucionales como de inconstitucionalidad de acto normativo, de acto administrativo o de amparo, o las acciones contencioso administrativas objetiva o de anulación, o subjetiva o de plena jurisdicción.

FORO

INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado? Esta pregunta ha sido realizada a algunos administrativistas, precisamente, para determinar sus vías de impugnación. Las respuestas fueron disímiles y las discusiones que la cuestión provocaba, de modo casi ineludible, me llevaron a tomarlo como tema para ser desarrollado.

Desde la expedición de la *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado* (LOPGE), publicada en el Registro Oficial No. 372 de 19 de julio de 2001, se determinó el carácter vinculante de los dictámenes del Procurador General del Estado. Para efecto de determinar la o las vías de impugnación de esos pronunciamientos se hace necesario, en primer lugar, como se dijo, determinar su naturaleza jurídica, es decir, si se trata de un acto normativo, de un acto administrativo, de un acto de simple

* Monografía presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, para la obtención del grado de especialista superior en Derecho administrativo.

** Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Profesor de Derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

administración, de un acto complejo o si nos encontramos ante un acto de naturaleza sui géneris. Sostendré que, por sus características, elementos y efectos, el pronunciamiento del Procurador General del Estado es un acto de naturaleza sui géneris.

Lo indicado es fundamental para determinar las vías de impugnación de estos actos, esto es, a través de acciones constitucionales como las de inconstitucionalidad de acto normativo, de acto administrativo o de amparo, además de las acciones contencioso administrativas objetiva o de anulación, o subjetiva o de plena jurisdicción. Sostendré que, a pesar de las decisiones del Tribunal Constitucional en la materia, la vía idónea de impugnación directa de los dictámenes del Procurador General del Estado, por su naturaleza, es la acción de amparo. En todo caso, el mejor resultado que puedo lograr de este trabajo es que genere discusión, ello, de por sí, será el mejor premio que pueda obtener.

En este trabajo utilizaré los términos *dictamen* y *pronunciamiento* como sinónimos, aunque estimo que la expresión dictamen es más apropiada que la segunda, toda vez que la primera implica la manifestación de una opinión sobre determinado asunto (lo consultado, en este caso), mientras que el pronunciamiento tiene más relación con un asunto que se resuelve o se juzga.¹

NATURALEZA JURÍDICA

LA ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

De conformidad con los arts. 215 y 216 de la Constitución (CE), el Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado, le corresponde ejercer el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley, competencias que se reiteran en el art. 2 de la LOPGE.

Respecto de los dictámenes del Procurador General del Estado, la letra e) del art. 3 de la LOPGE, señala, como atribución exclusiva de este funcionario la de absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, agregando que este pronunciamiento es obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley. En materia de asesoría y absolución de consultas, el art. 13 de la LOPGE reitera su carácter vincu-

1. Vid. *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., “dictamen” pp. 553-554, y “pronunciamiento” pp. 1251-1252.

lante sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, la que se realiza a petición de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.

Esta facultad interpretativa de normas del Procurador General del Estado, producto de la absolucón de consultas, es sin perjuicio de las facultades de las Funciones Legislativa y Judicial y del Tribunal Constitucional. Esta disposici3n de la LOPGE se da en raz3n de que el Congreso Nacional tiene la atribuci3n constitucional de interpretar la ley de forma aut3ntica, esto es, con car3cter general y obligatorio, de conformidad con los arts. 130, n3mero 5, y 141, n3mero 7, de la Constituci3n. Del mismo modo, los 3rganos de la Funci3n Judicial tienen a su cargo el ejercicio de la potestad p3blica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de acuerdo con el inciso primero del art. 191 del texto constitucional, y el Tribunal Constitucional es la magistratura que ejerce la denominada justicia constitucional, dentro de las atribuciones constantes en el art. 276 del C3digo Pol3tico. As3, las atribuciones de estos 3rganos del poder p3blico no chocan ni se yuxtaponen: ni el Congreso Nacional, ni la Funci3n Judicial ni el Tribunal Constitucional est3n facultados para absolver consultas sobre la inteligencia y aplicaci3n de normas, ni el Procurador General del Estado, con la interpretaci3n que realiza en sus dict3menes, vincula a estas funciones del Estado que, en el ejercicio de sus atribuciones, determinan el sentido y alcance de las normas que aplican al efecto.

Ahora bien, queda por determinar la naturaleza del dictamen del Procurador General del Estado al absolver una consulta, para luego revisar sus posibles v3as de impugnaci3n.

EL ACTO NORMATIVO: CARACTERÍSTICAS

Los actos normativos, como la Constituci3n, las leyes, los reglamentos y las ordenanzas, entre otros, tienen caracter3sticas materiales² que los hacen comunes y son, de modo general, los siguientes:

1o. El acto normativo es *general*, es decir, se aplica a todos los sujetos cuya conducta se acopla a los presupuestos de hecho previstos en la norma, es decir, no se dic-

2. Materialmente, pues, formalmente, se est3 al tr3mite o procedimiento de formaci3n del acto normativo y al 3rgano competente para emanarlo. Vid. Rafael Oyarte Mart3nez, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005, pp. 63-67. Rafael Oyarte Mart3nez, *Formaci3n de la Ley*, en *Temas Constitucionales*, Revista del Tribunal Constitucional, a3o 1, No. 1, Quito, enero 2004, pp. 36-37.

ta, por lo menos no frontalmente, para que se aplique a determinada persona.³ Parecería ser que los dictámenes del Procurador General del Estado, en absolución de consultas, tienen carácter general desde que la letra e) del art. 3 de la LOPGE señala que “El pronunciamiento será *obligatorio para la administración pública*, sobre la materia consultada”.

Como se observa, la interpretación que de una norma realiza el Procurador General del Estado no tiene el carácter de generalmente obligatorio, sino solo para la administración pública. Ahora bien, se debe tener presente que la ley no señala que la obligatoriedad del pronunciamiento sea solo para la entidad consultante, sino para la administración pública, razón por la cual, en apariencia por lo menos, nos encontramos frente a un acto que no es de efecto particular. Lo dicho, en todo caso, plantea una dificultad: si el consultante no está de acuerdo con el pronunciamiento puede solicitar su reconsideración, dentro del término de quince días, contados a partir de la fecha de notificación del instrumento que lo contiene, por una sola vez, luego de lo cual ese dictamen puede ser rectificando o ratificado, lo que será definitivo y, en consecuencia, no puede modificarse a petición de parte (art. 13, incs. 2 y 3, LOPGE).

Ahora bien, si se entiende que el pronunciamiento no puede modificarse a petición de parte, se puede entender que el consultante no puede formular otra consulta con el mismo objeto, pero resulta que, si vincula a la administración pública y no solo al consultante, el dictamen será obligatorio no solo para quienes no consultaron sino para quienes no participaron en el proceso de emanación de ese dictamen.

Se puede señalar, en cambio, que el inciso final del art. 13 de la LOPGE señala que: “Si el pronunciamiento dictado por el Procurador General fuere adverso a los intereses de las instituciones del Estado, las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público o sus representantes legales están obligados a solicitar la reconsideración del pronunciamiento”, es decir, que la autoridad de otro órgano afectado por el dictamen debe solicitar la reconsideración, lo que añade dos problemas más, uno práctico y otro netamente jurídico. El problema práctico es que existen quince días para solicitar la reconsideración, como se indicó, los que corren des-

3. Digo que por lo menos no frontalmente, porque si se han dictado las denominadas *normas con dedicatoria*, mediante las que, sin mencionar “nombres y apellidos” es fácilmente identificable que el deseo del legislador es aplicarla a una persona, por ejemplo, la reforma que el Consejo Supremo de Gobierno realizó a la Ley de Elecciones prescribiendo que, para ser candidato a la Presidencia de la República se requería ser hijo de padre y madre ecuatorianos, asunto no previsto en la Constitución, pero que se dirigía a impedir la candidatura de Assad Bucarám. Lo mismo ocurrió con la incorporación a la CE del art. 74-A en su cuarta codificación (Registro Oficial Suplemento No. 73 de 23 de mayo de 1997), inhabilitando para ser candidato a cargos de elección popular a quienes hayan sido declarados cesantes por incapacidad física o mental, aunque esta disposición *ad hoc* se encuadraría con el establecimiento de otras causales, la que tenía la evidente finalidad de evitar la posible candidatura de Abdalá Bucarám.

de la notificación del dictamen: la notificación solo se realiza al consultante, entonces, ¿cómo otra autoridad, que no ha sido notificada por no ser la consultante, puede solicitar la reconsideración? Este es un predicamento de difícil respuesta y que será objeto de análisis más adelante.⁴ El problema jurídico emana de ese problema práctico: si no pudo solicitar la reconsideración dentro del término, o si el consultante no fundamentó adecuadamente la petición de reconsideración por lo que se ratificó el contenido del dictamen, ¿cómo puede ser obligatorio el pronunciamiento para toda la administración pública?

Todo lo señalado lleva a dudar de que, en efecto, se trate de un acto de carácter general.

2o. La generalidad del acto normativo no solo tiene que ver con la obligatoriedad sino también con su *universalidad*. Los preceptos de la norma se refieren a todas las personas que se encuentran en las condiciones previstas en ella, es decir, que no se realizan distinciones arbitrarias que tiendan a que los presupuestos de hecho y las consecuencias jurídicas previstas en la norma no se apliquen a determinadas personas. Al parecer, el pronunciamiento del Procurador General del Estado se engloba en esta característica, pues no excluye a ningún órgano de la administración pública respecto de su vinculación, ni excluye a persona alguna que se encuentre dentro de las condiciones en éste previstas.

3o. Los actos normativos son *abstractos*, es decir, no regulan situaciones jurídicas concretas. En este punto se debe tener presente que la consulta se puede formular respecto de un caso concreto, pero la respuesta que da el Procurador General del Estado no solo se referirá a la solución jurídica de ese caso, sino a la interpretación que se le pueda dar a la norma en todos los casos similares.

4o. *Obligatoriedad y coacción*. La obligatoriedad del acto normativo implica que su cumplimiento no depende de la voluntad o de la convicción de los destinatarios de la norma (por su carácter unilateral y la heteronomía del Derecho, a diferencia de la bilateralidad y autonomía de las normas éticas y religiosas), y, en caso contrario, se aplica *coactivamente*, es decir, por la fuerza.⁵ De este modo, el dictamen del Procu-

4. Vid. la sección relativa al procedimiento, dentro de los elementos del acto administrativo.

5. Claro que una norma que se aplique de modo coactivo de forma permanente, hace dudar de su legitimidad. En un orden legítimo, los destinatarios de la norma la cumplen por convicción, haciendo de la fuerza un mecanismo residual, como lo señala Rodrigo Borja.

rador General del Estado es obligatorio, so pena de viciar el acto que se dicta inobservando el pronunciamiento.

5o. El acto normativo es *permanente*, es decir, no se agota con su cumplimiento, a diferencia de un acto administrativo, ni declina en su vigencia por su no cumplimiento, pues, como lo señala Kelsen, en ese evento se aplicarán las sanciones correspondientes. Si bien el desuso de la norma, que ocasiona su falta de eficacia, puede determinar su eventual derogatoria, ello no implica que la norma no sea válida.

Si se toma al pronunciamiento del Procurador General del Estado como obligatorio para toda la administración pública se puede señalar que tiene el carácter de permanente, más aún si se tienen en cuenta las reseñadas condiciones para su definitividad, es decir, que solicitada su reconsideración, este funcionario haya rectificado o ratificado el contenido de su pronunciamiento.

Salvo la duda de su obligatoriedad para toda la administración pública, se puede pensar que el pronunciamiento del Procurador General del Estado es un acto normativo, pero se debe considerar que el dictamen no contiene una norma sino la forma que este funcionario estima que debe ser aplicada la norma, es decir, existe una decisión, pero que se debe referir a la norma sobre cuya inteligencia existe duda respecto de su aplicación o inteligencia. Lo dicho se corrobora desde que el pronunciamiento del Procurador General del Estado no tiene una jerarquía dispositiva, que sí la tienen los actos normativos en general, como son la Constitución, los tratados internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, los reglamentos y las ordenanzas, los acuerdos, las resoluciones administrativas, los instructivos, etc. Se puede afirmar que se trata de una norma interpretativa, pero ello tampoco es efectivo, pues la norma interpretativa se incorpora a la norma interpretada lo que, en la especie, no solo que no ocurre sino que, además, nos lleva a una yuxtaposición, ahí si, con la facultad interpretativa auténtica del Congreso Nacional (art. 130, No. 5, CE) y la facultad interpretativa auténtica supletoria de la ley interpretativa de la Corte Suprema de Justicia (art. 15 LOFJ).⁶

6. Sobre las fuentes del Derecho Administrativo, *vid.*, Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, 7a. ed., pp. 151-195. El autor describe las distintas clasificaciones acerca de las fuentes del Derecho y sus jerarquías, comenzando por el análisis de la Constitución y los tratados internacionales (hago presente que la jerarquía de los tratados dispuesta en la Constitución de la Nación Argentina es distinta de la prevista en la Constitución). A partir de la página 162 el autor se refiere a la ley, la reserva legal y los decretos leyes (que no son los mismos que en nuestro sistema de fuentes). Sobre la potestad reglamentaria se refiere a los reglamentos de ejecución, los autónomos y los delegados, además de los de necesidad y de urgencia, hasta llegar a los reglamentos de organización, los instructivos y las circulares. De su lectura, no quedará duda de que los dictámenes del Procurador General del Estado no configuran ninguno de estos actos.

EL ACTO ADMINISTRATIVO: ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS

Si bien existen innumerables conceptos de acto administrativo, llegándose a decir que hay tantos como autores de derecho administrativo existen, para efecto de este ensayo se basará en el que señala Marco Morales Tobar⁷ y, luego, se lo analizará para revisar si el pronunciamiento del Procurador General del Estado cae dentro del concepto y de sus características.

De este modo, se entiende por acto administrativo la declaración unilateral de voluntad de la autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que ocasiona efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos, es decir, que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales.

El dictamen del Procurador General del Estado se emite con ocasión del ejercicio de la denominada *administración consultiva*. Esta administración consultiva, a decir de Patricio Secaira Durango, tiene relevancia por la especialidad de los diversos aspectos que, en el Derecho contemporáneo, son objeto de resolución por parte del aparato administrativo público. Esas decisiones administrativas pueden variar, naturalmente, por la diversa aplicación de las normas jurídicas y de los principios que informan cada institución jurídica, siendo la consulta “una herramienta indispensable para la administración, pues a través de aquella se ejerce o se aplica debidamente la autotutela administrativa, de modo previo a la decisión resguardando su legitimidad y garantizando el derecho al debido proceso reconocido por la Constitución a los administrados”, lo que hace efectivo el principio de seguridad jurídica del que depende, en grado sumo, de un eficiente sistema consultivo.

La absolución de una consulta no implica, entonces, la emisión de una decisión administrativa, “sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite”, aunque, en el caso del dictamen del Procurador General del Estado, al ser vinculante, se liga a la decisión administrativa.⁸

En definitiva, si bien el pronunciamiento del Procurador General del Estado, por su carácter vinculante, condiciona la decisión administrativa, no es la decisión en sí misma, pues la declaración unilateral de voluntad emanará del órgano consultante.

7. Cfr. Marco Morales Tobar, “El Acto Administrativo”, en *Derecho Constitucional: para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional / Konrad Adenauer, 1999, pp. 99-100.

8. Cfr. Patricio Secaira Durango, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003, p. 45.

Elementos del acto administrativo

Marco Morales, siguiendo a Manuel María Díez, señala que el acto administrativo contiene dos elementos fundamentales: el mérito y la legitimidad. El *mérito* no es sino “la conveniencia para la realización de un determinado acto”,⁹ mientras que la *legitimidad* tiene que ver con el sometimiento de la autoridad a la juridicidad.¹⁰ Los elementos de la legitimidad del acto administrativo, como el de todo acto de autoridad, son, fundamentalmente, los siguientes: competencia, procedimiento, causa-objeto, contenido y motivación.¹¹

a) La competencia

El ordenamiento jurídico tiene una función limitadora y ordenadora de las relaciones jurídicas, actuando, como es conocido, de distinta manera en consideración al ámbito de su actuación. Así, frente a los particulares el derecho objetivo puede restringir sus actuaciones que, en principio, se fundamentan en la autonomía de la voluntad, mientras que respecto de los órganos del poder público es el derecho el que debe señalarles expresamente las potestades que se les atribuye a su ejercicio, lo que origina el viejo aforismo que señala que en derecho público solo se puede hacer lo que la ley autoriza, mientras que en derecho privado está permitido todo cuanto no se encuentre expresamente prohibido. La competencia, entonces, no es más que el haz de facultades que el ordenamiento jurídico positivo entrega a un órgano del po-

-
9. Marco Morales Tobar, *El Acto Administrativo*, art. cit., p. 102. Del mismo autor, “La Acción de Amparo y su Procedimiento en el Ecuador”, en *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2002*, Quito, Editora Nacional, 2003, p. 74. Señala el profesor Morales que esa conveniencia tiene carácter público, “en donde la autoridad focalizando la normativa jurídica en que se sustenta, en base de su sana crítica ha de emitir el acto” y agrega que: “La sana crítica administrativa, no tiene que ver únicamente con lo que la autoridad desea hacer, sino con todos los antecedentes de tipo jurídico, técnico y económico, le compele a emitir su voluntad”.
 10. La juridicidad es el concepto más amplio de derecho, incluye no solo el ordenamiento jurídico positivo sino también al derecho natural, conformándose el Estado de Derecho profundo del que habla Norberto Bobbio, y no solo un Estado legal de Derecho o, menos aún, el Estado de Derecho debilísimo o kelseniano (todo Estado es un Estado de Derecho, con lo que esta expresión pierde toda su fuerza calificativa). Sobre este punto, *vid.*, Jorge Reyes Riveros, “El Principio de Juridicidad y la Modernidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, Santiago, P. U. Católica de Chile, 1998, pp. 85-86; Rafael Oyarte Martínez, “La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico”, en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 44, Quito, AED de la PUCE, 2001, p. 22; Marco Morales Tobar, “Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, en Luis López Guerra, coord., *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2002, p. 107; y, del mismo autor, “Consolidación del Tribunal Constitucional”, en *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2001*, Quito, Editora Nacional, 2002, p. 73.
 11. *Vid. La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2006, pp. 85-103. *Manual de Amparo Constitucional*, Quito, CLD, 2003, pp. 53-58.

der público, razón por la cual el ejercicio de dichas atribuciones por parte del titular le es imputable a dicho órgano o al Estado, en virtud de la despersonificación del poder.¹²

El principio de que los órganos del poder público no pueden sobrepasar las facultades expresamente señaladas por el ordenamiento jurídico positivo (art. 119, inc. 1, CE) conduce a dos situaciones:

El primero hace relación al origen jurídico de la potestad. Si dentro del Estado existe un soberano, que es el pueblo de conformidad con nuestra declaración constitucional (art. 1, inc. 2o., CE), el que ejerce su poder a través de los órganos del poder público, la forma como el Estado señala las competencias de sus órganos es a través de la ley o de la Constitución. Las normas inferiores, como los reglamentos, no pueden otorgar potestades, de modo general, pues son normas de aplicación de la ley, no siéndoles posible alterarlas. Si la ley no otorga una competencia mal puede el reglamento hacerlo. En todo caso, se debe tener presente que lo señalado es aplicable a los reglamentos de ejecución, mas no a los reglamentos autónomos ni a los delegados,¹³ pero, en todo caso, nunca a un órgano podrá entregarse una atribución, mediante su potestad reglamentaria, si ésta antes no le ha sido conferida por la Constitución o la ley (art. 141, No. 6, CE).

El segundo se refiere a la regla de interpretación constitucional que señala que los derechos se interpretan de manera amplia y las potestades de manera restringida. En materia de derechos la interpretación que se les dé al momento de su aplicación no pueden restringirse, en razón de la finalidad última del Estado que consiste en servir a la persona humana y promover el bien común. El Estado sirve a la persona respetando, protegiendo y promoviendo sus derechos fundamentales, por lo que al momento de aplicar un derecho reconocido no se lo puede restringir, es decir, su ejercicio se sujeta a los límites y las limitaciones impuestas en la ley.¹⁴ En cambio, en lo

12. Por ello el Estado es responsable por las actuaciones de sus funcionarios, sin perjuicio de su derecho de repetición, tal como se consagra en el art. 20 de la CE.

13. Los reglamentos de ejecución son aquellos que se expiden para la aplicación de la ley y que, por tanto, se encuentran directamente subordinados a aquella, sin que sea jurídicamente posible que alteren o innoven su contenido (art. 171, No. 5, CE). En cambio, mediante un reglamento organizativo o autónomo se pueden conferir facultades a un órgano, siempre y cuando la materia se encuentre dentro del ámbito de competencia constitucional o legal del organismo (v. gr. art. 171, No. 9, CE). Del mismo modo, la doctrina acepta que se confieran facultades mediante reglamentos delegados, toda vez que, en este caso, el legislador habrá entregado la regulación de la materia a la potestad reglamentaria, con la clara excepción de que ésta se encuentre, fundamentalmente, dentro de las reservas legales, es decir, dentro del dominio mínimo legal ordinario (art. 141 CE) o en el dominio máximo legal orgánico (art. 142 CE).

14. En el caso ecuatoriano la duda parece surgir de la interpretación de la disposición contenida en el inciso final del art. 18 de la Constitución que señala que: "Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales". Resulta del caso que, si se interpreta literalmente dicha disposición constitucional, un

que respecta a una potestad ésta no nace con el órgano, como sucede con las personas y sus derechos, por lo que debe ser otorgada por la sociedad a través de su ordenamiento jurídico positivo, por tanto, si la facultad debe ser entregada por el Derecho no se puede, a pretexto de interpretarla, extender su ámbito de ejercicio o de competencia sino todo lo contrario, en caso de duda.

En definitiva, la aptitud del órgano para actuar, esto es su competencia, se incumple si quien actúa “carece de título para ello, o el que ostenta sea defectuoso, o la actuación se produzca antes de la toma de posesión o con posterioridad al cese”.¹⁵

En el caso de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, no hay duda que este funcionario es competente para dictarlos, pero se hace presente que, en esta materia, no está facultado para actuar de oficio, sino a base de una consulta previamente formulada. Así, como se ha señalado, los arts. 3, letra a, y 13 de la LOPGE determinan que pueden solicitar la absolución de consulta los organismos y entidades del sector público, a través de sus máximas autoridades, y las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, a través de sus representantes legales o convencionales. Ahora bien, la Ley No. 2003-16 reformativa de la LOPGE (Suplemento del Registro Oficial No. 176 de 24 de septiembre de 2003), determina que toda consulta debe estar respaldada por el informe del asesor jurídico de la institución consultante.

Las *entidades que integran el sector público* se determinan en el art. 118 de la Constitución que son las siguientes:

1. Las tres funciones clásicas del Estado. Desde el nacimiento del Ecuador como Estado, en virtud de la Constitución de 1830, se adoptó el sistema de gobierno republicano presidencialista, el mismo que se ha desarrollado en el transcurso de las diecisiete constituciones que han regido los destinos del país,¹⁶ sin contar con la Car-

sinnúmero de leyes serían inconstitucionales pues contienen restricciones al ejercicio de derechos. Lo que evidencia esta norma es que, si bien la ley puede limitar un derecho no puede sobrepasar el límite de dejar insubsistente dicho reconocimiento o hacer imposible su legítimo ejercicio. En definitiva, solo mediante ley (y, por supuesto, mediante norma de rango constitucional) se pueden imponer limitaciones al ejercicio de derechos, principio consagrado en nuestra Constitución, pero impone al legislador la obligación de respetar la esencia del derecho al momento de establecer la restricción. Se debe hacer presente que, de modo general, las limitaciones al ejercicio de derechos se pueden imponer en razón de la protección y vigencia efectiva de los derechos de terceros o por razones de orden o interés público. Sobre este aspecto, *vid.* Héctor Jorge Escola, *El Interés Público, como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 235 y ss.

15. Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Tecnos, 1999, 2a. ed., p. 106.

16. Estimo que el vigente texto constitucional, aprobado por la Asamblea Nacional en 1998, no es una nueva Constitución, sino una mera codificación de las reformas que dicho cuerpo colegiado introdujo en el Código Político de 1978-79.

ta no promulgada en 1938 por don Aurelio Mosquera Narváez, a la sazón Presidente de la República elegido por la misma Asamblea Constituyente que elaboró el texto constitucional reseñado. Tal vez la Carta Fundamental que un tanto se aparta del sistema es la de 1929, sin embargo de lo cual el régimen no dejó de ser presidencialista. A pesar de ello, al establecerse un sistema de gobierno de democracia clásica, se determinó el principio de separación de poderes basado, fundamentalmente, en las tres funciones clásicas del Estado: Ejecutiva, Legislativa y Judicial.

En el Ecuador el Poder Ejecutivo se concentra en la figura del Presidente de la República, que asume el papel dual de jefe de Estado y jefe de Gobierno y, por tanto, tiene a su cargo, valga la redundancia, tanto el gobierno y la administración del Estado, como su representación (art. 164 CE), siguiendo, de modo general, el esquema presidencialista implantado por los constituyentes de Filadelfia al redactar la Constitución de los Estados Unidos de 1776, la que sigue en vigencia con veintiséis enmiendas.¹⁷ Si bien el Presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado y de gobierno, y encargado de la administración pública, es el titular único de la Función Ejecutiva, dentro de esta Función del Estado existen otros órganos con base constitucional, como son el Vicepresidente de la República y los ministros de Estado (arts. 172 y 176 CE), además de sus órganos dependientes o adscritos, y las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado (art. 3, letras a, b y c, ER-JAFE), además de los del régimen seccional dependiente (art. 227 CE).

Si bien, se insiste, es el Presidente de la República el titular único de la Función Ejecutiva, ello no se interpreta en el sentido que deba ser el Jefe de Estado el que formula las consultas, sino también los órganos que forman parte de este poder del Estado, como en efecto ha sucedido, como es el caso de los ministros de Estado (art. 176 CE),¹⁸ de la Policía Nacional, que constitucionalmente se encuentra dentro de este Poder del Estado (arts. 183 y 184 CE).¹⁹ Además, existen otras entidades adscritas o dependientes de la Función Ejecutiva por disposición de la Ley, como es el caso de

17. Téngase presente que las diez primeras enmiendas, de 1791, incorporan básicamente al texto de la Constitución la Declaración de Derechos de Virginia, condición que se impone en su momento para que los estados de la Unión aprueben la Carta Política.

18. Así, v. gr., el Procurador General del Estado ha absuelto consultas formuladas por ministerios de Estado, entre tantos otros casos, mediante oficios No. 19062 de 13 de agosto de 2001, 19728 de 13 de septiembre de 2001, 19197 de 16 de agosto de 2001, 20504 de 31 de octubre de 2001, 20867 de 29 de noviembre de 2001 y 21124 de 20 de diciembre de 2001.

19. En el caso de la Policía Nacional, existen pronunciamientos emitidos mediante oficios No. 22480 de 25 de enero de 2002, sobre el momento en que surte efectos la baja de un oficial, y No. 20027 de 28 de septiembre de 2001 sobre la posibilidad de contratación directa.

la Dirección Nacional de Rehabilitación Social,²⁰ el Registro Civil,²¹ la Corte Nacional de Menores que, con anterioridad a la publicación del vigente Código de la Niñez y de la Adolescencia, dependía del Ministerio de Bienestar Social,²² el Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM,²³ y otros creados mediante Decreto Ejecutivo, como era el caso de la Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional, OSCIDI,²⁴ y la Secretaría General de la Administración Pública,²⁵ que, por disposición del ERJAFE, tiene rango de Ministerio de Estado, los que han formulado consultas, las que han sido absueltas por el Procurador General del Estado.

Por otra parte, la Función Legislativa se integra por dos órganos, uno de carácter político que es el Congreso Nacional, ejerce funciones de ese carácter (legislar y fiscalizar), y otro de carácter netamente técnico jurídico que es la Comisión de Legislación y Codificación (arts. 126 y 138 CE). Si bien no es propio que estos órganos, a través de sus máximos representantes, formulen consultas en temas que deben ser decididos privativamente por esos órganos, en virtud de sus atribuciones constitucionales (arts. 130 y 139 CE), sí pueden consultar temas en los que deben actuar en ejercicio de la función administrativa, la que no es privativa de la Función Ejecutiva. En toda función del Estado existen potestades de administración, por el principio de separación de poderes, y la posibilidad de dictar actos de autoridad que no se incluyen dentro de las facultades legislativas o de fiscalización,²⁶ por ejemplo, en lo relativo al régimen legal de los servidores públicos que laboran en esos órganos,²⁷ aunque no debe hacerlo respecto de asuntos que son ajenos a este Poder del Estado.²⁸

-
20. Con oficio No. 21289 de 8 de enero de 2002, se absuelve consulta de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social sobre el derecho a percibir la bonificación médica.
 21. Entre otras, el Registro Civil ha formulado consultas que han sido absueltas mediante oficios No. 20186 de 10 de octubre de 2001, sobre la fecha de nacimiento, No. 19475 de 4 de septiembre de 2001, sobre indemnizaciones por renuncia voluntaria y No. 19961 de 25 de septiembre de 2001, respecto a sanciones por paralización de actividades.
 22. Así, con oficio No. 21312 de 10 de enero de 2002, el Procurador General del Estado emitió su pronunciamiento respecto a la homologación de los ministros de esa Corte a la de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sin que sea necesario que pasen a la Función Judicial.
 23. El CONAM es entidad adscrita a la Presidencia de la República, de conformidad con el art. 8 de la Ley de Modernización del Estado, órgano al que se le absolvió consulta mediante oficio No. 21132 de 21 de diciembre de 2001.
 24. Esta dependencia, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 41 publicado en el R.O. No. 11 de 25 de agosto de 1998, formuló consultas sobre reincorporación de funcionarios destituidos, las que fueron absueltas mediante oficios 19801 de 17 de septiembre de 2001 y No. 20376 de 24 de octubre de 2001.
 25. La Secretaría General de la Administración Pública formuló consulta sobre la décimo tercera remuneración, la que fue absuelta mediante oficio No. 21125 de 20 de diciembre de 2001.
 26. Llamativo resulta que el Congreso haya formulado consulta sobre la inmunidad parlamentaria de los alternos, asunto que debía ser resuelto por la Legislatura y no por el Procurador General del Estado, quien absolvió dicha consulta mediante oficio No. 22681 de 7 de febrero de 2002.
 27. De este modo, mediante oficio No. 22940 de 26 de febrero se absuelve consulta sobre comisiones de servicio.
 28. Mediante oficio No. 23235 de 19 de marzo de 2002, el Procurador General del Estado absolvió una consulta for-

Lo mismo ocurre con los órganos de la Función Judicial (art. 198 CE).²⁹

2. De los organismos electorales. La función electoral está encabezada por el Tribunal Supremo Electoral (arts. 209 y 210 CE) y, además, como organismos del sufragio, se encuentra integrada por los tribunales provinciales electorales y las juntas receptoras del voto (art. 10 LE). Los organismos electorales son responsables del correcto y normal desenvolvimiento de los procesos electorales, consulta popular y revocatoria del mandato.

Respecto de decisiones que deban tomarse en materia electoral la consulta al Procurador General del Estado no procede, mas, respecto de actos administrativos del Tribunal Supremo y de los tribunales provinciales electorales, cabe su proposición, no así respecto de los actos de las juntas receptoras del voto, cuyas actuaciones son puramente electorales (art. 78 y ss. LE).³⁰

3. De los organismos de control y regulación. De conformidad con la Constitución, los organismos de control son: la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las superintendencias que, de conformidad con las leyes en la materia, son: de Bancos, de Compañías y de Telecomunicaciones. Curioso sería, en todo caso, encontrar que el Procurador General del Estado formula consultas a sí mismo.

4. Del régimen seccional autónomo. En nuestro sistema administrativo, se encuentran órganos descentralizados que cuentan con base territorial (provincial, cantonal y parroquial), personalidad jurídica y poder transferido por la Constitución y la ley, como son los casos de los Consejos Provinciales, los Municipios y las Juntas Parroquiales rurales (art. 228 CE). Los órganos del régimen descentralizado territorialmente pueden proponer consultas para un mejor ejercicio de sus facultades consagradas, tanto en la Ley de Régimen Provincial como en la Ley de Régimen Municipal y en la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, además de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, que se aplica para los distritos metropolitanos (Quito y Guayaquil).

mulada por el Congreso Nacional determinando que los municipios deben observar las resoluciones del CONAREM en materia de incremento salarial, asunto que no compete a la Legislatura.

29. Así, con oficio No. 23234 de 19 de marzo de 2002, se absuelve la consulta sobre la autonomía presupuestaria de la Función Judicial.

5. De los organismos y entidades creados por disposición constitucional o legal, para el ejercicio de la potestad estatal, la prestación de servicios públicos o desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. Es decir, cabe la formulación de consultas por parte de las personas jurídicas de derecho público creadas mediante ley, como son, v. gr., el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Banco Nacional de Fomento, el Servicio de Rentas Internas, la Corporación Aduanera Ecuatoriana, etc.³¹ Estas personas jurídicas de derecho público se caracterizan por ejercer potestades públicas, en relación de subordinación respecto de los privados, actuando para la consecución del interés público, como es el caso de la Junta Nacional de Defensa del Artesano (arts. 4 de la Ley de Defensa del Artesano y 1 de su Reglamento Orgánico Funcional) o del Consejo Nacional de Discapacidades (art. 5 de la Ley sobre Discapacidades), entre otros.³²

6. De las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional, es decir, mediante ordenanza.³³ Aclaro que lo que el art. 118 de la Constitución denomina “acto legislativo”³⁴ no es tal, sino el mero ejercicio de una potestad normativa otorgada a los municipios y consejos provinciales que no tienen rango ni jerarquía de ley.

Por otra parte, como se señaló, la absolución de consulta puede ser solicitada por *personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública*, esto es, por estos sujetos de derecho a los que, si bien el Código Civil en su art. 583 las determina como ficticias (lo que es discutible), son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, a través de sus órganos de representación.³⁵ Se dice que las personas jurídicas con finalidad social o pública existen en virtud de la Constitución o de una

30. De este modo, el Tribunal Supremo Electoral formuló consulta relativa a los casos de comisión de servicio con sueldo, la que fue absuelta mediante oficio No. 22592 de 5 de febrero de 2002.

31. Hago presente que se discute la naturaleza del IESS y del Banco Nacional de Fomento a las que se señala como personas jurídicas semipúblicas. A pesar de ello, a manera de ejemplo, hago presente que el Tribunal Constitucional ha conocido y resuelto, por apelación, amparos propuestos contra actos de estas entidades, a las que se les ha dado el carácter de públicas. Respecto de la naturaleza del IESS y del BNF, se tratará en la sección destinada a las personas jurídicas de derecho privado, con finalidad social o pública.

32. Así, la Junta Nacional de Defensa del Artesano consultó al Procurador sobre la vigencia de normas del Reglamento Especial de Formación y Titulación Artesanal, la que se absolvió mediante oficio No. 23413 de 28 de marzo de 2002. Del mismo modo, al CONADIS se le absolvió consulta en oficio No. 23259 de 20 de marzo de 2002.

33. Así, se absolvió consulta formulada por la Empresa Municipal de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-Q, mediante oficio No. 23407 de 28 de marzo de 2002.

34. *Constitución Política del Ecuador*, art. 228, inciso segundo, también habla de una “potestad legislativa” de los gobiernos cantonales y provinciales.

35. En estos casos encontramos a un sujeto de derecho privado que ejerce una actividad que, por su naturaleza, es pública.

ley,³⁶ aunque en la actualidad se pueden realizar serios reparos a este señalamiento. De tal guisa, estas personas morales son denominadas por Juan Larrea Holguín y por Nicolás Granja Galindo como *casi públicas* o *semipúblicas*, respectivamente, entre las que incluyen al Banco Nacional de Fomento, al IESS y al Banco Central, en virtud de disposiciones constitucionales que, en la actualidad, no están vigentes, aunque Larrea Holguín hace presente que las entidades mencionadas ya estaban asimiladas a las personas jurídicas públicas.³⁷ Ahora bien, Granja Galindo señala que estas personas jurídicas tienen “fines esencialmente públicos, o sea, de servicio a la colectividad, procurando el crédito, el fomento de las industrias o actividades afines, facilitando el ahorro o proveyendo a las necesidades de carácter social”, quien agrega que éstas se organizan en virtud de una ley especial, tienen personalidad jurídica y autonomía reconocidas en la Constitución o la ley, que se rigen por estas leyes, su patrimonio es mixto, la composición de la autoridad también es mixta y el Estado regula su actividad.³⁸

En la actualidad, estimo, no se puede hablar de personas morales *semipúblicas*, pues éstas, de conformidad con nuestro derecho son, simplemente, o bien, públicas (incluyéndose los procesos de descentralización funcional o institucional) o privadas. Las personas jurídicas creadas por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, integran el sector público (art. 118 CE), como son los casos del IESS (arts. 55 a 60 CE y 16 LSS) y del Banco Central (arts. 261 a 265 CE). El caso del Banco Nacional de Fomento es curioso, pues la LOBNF señala, en su art. 1, que “es una entidad financiera de desarrollo, autónoma, de derecho privado y finalidad social y pública, con personería jurídica y capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones”, se le ha dado carácter público, en virtud del art. 118 Constitución, tanto así que el mismo Procurador General del Estado se ha pronunciado sobre el carácter público de esta entidad mediante oficio No. 22589 de 5 de mayo de 2002.

Ahora bien, ello no excluye que existan personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, creadas o reconocidas directamente por acto legislativo y que tengan finalidad social o pública, como son los casos de la Junta de Beneficencia de Guayaquil, respecto de la cual la ley realiza un curioso reconocimiento como

36. Cfr. Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1991, 5a. ed., p. 447.

37. Cfr. Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, I, p. 455, y Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 1992, p. 230.

38. Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pp. 233 y 236-244.

entidad del sector público autónoma y de derecho privado,³⁹ y de SOLCA,⁴⁰ entre tantas. Otras, en cambio, han surgido de actos legislativos que han variado el régimen jurídico de estas personas morales –del público al privado– como es el caso de las empresas eléctricas y de las telefónicas, que, siendo privadas, tienen finalidad pública desde que prestan servicios públicos cuya provisión es de responsabilidad del Estado (art. 249 CE). En todo caso, el criterio de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública ha sido interpretado con laxitud por parte del Procurador General del Estado al absolver consultas formuladas por asociaciones grupales⁴¹ o gremios,⁴² además de otras personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.⁴³

Por último, se debe tener presente que el Procurador General del Estado no está facultado para absolver consultas cuando se trate de asuntos que hayan sido *resueltos por jueces o tribunales de la República* o que se hallen en conocimiento de estos, trabada la litis. Con ello se evita la yuxtaposición de atribuciones: el juzgador, al resolver una causa, interpreta la norma para aplicarla al caso concreto. No se puede intentar vincular al juez con un dictamen del Procurador General del Estado (lo que tampoco ocurre con los dictámenes emitidos con anterioridad sobre algún punto de derecho). La primera duda que surge es si, solicitada la absolución de consulta y, luego de ello, se inicia un proceso judicial sobre ese punto de derecho, sin que el Procurador General del Estado haya emitido aún su pronunciamiento, puede este funcionario emitir el dictamen. Estimo que, trabada la litis, el Procurador General del Es-

39. El art. 1 de la Ley No. 103 publicada en el R.O. No. 996 de 9 de agosto de 1988 señala que “La H. Junta de Beneficencia de Guayaquil, como entidad del Sector Público Autónoma y de Derecho Privado continuará atendiendo con sus propios recursos y con los que el Estado le asigna, el Cementerio General de Guayaquil, los hospitales, asilos, los establecimientos educacionales y de beneficencia que actualmente tiene a su cargo, los mismos que no podrán revertir, ceder o traspasar a la administración de otras entidades u organismos públicos y privados”.

40. Mediante Decreto Legislativo publicado en el R.O. No. 362 de 12 de noviembre de 1953 se encarga a SOLCA la lucha anticancerosa.

41. Así, mediante oficio No. 23028 de 5 de marzo de 2002 se absuelve consulta a la Asociación de Agricultores Autónomos “Suboficial Édison Mendoza”, en que se pronuncia sobre que la adjudicación de tierras rústicas compete al INDA. Del mismo modo, con oficios No. 23030 de 5 de marzo de 2002 y No. 22892 de 25 de febrero de 2002, se absuelven consultas formuladas, respectivamente, por la Asociación de Empleados de Aduana de Guayaquil y por la Confederación de Jubilados y Pensionistas de Montepío del Ecuador, además de la presentada por la CONAIE, absuelta mediante oficio No. 23038 de 5 de marzo de 2002.

42. La Cámara de la Construcción de Quito presentó consulta sobre el ejercicio profesional de la arquitectura, la que se absuelve mediante oficio No. 22851 de 21 de febrero de 2002. Asimismo, el Colegio de Psicólogos Clínicos de Pichincha y el Colegio de Ingenieros Civiles recibieron pronunciamientos mediante oficios No. 23411 y 23408, ambos de 28 de marzo de 2002.

43. Así, la consulta de Fundación Natura, respecto de la tasa de gestión ambiental, sobre la que se dicta el oficio No. 200061 de 2 de octubre de 2001, y la Federación Deportiva de Manabí, sobre subsidio de antigüedad (oficio No. 19803 de 17 de septiembre de 2001).

tado ya no puede emitir el pronunciamiento, pues se iría contra el tenor literal de la norma y su finalidad, ya no solo porque, eventualmente, se yuxtapondrían las atribuciones de ambos órganos, sino porque el dictamen ya no tendría efectos: se debe estar a lo decidido por el juez y no a la opinión del Procurador General del Estado y, en este sentido, ya no tendría competencia.⁴⁴

Adicionalmente, se debe tener presente que la facultad del Procurador General del Estado de absolver consultas es *indelegable*, toda vez que, por una parte, esta atribución está otorgada por la ley y, por otra, la misma que no prevé la posibilidad expresa de delegarla. En todo caso, si bien el art. 2 de la LOPGE prevé que el Procurador General del Estado delegue funciones de conformidad con el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado (ROFPGE), este cuerpo reglamentario, sobre esta materia, solo determina que, sin necesidad de poder especial, los delegados distritales dentro de su área de competencia territorial, pueden absolver consultas, “siempre que el asunto sobre el que versen haya sido materia de pronunciamiento anterior obligatorio y/o definitivo, vigente, del Procurador General del Estado, al que deberán remitirse expresamente en el oficio de respuesta al consultante o peticionario” (art. 21.5 ROFPGE). Como se observa, ello no puede ser tomado como una forma de delegación, sino como un mecanismo en el que, por celeridad, el funcionario inferior hace presente la existencia de un dictamen que es vinculante para toda la administración pública, tanto así que el consultante puede solicitar al delegado distrital respectivo una solicitud de reconsideración la que es puesta para conocimiento y resolución del Procurador General del Estado.⁴⁵

b) El contenido

Se entiende por acto administrativo la declaración unilateral de autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que produzca efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos (art. 26 PLOT). Atento lo expresado, el acto de autoridad pública es una declaración de voluntad, por lo que tiene un conte-

44. Así, mediante oficio No. 20414 de 25 de octubre de 2001, frente a una consulta realizada por el Congreso Nacional, el Procurador General del Estado se pronunció en el sentido que las resoluciones del Tribunal Constitucional son de última y definitiva instancia, por lo que sus decisiones son de cumplimiento obligatorio e inexcusable.

45. Así, el Procurador General del Estado, en oficio No. 23412 de 28 de marzo de 2002, se pronunció ante consulta formulada por el Consorcio Provincial de Juntas Parroquiales de Chimborazo, ante la respuesta emitida por el Delegado Distrital de la Procuraduría General del Estado de esa provincia. Del mismo modo, en el oficio No. 23235 de 19 de marzo de 2002, ante consulta de la Municipalidad de Nabón frente a la respuesta del Delegado Distrital del Azuay.

nido, y éste se debe ajustar a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y su finalidad.⁴⁶

El accionar de la autoridad no puede ser contrario a la juridicidad, pues el ejercicio de una competencia en contradicción con el ordenamiento jurídico implica que dicha autoridad niega, incluso, la misma fuente de su poder. Las actuaciones del gobernante no pueden contradecir las normas que son fuente de su poder, pues ello afecta el principio de regularidad del ordenamiento jurídico. Las normas inferiores derivan y se fundamentan en las superiores, es decir, para su creación se debe aplicar una norma que sirva de base jurídica para la toma de la decisión expresada en el acto. Los actos de los gobernantes se deben emitir de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico, es decir, en conformidad con lo que exige el Derecho.

El dictamen del Procurador General del Estado se dirige a pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, por tanto, en primer lugar, no puede emitir pronunciamientos sobre actos que no tengan el carácter de “normas”, como, por ejemplo, contratos o actos administrativos,⁴⁷ lo que no excluye que se pronuncie sobre la aplicación de normas legales para celebrar contratos.⁴⁸ Por otra parte, al pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de normas no puede alterar o innovar su contenido, lo mismo que ocurre con cualquier intérprete de una norma, sea éste judicial o auténtico, cualidades que no ostenta el Procurador General del Estado. Puede decirse que es un intérprete administrativo del Derecho y que su dictamen, en ese sentido, debe ser conforme a la normas objeto de consulta y respetando las normas interpretativas que ha dictado la Legislatura (art. 130, No. 4 y 5, CE) y la Corte Suprema de Justicia, tanto a través de la norma dirimente (arts. 197 CE, 14 LOFJ y 19 LC) como por resolución interpretativa (art. 15 LOFJ), además de la interpretación que, en casos de su competencia, han resuelto el Tribunal Constitucional (art. 276 CE) y el mismo Tribunal Supremo a través del triple fallo reiterado de casación (art. 19 LC), cada uno, en el ámbito de su competencia.⁴⁹ Situación distinta es que el Procurador General del Estado base un

46. Resolución No. 113-2000-III-SALA. Se señala la ilegitimidad del acto al basarse en la aplicación de una disposición legal no vigente.

47. Así, sobre el contenido de un contrato colectivo, mediante oficio No. 20667 de 14 de noviembre de 2001, el Procurador General del Estado dijo que, en caso de adulteración, la comprobación del hecho corresponde a la Inspectoría Provincial del Trabajo.

48. En el dictamen contenido en el oficio No. 23407 de 28 de marzo de 2002, el Procurador General del Estado se pronuncia sobre la aplicación del art. 56 de la Ley de Reforma para las Finanzas Públicas, respecto de la obligación de obtener el dictamen del ministro de Finanzas para celebrar contratos colectivos y actas transaccionales. Del mismo modo, en oficio No. 23136 de 12 de marzo de 2002, respecto del procedimiento aplicable para modificar un convenio de préstamo y, en oficio No. 22738 de 13 de febrero de 2002, sobre el procedimiento de adjudicación.

49. En todo caso, en oficio No. 22478 de 25 de enero de 2002, se pronunció sobre el cumplimiento de resoluciones

pronunciamiento en sentencias judiciales, lo que es procedente y conforme a esta disposición legal.⁵⁰

En definitiva, si se produce duda sobre el sentido y alcance de una disposición, se formula una consulta al Procurador General del Estado y éste se limitará a absolver lo preguntado, sin ir más allá, en los términos del derecho, en caso contrario el dictamen sería ilegítimo.

c) *El procedimiento*

Para que los actos sean regulares se deben fundamentar no solo materialmente sino también formalmente, en la norma superior de la que derivan. El elemento formal se entiende o bien como modo de producción de una decisión o bien haciendo referencia a su exteriorización y los medios que la acompañan,⁵¹ es decir, a la forma de manifestar la voluntad de la administración y a su notificación.

La regulación jurídica de la forma de manifestación de la voluntad pública pretende, en definitiva, asegurar el debido proceso en la formación de una decisión o de un acto de autoridad, esencialmente para prevenir que al administrado no se le afecte con un acto que no le ha garantizado o permitido ejercer oposición alguna. Del mismo modo, fundamental resulta la notificación con el contenido del acto al administrado, pues, de lo contrario, no podrá conocerlo y, por ende, no podrá oponerse a éste ni a sus consecuencias.

El respeto de los procedimientos en la emanación regular de un acto no solo implica un mero cumplimiento de formalidades impuestas por el legislador. La formalidad y su cumplimiento es una de las formas de garantizar los derechos de las personas, pues de tal guisa el gobernado podrá oponerse o defenderse de una decisión que lo afecta. Lo que se pretende es asegurar el debido proceso en la formación de una decisión o de un acto de autoridad, esencialmente para asegurar que al administrado no se le afecte con un acto que no le garantice o permita ejercer oposición alguna. En este sentido es común encontrar actos que el Tribunal Constitucional en resoluciones de amparo señala como ilegítimos por no haberse seguido un procedimiento tal que haya permitido al afectado ejercer su derecho de defensa.⁵²

de amparo constitucional, de conformidad con los arts. 55 y 58 de la Ley del Control Constitucional, ante consulta formulada por el Congreso Nacional.

50. En oficio No. 21001 de 20 de diciembre de 2002, al igual que en otro emitido previamente, de 12 de diciembre de 2001, el Procurador General del Estado basó su dictamen en una sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, sobre la no aplicación de la analogía en derecho público.

51. Cfr. Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, p. 108.

52. V. gr. Resolución adoptada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional dentro del caso No. 354-2001-RA.

Realizada la consulta, el Procurador General del Estado no cuenta con plazo para emitir el dictamen correspondiente. La LOPGE solo se refiere a un término de quince días para evacuar el dictamen definitivo, en caso de existir una solicitud de reconsideración (art. 13, inc. 3o., LOPGE).⁵³ La posibilidad de que se solicite, fundamentalmente, una reconsideración al dictamen resulta natural y necesaria, pues al consultante se le puede afectar con el pronunciamiento. Lo que ocurre es que, en principio, la reconsideración solo puede ser solicitada por el consultante, pero el inciso cuarto del art. 13 de la LOPGE señala que si el dictamen es adverso a los intereses de las instituciones del Estado, sus representantes o máximas autoridades deben solicitar esa reconsideración. La duda surge en el sentido que la entidad afectada bien puede no ser la que efectuó la consulta, en cuyo caso estimo, como se ha verificado en la práctica, que se solicite la reconsideración sin haber sido consultante. En todo caso, el verdadero problema estriba en el término para solicitar la reconsideración: quince días. Se dirá que el término es lo suficientemente amplio, lo que, en verdad, es cierto, pero para quienes intervienen en la fase de consulta, mas no para quienes sin intervenir en ese procedimiento, son afectados por un dictamen que es vinculante para toda la administración pública y que no solo tiene efectos sobre ella.

Una discusión que se plantea es cuándo el dictamen es definitivo; el inciso tercero del art. 13 de la LOPGE dispone que, resuelta la reconsideración, rectificando o ratificando el pronunciamiento, éste será definitivo y, por tanto, no puede modificarse a petición de parte. Entonces ¿si no se solicitó la reconsideración dentro del término de quince días, el dictamen no queda firme? En apariencia eso es así, pues la LOPGE dispone que, evacuada la solicitud de reconsideración, el pronunciamiento es definitivo. Pero, con ese criterio, se puede caer en una suerte de inseguridad jurídica: el dictamen no resulta favorable para los intereses del consultante, no solicita la reconsideración y, por tanto, no lo vincularía, con lo cual se puede solicitar un nuevo dictamen con la intención de que se modifique el primer pronunciamiento.⁵⁴ El re-

53. En todo caso, se hace presente que no basta con señalar plazos sino establecer consecuencias jurídicas para su incumplimiento. No sería, entonces, solución al problema establecerlo para el caso de la primera solicitud o señalar consecuencias como la pérdida de la facultad de absolver la consulta, lo que no ocurre tampoco, pues, en este último evento, la duda sobre el sentido y alcance de una norma por parte del consultante persistiría.

54. De este modo, la Compañía Drillfor interpuso acción de amparo contra el dictamen de 26 de abril de 2003 que el Procurador General del Estado emitió en contradicción a su pronunciamiento anterior, de 13 de marzo de 2003. El segundo pronunciamiento lo emitió el Procurador, toda vez que Petroproducción formuló una consulta sobre un asunto relativo a un contrato de perforación de pozos respecto del cual, en el primer dictamen, Petroproducción había consultado al Procurador, siendo el resultado contrario a los intereses de esta entidad pública. La irregularidad que acusaba Drillfor era que Petroproducción, frente al pronunciamiento de 13 de marzo de 2003, no había solicitado reconsideración y que, pasado el plazo para ello, había formulado nuevamente una consulta. Como se verá más adelante, el Tribunal Constitucional dentro del caso No. 0426-2003-RA no se pronunció sobre este asunto sino que se limitó a señalar la improcedencia del amparo, como vía para impugnar los dictámenes del Procurador General del Estado.

sultado es contrario al ordenamiento jurídico: deja sin efecto una disposición del mismo artículo de la LOPGE, pues la reconsideración tiene por objeto perseguir la rectificación del pronunciamiento, que sería el único camino lógico, de lo contrario la norma quedaría sin efecto (no se necesita pedir la reconsideración del dictamen para que se modifique el criterio emitido). Una actuación en este sentido acarrearía una ilegitimidad de procedimiento y, como se verá, de causa-objeto.

Otra duda se plantea respecto de la firmeza del dictamen, incluso del dictado luego de la reconsideración (que sería un pronunciamiento, indudablemente, definitivo). Dice la ley que ese pronunciamiento no puede modificarse “a petición de parte”. Cuando dice esto no se sabe, a ciencia cierta, si se refiere al consultante (parte dentro del procedimiento de consulta) o a cualquier otro nuevo consultante en un eventual caso similar o sobre la misma norma, con lo que bastaría que el Procurador General del Estado adjunte su anterior criterio (como lo hacen los delegados distritales, de conformidad con el art. 21.5 del ROFPGE), aunque ello, creo, no obstaría a que el Procurador General del Estado no se someta a sus propios dictámenes.⁵⁵ Ello, claro, evidenciaría, a primera vista, una violación al principio de igualdad (art. 23, No. 3, CE): por qué, si en otro caso similar o sobre el mismo punto de Derecho, se pronunció de una forma, en ese caso lo hace de otra. Este es el cuestionamiento clásico a los cambios de criterio, además de la afectación al principio de seguridad jurídica (art. 23, No. 26, CE). En todo caso, el Procurador General del Estado debe analizar no solo circunstancias (con lo que variarían la forma de aplicar las normas) sino eventuales errores de interpretación en los que haya incurrido en otros dictámenes, lo que no puede repetirse o reiterarse, por lo menos no conscientemente: si, a propósito de una consulta, el Procurador General del Estado verifica que en otros dictámenes sobre casos similares o sobre la misma norma se violó el ordenamiento jurídico, no puede mantener el criterio en esta nueva absolución, pero esto debe hacerlo saber en el nuevo pronunciamiento y dejar entrever que, a futuro, aplicará el mismo criterio en casos similares y que, en definitiva, no se trata de una interpretación *ad hoc* o con dicatoria.

d) La causa y el objeto

La causa es la razón que justifica el acto, lo que determina que una decisión sea tomada, esto es, el presupuesto de hecho por el que la norma jurídica le atribuye una

55. Como ocurre, por ejemplo, con los más altos tribunales. Así, v. gr., la Corte Suprema de Justicia no se vincula a sus triples fallos reiterados de casación, de conformidad con el art. 19 de la Ley de Casación.

potestad a la administración. Por lo dicho, la administración debe constar que el hecho se ha producido, para actuar, y valorar el hecho, y así tomar una determinación.⁵⁶

Del mismo modo, el objeto tiene que ver con la finalidad por la que se toma una determinación y éste no puede ser otro que un fin público. En este sentido, como dice Escuin Palop, “el acto administrativo que pretende la satisfacción de un interés distinto del que ha producido la atribución de una potestad incurre en una infracción del ordenamiento jurídico denominada desviación de poder”.⁵⁷

e) *La motivación*

El punto de derecho descrito en el apartado anterior tiene íntima relación con la motivación del acto, es decir, se analiza el por qué se toma una decisión y la finalidad de dicha decisión. Al efecto, se debe tomar en cuenta que el acto puede ser apegado a la legalidad y pudo emanar de autoridad competente, pero ser arbitrario.

Eduardo Soto Kloss señala que: “Se dice arbitrario de aquello que depende del arbitrio, o de aquello que procede con arbitrariedad. Arbitrio –se dice– a la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho, es decir, por un impulso instintivo (apetito), o por una idea o propósito sin motivación aparente, por un antojo, o por puro deseo, y fuera de las reglas ordinarias o comunes. Si arbitrariedad indica voluntad no gobernada por la razón, significa un acto o una omisión carente de razonabilidad”.⁵⁸

El texto constitucional ecuatoriano plantea la interdicción de la arbitrariedad en el obrar de la administración el exigir que la motivación de las resoluciones de los órganos del poder público que afecten a las personas, estableciendo que tal motivación implica, como elementos que deben aparecer simultánea y unívocamente del acto, la enunciación de las normas o principios en que se fundamenta al acto, en aplicación del principio de regularidad, y la explicación de la pertinencia de dicha aplicación a los antecedentes de hecho (arts. 24, No. 13, CE, 31 LME y 20 RLME).

En definitiva, cuando un acto se encuentra motivado el administrado tiene certeza del por qué se ha tomado una decisión determinada, para qué se ha tomado dicha

56. De este modo, v. gr., la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en su art. 114, determina las causales por las que la autoridad administrativa puede destituir a un servidor público, por lo que no se puede aplicar esta sanción administrativa por la ocurrencia de una conducta que no se produjo.

57. Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, pp. 107-108.

58. Eduardo Soto Kloss, *El Recurso de Protección*, p. 188. El autor opone lo arbitrario de lo razonable, es decir, aquello conforme a la razón, lo que “da necesariamente idea de rectitud de, o en, las operaciones, el modo de ser racional, proporcionado, equilibrado, justo”, y agrega que “Lo razonable, pues, significa lo conforme a razón, un uso proporcionado de los medios para obtener un fin, proporción del actuar con el fin de conseguir o lograr”.

decisión y permite conocer su proporcionalidad con el hecho que se resuelve. Sobra señalar que el objeto y finalidad del acto se deben someter a la juridicidad.

Lo llamativo es que, si bien no es necesario que la ley determine que el dictamen debe ser motivado, porque el Procurador General del Estado debe aplicar la disposición constitucional reseñada, aunque no se la invoque, (art. 273 CE) la LOPGE sí lo hace, de modo expreso, pero solo respecto del pronunciamiento que se dicte al resolver el pedido de reconsideración (art. 13, inc. 3o., LOPGE). Lo dicho no puede llevar a confusión: por disposición de la CE, tal como se señaló, tanto el dictamen primario como el pronunciamiento emitido como producto de la petición de reconsideración deben motivarse, so pena de ser ilegítimos por falta de fundamentación, asunto sobre el que el precepto constitucional no hace ninguna excepción ni distinción, razón por la cual no cabe que las haga tampoco el legislador en la norma legal ni el Procurador General del Estado en el ejercicio de su actividad específica.

Se entiende, en todo caso, que el fin de la LOPGE al contener esta disposición es que, al evacuarse una solicitud de reconsideración, el Procurador General del Estado no se debe limitarse a señalar que el dictamen objeto de la petición quede ratificado, sin expresar las razones de esta decisión, lo que, se insiste, está vedado por el Código Político.

Características del acto administrativo

El acto administrativo configura una declaración unilateral de autoridad administrativa, en ejercicio de su potestad administrativa de carácter no normativo y que se somete al derecho administrativo. Esas son las características del acto administrativo, a las que se suman la presunción de legitimidad, la ejecutoriedad y ejecutividad.

Como lo señala Ramón Martín Mateo, los actos administrativos son declaraciones “en cuanto manifestaciones con trascendencia externa”, las mismas que pueden ser de voluntad (si crean situaciones jurídicas), de deseo (cuando aspiran a crear esas situaciones jurídicas), de juicio (los que emiten opinión sobre determinado asunto) o de conocimiento (los que acreditan la existencia de hechos).⁵⁹ En el caso del dictamen del Procurador General del Estado, se contiene una declaración de juicio: emite su opinión, vinculante, sobre un asunto respecto del cual se formuló una consulta previa.⁶⁰ Esta declaración es unilateral, pues solo se requiere de la voluntad del Pro-

59. Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 2002, 21a. ed., p. 305. En similares términos, José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, 2a. ed., pp. 98-99.

60. V. gr. Luciano Pareja Alfonso, *Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 896, indica que la declaración

curador General del Estado en la absolución de consulta para que emita su pronunciamiento. En todo caso, no es el pronunciamiento del Procurador General del Estado el que puede imponer una conducta a los administrados, ello lo hará la Administración a través del acto final, lo que, en todo caso, no le priva al dictamen del Procurador General del Estado su carácter unilateral.

Como se ha visto, el dictamen del Procurador General del Estado no reúne las características de un acto normativo, sino que más bien se lo realiza en el ejercicio de una potestad administrativa: la administración consultiva, y se somete al derecho administrativo, lo que lo distingue de un acto de la administración, que bien puede referirse a la actividad privada del órgano público.⁶¹ Estos dictámenes se refieren a la actividad pública de entes públicos y también de entes privados, como se verá más adelante, y que son los que pueden formular las consultas al Procurador General del Estado.

Dentro de los caracteres del acto administrativo se determina su presunción de legitimidad, en virtud de la cual éste produce plenos efectos, mientras no exista decisión sobre la impugnación de éste, invirtiendo la carga de la prueba, salvo los casos de existencia o nulidad.⁶² Del mismo modo, los actos administrativos, por su ejecutoriedad, pueden imponerse incluso contra la voluntad de los administrados, cuando estos imponen deberes o limitaciones, sin necesidad de una previa declaración judicial, aplicándose su contenido obligatorio incluso a través de medios coactivos.⁶³ La ejecutividad del acto implica su eficacia en general, esto es, “dota al acto de la fuerza de cosa decidida”.⁶⁴

Ahora, para que un acto sea ejecutorio, debe existir un acto administrativo previo que sirva de título ejecutivo que justifique su ejecución coactiva, caracteres que no reúne el dictamen del Procurador General del Estado, pues en éste no se indica el contenido de lo que se pretende imponer forzosamente, debiéndose tener presente que, además, el Procurador General del Estado no cuenta con mecanismos o medios de ejecución, lo que tampoco es necesario, pues no es su pronunciamiento el que produce efectos imponiendo obligaciones o limitaciones, sino la decisión final.⁶⁵

en cuestión puede portar una manifestación de juicio, “como lo son todos los actos propios de los órganos consultivos, es decir, los informes o los dictámenes”.

61. Cfr. Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, p. 310.

62. Cfr. José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, pp. 101-105.

63. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, 2a. ed., p. 123.

64. Cfr. José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, pp. 106-107.

65. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, pp. 124-127.

Efectos del acto administrativo

Como se señaló, un acto administrativo ocasiona efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos, es decir, crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales.

La absolución de consulta es, de modo general, una labor interpretativa que tiene alcance particular, constreñido el pronunciamiento al caso específico que motiva la petición de consulta, tal como ocurre con los casos de la Contraloría General del Estado y del Servicio de Rentas Internas.

Ahora bien, si el dictamen del Procurador es vinculante para toda la administración pública, estaría lejos de encontrarse dentro de la particularidad de un acto administrativo, pero visto que este pronunciamiento vincula al consultante, se puede pensar de que se trata de un acto administrativo complejo, pues este último no puede abstraerse del dictamen. Pero el acto administrativo complejo estaría compuesto por la decisión del órgano administrativo y el dictamen del Procurador General del Estado que basa esa declaración unilateral de voluntad, por lo que, en este caso, se debe impugnar el acto final (del consultante) con el pronunciamiento.

El pronunciamiento del Procurador General del Estado, por otra parte, no tiene eficacia jurídica directa, es decir, no es la decisión de este funcionario la que afecta directamente al administrado, sino la decisión del órgano consultante, el que, en virtud de ese pronunciamiento, dictará el acto administrativo que ocasionará los efectos jurídicos de forma inmediata y directa.⁶⁶

EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN

Los actos de simple administración consisten en el ordenamiento de la actividad interna de la administración, los que no tienen eficacia jurídica directa. Se suele señalar que los actos de simple administración son aquellos de mero trámite que influyen en una decisión final. Como dice Bocanegra, a diferencia de los actos definitivos, que ponen fin al procedimiento administrativo, los actos de trámite se concatenan con el acto final, teniendo una función subordinada a esa decisión final y preparatoria de ésta, los mismos que, de modo general, no son actos administrativos.⁶⁷ Si

66. Al respecto, Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, 9a. ed., p. 352, dice lo siguiente: "Los actos consultivos son meramente preparatorios de la voluntad administrativa. No constituyen un acto administrativo en sentido estricto, ya que no producen un efecto jurídico inmediato, sino que posiblemente tendrán un efecto jurídico a través del acto administrativo que se dicte después".

67. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, pp. 58-59.

se considera que un acto de simple administración implica el ejercicio de una actividad consultiva y preparatoria, como es el caso de los dictámenes, “que al momento de presentarlos y ser aprobados por las autoridades de los órganos de la Función Administrativa producen efectos jurídicos para los administrados”,⁶⁸ es decir, que solo afectan a los administrados a través de los actos dictados en su consecuencia, como señala el art. 70 del ERJAFE, se puede tener al pronunciamiento del Procurador General del Estado como un acto de simple administración.

El dictamen del Procurador General del Estado tiene un contenido informativo, sirve de base para la toma de la decisión, y su opinión inteligencia la decisión administrativa.

El dictamen del Procurador General del Estado reúne ciertas características del acto de simple administración: es preparatorio de una manifestación de la voluntad administrativa y es irrevocable.⁶⁹ Ahora bien, es irrevocable para el consultante pues en la materia consultada solo se puede ser modificado o rectificado por el Procurador, luego del pedido de reconsideración.

Pero, al ser el pronunciamiento del Procurador General del Estado un dictamen vinculante, producto de la administración consultiva, no se asimila al acto de simple administración, pues no solo que no es de trámite, sino que no se limita a influir en la decisión final sino, prácticamente, a determinarla, pues no requiere de su aprobación por parte del consultante, aunque, se insiste, ello no puede llevar a confundirlo con la toma de la decisión.

Del mismo modo, el hecho de que el dictamen sea obligatorio, para toda la administración pública, deja fuera de una eventual caracterización del pronunciamiento como un acto de simple administración.

EL ACTO COMPLEJO

En apariencia, el dictamen del Procurador General del Estado es un acto complejo, toda vez que, por su carácter vinculante, la autoridad que formula la consulta deberá conformar su voluntad administrativa de acuerdo con el pronunciamiento emitido. El acto complejo “resulta del concurso de varios órganos o de varios entes. La característica es que las voluntades tienen un único contenido y una única finalidad, y se funden para formar un acto único”.⁷⁰ En este sentido, como dice Dromi, “La vinculación es absoluta, porque obliga a activar y resolver en el sentido informado, sin

68. Herman Jaramillo Ordóñez, *La Justicia Administrativa*, Loja, s.e., 2003, p. 3.

69. Cfr. Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pp. 323-324.

70. José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, p. 234.

posible resolución en contrario del órgano activo”, razón por la cual, este dictamen formaría un acto complejo con la decisión de la administración.⁷¹ El desapego de la declaración de voluntad del órgano consultante respecto del dictamen viciaría de nulidad el acto final, por afectar la legitimidad de contenido de la decisión.

Al parecer, entonces, todo indica que el dictamen del Procurador General del Estado conforma un acto complejo con el acto final. En este caso, la complejidad sería externa, como lo señala García-Trevijano, pues concurren varias personas jurídicas y no órganos del mismo ente. En este sentido, como se verá, el Tribunal Constitucional señaló que debía impugnarse el acto final y no el dictamen del Procurador General del Estado.

Pero ello, en el caso de la LOPGE, no responde a una cuestión: el dictamen es vinculante para toda la administración, esto es, incluso para quienes no formularon la consulta. Mal puede un pronunciamiento dictado por consulta previa de otro conformar un acto complejo, con la toma de una decisión de otro órgano de la administración. En este caso, el dictamen será una fuente o fundamento del acto administrativo distinto, no conformándose el acto complejo.⁷²

EL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO: UN ACTO SUI GÉNERIS

En definitiva, se puede estimar que el dictamen del Procurador General del Estado es un verdadero acto sui géneris de autoridad pública, al no reunir los elementos y características que permiten calificarlo, en nuestro derecho y bajo nuestras concepciones tradicionales (que han sido objeto de crítica), como un acto normativo, un acto administrativo, un acto de simple administración o un acto complejo.

IMPUGNACIÓN DEL DICTAMEN

Como lo recuerda Mario Rejtman Farah, hoy es indiscutible “que la esencia misma del Estado de Derecho supone el pleno sometimiento de éste al ordenamiento jurídico” lo que implica “la necesidad que toda posible violación al derecho sea susceptible de revisión o impugnación”, lo que, además, “se traduce en la plena responsabilidad estatal derivada aun de su obrar lícito, por los daños que los administrados

71. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, p. 351.

72. Así, el reglamento, el instructivo, la circular, u otro orden jurídico que fundamente el acto administrativo no conforma con éste un acto complejo.

puvieran sufrir”.⁷³ En este capítulo me constreñiré a determinar las vías de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado por violación del ordenamiento jurídico, es decir, establecer los mecanismos de fiscalización de estos actos y hacer efectivo, además, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24, No. 17, CE).

La determinación de la naturaleza del pronunciamiento del Procurador General del Estado es fundamental para identificar sus vías de impugnación, tanto en sede constitucional como en sede contencioso administrativa. Así, si se estima que tiene carácter de acto normativo puede ser objeto de acción de inconstitucionalidad de acto normativo o de un recurso de anulación u objetivo; si se lo toma como acto administrativo tiene tres vías expeditas: acción de inconstitucionalidad, acción de amparo y recurso subjetivo o de plena jurisdicción; y, por último, si no se lo encasilla en ninguno de ellos, puede también ser objeto de acción de amparo.

ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

A través de las acciones de inconstitucionalidad se ejerce, por parte del Tribunal Constitucional, el control concentrado, abstracto y *a posteriori* de constitucionalidad, y que tienen por exclusivo objeto y finalidad la fiscalización de la regularidad constitucional de estos actos, esto es, si son formal y materialmente conformes a la Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad son, en nuestro derecho, de dos clases: de acto normativo (art. 276, No. 1, CE) y de acto administrativo (art. 276, No. 2, CE), cada una con distintos requisitos de admisibilidad, con diversos procedimiento y, finalmente, con distintos efectos.

Así, respecto de la *legitimación activa*, las acciones de inconstitucionalidad pueden ser propuestas, en ambos casos, por el Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, la Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, y por mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia (art. 277, No. 2, 3 y 5, CE). Por su parte, el Presidente de la República solo puede plantear acción de inconstitucionalidad de acto normativo (art. 277, No. 1, CE) y los consejos provinciales y concejos municipales exclusivamente podrán demandar la inconstitucionalidad de actos administrativos (art. 277, No. 4, CE).

En materia de *procedimiento*, las acciones de inconstitucionalidad de actos normativos son de competencia del Pleno del Tribunal Constitucional y las acciones de inconstitucionalidad de actos administrativos son de competencia de sus salas. En este último evento, el Pleno de la Magistratura solo conocerá la inconstitucionalidad de

73. Mario Rejtman Farah, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 1.

actos administrativos si en la Sala competente no se logró decisión unánime, esto es, un fallo con el voto conforme de los tres vocales que la integran, tal como se determina en el art. 62 de la Ley del Control Constitucional.

Hasta aquí las diferencias son meramente formales, pero la tercera es determinante: el *efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad*:

Así, en el evento de declararse la inconstitucionalidad de un *acto normativo* éste es expulsado del ordenamiento jurídico, declaratoria que no tiene efecto retroactivo (art. 278 CE), es decir, en primer lugar, no entra en vigencia nuevamente el acto normativo derogado o reformado por la norma declarada inconstitucional. En el caso del dictamen del Procurador General del Estado, si por consulta formulada por otro órgano del poder público se modifica el criterio vertido en un anterior pronunciamiento, ello no quiere decir que vuelve a regir el dictamen modificado. Claro, se puede sostener que el Procurador General del Estado no puede modificar un pronunciamiento vinculante, pero se hace presente que la Ley solo señala que ese dictamen no puede modificarse a petición de parte, por lo que, en apariencia, deja abierto el camino a que el Procurador General del Estado se pronuncie de modo distinto ante una consulta solicitada por otro órgano del poder público que no fue el consultante primigenio (art. 13, inc. 3o., LOPGE). La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad se refiere, exclusivamente, a las situaciones jurídicas firmes creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional, y que el acto anulado no puede ser invocado o aplicado a futuro, por lo que una declaratoria de inconstitucionalidad del dictamen, teniéndolo como acto normativo, implica que los actos que se dictaron con oportunidad de ese pronunciamiento no se afectan.

En todo caso, aun si se estima que el dictamen del Procurador General del Estado es un acto normativo, se debe tener presente que la acción de inconstitucionalidad, prevista en el número 1 del art. 276 de la Constitución, no se encuentra prevista para toda clase de actos normativos sino, exclusivamente, para leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado. Como se ve, quedan claramente excluidos los tratados internacionales, las reformas constitucionales y los dictámenes o pronunciamientos del Procurador General del Estado, si se les quisiera dar este carácter.

Si se toma al pronunciamiento del Procurador General del Estado como *acto administrativo*, el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad es distinto, pues conllevaría su *revocatoria* (art. 276, No. 2, CE), la que, por su naturaleza, tiene efecto retroactivo, aunque la Ley del Control Constitucional señala que ello no afecta las situaciones jurídicas firmes creadas al amparo del acto administrativo antes de su revocatoria (art. 26 LCC).

Ahora, si se lo tiene como acto de simple administración, estimo que el asunto cambia radicalmente, pues, si bien y de modo general se señala que un acto de naturaleza consultiva o preparatoria de la manifestación de voluntad no es propiamente impugnabile (*vid.* art. 74 ERJAFE), el art. 24 de la Ley del Control Constitucional señala, expresamente, que: “Para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, *así como los de mero trámite que influyan en una decisión final*”. Si se declara la inconstitucionalidad del acto de mero trámite no se puede argumentar que la decisión final no cae por ser una situación jurídica firme que se creó al amparo del acto administrativo antes de su revocatoria, en primer lugar porque ya no sería un acto administrativo sino uno de mero trámite y, en segundo lugar, porque el art. 26 de la Ley del Control Constitucional se refiere a otras decisiones que se dieron lugar por la toma de un acto administrativo.⁷⁴

Del mismo modo, si se declara la inconstitucionalidad de un acto complejo, la declaratoria afecta a todo el acto y no solo al impugnado.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en el caso No. 0003-2003-AA, en decisión adoptada por el Pleno de la Magistratura en forma unánime, señaló lo siguiente:

Que, en estricto Derecho, los pronunciamientos del Procurador General del Estado al absolver las consultas que se le formulan, no pueden ser estimados como actos administrativos, en los términos generalmente aceptados por la doctrina del Derecho Administrativo, al carecer de efectos individuales y directos, pese a que estos actos implican la enunciación de voluntad unilateral, desde que influyen en la decisión final del órgano de la administración pública que ha realizado la correspondiente consulta, en virtud del art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, influencia que es definitiva desde que el pronunciamiento es vinculante.⁷⁵

ACCIÓN DE AMPARO

Incluso si no se logra definir al dictamen o pronunciamiento como un acto administrativo, como un acto de simple administración, o como un acto complejo, queda siempre abierta la posibilidad de interponer una acción de amparo, pues ésta no se constriñe a los antes mencionados sino, en general, a “actos de autoridad pública” (art. 95, inc. 1o., CE). La Procuraduría General del Estado es una institución del Es-

74. Así, si por un acto administrativo se dictaron, a su vez, otros actos administrativos, estos últimos no se verían afectados por la declaratoria de inconstitucionalidad del primero.

75. El Tribunal Constitucional, en este caso, declaró inadmisibile la acción, aunque no se señala por qué es inadmisibile frente a los dictámenes del Procurador General del Estado.

tado, es uno de los órganos del control (arts. 118, No. 3, y 214 CE) y el Procurador General del Estado es una autoridad pública (art. 215 CE), por lo que sus actos emanados en el ejercicio de las potestades legales y constitucionales son de autoridad pública.

Ahora bien, cierto es que el art. 95 de la Constitución no distingue entre actos impugnables por medio de acción de amparo, pero, por el canon de interpretación sistemática de la Constitución, esta acción no procede siempre, pues no es un mecanismo que reemplace otros procedimientos previstos en la misma Constitución para la impugnación de actos, como son las acciones de inconstitucionalidad.

De este modo, existen ciertos actos que están excluidos del ámbito de competencia de la acción de amparo, sea porque así lo dispone de manera expresa la misma Constitución, como es el caso de las decisiones judiciales, o bien por aplicación del canon de interpretación sistemática del texto constitucional o en razón de los requisitos de procedencia de la acción de amparo. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los actos frente a los cuales es improcedente el amparo son los siguientes:⁷⁶ 1. Actos extinguidos; 2. Decisiones judiciales (art. 95, inc., 2o., CE); 3. La impugnación de la legalidad del acto; 4. La impugnación de la inconstitucionalidad del acto; 5. Actos que vulneren derechos protegidos por otras garantías; 6. La impugnación de actos de carácter general; y, 7. Actos de naturaleza contractual o bilateral.

Si el dictamen del Procurador General del Estado ha sido extinguido, por cualquier causa, mal se lo puede impugnar mediante acción de amparo, u otra, pues se trataría de un acto inexistente. El dictamen del Procurador no es una decisión judicial, ni tiene naturaleza bilateral o contractual. Del mismo modo, si se impugna la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto, las vías de conocimiento son las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y las acciones contencioso administrativas, que no pueden ser reemplazadas por el amparo, como se dijo.

La verdadera dificultad es estimar al dictamen del Procurador General del Estado como un acto de carácter general, con lo que el amparo se tornaría improcedente (art. 50, No. 5, RTETC y art. 2, letra c, RCSJ), asunto sobre el que ya me he referido.

Para impugnar el dictamen mediante amparo se debe demostrar, en primer término, su ilegitimidad. El Tribunal Constitucional ha determinado, en múltiples fallos, lo que se entiende por acto ilegítimo que ha sido dictado por una autoridad que no

76. *Vid. Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional*, art. 50, los actos respecto de los que la acción de amparo es improcedente. En esta disposición reglamentaria se confunde la improcedencia de la acción con su inadmisión, cuyos efectos son diversos. Asimismo, *vid.*, RCSJ, art. 2, en el que se señalan muchos de estos actos sobre los cuales el amparo se torna improcedente, debiéndose rechazar de plano.

tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico o bien que su contenido sea contrario a dicho ordenamiento o que haya sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. Es decir que, el análisis de legitimidad se basa no solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto del acto impugnado. Se debe tener presente que las causales de ilegitimidad de un acto son alternativas, es decir, basta con que se presente una de aquellas para tornar al acto impugnado en ilegítimo. Este criterio es el que se encuentra incorporado en el inciso segundo del art. 54 del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y ha sido señalado, de manera reiterada y uniforme, en las resoluciones que el Tribunal Constitucional dicta en materia de amparo.

La ilegitimidad del acto no basta para que proceda la acción de amparo, pues esta garantía protege a las personas frente a actos u omisiones ilegítimos que vulneren o amenacen vulnerar derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales vigentes. Se debe tener presente que la consagración de derechos fundamentales que realiza la CE es amplia, es decir, no cae en reduccionismos ni en el positivismo estatalista. Respecto de lo último, insisto, el amparo protege los derechos reconocidos en tratados y convenios internacionales, pero tampoco es positivista, pues la Carta Política señala que no se excluyen “otros [derechos] que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material” (art. 19 CE).

Por último, se debe demostrar que el acto impugnado conlleva inminencia gravosa. Respecto de la inminencia, éste término, de modo general, hace referencia a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente, pero, jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atinge a hechos futuros, sino también a hechos ocurridos o que están ocurriendo. Así, para efectos del amparo, puede ocurrir que la violación del derecho haya ocurrido y haya provocado perjuicio o daño, pero ese daño debe persistir al momento de presentarse la acción constitucional; si el daño es actual se debe probar que el perjuicio se está causando al peticionario; y, por último, si el daño no se ha producido, debe probarse que existen hechos indicativos que el perjuicio sucederá.⁷⁷ Esto hace relación con el objeto del amparo: remediar el daño causado, cesar el daño que se está causando y evitar el daño que se amenaza causar, todos ellos, por la violación de un derecho subjetivo constitucional.

En todo caso, el Pleno del Tribunal Constitucional, dentro del caso No. 0426-2003-RA, en fallo dividido, se pronunció en el sentido que

77. Cfr. Valeria Merino y Rafael Oyarte, “La Aplicación de la Acción de Amparo en el Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires, Ciedla, 2000, pp. 652 y 653.

“la absolución no implica la emisión de la decisión administrativa ‘sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite’ (Patricio Secaira Durango, *Teoría general del derecho administrativo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003, p. 45)”, en virtud de lo cual, consideró que “lo procedente sería impugnar el acto mediante el cual el consultante exterioriza su voluntad y no el acto previo a la misma, pues esta última no ocasiona efectos individuales, concretos y directos”.⁷⁸

Hago presente, que el art. 95 de la Constitución hace referencia a actos de autoridad pública, sin distinción, y no solo de actos administrativos, cuando se refiere a los asuntos materia de impugnación a través de esta garantía constitucional, lo que no tuvo presente el Tribunal Constitucional a la hora de resolver el amparo cuya resolución se ha citado.

ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS

Lo primero que se debe hacer presente es que existen discrepancias entre quienes estiman al contencioso administrativo como un proceso contra el acto, y quienes lo señalan como un proceso de tutela de derechos, con lo que se pueden incorporar fundamentos de derecho que no se han expuesto en la instancia administrativa, razón por la cual se oponen, además, a la denominación de “recurso”, pues ésta no es una vía de alzada.⁷⁹ En este sentido, Juan Carlos Benalcázar dice: “Se llega así a plantear la exigencia de la tutela jurisdiccional a través del proceso contencioso administrativo, cuyo fundamento resulta de la necesidad de someter las actuaciones de la Administración pública a juicio de un tercero imparcial, de manera que se haga efectiva la presencia de la justicia en las relaciones que aquélla establece con los administrados, y se asegure la vigencia del ordenamiento jurídico en las situaciones concretas”.⁸⁰

Los recursos contencioso administrativos pueden interponerse contra reglamentos, actos y resoluciones que causen estado, es decir, que no sean susceptibles de recursos administrativos, y que vulneren derechos o intereses del demandante (art. 1

78. En este fallo, además, el Tribunal Constitucional confunde la impugnación del dictamen con el acto contractual al que se hace referencia en el dictamen y dice: “Teniendo en cuenta lo señalado, además, se debe hacer presente que, en la especie, el dictamen impugnado hace referencia a un contrato y su eventual modificación, asunto ajeno a la acción de amparo, como lo ha señalado de modo reiterado esta Magistratura y que consta dentro de la causal de improcedencia de la acción de amparo señalada en el número 6 del art. 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional”.

79. Cfr. Mario Rejtman Farah, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, pp. 3-7.

80. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “El Proceso Contencioso-Administrativo y la Tutela Jurisdiccional del Administrado”, tesis doctoral PUCE, Quito, 1997, p. 63.

LJCA). Si se estima que el dictamen del Procurador General del Estado tiene carácter general solo puede ser objeto de recurso objetivo o de anulación (art. 3 LJCA), el mismo que caduca en tres años (art. 65, inc. 2o., LJCA) y que puede ser propuesto por quien tenga interés directo en la demanda (art. 3, inc. 3o., LJCA).⁸¹

El dictamen del Procurador General del Estado no reúne las características de una resolución administrativa (art. 2 LJCA), pues no pone fin al expediente administrativo,⁸² pero, si se estima que es un acto de mero trámite se puede interponer acción contencioso administrativa, señalando que el pronunciamiento del Procurador General del Estado, por su carácter vinculante, decide, indirectamente, el fondo del asunto consultado, aunque se puede argumentar, por otra parte, que ese dictamen, para ser impugnabile, debe poner término a la cuestión o hacer imposible su continuación (art. 5 LJCA). En este caso, el plazo de interposición caduca a los noventa días contados a partir del siguiente al de su notificación (art. 65, inc. 1o., LJCA). Se puede considerar que el dictamen del Procurador General del Estado termina y decide, indirectamente, el asunto objeto de consulta y su resultado puede dejar en indefensión al administrado: el acto final solo puede ser legítimo si se atiene al contenido del pronunciamiento, por su carácter vinculante. Tal condición, creo, lo hace impugnabile de forma directa en sede contencioso administrativa,⁸³ por quien haya sido afectado en sus derechos subjetivos por el pronunciamiento del Procurador General del Estado (art. 3, inc. 2o., LJCA).

Ahora, si se tiene al dictamen como un acto administrativo o como un acto complejo, el pronunciamiento del Procurador General del Estado (que está dentro del art. 4, No. 1, letra a, LJCA) no cae en ninguna de las cuestiones excluidas de la jurisdicción contencioso administrativa señaladas en los arts. 6 y 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por último, se hace presente que, en nuestro derecho no se hace necesario el reclamo administrativo previo, agotando sus instancias, para proceder a una acción en sede contencioso administrativa (art. 38 LME), aunque la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aún exige que el acto haya causado estado (arts. 1, 30, letra e, y 31, letra c, LJCA), esto es, cuando ya no sean

81. Sobre la finalidad y naturaleza del proceso contencioso-administrativo de nulidad, *vid.* Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *El Proceso Contencioso-Administrativo y la Tutela Jurisdiccional del Administrado*, pp. 91-98, en el que señala que fue concebido “como ‘objetivo’ en cuanto se dirige a la tutela del ordenamiento jurídico, independientemente de la situación subjetiva del demandante”, mas ha evolucionado desde que al demandante se le vulnera un interés legítimo, lo que no es solo un requisito de “seriedad” que evita la excesiva acumulación de demandas. Del mismo modo, este autor se opone a la idea de que sea un proceso sin partes o un “proceso al acto”, al preverse la posibilidad de desistimiento y abandono, o de considerar rebelde a la Administración que no contesta la demanda.

82. Cfr. Luciano Pareja Alfonso, *Derecho Administrativo*, p. 904.

83. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, pp. 58-59.

susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa (art. 5 LJCA).⁸⁴ En todo caso, lo único que puede hacerse en este caso es la petición de reconsideración ante el mismo Procurador General del Estado, como se revisó.

OTRAS VÍAS

El dictamen del Procurador General del Estado ¿puede originar *conflictos de competencia*? Se puede pensar que sí, en caso de negarle una facultad a una institución del Estado. Pero, en este evento, la negativa por parte del Procurador General del Estado de reconocerle una competencia, no necesariamente implica una contienda de competencia desde que la Procuraduría General del Estado no la estaría asumiendo ni estaría negándose una propia y asignándosela a otro órgano del poder público.

Incluso cuando se produce un conflicto de competencia positivo o negativo, la Magistratura facultada para pronunciarse, esto es, el Tribunal Constitucional, no puede actuar a petición de cualquier órgano, sino solo de los expresamente legitimados en el inciso tercero del art. 277 de la Constitución, es decir: por el Presidente de la República, por el Congreso Nacional, por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos municipales.

También se puede pensar en la *declaratoria de inaplicabilidad* como una fórmula de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado. Ciertamente el art. 274 de la Constitución determina la facultad de que los jueces y tribunales de oficio o a petición de parte, declaren la inaplicabilidad de “cualquier precepto jurídico” contrario a la normas constitucionales o de los instrumentos internacionales. La primera duda que se plantea es considerar al pronunciamiento del Procurador General del Estado como un precepto, esto es, como una norma jurídica, asunto que ya se ha revisado. Incluso en el evento de considerar al dictamen del Procurador General del Estado como incluido dentro de la definición de “precepto jurídico”, se debe tener presente que, a través de la declaratoria de inaplicabilidad se ejerce el control difuso y concreto de constitucionalidad, el que tiene carácter de incidental, esto es, lo principal del proceso judicial es resolver un caso y no determinar la inconstitucionalidad del precepto cuya inaplicabilidad se declara. Además, la declaratoria de inaplicabilidad no anula el acto, es decir, no lo invalida, pues solo tiene efectos dentro de la causa (art. 274, inc 2o., CE), pero de ella se deriva la actuación del Tribunal

84. En todo caso, ambas leyes (la LME y la LJCA) son ordinarias, pues ninguna se refiere a alguna de las materias reservadas dentro del dominio máximo legal orgánico (art. 142 CE), ni ha sido incluida en la determinación legislativa realizada por el Congreso, en virtud de la vigésima segunda disposición transitoria de la CE. Por tanto, aplicando el principio de *lex posteriori*, no se exige el requisito de agotar la vía administrativa.

Constitucional, que puede decidir sobre ese acto en abstracto, ejerciendo control concentrado, y, de estimarlo inconstitucional, lo expulsa del ordenamiento jurídico (arts. 276, No. 7, 278 CE y 38 RTETC)

CONCLUSIONES

Las dificultades que se presentan para establecer la naturaleza de los pronunciamientos del Procurador General del Estado pueden ser, y son, determinantes a la hora de analizar sus vías de impugnación, tema de suma trascendencia a la hora de hacer efectivos los principios de juridicidad, control y responsabilidad, indispensables para la vigencia de un Estado de Derecho. La emanación de dictámenes del Procurador General del Estado que se aparten de la juridicidad puede resquebrajar la regularidad del ordenamiento jurídico positivo, más aún si se tiene en cuenta su carácter vinculante. Es, precisamente, el carácter vinculante de estos pronunciamientos los que originan problemas, pues la administración formula las consultas precisamente para desvirtuar su propia responsabilidad a la hora de tomar las decisiones. Entonces, hay que definir sus mecanismos de impugnación, pues atacar el acto final que se emana luego de la consulta no soluciona el predicamento, pues se señala que el dictamen no solo vincula al consultante sino a toda la administración pública, por lo que no solo basta con anular los actos que se producen por un dictamen dictado con desapego a la juridicidad; hay que derribar el dictamen.

Para este efecto, se desechó la idea de darle el carácter de acto normativo al dictamen, el que si bien no es de carácter particular tampoco alcanza a la generalidad (la fórmula interpretativa obliga solo a la administración pública), si bien reúne las características de universalidad y de abstracción. Por otra parte, ese pronunciamiento, en sí mismo, no constituye una norma sino, precisamente, la opinión sobre el modo de aplicación de normas, sin que pueda reemplazar a las leyes y a las resoluciones interpretativas emanadas del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia. Este acto, además, no tiene una jerarquía dispositiva, como ocurre con las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional.

Se revisaron las características, los elementos y los efectos de un acto administrativo para desestimar la inclusión de los pronunciamientos del Procurador General del Estado dentro de esta clase de actos. De este modo, se analizó la competencia para emitir los dictámenes, la imposibilidad de dictarlos de oficio y de delegar esa atribución; su contenido destinado a pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de normas, lo que torna al Procurador en una suerte de intérprete administrativo del Derecho, que no puede excederse del precepto objeto del dictamen y de lo consultado; el procedimiento para su emisión, haciendo presente el no establecimientos de plazos

para dictarlo, la forma de solicitar su reconsideración y la discusión sobre cuándo el dictamen es definitivo, especialmente si no se ha solicitado la reconsideración, y la posibilidad de modificar su contenido a futuro; la causa y el objeto, esto es, que no implique desviación de poder; y, la motivación del dictamen. Sobre las características del dictamen del Procurador General del Estado, se determina su carácter de declaración o manifestación de juicio, que tiene el carácter unilateral realizada en el ejercicio de potestad administrativa y sometida a derecho administrativo, el mismo que se presume legítimo pero que no es ejecutorio ya que no se impone el contenido del pronunciamiento al administrado sino el acto final que se basa en el pronunciamiento vinculante, sin que tenga los efectos de un acto administrativo (no tiene eficacia jurídica directa).

Sobre su eventual carácter de acto de trámite, por su índole preparatoria e informativa respecto del acto final, se hizo presente que no se limita a influir en la decisión administrativa sino a determinarla, lo que sumado a su carácter de obligatorio para toda la administración pública lo aleja del concepto de acto de trámite, lo mismo que del de acto complejo, pues no puede serlo respecto de una decisión que debe tomar otro órgano de la administración que no es el consultante. Todo lo dicho nos lleva a señalar que estamos frente a un acto de naturaleza sui géneris.

Luego de revisar la naturaleza de los dictámenes, se desecha la idea de que sea susceptible de impugnación a través de la acción de inconstitucionalidad de acto normativo (además porque no se encuentra incluido dentro de los actos impugnables por esta vía en el número 1 del art. 276 de la Constitución), dejando la posibilidad de que sea impugnado a través de la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo, por el concepto de éste que trae el art. 24 de la vigente Ley del Control Constitucional, haciéndose presente los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en cada caso. Del mismo modo, se revisaron los recursos objetivo o de anulación y subjetivo o de plena jurisdicción para la impugnación de los dictámenes en sede contencioso administrativa, considerando que estos actos no se encuentran excluidos de esa vía y que tienden a la protección de los derechos e intereses de los afectados. Concluyo estimando que no existe ninguna razón jurídica para impedir que estos actos sean impugnados a través de una acción de amparo, pues es posible que se reúnan todos sus requisitos de procedencia y que se encuentre dentro de la finalidad de esta garantía constitucional.

En este sentido, estimo, existe una suerte de insensibilidad por parte de los aparatos de justicia (incluido el Tribunal Constitucional), pues, por todas las vías, se han desechado las acciones directas contra estos actos. En todo caso, estimo que la vía que indiscutiblemente existe para atacar los pronunciamientos del Procurador General del Estado es la del amparo constitucional, pues este acto es uno de autoridad pública y bien puede vulnerar derechos constitucionales y ocasionar inminencia de da-

ño grave, teniendo esta acción constitucional, entre sus objetivos la de evitar las consecuencias dañosas a derechos constitucionales que, de modo inminente, se darían a través de un dictamen que es vinculante para quien formuló la consulta y de carácter obligatorio para toda la administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “El Proceso Contencioso-Administrativo y la Tutela Jurisdiccional del Administrado”, tesis doctoral PUCE, Quito, 1997.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 1980, 6a. ed.
- Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, 2a. ed.
- Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, 7a. ed.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, 9a. ed.
- Escola, Héctor Jorge, *El Interés Público, como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- Escuin Palop, Vicente, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Tecnos, 1999, 2a. ed.
- García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, 2a. ed.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3 (el acto administrativo), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5a. ed.
- Granja Galindo, Nicolás, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 1992.
- Jaramillo Ordóñez, Herman, *La Justicia Administrativa*, Loja, s.e., 2003.
- Larrea Holguín, Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1991, 5a. ed.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, 3a. ed.
- Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 2002, 21a. ed.
- Merino, Valeria, y Rafael Oyarte, “La Aplicación de la Acción de Amparo en el Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires, Ciedla, 2000.
- Morales Tobar, Marco, “El Acto Administrativo”, en *Derecho Constitucional: para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional / Konrad Adenauer, 1999.
- “Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, en Luis López Guerra, coord., *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2002.
- “Consolidación del Tribunal Constitucional”, en *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2001*, Quito, Editora Nacional, 2002.

- “La Acción de Amparo y su Procedimiento en el Ecuador”, en *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2002*, Quito, Editora Nacional, 2003.
- Oyarte Martínez, Rafael, “La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico”, en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 44, Quito, AED de la PUCE, 2001.
- *Manual de Amparo Constitucional*, Quito, CLD, 2003.
- “Formación de la Ley”, en *Temas Constitucionales, Revista del Tribunal Constitucional*, año 1, No. 1, Quito, enero 2004.
- *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005.
- *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2006.
- Pareja Alfonso, Luciano, *Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003.
- Rejtman Farah, Mario, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- Reyes Riveros, Jorge, “El Principio de Juridicidad y la Modernidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, Santiago, P. U. Católica de Chile, 1998.
- Secaira Durango, Patricio, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.
- Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de Protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba*

Las siguientes líneas glosan una importante Resolución del Tribunal Constitucional ecuatoriano, que por primera vez esboza el difícil concepto de *bloque de constitucionalidad*. Para hacerlo, el autor comienza narrando de forma sucinta los antecedentes del fallo, luego especifica cuáles fueron las principales consideraciones del Tribunal y finaliza esta primera parte del artículo pergeñando, a la luz de la Resolución, la noción ecuatoriana de *bloque de constitucionalidad*. Mas, lo verdaderamente interesante de este trabajo viene cuando se señalan algunas trascendentales implicaciones prácticas de la adopción de éste nuevo concepto. Por ejemplo: redimensiona la hermenéutica jurídica, eleva los tratados de derechos humanos y algunas otras normas –incluso internas– al estatus constitucional, entre otros interesantísimos efectos.

FORO

Pocas palabras ha dedicado nuestra jurisprudencia al tema del bloque de constitucionalidad. Quizás esta vez la culpa no pesa sobre los jueces: el tema ha pasado prácticamente inadvertido en la doctrina nacional y en los foros académicos, de hecho, hasta el mismo concepto de “bloque de constitucionalidad” aún resulta ajeno a las categorías mentales de muchos abogados ecuatorianos.

Ante este panorama, nuestro Tribunal Constitucional ha hecho muy bien en pergeñar dicho concepto dentro de la Resolución No. 001-2004-DI,¹ donde establece algunas de sus implicaciones, Resolución que por su importancia pasamos a comentar.

ANTECEDENTES

El caso trata sobre la titularidad y alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión. Todo surgió cuando el Consejo Nacional de la Judicatura abrió un ex-

* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de los Hemisferios.

1. Resolución No. 001-2004-DI, Sentencia del pleno del Tribunal con dos votos salvados, publicada en el R.O. 374, de 9 de julio de 2004.

pediente administrativo para investigar y sancionar con la destitución al Juez II de lo Penal de Cotopaxi, doctor Carlos Poveda Moreno, por haber formulado el 13 de enero de 2004 en Canal 36 TV COLOR de Latacunga, una declaración sobre algunos aspectos jurídicos de una detención.²

Ante la resolución administrativa del Consejo, el Juez Penal interpuso una acción de amparo constitucional, por considerar que atentaba contra su derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 23.9 de la Constitución, solicitando a su vez que se declarara inaplicable el inc. 2, del art. 255 del Código de Procedimiento Penal, que a saber, establece:

Código de Procedimiento Penal, art. 255, inc. 2. En ningún caso, el Juez o Magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubieren.

Lo interesante del asunto es que la demanda no se fundamenta tanto en el escueto art. 23.9 de la Constitución, como en los pactos internacionales vigentes en el Ecuador que regulan más ampliamente el derecho a la libertad de expresión. En el fondo se pidió que, dentro de todas las posibles interpretaciones que admite el texto constitucional, se tomara como *constitucional* la interpretación prevista en los pactos internacionales, y como *inconstitucional* las normas contrarias a tal interpretación sistemática (en concreto, el accionante solicitó la inaplicabilidad del art. 255 por considerarlo contrario al bloque constitucional).

Conoció la causa el Juez Segundo de lo Civil de Cotopaxi, quien encontró que procedía la petición y, consecuentemente, concedió el amparo. En su sentencia el Juez Civil también acogió la petición de inaplicar el art. 255 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual, cumpliendo con el mandato constitucional, terminó informando de la inaplicación al Tribunal Constitucional para que “resuelva con carácter general y obligatorio”³ sobre el particular.

Ante el Tribunal comparecieron el Ejecutivo y el Legislativo, quienes salieron en defensa del art. 255 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, ello no fue óbice para que la totalidad de miembros del Tribunal Constitucional declararan su inconstitucionalidad. La mayoría se inclinó por declarar la inconstitucionalidad parcial

2. La Resolución aclara que tal declaración versaba sobre “la inconstitucionalidad y no retroactividad de la detención en firme creada por la Ley 2003-101, promulgada el 13 de enero de 2003” (dentro de los antecedentes). Más adelante especifica “que lo hizo respecto a cuestiones de puro derecho (...)” (considerando 17).

3. Constitución Política, art. 274, inc. 2.

de la norma, suspendiendo la obligación del juez de guardar reserva sobre la causa conocida una vez que ha dictado sentencia⁴ (es decir, ahora la reserva solo obliga hasta antes de dictar sentencia; luego de dictarla, el juez se convierte en un ciudadano más, sin prerrogativas ni deberes especiales). La minoría, en cambio, salvó su voto aduciendo que la declaratoria debía recaer sobre la totalidad del inc. 2 del art. 255.

LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Lo verdaderamente interesante de la Resolución, que puede marcar un hito en la historia de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional ecuatoriana, son los considerandos que desarrollan el concepto del “bloque de constitucionalidad”. El Tribunal declara inconstitucional parte del art. 255, no por entrar en contradicción contra la literalidad del art. 23.9 de la Constitución (que incluso salva las responsabilidades “previstas en la ley”), sino fundamentalmente por oponerse al art. 23.9 interpretado a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos, y también –y esto es realmente una novedad– interpretado a la luz de las disposiciones de la legislación nacional. Si lo vemos bien observaremos que el Tribunal ha terminado *constitucionalizando* en cierta forma esas normas nacionales e internacionales.

Detengámonos un poco en el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional a dichas normas:

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Luego de hacer las pertinentes observaciones procesales, en el considerando 3 el Tribunal transcribe el art. 23.9 de la Constitución, que consagra: “el derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley”. A continuación apunta, con bastante agudeza, que si bien “la norma constitucional transcrita deja ver que el Ecuador se compromete a respetar la libertad de opinión y de expresión, sin embargo, su contenido no ha sido suficientemente desarrollado, por lo que se hace necesario buscar el alcance perfecto de esta norma en otras fuentes, y para el efecto hemos de acudir a la normativa internacional de los derechos humanos (...)”.⁵

4. La Resolución en su parte resolutive dispone: “aceptar parcialmente la demanda y en consecuencia declarar inconstitucionales por el fondo, con carácter general y obligatorio, las palabras ‘ni’ y ‘ni después’ contenidas en el artículo 255 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal”.

5. Considerando 3.

Es correcta la afirmación del Tribunal. El art. 23.9 es muy escueto –y así tiene que serlo– a la hora de consagrar el derecho a la libertad de expresión. Por lo mismo, está eventualmente sujeto a un sinnúmero de interpretaciones que delimitan, cada una en mayor o menor medida, el contenido del derecho. ¿A cuál de todas ellas habrá que estar? El Tribunal nos indica que a aquella interpretación señalada “en otras fuentes” del ordenamiento jurídico, conduciéndonos, acto seguido, a revisar las estipulaciones internacionales sobre derechos humanos.

DISPOSICIONES INTERNACIONALES

El Tribunal asevera rotundamente que los pactos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, destaca “(...) la obligatoriedad de los Estados de aplicar lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad. En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía”.⁶

La Resolución cita dos disposiciones internacionales que desarrollan el contenido del derecho a la libertad de expresión: el art. 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁷ y el art. 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.⁸ Ambas disposiciones son de contenido esencialmente idéntico: ambas proscriben la censura previa, las dos establecen taxativas excepciones a la libertad de expresión, y también exigen que tales excepciones estén previstas en la ley. De esta forma, se desarrolla significativamente el parco texto constitucional.⁹

6. Considerando 6.

7. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones;
2. 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 (...)
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral públicas.

8. *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 13.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole (...)
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o, b) La protección de la seguridad nacional; el orden público o la salud o la moral públicas.

9. Si bien nuestra Constitución, al igual que los pactos citados, prohíbe la censura previa (cfr. art. 81, inc. 1, que

De lo anterior el Tribunal deduce que tales instrumentos internacionales “(...) permiten la existencia de ciertas restricciones a la libertad de expresión, pero éstas no pueden poner en peligro el derecho. Las restricciones deben fijarse en la ley y están sujetas a determinadas condiciones, a saber, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.¹⁰ A continuación observa que de “un análisis comparativo entre la posibilidad de establecer censura previa y la disposición impugnada, nos lleva a concluir que ésta no encaja entre las restricciones (...)” por cuanto no cabe afirmar que “(...) la libertad de expresión del Juez o Magistrado respecto a una causa penal en la que haya fallado o esté por hacerlo, falte al respeto a los derechos o a la reputación de los demás, ni atente contra la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, concepto por demás amplio y no determinado. Por el contrario, lo que sí puede afirmarse, es que sus declaraciones puedan provocar dos situaciones: 1. El establecimiento de responsabilidades ulteriores conforme lo establece la legislación ecuatoriana según, veremos más adelante; o, 2. Difunda información de interés general, lo cual será también motivo de análisis en este fallo”.¹¹

DISPOSICIONES NACIONALES

Tanto el art. 23.9 de la Constitución, como los instrumentos internacionales citados nos reconducen a la ley. Es en la ley donde encontraremos cuáles son las responsabilidades ulteriores (no *ex ante*) y cuáles son los límites del derecho constitucional a la libertad de expresión.

En este orden de ideas, la Resolución continúa apuntando que “respecto a las responsabilidades ulteriores, debe indicarse que la legislación ecuatoriana ya establece prohibiciones a jueces y magistrados, respecto de la materia que conocen”, prohibiciones que según la misma Resolución señala, ya constan en el art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.¹² Esta disposición prohíbe a los jueces manifestar su opinión o anticiparla en causa que actualmente estén juzgando o a futuro deben juzgar.¹³

textualmente cita el Tribunal en el considerando 11), sin embargo olvida detallar ordenadamente cuáles son las excepciones a la libertad de expresión.

10. Considerando 11.

11. Considerando 13.

12. Ley Orgánica de la Función Judicial, art. 10. Es prohibido a los jueces: 1. Manifestar su opinión o anticiparla en causa que estuvieren juzgando o debieren juzgar.

13. Cuando el art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial alude a las causas que “debieren juzgar”, está alu-

Visto lo anterior, nuestro Tribunal concluye que “la mencionada norma es suficiente para establecer la responsabilidad de los juzgadores; puesto que se recalca que prohibirles la libertad de expresión en cualquier causa penal es establecer un sistema de censura previa que no hace mérito a la justicia, puesto que sería establecer con anticipación que siempre sus declaraciones serían motivo de prevaricato, lo cual no necesariamente es cierto, y en algunos casos, por el contrario, se torna indispensable para informar cuestiones de interés general, sin que por ello se viole derechos ajenos o se promueva el desequilibrio social”.¹⁴

Así, el art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial le ha servido al Tribunal para delimitar el alcance de la norma constitucional, y para fijar hasta dónde tal norma establece responsabilidades informativas.

Recapitulación

Hemos expuesto hasta aquí, grosso modo, lo fundamental de la argumentación del Tribunal. Recapitémosla brevemente:

1. El art. 23.9 de la Constitución consagra la libertad de expresión *in genere*, “sin perjuicio de las responsabilidades previstas por la ley”.
2. Los pactos internacionales especifican que no puede haber censura previa (responsabilidad *ex ante*), sino en tres casos taxativos (los mismos que deben estar previstos por la ley).¹⁵
3. El art. 255 del Código de Procedimiento Penal no cae dentro de esos tres casos de excepción.
4. El art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial fija correctamente el alcance del art. 23.9 de la Constitución.
5. Por fin, el art. 255 es *inconstitucional* por contravenir el art. 13 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y el art. 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

diendo *in recto* a aquellas causas que el juez ya ha conocido o ha sido sorteado para conocer. Antes del sorteo de la causa el juez no está en la *obligación* de conocer: es decir, aún *no debe juzgar* sobre la causa. Por lo tanto, no está impedido de pronunciarse jurídicamente sobre, por ejemplo, el accidente automovilístico que vio en la televisión, leyó en el periódico o le contó un amigo, mientras *no deba* conocer de la causa. No obstante, si se pronunciare por escrito con anticipación y resultare sorteado para conocer del asunto materia del litigio, entonces debería inhibirse de conocer por “*haber dado opinión o consejo sobre el juicio, que conste por escrito*”, acorde a lo dispuesto en el art. 856.9 del Código de Procedimiento Civil.

14. Considerando 14.

15. El Tribunal Constitucional habla de excepciones a la prohibición de censura previa; propiamente, las excepciones son a la libertad de expresión.

Y dicho esto, el Tribunal concluye tajantemente que “no es suficiente con defender solamente la Constitución sino también los instrumentos internacionales que la integran, lo que constituye el Bloque de Constitucionalidad (...)”,¹⁶ para terminar resolviendo que “(...) la norma impugnada es inconstitucional en la parte en que impide formular declaraciones ‘después’ de la expedición del fallo”.

EL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” ECUATORIANO

En la doctrina comparada existe un gran debate sobre el concepto de “bloque de constitucionalidad” y sobre el *paquete* de normas que lo conforman. Ambas cuestiones van muy ligadas. Revisemos unos pocos ejemplos que demuestran lo dicho:

- a) El *bloc de constitutionnalité* francés está constituido por el texto constitucional, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República, en tanto se encuentran fuera del bloque los reglamentos de las asambleas parlamentarias y las normas internacionales;
- b) Por su lado, en Italia se conforma por la Constitución y por ciertas normas jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias (como las normas que establecen la Unión Europea, los tratados lateranenses y los reglamentos de las cámaras del Parlamento);
- c) El bloque de constitucionalidad español, en cambio, está compuesto por normas con supremacía constitucional y por normas sin esa supremacía (como las leyes que delimitan las competencias del Estado nacional y las comunidades autónomas), pero que no pueden ser afectadas por las normas comunes; y,
- d) Por último, en Panamá el bloque de constitucionalidad comprende la Constitución formal, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional, la costumbre constitucional, el reglamento de la Asamblea Legislativa y el Estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden constitucional de 1989.

Ante este panorama Rubio Llorente concluía que la expresión “bloque de constitucionalidad” tiene un uso más bien errático y falto de rigor, que muestra “una realidad abigarrada y heteróclita difícilmente reducible a categoría”.¹⁷ Sagüés, recogiendo las palabras del juez y profesor español, observaba que, en todo caso, lo impor-

16. Considerando 18.

17. Francisco Rubio Llorente, “La forma del poder”, en *Estudios sobre la Constitución Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 108.

tante es aclarar en qué sentido usa la expresión cada autor; ¹⁸ para él la expresión aludía “al conjunto del derecho constitucional primario y secundario de un país” (reglas de naturaleza constitucional con supremacía y sin supremacía).¹⁹

Según los parámetros que nos da la Resolución comentada, entendemos que para nuestro Tribunal Constitucional el bloque de constitucionalidad ecuatoriano está compuesto por:

- a) La Constitución Política;
- b) Los tratados internacionales, que “pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía”;²⁰ y,
- c) Ciertas leyes –especialmente las orgánicas– que desarrollan el texto constitucional, aunque éstas sin la nota de supremacía propia de las dos anteriores fuentes. Para ser precisos, hemos de reconocer que esto último no lo manifiesta expresamente el Tribunal Constitucional, pero se desprende de su fallo, el mismo que cita dentro de sus considerandos a la Ley Orgánica de la Función Judicial con el objeto último de declarar inconstitucional el mentado art. 255.

Vale dejar apuntado desde ya que la Resolución comentada no descarta otras fuentes adicionales, como la costumbre constitucional, las resoluciones de inconstitucionalidad del propio Tribunal Constitucional, las normas interpretativas del Legislativo, o los derechos naturales implícitos en el art. 19 de la Constitución (fuente que ha sido intuida por el Tribunal Constitucional).²¹ Pero el tema de las fuentes y su prelación, por su extensión y profundidad, amerita nuevos trabajos de investigación que ahora evitaré hacer por las limitaciones de espacio a las que me veo abogado.²²

18. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 234.

19. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, p. 233. Como se verá más adelante, en el presente trabajo nos adherimos plenamente a la noción dada por Sagüés.

20. Considerando 6.

21. En el considerando 6 el Tribunal manifiesta “(...) que los Estados se han comprometido, frente a la comunidad internacional y a sus propios ciudadanos, a respetar los derechos humanos de manera tal que no es posible la existencia de disposición ni acto que pueda menoscabar sus contenidos”.

22. Al respecto, un muy recomendable trabajo puede encontrarse en Roberto Viciano Pastor, “El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”, en Santiago Andrade U., Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Univesidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 63-88, donde se analizan las fuentes del derecho que tradicionalmente se estudian (tratados, leyes, reglamentos, etc.). Valdría la pena hacer un análisis más pormenorizado del estatus de otras fuentes como la costumbre constitucional, las normas interpretativas, las resoluciones del Tribunal Constitucional, entre muchas otras.

IMPLICACIONES PRÁCTICAS DEL NUEVO CONCEPTO

De la noción de “bloque de constitucionalidad” pergeñada por el Tribunal Constitucional, podemos extraer abundantes y trascendentales consecuencias jurídicas. Primero en el campo meramente doctrinal, para el operador de la Constitución el concepto ocasiona un redimensionamiento de la hermenéutica jurídica. Luego, bien entendida la noción, ésta termina elevando al estatus constitucional a los tratados de derechos humanos y a algunas otras normas jurídicas del derecho interno. Además, tal concepto abre nuevas perspectivas para el campo de las autonomías, de la descentralización y de las competencias de las diferentes instituciones del Estado, incluidas –y de forma muy destacada– las competencias del Tribunal Constitucional, que sufren un ensanchamiento decisivo sobre las materias que eventualmente puede conocer.

Pasemos a ver cada una de estas consecuencias prácticas de forma pormenorizada.

DAR UN SENTIDO COHERENTE A LA CONSTITUCIÓN

Santamaría Pastor decía que la Constitución no es un punto de llegada, sino de partida:

...en términos políticos, vista la ambigüedad de muchos de sus preceptos y las constantes remisiones que en ella se hacen a leyes posteriores, cabría afirmar que lo que la Constitución ha hecho es abrir un período materialmente constituyente de duración indeterminada; un período de gestación del auténtico “bloque de la constitucionalidad”, en cuya construcción entrarán las leyes de desarrollo de la Constitución, las Sentencias del Tribunal Constitucional, las costumbres constitucionales y, junto a todo ello, el aparato dogmático que lo interprete coherentemente y lo integre en un sistema.²³

Esta es la consecuencia más clara que se extrae de la Resolución comentada: la Constitución no es un texto incomunicado para interpretarse aisladamente. Muy por el contrario, sus disposiciones deben ser leídas a la luz de lo dispuesto en los pactos internacionales y de ciertas normas nacionales que desarrollan y completan el sentido de los preceptos constitucionales (muchas veces por pedido expreso de la misma Constitución).²⁴

23. Juan Alfonso Santamaría Pastor, recensión hecha a la obra *Curso de Derecho Administrativo I* de Eduardo García de Enterría en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 24, Madrid, 1980, p. 168.

24. Cfr. Constitución Política, arts. 1, incs. 3 y 4; 6, inc. 2; 13; 23.9; 18, inc. 2, entre muchos otros, que *envían* la regulación del asunto al legislador.

La primera función del “bloque de constitucionalidad” es la de servir como norma interpretativa de la misma Constitución. De hecho, en Perú, Huerta ha englobado en una misma categoría los “principios de interpretación, *parámetro o bloque de constitucionalidad*”. Al respecto señala que el control constitucional de las normas ha de efectuarse no solo “(...) tomando como parámetro de referencia el texto de la Constitución, sino que también se deben tomar en cuenta otras disposiciones. Entre ellas se encuentran las leyes sobre derechos fundamentales y sobre las funciones y estructura de los órganos constitucionales. Se pueden considerar asimismo incluidas dentro de este parámetro las normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia de las salas y tribunales constitucionales nacionales”.²⁵

Léanse de nuevo cuáles son las dos principales materias referidas por Huerta en la cita transcrita: los derechos fundamentales, y las funciones y estructura de los órganos constitucionales. Subrayamos este par de materias porque es precisamente sobre ellas donde se vierten la mayoría de consecuencias del concepto de “bloque de constitucionalidad”, según veremos a continuación.

ELEVACIÓN DE LOS TRATADOS AL ORDEN CONSTITUCIONAL

La Resolución comentada, en una definición fenomenológica de “bloque de constitucionalidad” apuntó que éste “en esencia significa que los estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía”.²⁶ No entraré ahora a la discusión de si los tratados se encuentran jerárquicamente por encima de la Constitución, a su misma altura o por debajo; por el momento únicamente me limitaré a señalar que respecto al resto del ordenamiento jurídico interno, los tratados –como lo dice el Tribunal– se insertan con máxima jerarquía y pertenecen al bloque de constitucionalidad.

Comentario aparte merecen los tratados de derechos humanos. Los derechos consagrados en tales instrumentos son garantizados por el Estado ecuatoriano a la par de los derechos previstos en el texto constitucional.²⁷ En la práctica, la generalidad de

25. Luis Alberto Huerta Guerrero, “Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2005, pp. 410-411.

26. Considerando 6.

27. Cfr. Constitución Política, art. 17.

unos y otros derechos son perfectamente equiparables entre sí: ambos se configuran como deber del Estado, ambos deben interpretarse de la misma forma, ambos se insertan dentro de la normativa con máxima jerarquía, ambos posibilitan la vía del amparo constitucional...²⁸

Ahora bien, afirmada la equiparación entre derechos estrictamente constitucionales y derechos humanos internacionales, hemos de admitir que raras veces las normas que consagran unos y otros derechos serán idénticas. Y esta disparidad²⁹ puede implicar dos cosas: a) que coincidiendo en el fondo, una de las dos normas (la constitucional o la internacional) desarrolle más que la otra el derecho humano; o, b) que ambas normas se contradigan.

El primer caso es el de más sencilla resolución. En general la doctrina no duda en aplicar el principio general del derecho *pro homine*, por el que habrá que estar a la norma y a la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia y desarrollo del derecho humano. El principio además se encuentra positivado en el art. 18 de nuestra Constitución. En este sentido Morales Tobar ha manifestado que “en virtud de esta disposición constitucional, se aplicará el derecho conforme más se favorezca a su reconocimiento, sea que se consagre en la Constitución o en un instrumento internacional o en otra norma de inferior jerarquía dispositiva. En definitiva, lo que prima es el derecho fundamental, no el instrumento jurídico positivo que contenga su reconocimiento, pues su protección y promoción es finalidad última del Estado y, por tanto de todos y cada uno de sus órganos”.³⁰ A su vez, el insigne profesor argentino Bidart Campos precisa con bastante agudeza que lo que el derecho internacional sobre derechos humanos protege son solo unas garantías mínimas y básicas, pero que corresponde a los Estados desarrollar mayormente esos derechos (en otras palabras, los tratados no imponen al constituyente nacional un tope máximo, sino un límite mínimo que respetar).³¹

Adicionalmente el mismo autor argentino considera que en materia de derechos humanos, los textos constitucionales deben interpretarse en el mismo sentido que los tratados internacionales vigentes, incluso cuando falte tal norma hermenéutica en el

28. Cfr. Constitución Política, arts. 16, 17, 18, 23, inc. 1, y 95.

29. Me refiero a la disparidad de fondo (el contenido de la norma, interpretado por la doctrina y por los tribunales que deben juzgar su alcance), y no a la disparidad literal, que resulta de menor importancia. (Es posible que dos normas vigentes en diferentes países sean literalmente idénticas, pero que en cada país se le haya dado un alcance distinto).

30. Marco A. Morales Tobar, “Derechos humanos y tratados que los contienen en el Derecho constitucional y la jurisprudencia de Ecuador”, en *Temas de Derecho constitucional*, Quito, Ed. Legales, 2003, p. 47.

31. Germán Bidart Campos, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 1435-1488.

texto constitucional.³² De este criterio parece haber partido nuestro Tribunal Constitucional en la Resolución 001-2004-DI, cuando, para fijar el correcto alcance del art. 23.9 de la Constitución, revisó la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.³³ Así realizó una interpretación de la norma constitucional ajustada a la interpretación dada por el foro internacional sobre la materia.

Más difícil de resolver es el caso de la norma constitucional contraventora del tratado ratificado. ¿Cuál prima entonces? No daré ahora una respuesta general, sino una solamente específica para el caso de derechos humanos. Pienso que ha de adoptarse la misma *ratio* señalada *ut supra*: en salvaguarda del principio general del derecho *pro homine*, habrá que estar a la norma y a la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia del derecho humano y a la que mejor lo desarrolle. Sé que esto nos lleva directamente a la tremenda conclusión de que *deberemos* inobservar la norma (Constitución, tratado o interpretación de ellos) que se oponga al derecho humano, pero no hay otra salida. Por otro lado, esa inobservancia no sería sino absolutamente jurídica: bien aseveran los *iusnaturalistas*³⁴ que la ley³⁵ injusta no es jurídicamente exigible.

NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta este momento hemos dicho que los derechos consagrados en la Constitución Política han de *interpretarse* a la luz de los tratados internacionales y de la normativa nacional que los desarrolla. Ahora daremos un paso más: no solo que la Constitución ha de interpretarse conforme a los postulados previstos dentro del bloque de constitucionalidad, sino que tal bloque de constitucionalidad verdaderamente limita y delimita el alcance de los derechos fundamentales.

32. Germán, "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos", en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, pp. 1435-1488.

33. El considerando 16 de la Resolución ecuatoriana hace una larga cita de la sentencia de 5 de febrero de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Olmedo Bustos, *et al.* vs. Chile. En esta sentencia la Corte fija jurisprudencialmente el alcance del art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, relativo a la libertad de expresión y a la prohibición de censura previa. Inmediatamente después de haber transcrito una parte de la sentencia, el Tribunal Constitucional ecuatoriano manifiesta que "(l)a conclusión cae por su propio peso: Todo impedimento ilegítimo a la libertad de expresión es contrario al Estado de derecho, a la democracia y a los derechos humanos".

34. Cfr. Javier Hervada, *Introducción al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1981, pp. 177 y ss.

35. "Ley" en sentido material, que comprende tanto a la ley sancionada por el Legislativo según los procedimientos constitucionales, como a los tratados y a la misma Constitución.

Ante lo dicho alguno puede preguntar, ¿dónde queda, pues, la garantía constitucional de no restricción de los derechos fundamentales?³⁶ La pregunta abre otro horizonte... corto nos queda el espacio para responder. De forma brevísima contestaré que la generalidad de los derechos –incluso los fundamentales– tienen una parte regulable y otra irregulable denominada *contenido esencial*.³⁷ Comencemos el análisis por ésta última.

La parte irregulable es el núcleo duro del derecho, el contenido esencial, aquel que todas las funciones del Estado, incluido el mismo Legislador, debe respetar; si lo transgrediera, estaría restringiendo el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, contraviniendo el último inciso del art. 18 de la Constitución. Una célebre sentencia española define este contenido esencial como “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo (...). Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”.³⁸

Nuestro Tribunal Constitucional no hace sino seguir al pie de la letra la doctrina española cuando sostiene lo siguiente:

(E)l inciso tercero del artículo 18 de la Constitución dispone: “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. En este sentido, se debe tener presente que la ley sí puede imponer restricciones o limitaciones a los derechos, mas, por una parte, solo lo puede hacer en virtud de la defensa de los derechos de terceros, por razones de orden público y la moral y las buenas costumbres, y, por otra parte, sin que la restricción implique negación del derecho, es decir, afectación a su núcleo esencial. El contenido esencial de un derecho fundamental (como es el de petición) constituye un límite a la acción de los poderes públicos, especialmente a la potestad legislativa del Estado, y consiste en el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual, aunque sea en uno de sus elementos, el derecho deja de ser aquello a lo que la Constitución se refiere, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español en sentencias de 13 de febrero de 1981 y de 8 de abril de 1981. El contenido esencial del derecho se constituye, siguiendo a esas sentencias, por las “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro”

36. El art. 18, inc. 4, de la Constitución Política dispone que “las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

37. Para un ahondamiento en el tema del contenido esencial, me remito a mi trabajo “El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica”, en *Seguridad Jurídica*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

38. Sentencia de 8 de abril de 1981, sobre el derecho de huelga, dictada por el Tribunal Constitucional español.

y, además, por “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que el interés jurídicamente protegible, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.³⁹

Por otro lado, los derechos humanos también tienen una segunda parte regulable, en ocasiones *necesariamente* regulable. Por ejemplo, en el mismo tema de la libertad de expresión, corresponde al legislador regular qué tipo de sanciones han de imponerse al trasgresor del derecho (v. gr. multas, destitución del cargo, prisión o reclusión, según se vea conveniente). También a él le compete especificar las excepciones a la libertad de expresión, que, como vimos, han de estar previstas en la ley. En otro campo, la garantía constitucional del hábeas corpus sería absolutamente impracticable si no existiese ley que señale cuál es el proceso debido de arresto: aquí aparece manifiesta la *necesidad* de regular el derecho fundamental a la libertad de locomoción. Y, por último, para abundar en lo dicho, sería simplemente impensable un derecho fundamental a la calidad de los servicios ofrecidos, si no existiese ley que señalara los parámetros mínimos de calidad.

Como diría De la Cruz Ferrer: “en estos casos, las leyes que eventualmente configuren la limitación del derecho fundamental pasarían a integrarse en el bloque de constitucionalidad que el juez debe tener necesariamente presente para fundar su decisión en Derecho”.⁴⁰ Tal bloque de constitucionalidad podrá limitar y delimitar el derecho fundamental, en la medida en que no contravenga su contenido esencial.

DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS

Es quizá en España donde más se ha estudiado el tema del reparto constitucional de competencias. Cuando la Constitución española repartió competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, este reparto se consideró de orden constitucional. Consiguientemente, los Estatutos de Autonomía dictados posteriormente al amparo del reparto constitucional, pronto llegaron a considerarse –gracias a eruditas elaboraciones doctrinales de García de Enterría, Fernández, Requero Ibáñez y muchos

39. Resolución No. 030-2003-TC, dictada por la unanimidad del pleno del Tribunal Constitucional, publicada en el R.O. 223 de 2 de diciembre de 2003. En idéntico sentido, Resolución No. 002-2004-TC, publicada en el R.O. 359, de 18 de junio de 2004.

En otras ocasiones, el Tribunal acepta la doctrina del contenido esencial, sin definirlo, ni desarrollarlo mayormente. Cfr. Resolución No. 0471-2004-RA, publicada en el R.O. 20 de 18 de mayo de 2005; Resolución No. 0326-2004-RA, publicada en R.O. 510 de 24 de enero de 2005; Resolución No. 0468-2004-RA, publicada en el R.O. 531 de 24 de febrero de 2005, entre muchas otras.

40. Juan De la Cruz Ferrer, “Derechos fundamentales y razón de estado: el caso de los pilotos del ejército del aire”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 71, Madrid, 1991, pp. 389 y ss.

otros— que eran normas de derecho constitucional secundario, ubicadas en una posición superior a las leyes orgánicas.⁴¹ En el fondo, se comenzó a distinguir con mayor nitidez el principio de jerarquía del principio de competencia, y de ello se sacaron juosas consecuencias.

En otro campo, Tsikliritas desarrolló en Francia un argumento que lo llevó a otorgarle el *estatus constitucional* a, nada menos que las reglas relativas a la ejecución del acto recurrido.⁴² García de Enterría llegó a calificar tal argumento —esbozado en otrora por él mismo— de simple, perfecta y brillantemente razonado, expresándose en estos términos: “(n)ingún autor, en la amplia y constante doctrina sobre el contencioso-administrativo, había llegado a imaginar siquiera que la suspensión de la ejecución ‘pudiese formar parte del bloque de constitucionalidad y situarse así al abrigo frente a la intervención del legislador mismo’. Tampoco la jurisprudencia del Consejo de Estado, tan innovador en otros campos, pero tan conservador en éste, ‘permitía esperar un porvenir tan brillante’ ”.⁴³ Años más tarde el Consejo Constitucional francés terminó incursionando en el contencioso-administrativo y consagrando el valor constitucional de una regla procedimental. Camino semejante siguió la jurisprudencia constitucional española con las medidas cautelares.⁴⁴

El Ecuador, ciertamente, no está integrado por comunidades autónomas del estilo español, ni es un Estado federado.⁴⁵ No obstante, nuestra Constitución, en su largo articulado sí hace un reparto de competencias a las entidades del régimen seccional autónomo,⁴⁶ e igual que la Constitución española, en varias ocasiones nos remite a la ley para determinar la estructura, integración, deberes y atribuciones de entidades au-

41. Cfr. Francisco Rubio Llorente, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 7, Madrid, 1989, pp. 9-38.

42. Cfr. Stavros Tsikliritas, “Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif”, en *Revue de Droit Public*, No. 3 de 1992, pp. 679-723.

43. Eduardo García de Enterría, “Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 76, Madrid, 1992, pp. 615 y ss. Ahí el autor explica que “(e)l ámbito donde la doctrina del Consejo Constitucional ha afirmado explícitamente el valor constitucional de la suspensión de la ejecución de los actos recurridos es en la materia de sanciones impuestas por Autoridades administrativas independientes, institución discutida, pero ya extendida. Desde el momento en que el legislador ha querido otorgar a estas Autoridades la posibilidad de imponer sanciones graves, resulta inexcusable conferir a las personas afectadas una protección suficiente. Es de este modo cómo el Consejo Constitucional ha sido conducido a construir un sistema de garantías donde la suspensión a la ejecución de la sanción ocupa un lugar preponderante”.

44. Cfr. Eduardo García de Enterría, “Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y ‘jurisdicción plenaria’ de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 79, Madrid, 1993, pp. 495 y ss.

45. De hecho, el art. 1, inc. 1, de la Constitución Política establece que el Ecuador es un Estado “unitario”.

46. Cfr. Constitución Política, arts. 228 a 237.

tónomas o descentralizadas.⁴⁷ De hecho, la redacción del art. 226 de nuestra Constitución es casi como una norma de descentralización de un Estado federal.⁴⁸ ¿Acaso por ello gozan tales leyes de estatus constitucional? ¿Puede decirse que en caso de conflicto entre estas leyes y otras, en vez de aplicar el principio de jerarquía, o el de vigencia de la ley posterior, cabe aplicar el principio de competencia, haciendo prevalecer las leyes de la autonomía? Hay que analizarlo con más detenimiento. Gracias a Dios, una parte del problema ha quedado resuelto por nuestra misma Constitución al haber exigido la calidad de orgánica a tales leyes que regulan el régimen seccional autónomo.⁴⁹

Una cosa parece clara: las leyes del régimen seccional autónomo efectivamente pertenecen al bloque de la constitucionalidad. Sea por el argumento del principio de competencia mencionado, sea por el argumento de la organicidad de la ley,⁵⁰ resulta improbable que tales normas se encuentren fuera del bloque de constitucionalidad. Lo que resta analizar es el lugar donde se ubican tales normas dentro de la pirámide jurídica ecuatoriana.

Y como corolario de este primer ensanchamiento del *terreno constitucional* del que venimos hablando, tenemos un segundo ensanchamiento de las competencias del Tribunal Constitucional, que *ex art. 276.6* está facultado para dirimir aquellos conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

En fin, a partir de la Resolución 001-2004-DI los juristas pueden discutir largamente sobre el concepto de “bloque de constitucionalidad”, sobre su contenido y alcances.

47. Cfr. Constitución Política, art. 225, inc. 2.

48. Cfr. Hernán Pérez Loose, “La organización territorial en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade U., Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 143 y ss. Aunque Pérez Loose salva el carácter “unitario” del Estado ecuatoriano, sin embargo anota que “el lenguaje del art. 226 es muy similar al utilizado en sistemas que no son unitarios, como el federal. Todas las competencias radican en las unidades de la periferia, salvo las que expresamente retiene el Gobierno federal central. Aunque el art. 226 no llega a ese planteamiento, lo cierto es que se acerca. Todas las competencias pueden descentralizarse salvo las que expresamente se enumeran. En la tradición unitaria del Estado el asunto se plantea al revés. El Gobierno central retiene todas las competencias propias del Estado salvo las que decida descentralizar” (p. 143).

49. Cfr. Constitución Política, art. 142, inc. 2, num. 1.

50. Autores como Sagüés consideran a las leyes reforzadas como pertenecientes al bloque de constitucionalidad, siendo estas normas formales de derecho constitucional secundario. Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, p. 232.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- De la Cruz Ferrer, Juan, “Derechos fundamentales y razón de estado: el caso de los pilotos del ejercito del aire”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 71, Madrid, 1991.
- García de Enterría, Eduardo, “Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 76, Madrid, 1992.
- “Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y ‘jurisdicción plenaria’ de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 79, Madrid, 1993.
- Hervada, Javier, *Introducción al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1981.
- Huerta Guerrero, Luis Alberto, “Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2005.
- Morales Tobar, Marco A., “Derechos humanos y tratados que los contienen en el Derecho constitucional y la jurisprudencia de Ecuador”, en *Temas de Derecho constitucional*, Quito, Ed. Legales, 2003.
- Pérez Loose, Hernán, “La organización territorial en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade U., Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, “El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica” en *Seguridad Jurídica*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 7, Madrid, 1989.
- “La forma del poder”, en *Estudios sobre la Constitución Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, recensión hecha a la obra *Curso de Derecho Administrativo I* de Eduardo García de Enterría en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 24, Madrid, 1980.
- Tsiklitis, Stavros, “Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif”, en *Revue de Droit Public*, No. 3 de 1992.

Viciano Pastor, Roberto, “El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”, en Santiago Andrade U., Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edits., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2004.

Normas y jurisprudencias citadas

Código de Procedimiento Penal.

Constitución española.

Constitución Política del Ecuador.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Ley Orgánica de la Función Judicial.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 030-2003-TC, publicada en el Registro Oficial 223 de 2 de diciembre de 2003.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 001-2004-DI, publicada en el Registro Oficial 374 de 9 de julio de 2004.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 002-2004-TC, publicada en el Registro Oficial 359, de 18 de junio de 2004.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 0326-2004-RA, publicada en Registro Oficial 510 de 24 de enero de 2005.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 0468-2004-RA, publicada en el Registro Oficial 531 de 24 de febrero de 2005.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 0471-2004-RA, publicada en el Registro Oficial 20 de 18 de mayo de 2005.

Sentencia de 5 de febrero de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Olmedo Bustos, *et al.* vs. Chile.

Sentencia de 8 de abril de 1981, dictada por el Tribunal Constitucional español.

Derechos humanos de inmigrantes internacionales, refugiados y desplazados en Ecuador*

Agustín Grijalva J.**

En este artículo, que tiene un propósito más de sistematización y descripción que de análisis crítico, se exponen los principales derechos humanos de los inmigrantes en el derecho ecuatoriano, especialmente en el ámbito constitucional, así como en el derecho comunitario andino y en el derecho internacional. Primeramente se enfatiza la igualdad de derechos civiles, sociales y colectivos en la Constitución ecuatoriana. Luego se cita la normativa andina sobre migración laboral y seguridad social así como la *Carta Social Andina*. Finalmente se sintetizan los derechos básicos contenidos en la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios*.

FORO

DERECHOS HUMANOS DE LOS INMIGRANTES

LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

La Constitución Política del Ecuador en su art. 13 establece que: “Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley”. La categoría de extranjero, por supuesto, es muy amplia, pero es claro que dentro de ella están comprendidos los inmigrantes.

Por tanto, la regla general es la igualdad¹ entre todos los habitantes del Ecuador, ecuatorianos y extranjeros,² igualdad que por tanto incluye a los inmigrantes. Las ex-

* Este trabajo es parte del informe final de consultoría, elaborado por el autor, para la Organización Internacional para las Migraciones, oficina Bogotá, 2004.

** Coordinador académico de la Maestría Internacional en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Esta igualdad es tanto formal, es decir igualdad ante la ley, como por ejemplo la aplicación de los mismos procedimientos para juzgar a distintas personas por un mismo delito, como igualdad material, es decir una tendencia, aunque fuere relativa de igualación material, como por ejemplo el acceso de todos a educación o salud.
2. Esta ha sido una constante en las constituciones ecuatorianas. Al respecto se puede consultar Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Universidad Técnica Particular de Loja, 1998, pp. 110 y ss.

cepciones a esta igualdad solo pueden ser las que establece la ley y la propia Constitución permite, como por ejemplo el derecho de elegir y ser elegido que la Constitución otorga en el art. 26 solo a los ciudadanos ecuatorianos.³ En otros casos, la Constitución reconoce ciertos derechos especiales y específicos de los extranjeros, como el art. 29 que establece que: “El Ecuador reconoce a los extranjeros el derecho de asilo”. En efecto, según el art. 17 de la Constitución, el Estado ecuatoriano garantiza el respeto de sus derechos humanos “a todos sus habitantes sin discriminación alguna” sin importar si son ecuatorianos o extranjeros.

La Constitución también consagra esta igualdad entre ecuatorianos y extranjeros mediante el principio general de *igualdad ante la ley*, al establecer en su art. 23 numeral 3 que: “Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades...”.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL E IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El art. 272 de la Constitución es categórico al ordenar que: “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal...”. Las normas que se oponen o modifican la Constitución no tienen ningún valor. Todas las autoridades, cortes, tribunales, jueces y funcionarios del gobierno están obligados, según los arts. 272 y 273, a aplicar la Constitución por sobre cualquier otra norma que se le oponga, incluso cuando los interesados no lo soliciten expresamente.

Las únicas diferencias permitidas son las que la propia Constitución y la ley establecen y estas diferencias no pueden ser, según la Constitución, diferencias inconstitucionales por motivo de lugar de nacimiento, diferencia étnica u otros tipos de discriminación.

Así, por ejemplo, según el art. 272, incluso si la propia Ley de Migración, la Ley de Extranjería del Ecuador o cualquier otra ley, reglamento o norma jurídica establecieran diferencias o discriminaciones entre ecuatorianos y extranjeros contrarias a la Constitución, la que debe prevalecer siempre es la Constitución. El art. 18 de la Constitución así mismo dispone que: “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

Por otro lado, tal cual se enfatiza más adelante en la sección especializada para autoridades y funcionarios, el principal deber del Estado según la Constitución es respetar y hacer respetar los derechos humanos. Muchos de los derechos humanos se

3. Sin embargo, hoy se discute la conveniencia de la participación política de extranjeros en gobiernos locales, como los municipios.

establecen no solo en la Constitución sino además en instrumentos internacionales como convenciones, tratados o declaraciones internacionales.

Los derechos incluidos en estos instrumentos internacionales son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad según el art. 18 de la Constitución. Además, estas normas también prevalecen, en caso de conflicto, sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía, según el artículo constitucional 163. Por tanto, hay que destacar claramente que la protección a los derechos humanos es jurídicamente obligatoria y se encuentra incluso por sobre cualquier ley o disposición de autoridad.

En el caso de los inmigrantes colombianos y peruanos están adicionalmente de por medio los objetivos de integración andina que el Ecuador proclama el art. 4 num. 5 de la Constitución. En efecto, esta integración no es real ni posible si no incluye la posibilidad cierta de que los habitantes de los países andinos puedan migrar de unos países a otros, una vez cumplidos ciertos requisitos legales mínimos.

IGUALDAD DE DERECHOS CIVILES

El art. 23 de la Constitución se refiere a los derechos civiles que tienen todas las “personas”. Estos derechos civiles, que tienen tanto ecuatorianos como extranjeros, se refieren a la vida, integridad personal, igualdad, libertad, desarrollo de la personalidad, derecho a un ambiente sano, derecho a bienes y servicios, derecho a la honra, a la libertad de opinión, de comunicación, de conciencia, la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad y secreto de correspondencia, a dirigir quejas y peticiones, libertades de empresa, trabajo, contratación y asociación, así como a una adecuada calidad de vida, propiedad, identidad, libertad sexual, seguridad jurídica y debido proceso.

La Constitución establece solo una excepción a la regla de igualdad de derechos civiles entre ecuatorianos y extranjeros: El num. 14 del art. 23 establece que la ley regulará el tránsito, establecimiento de residencia, ingreso y salida del Ecuador por parte de los extranjeros. Notemos que la Constitución no elimina el derecho de los extranjeros a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, sino que simplemente establece que la ley lo regulará.

IGUALDAD DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Hay que reiterar primero que, al igual que otros derechos humanos, los *derechos* económicos, sociales y culturales (DESC), no son meras aspiraciones u objetivos sino derechos constitucionales jurídicamente exigibles, como por ejemplo los relativos

al trabajo, la salud, la educación o la seguridad social tienen la misma importancia y obligatoriedad que los derechos civiles. Cuando el art. 16 dice que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos...”, no se hace distinción entre derechos civiles y sociales. El Estado debe respetarlos igualmente. Según el art. 18 todos los derechos humanos “...serán directamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

Es más, muchos derechos civiles, como el derecho a la vida e integridad física, no pueden ejercerse efectivamente si no se respetan derechos sociales como el derecho a la salud. DESC y derechos civiles son frecuentemente complementarios.

La Constitución tampoco hace distinciones entre ecuatorianos y extranjeros en cuanto a los DESC. La Carta Fundamental se refiere a *trabajadores, personas, hombres, mujeres o habitantes* del Ecuador. En ningún momento hace diferencias entre ciudadanos ecuatorianos y extranjeros. Así, por ejemplo, el art. 43 determina que: “Los programas y acciones de salud pública serán gratuitos para *todos*. Los servicios públicos de atención médica, lo serán para las *personas* que los necesiten”.

Así mismo, en cuanto a seguridad social, el art. 55 de la Constitución se refiere a “*todos sus habitantes*” cuando establece que: “La seguridad social será deber del Estado y derecho irrenunciable”. Y en cuanto a educación, la Constitución, en su art. 66, dice que éste es “derecho irrenunciable de las *personas*, deber inexcusable del Estado...”.

La Constitución establece la mayoría de los DESC que el Estado ecuatoriano garantiza desde el art. 30 al 82. Estos derechos son numerosos, pero podemos destacar aquí que la Constitución los agrupa en varias secciones relativas a la propiedad, el trabajo, la familia, la salud, los grupos vulnerables (mujeres, niños, adolescentes, discapacitados, personas de la tercera edad), la seguridad social, la cultura, la educación, la ciencia y tecnología, y la comunicación.

IGUALDAD DE DERECHOS COLECTIVOS

Los derechos colectivos son derechos humanos de los cuales son titulares algunos grupos humanos. En el caso ecuatoriano tienen derechos colectivos los pueblos indígenas y afroecuatorianos, todos quienes vivimos en el medio ambiente del territorio ecuatoriano y los consumidores. Nuevamente, la Constitución no hace ninguna distinción entre ecuatorianos y extranjeros. Así, por ejemplo, el art. 86 hace referencia al “derecho de la *población* a vivir en un medio ambiente sano”. El art. 92 también hace referencia al consumidor en general y sus derechos, sin hacer distinciones por origen nacional.

Por tanto, los derechos ambientales y de los consumidores son idénticos tanto en el caso de ecuatorianos como de extranjeros. Adicionalmente hay que señalar que los

derechos colectivos son derechos indivisibles, son derechos del grupo y de todos y cada uno de los miembros del grupo, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo. Estos derechos, por tanto, corresponden a todos los habitantes o todos los consumidores y la Constitución no permite hacer distinciones entre ecuatorianos y extranjeros.

DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD ANDINA

La libre circulación de personas entre países de la Comunidad Andina es parte del proceso de integración.⁴ Esta libre circulación incluye a turistas, trabajadores migrantes o personas que requieran cambiar su residencia. Por esta razón, la Comunidad Andina ha dictado una serie de normas contenidas en las llamadas *decisiones andinas*, reseñadas más adelante, las cuales se orientan a facilitar esta libre circulación. Estas decisiones también hacen referencia a los derechos humanos que los Estados andinos reconocen a los trabajadores migrantes.

La Decisión 545, también denominada *Instrumento Andino de Migración Laboral*, tiene como objetivo regular “la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales bajo relación de dependencia”. Esta Decisión incluye, especialmente en su capítulo V, una serie de derechos comunes a los trabajadores migrantes entre los cuales podemos destacar los siguientes:

- Igualdad de trato y oportunidades para todos los trabajadores andinos (art. 10),
- derecho a la sindicalización y negociación colectiva (art. 11),
- protección a la familia del trabajador migrante (art. 12),
- libertad de transferencia de fondos provenientes de su trabajo (art. 13),
- derecho a acceder a autoridades y jueces (art. 13),
- acceso a la seguridad social (art. 13),
- pago de prestaciones sociales (art. 13).

A pesar de que la Decisión Andina 545 se aplica principalmente a trabajadores migrantes legales, hay derechos laborales que deben respetarse a todos los trabajadores, sin importar si han migrado legal o ilegalmente. Efectivamente, el art. 15 de la Decisión 545 determina que: “En ningún caso la situación migratoria de un nacional andino ni la posible repatriación del mismo menoscabará sus derechos laborales frente a su empleador. Estos derechos serán los determinados en la legislación nacional del

4. Para un análisis de la relación entre migración e integración ver Lelio Mármora, *Las Políticas de Migraciones Internacionales*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 267 y ss.

país de inmigración”. Según esta norma, derechos como la remuneración o seguridad social, que la legislación de un país andino reconozca a todos los trabajadores, no pueden ser negados a los extranjeros debido a su situación migratoria.

Otras Decisiones Andinas también se orientan a proteger los derechos de quienes migran de uno a otro país del área andina. Así por ejemplo, la Decisión 583 (sustitutiva de la 546), también denominada Instrumento Andino de Seguridad Social, consagra el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de prestaciones, conservación de derechos adquiridos y continuidad entre afiliaciones a los sistemas de seguridad social de los países miembros. Adicionalmente, en la agenda de trabajo de la Comunidad Andina está previsto regular temas como refugiados, desplazados, situación de trabajadores migrantes y revalidación de títulos profesionales y académicos.

Por otra parte, la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en su art. 51 num. 1, expresamente proclama: “El respeto del derecho a la migración, al trabajo, al libre tránsito y circulación de los migrantes y sus familias, y a la libertad de elegir libremente domicilio, con arreglo a las legislaciones nacionales y a la normativa comunitaria”. En el caso ecuatoriano, las normas de la Carta Andina son obligatorias puesto que el art. 17 de la Constitución establece que el Estado garantiza el goce de los derechos humanos establecidos en declaraciones y demás instrumentos internacionales.

Además del derecho a migrar, la Carta Andina establece una serie de derechos de los migrantes y sus familiares que los Estados andinos se comprometen a promover y proteger. Debido a su importancia transcribimos en el recuadro que sigue los más importantes:

Derechos de los migrantes y sus familias en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos

Los países miembros...

Artículo 50. Reiteran su compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los migrantes y sus familias; y afirman su propósito de continuar haciendo esfuerzos para que sus legislaciones nacionales hagan posible la adopción de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), y examinarán como cuestión prioritaria la posibilidad de firmarla y ratificarla, o de adherirse a ella.

Artículo 51. Prestarán atención a los siguientes temas prioritarios con miras a mejorar la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, en sus respectivas jurisdicciones y en el ámbito andino:

1. El respeto del derecho a la migración, al trabajo, al libre tránsito y circulación de los migrantes y sus familias, y a la libertad de elegir libremente domicilio, con arreglo a las legislaciones nacionales y a la normativa comunitaria.
2. La prevención y eliminación de la discriminación a los migrantes andinos y sus familias en el acceso a los servicios públicos de educación y salud, vivienda y alojamiento, seguridad social y a fuentes de trabajo, así como la creación de centros de información y atención a los migrantes.
3. La dotación a los migrantes y sus familias de documentos de identificación, sin discriminación por su raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, orientación sexual y estatuto migratorio.
4. La reunificación en el país de destino de los migrantes y sus familias y la regularización de su situación migratoria por los medios legales y administrativos correspondientes.
5. La protección a los familiares de los migrantes, especialmente a los niños, niñas, adolescentes y adultos mayores que continúen viviendo en su país de origen y se hayan separado de miembros de su familia como consecuencia de la migración.
6. La acción conjunta de los Países de la Comunidad Andina para promover y proteger los derechos de los migrantes y sus familias ante otros países y grupos de países, así como en los foros internacionales y regionales.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS MIGRANTES

Dentro del derecho internacional se ha producido un gran desarrollo de las normas, principios, jurisprudencia, doctrina jurídica y órganos orientados a la protección de los derechos humanos, dando lugar al *Derecho internacional de los derechos humanos*, en cuya protección están comprometidas además diversas instituciones tanto de sistemas regionales, como la Organización de Estados Americanos, como del sistema de Naciones Unidas. En todo caso, esta protección es propia de situaciones de paz; cuando la necesidad de proteger los derechos humanos se produce en medio de la guerra, nos hallamos en el campo del *Derecho internacional humanitario*, del cual se desarrollan también algunos elementos más adelante.

Un concepto clave, como hemos dicho, es el de que el derecho internacional de los derechos humanos regula las relaciones entre los Estados y las personas, no se refiere por tanto a relaciones entre Estados. En consecuencia, cuando un Estado se compromete a respetar ciertos derechos humanos, por ejemplo mediante la ratificación de un convenio internacional, se somete incluso a la jurisdicción de tribunales internacionales que pueden eventualmente juzgar su violación.

Actualmente el principal instrumento internacional sobre derechos humanos en materia de migración es la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*.⁵ Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45 / 158, de 18 de diciembre de 1990, fue ratificada por el Ecuador en el 2002, pero la Convención entró en vigencia una vez que la ratificaron al menos veinte países el 1 de julio de 2003.

Como se mencionó, según la Constitución ecuatoriana (art. 163) las normas contenidas en convenios internacionales, como el arriba mencionado, forman parte del ordenamiento jurídico del Ecuador y prevalecen sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía. En el caso de la Convención, los derechos humanos que esta consagra son directa e inmediatamente aplicables (art. 18 Constitución ecuatoriana).

La novedad que introduce esta Convención consiste en el reconocimiento de un grupo de derechos humanos básicos a todos los trabajadores migrantes, tanto documentados como indocumentados. De esta forma, *la Convención deja claro que hay derechos humanos universales que no dependen de la condición regular o irregular de los migrantes*. Por otra parte, la Convención establece algunos derechos específicos de los trabajadores documentados.

El art. 7 de la Convención establece que los derechos humanos que ella garantiza deben ser respetados sin discriminación por motivos de “sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. A este principio de no discriminación se suma el compromiso de los Estados de respetar estos derechos de acuerdo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La Convención (art. 5) considera a los trabajadores migratorios o a sus familiares como *documentados o en situación regular* cuando estos “han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”. Quienes no cumplen estos requisitos son considerados indocumentados.

Además, la Convención protege no solo a los trabajadores migratorios sino también a sus familiares (art. 4). Se definen como *familiares* a las personas casadas con los trabajadores migratorios o a quienes mantengan una relación con efectos equivalentes al matrimonio, según el derecho aplicable; también se consideran familiares

5. Otro instrumento internacional relacionado al tema es la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985.

los hijos a cargo del trabajador migratorio u otras personas a su cargo antes de migrar, reconocidas como familiares por la legislación aplicable. Por otra parte, la Convención (art. 1) es aplicable a todo el proceso de migración, es decir la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y empleo en el país de acogida, así como el regreso al país de origen.

La Convención incluye en su tercera parte un conjunto de derechos humanos básicos de todos los migrantes,⁶ documentados e indocumentados, y de sus familiares. El siguiente recuadro resume algunos de estos derechos que constan también en otros instrumentos internacionales.

Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares según la Convención de 1990

- Derecho a salir libremente de cualquier Estado, incluyendo el Estado de origen, así como el derecho a regresar y permanecer en el Estado de origen (art. 8).
- Derecho a la vida (art. 9).
- Ningún trabajador migratorio o familiar puede ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10).
- Ningún trabajador migratorio o familiar puede ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajos forzosos u obligatorios (art. 11).
- Los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, opinión y expresión (arts. 12 y 13).
- Se prohíben injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones de los trabajadores migratorios y sus familiares, así como ataques ilegales a su honor y buen nombre (art. 14).
- Estos trabajadores y sus familiares no pueden ser privados arbitrariamente de su propiedad (art. 15).
- Tienen también derecho a la libertad y seguridad personales. Por tanto no pueden ser arbitrariamente arrestados o detenidos, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca (art. 16).
- Están además prohibidas las expulsiones colectivas (art. 22).
- Los trabajadores migratorios deben ser tratados en igualdad de condiciones que los nacionales en cuanto a los procesos judiciales que se sigan en su contra (art. 18), las remuneraciones que perciben y otras condiciones de trabajo (art. 25), la asistencia médica (art. 28) y el acceso a la educación (art. 30).

6. Estos derechos también han sido destacados por la Organización Internacional para las Migraciones. Ver el sitio de Internet: <http://www.iom.int/>

La Convención incluye otros derechos de todos los trabajadores migratorios, varios de los cuales se expondrán en las secciones específicas del presente trabajo.

DERECHOS HUMANOS DE LOS REFUGIADOS

En esta sección se describen los derechos humanos de los refugiados a nivel constitucional, regional e internacional. Se diferencia entre refugiado, asilado y desplazado. Se contrasta el concepto de refugiado incluido en la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* con el concepto de refugiado de la Declaración de Cartagena.

DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

La Constitución ecuatoriana no contiene una referencia específica a los refugiados en cuanto tales, sino solo a los extranjeros en general, entre los cuales están los refugiados. Por tanto, el principio general es el de que los refugiados gozan en el territorio del Ecuador de los mismos derechos que la Constitución y las leyes de la República reconocen a los extranjeros en general. Además los refugiados en Ecuador tienen los derechos previstos en la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*⁷ de 1951, la cual fue ratificada por el Ecuador y se halla vigente mediante el decreto 3301. Por tanto *los refugiados tienen, en principio, como los extranjeros, los mismos derechos humanos que para los ecuatorianos establece la Constitución, salvo las limitaciones jurídicamente establecidas.*

El Decreto⁸ 3301 en su art. 2 establece para el caso ecuatoriano la definición aplicable de refugiado: "... serán consideradas como refugiadas en el Ecuador las personas que han huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público". Esta definición es la misma que contiene la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984*. Es una definición más amplia que la contenida en la Convención de 1951.

Es por tanto importante diferenciar, al menos para efectos de protección legal internacional, entre refugiados y desplazados. Los refugiados son aquellos que huyen de su país al ser amenazados por distintas circunstancias, es decir aquellos que cruzan una frontera internacional e ingresan al territorio de un estado que no es el suyo.

7. Ver art. 27 del Decreto 3301, También denominado Reglamento para la aplicación en Ecuador de la Convención de 1951 sobre Refugiados y su protocolo de 1967.

8. *Ibidem.*

Los desplazados, en cambio, pueden movilizarse por razones similares, pero lo hacen exclusivamente dentro del territorio de su propio Estado. Así, por ejemplo, en el caso colombiano, estas personas se transforman de desplazados en refugiados al momento de cruzar la frontera entre Colombia y Ecuador.

Una institución diferente pero que tiene alguna relación y similitudes con el refugio es el asilo. La Constitución ecuatoriana en su art. 29 establece que el “Ecuador reconoce a los extranjeros el derecho de asilo”. De hecho, en otras legislaciones asilo y refugio se utilizan como sinónimos o se considera al refugio como un tipo de asilo con regulación internacional. Empero, en el sistema interamericano de derechos humanos ambas instituciones tienden a distinguirse. El asilo tiene su origen en la persecución política por parte del Estado de origen *debido a la comisión de un delito político*, en tanto que el refugio puede deberse no solo a razones políticas sino a cualquier situación fáctica de persecución por motivos de raza, sexo, ideología etc. Los asilados, por supuesto, también gozan de los derechos humanos universales consagrados en el derecho internacional. Incluso la propia *Convención sobre el asilo territorial* firmada en Caracas en 1954 y ratificada por Ecuador en 1955 establece derechos como los de no devolución (art. 3), libertad de expresión de pensamiento (art. 7) y libertad de reunión y asociación (art. 8).

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS REFUGIADOS⁹

Como ya se mencionó, a más de los derechos humanos establecidos en la Constitución y leyes del Ecuador, los refugiados tienen los derechos establecidos en la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*¹⁰ así como los consagrados en el Protocolo sobre el *Estatuto de los Refugiados*¹¹ de 1967. La Convención tiene su origen en los problemas que los refugiados enfrentaron en Europa durante la Segunda Guerra Mundial, el Protocolo amplía en el espacio y el tiempo, el sistema de protección de la Convención.

La Convención internacional sobre el estatuto de los refugiados y su protocolo son de aplicación obligatoria en Ecuador pues, como hemos dicho, según el art. 163 de la Constitución, los convenios internacionales forman parte del Derecho ecuatoriano y prevalecen sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía. En el caso de

9. Una ampliación de este tema puede hallarse en el libro: ACNUR, Protección de los Refugiados. Se puede acceder al libro vía Internet en http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=1453

10. Adoptada en 1951 en Ginebra y que Ecuador aprobó y ratificó el 29 de enero de 1958.

11. Al cual Ecuador se adhirió el 14 de enero de 1969.

la Convención y el Protocolo, estos constituyen las bases del Derecho internacional de los refugiados.

El art. 1 de la Convención define como *refugiado* a toda persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

El primer derecho,¹² que define la calidad misma del refugio, tiene que ver con la posibilidad que tiene el refugiado de permanecer en condiciones de seguridad en un país distinto al de su nacionalidad, para evitar la persecución de la que es víctima por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (art. 1 Convención de 1951). El reconocimiento de la condición misma de refugiado no puede ser objeto de discriminación por estos motivos (art. 3).

Una forma negativa de expresar este mismo derecho consiste en *el principio de prohibición de expulsión y de devolución*, que la Convención establece en el art. 33 y que consiste en que *el Estado al cual llega el refugiado no puede ponerlo en las fronteras o devolverlo a su Estado de origen donde su vida o libertad peligran* por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas (art. 33 de la Convención).

El principio de no devolución se halla ampliamente difundido en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho humanitario. Así por ejemplo, consta en el art. 3 de la Convención contra la Tortura; en el art. 45 párrafo 4o. del IV Convenio de Ginebra de 1949; en el art. 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; en el art. 8 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; y en el principio 5 de los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

La Convención de 1951 garantiza otros derechos básicos a los refugiados, tales como la libertad de religión, derechos de propiedad, asociación, acceso a los tribunales, empleo remunerado, vivienda, educación, seguridad social, libertad de circulación, derecho a disponer de documentos de viaje. En todos estos casos, la Convención establece que los refugiados recibirán un trato similar al que el Estado dé aco-

12. Seguimos aquí parcialmente varios conceptos de ACNUR que pueden ampliarse en: <http://www.acnur.org/>

gida otorga a los extranjeros que residen legalmente en su territorio; en otros casos, la Convención se refiere incluso a un trato igual al que reciben los nacionales del Estado de acogida. Por supuesto, los refugiados también tienen el deber de cumplir con las leyes del país de acogida.

De entre todos estos y otros derechos, los derechos esenciales de los refugiados son fundamentalmente los mismos que los consagrados en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948. Por tanto coinciden en parte con los derechos de los migrantes. ACNUR en su guía legal para la protección de los refugiados incluye los siguientes derechos básicos:

Derechos básicos de los refugiados

- Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad en su persona.
- Derecho a buscar asilo y a disfrutar de él.
- Garantía contra la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Garantía contra la esclavitud y la servidumbre.
- Reconocimiento de la personalidad jurídica.
- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- Garantía contra las detenciones y los arrestos arbitrarios.
- Garantía contra las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia y el domicilio.
- Libertad de opinión y de expresión.
- Derecho a la educación.
- Derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad.

Fuente: ACNUR, Protección de los Refugiados, ACNUR/ Unión Parlamentaria.

En esta misma línea de protección amplia a los refugiados hay que destacar, a nivel del sistema interamericano, el rol de la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Esta declaración, adoptada en 1984, amplía el concepto de refugiado¹³ de la Convención de 1951, pues incluye entre los refugiados a aquellas “personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. El valor de este concepto de refugiado radica en que hace

13. Una ampliación similar se encuentra en la Convención por la Organización de la Unidad Africana de 1969. En la misma línea se halla la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Coloquio de Tlatelolco de 1981, la Declaración de San José de 1994 y varias legislaciones nacionales, entre ellas la ecuatoriana.

referencia a condiciones concretas de violación de derechos humanos en la experiencia latinoamericana y que han dado lugar a la búsqueda de refugio. De hecho, el origen de la Declaración se halla en la situación de miles de refugiados en América Central durante los años ochenta y cuyo estatus legal no resultaba del todo claro a base del concepto más restrictivo de la Convención de 1951.

Como hemos visto en América Latina, y en el Ecuador en particular, la noción de refugiado jurídicamente aplicable es la noción amplia de la *Declaración de Cartagena*. Por tanto, este es el concepto que debe utilizarse para la calificación como refugiado de los numerosos colombianos que se hallan en Ecuador, huyendo de la violencia política interna en su país.

DERECHOS DE LOS REFUGIADOS EN LA COMUNIDAD ANDINA

No existe actualmente en la Comunidad Andina normativa específica sobre el tema de refugiados, la única referencia se halla en la *Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos*. El art. 58 de la Carta reitera de forma general el compromiso de los Estados andinos en la promoción y protección de los derechos de los refugiados; el art. 59 establece los derechos específicos que se transcriben a continuación y que conforme al art. 17 de la Constitución, son jurídicamente obligatorios para el Estado ecuatoriano.

Derechos de los refugiados en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos

Artículo 59. Prestarán atención a los siguientes temas prioritarios, con miras a mejorar la promoción y protección de los derechos humanos de refugiados y apátridas:

1. La protección de los refugiados y apátridas contra toda forma de discriminación y violencia en razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, estatuto migratorio, edad y cualquier otra condición.
2. El acceso a la educación, a servicios sociales y de salud, la vivienda y el trabajo, y el derecho de libre circulación, expresión, religión y a la dotación de la debida documentación sin distinción alguna en el país de recepción.
3. El goce efectivo de sus derechos, con arreglo a las legislaciones nacionales, en particular el derecho a la vida, la seguridad, la propiedad, a contar con un recurso efectivo frente a la violación de sus derechos, al respeto de las normas del debido proceso ante los tribunales del país de recepción, a no ser expulsado –sino de conformidad a la ley, pero nunca al país donde su vida, seguridad o libertad estén amenazadas–.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Comité Internacional de la Cruz Roja define de la siguiente forma el derecho Internacional Humanitario (DIH): “conjunto de normas que, en tiempo de guerra, protege a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo. Su principal objetivo es limitar y evitar el sufrimiento humano en tiempo de conflicto armado. Las normas estipuladas en los tratados de DIH han de ser respetadas no solo por los gobiernos y sus fuerzas armadas, sino también por grupos armados de oposición y por cualquier otra parte en un conflicto. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos de 1977 adicionales a estos son los principales instrumentos de derecho humanitario”.¹⁴

Como podemos ver el DIH protege a quienes son víctimas de la guerra interna o internacional, en particular los civiles, y protege también a los militares puestos fuera de combate. En el caso colombiano hay un conflicto interno en ese país, pero el Ecuador se ve involucrado al menos en dos formas: 1. mediante el desplazamiento de población civil colombiana víctima del conflicto hacia territorio ecuatoriano, 2. mediante el potencial enfrentamiento de fuerzas regulares ecuatorianas con fuerzas irregulares colombianas. En ambos casos podría operar el DIH y en ambos casos existen ciertos derechos humanos, sin detrimento de otros derechos, que todas las partes deben respetar y que se encuentran en el art. 3, común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos, cuyo texto es el siguiente:

Derechos de los refugiados comunes a los convenios y protocolos de Ginebra

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;

14. Véase el sitio del Comité Internacional de la Cruz Roja en: <http://www.icrc.org/spa>

- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.
- Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Estos derechos básicos están incluso basados en la costumbre internacional, así que deben ser respetados por todos los Estados, más aún en el caso de Ecuador que ratificó los Convenios de Ginebra en 1954 y sus protocolos en 1979.

ASPECTOS ESPECÍFICOS PARA AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS DE GOBIERNO

A diferencia del tema anterior que enfatiza un conjunto general de derechos humanos, esta sección destaca los deberes de las autoridades y los derechos de los inmigrantes, desplazados y asilados más relevantes en la interacción con dichas autoridades.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Recordemos que según el art. 16 de la Constitución, ley superior a cualquier otra, “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos...” También el art. 3 num. 2 de la Constitución establece entre los deberes primordiales del Estado “asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social”. Por tanto respetar y hacer respetar los derechos humanos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales es el principal deber de todos los funcionarios y autoridades del estado ecuatoriano.

Es importante recalcar que las normas de la Constitución no son meras declaraciones de objetivos o buenas intenciones, sino que son mandatos jurídicos, es decir que son tan o más obligatorios que la ley, y por tanto su violación puede acarrear responsabilidades legales. Así por ejemplo, según el art. 22, si una autoridad o funcionario detiene arbitraria e ilegalmente a un inmigrante o refugiado, como a cualquier

ciudadano ecuatoriano, el Estado es legalmente responsable y puede hacer responsable a esta autoridad.

Esta responsabilidad de las autoridades, incluso de carácter penal, puede producirse, según el art. 20 de la Constitución en todos los casos de prestación deficiente de servicios públicos u otros perjuicios irrogados a los particulares. En efecto, en estos casos, el Estado debe indemnizar a los particulares, pero luego puede hacer responsables y sancionar a aquellos funcionarios y autoridades que causaron el perjuicio.¹⁵

En otras palabras, la violación inconstitucional e ilegal de derechos humanos de los extranjeros que se hallan en el Ecuador puede traer serias consecuencias, no solo a las víctimas, sino también a las autoridades y funcionarios que cometan estas violaciones. También el art. 83 literal a) de la Convención sobre trabajadores migrantes establece este derecho a reclamar reparaciones efectivas por la violación de derechos de los inmigrantes.

LEGISLACIÓN ECUATORIANA SOBRE INMIGRANTES Y REFUGIADOS

En Ecuador existen diversas normas legales y reglamentarias, subordinadas a la Constitución, que regulan la situación de los migrantes y refugiados. Deben destacarse la Ley de Migración y su reglamento,¹⁶ la Ley de Extranjería¹⁷ y su reglamento, el mencionado decreto DE-3301¹⁸ que contiene el reglamento para la aplicación en Ecuador del Estatuto de los refugiados, así como los convenios binacionales para regularización de migrantes, entre los cuales debe mencionarse los celebrados con Colombia.

La Ley de Migración regula la entrada y salida de ecuatorianos o extranjeros del país así como la permanencia y actividad de los extranjeros en el Ecuador. También la Ley de Extranjería regula la situación de extranjeros en el país, especialmente en cuanto a lo relativo a los tipos de inmigración. Ambas leyes y sus reglamentos fueron dictados en 1971, tienen un limitado enfoque de migración selectiva y, pese a ciertas reformas, requieren ser reemplazadas por nuevas leyes que respondan mejor

15. Para ampliar información puede verse, INREDH-CEPAM, El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal, Quito, INREDH, 2000.

16. Decreto supremo 1899 R.O. 382 de 30 de diciembre de 1971.

17. Decreto supremo 1897 R.O. 382 de 30 de diciembre de 1971.

18. Publicado en el R.O. 933 del 12 de mayo de 1992.

al derecho constitucional e internacional vigente en el país y a las necesidades tanto de los inmigrantes en Ecuador como de los ecuatorianos que viven en el extranjero.¹⁹

En Ecuador la política migratoria y de refugio corresponde a la Dirección General de Extranjería, la Dirección Nacional de Migración (las cuales son parte del Ministerio de Gobierno), la Dirección General de Asuntos Migratorios y la Dirección General de ecuatorianos residentes en el Ecuador (ambas pertenecientes al Ministerio de Relaciones Exteriores). Todos estos organismos, a más de otras instancias, integran el Consejo Consultivo de Política Migratoria.²⁰ En el caso particular de los refugiados, el Decreto 3301 crea una Comisión integrada por la Cancillería, el Ministerio de Gobierno y ACNUR para calificar los casos de refugio.

En cuanto a los convenios bilaterales, Ecuador ha suscrito varios tanto con Colombia como con Perú, a efectos de regularizar, sobre todo con el primer país, la situación de migrantes indocumentados o irregulares tanto colombianos como ecuatorianos. Sin embargo, la cobertura y plazos de estos convenios han sido insuficientes para resolver la situación de los inmigrantes colombianos en Ecuador, por lo cual se han requerido múltiples prórrogas.²¹

SITUACIONES CLAVES EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS

A continuación examinamos algunos casos frecuentes en la interacción entre autoridades, inmigrantes y refugiados, como son las detenciones a migrantes ilegales, las deportaciones y expulsiones, la situación de los extranjeros detenidos, derechos de los niños y mujeres.

DETENCIÓN

Un caso práctico, como mencionábamos, es el de la detención de inmigrantes extranjeros, documentados o no, y refugiados que se hallan en el Ecuador. En este caso, la detención puede producirse solo en los casos que establece la ley. Incluso una

19. Actualmente existen propuestas de nueva legislación sobre esta materia.

20. Para un resumen de políticas migratorias en Ecuador véase el Informe de la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro sobre Derechos Humanos de los Migrantes en Ecuador, E/CN.4/2002/94/Add.1 de 15 de febrero de 2002. Disponible en línea en <http://www.migrantesenlinea.org/>

21. Sobre la migración colombiana en Ecuador véase Fernando Guerrero, *et al. Migrantes Colombianos en el Ecuador y Derechos Humanos*, Quito, CEE, 1995. También puede consultarse la cartilla 5 sobre migración que puede obtenerse en el sitio de Internet de ILDIS: www.ildis.org.ec

vez detenido legalmente, el extranjero tiene todos los derechos humanos básicos a que hemos hecho referencia anteriormente en la parte general.

Pero además, hay ciertos derechos específicos en caso de detención que el art. 16 del Convenio internacional para la protección de los migrantes y sus familiares les reconocen y entre los cuales podemos destacar:

- El derecho a ser informados en el momento de la detención sobre los motivos de la misma y en un idioma que comprendan.
- El derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad.
- En caso de arresto o detención, las autoridades consulares o diplomáticas del Estado de origen del detenido deben ser informadas.
- El detenido tiene derecho a comunicarse sin demora con las autoridades de su embajada o consulado y a recibir sin demora comunicaciones de dichas autoridades.
- Tiene además el derecho a ser informado sobre este derecho a comunicarse con estas autoridades.
- Derecho a ejercer acciones ante un tribunal para que ésta decida la legalidad de la detención y a contar para el efecto con un intérprete, si fuere necesario.
- Derecho a exigir indemnización en caso de detención ilegal.

La mayoría de estos derechos se hallan además en la Constitución ecuatoriana que, como hemos dicho, reconoce a *todas las personas* sin distinción de nacionalidad los mismos derechos civiles. En efecto, al regular el debido proceso en la detención, el art. 24 num. 4 de la Constitución establece entre otras normas las siguientes, las cuales también son aplicables a inmigrantes y refugiados.

- Toda persona, al ser detenida, tiene derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio. Además, según el numeral 12 de este artículo, esta información debe proporcionarse en la lengua materna del detenido.
- También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Se sanciona a quien detiene a una persona y no la entrega inmediatamente a una autoridad competente.
- Nadie puede ser interrogado sin la presencia de un defensor.

JUZGAMIENTO Y PRISIÓN

Si un trabajador migratorio o sus familiares cometen un delito y son juzgados, la Convención en su art. 17 establece ciertos derechos durante el tiempo que estas personas se hallen privadas de la libertad:

- Trato con dignidad.
- En lo posible, quienes cometen delitos que violan leyes de migración y están privados de la libertad, deben alojarse en locales distintos a los destinados a los delincuentes comunes. Los menores de edad deben ser separados de los adultos.
- Igual derecho que los nacionales a recibir visitas de sus familiares.
- Las autoridades deberán prestar atención a los problemas que se planteen a los familiares, especialmente al cónyuge y menores de edad.
- Si un trabajador migratorio o un familiar suyo es detenido por infracciones a la legislación migratoria, él no debe incurrir en los gastos para investigar la infracción.
- En general los inmigrantes gozan de los mismos derechos que los nacionales.

EXPULSIÓN

También en caso de expulsión legal de un trabajador migrante y sus familiares, las autoridades ecuatorianas deben seguir los procedimientos que la ley establece y en todo caso respetar varios derechos establecidos en el art. 22 de la Convención internacional de derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, entre los que se incluyen:

- No pueden realizarse expulsiones colectivas, cada caso debe ser examinado individualmente y de acuerdo con la ley.
- Se debe informar de la decisión de expulsión en un idioma que el trabajador migrante entienda.
- Derecho del trabajador migratorio a exponer ante las autoridades correspondientes las razones que le asistan para oponerse a la expulsión. No solo la Convención sino también la Ley ecuatoriana de Migración en su art. 26 establece este derecho. Mientras se decida sobre la expulsión hay el derecho a permanecer en Ecuador.
- Derecho, según el art. 23 de la Convención, a ser informado sin demora de la decisión de expulsión y a que se informe de tal decisión a las autoridades consulares o diplomáticas del país de origen.

- Derecho a reclamar indemnizaciones cuando la decisión de expulsión sea revocada. También contemplada en el art. 29 de la Ley ecuatoriana de Migración.
- Si la decisión de expulsión es anulada, no puede impedirse el reingreso del trabajador migrante al Ecuador.
- Al producirse la expulsión, el trabajador migratorio y sus familiares tienen derecho a un plazo razonable para arreglar el pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.
- El migrante puede solicitar ingreso a un Estado que no sea su Estado de origen.
- Los gastos de expulsión, salvo los gastos de viaje, no corren a cuenta del trabajador migrante.
- En general, la expulsión no menoscaba otros derechos que el trabajador migratorio y sus familiares hayan adquirido conforme a la ley ecuatoriana.

También el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*,²² en su art. 13, dispone que se sigan siempre los procedimientos legales en casos de expulsión de extranjeros y que, en todo caso, se permita al extranjero exponer sus razones en contra de ella.

En el caso de los refugiados, el art. 32 de la Convención sobre refugiados y el art. 34 del Decreto 3301 establecen que un refugiado puede ser expulsado del Ecuador solo por excepción, luego de que éste pueda defenderse, y conforme a los procedimientos legales. Adicionalmente debe respetarse siempre el *principio de no devolución*, es decir sin que la expulsión signifique devolver al refugiado a su país de origen cuando su vida o integridad peligran en él.

TRÁFICO DE MIGRANTES

Debemos primero diferenciar entre *tráfico* de migrantes y *trata* transnacional de personas. Aunque en ambos casos se organiza el traslado ilegal de personas desde un país a otro, en el caso del *tráfico de migrantes* hay, en principio, un acto en algún sentido voluntario o libre por parte de quien decide migrar.²³ En cambio, en el caso de la *trata* el traslado ilegal de las personas se basa en el uso de la fuerza u otras formas de coacción, tales como rapto, fraude, engaño o abuso de poder y este traslado se realiza con fines de explotación sexual, laboral o incluso para la extracción de sus órganos.²⁴

22. Ratificado por Ecuador el 6 de marzo de 1969.

23. Decimos en algún sentido porque en muchos casos la decisión de migrar se toma bajo fuerte presión de condiciones económicas, sociales, políticas o culturales adversas.

24. Para la definición legal exacta de *trata de personas* ver el art. 3 del Protocolo para prevenir y sancionar la trata

La mencionada Convención sobre los derechos de todos los trabajadores migrantes en su art. 68 compromete al Ecuador, como parte de la Convención, a tomar todas las medidas necesarias para eliminar el tráfico ilegal de migrantes y para sancionar a quienes realizan estas actividades de tráfico.

Por otra parte el Ecuador ha ratificado tanto la *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*,²⁵ así como sus protocolos complementarios sobre trata y tráfico de personas, esto es: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños,²⁶ y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.²⁷

Respecto a la trata, el mencionado protocolo prevé una serie de medidas para la prevención y sanción de la trata, así como derechos de las víctimas de trata durante su estadía en el país y durante su repatriación a su país de origen o residencia. Estos derechos se orientan en general a la recuperación física, psicológica y social de quienes han sido víctimas de este delito transnacional.

En cuanto al tráfico de migrantes, según el art. 343 inc. 2 del Código Penal ecuatoriano, las víctimas del tráfico ilegal de migrantes *no tienen responsabilidad penal por haber sido inducidos al uso de documentos de viaje falsificados* por terceras personas. Además, según el art. 440b del mismo Código, si las víctimas del tráfico ilegal sufren lesiones o mueren quienes realizan este tráfico son sancionados con reclusión que puede ir de seis a doce años, según la gravedad del daño producido a la víctima del tráfico.

En resumen, en el caso del tráfico como en el de la trata hay que diferenciar claramente dos grupos muy distintos. Por un lado, aquellos que organizan estos traslados ilegales (por ejemplo, los coyotes), a los cuales las normas internacionales respectivas vigentes en Ecuador consideran como grupos delictivos transnacionales. Por otro lado, las víctimas de estos grupos de traficantes, las cuales son personas a los que estos instrumentos internacionales no sancionan sino respecto a los cuales establecen la obligación del Estado ecuatoriano de protección de sus derechos humanos básicos, generalmente violados por estos traficantes.

de personas, especialmente mujeres y niños. Puede obtenerse el documento en la base legal de datos de ACNUR: www.acnur.org

25. Esta Convención entró en vigencia a nivel internacional el 29 de septiembre de 2003. Ecuador la ratificó como consta en el Decreto Ejecutivo 2521, publicado en el R.O. 197 del 24 de octubre de 2003.

26. Entró en vigor a nivel internacional el 25 de diciembre de 2003.

27. Entró en vigor a nivel internacional el 28 de enero de 2004.

DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD, HIJOS E HIJAS DE INMIGRANTES Y REFUGIADOS

Al igual que en el caso de sus padres, la regla general es la igualdad de trato con los hijos de ecuatorianos y de nacionalidad ecuatoriana. En este sentido, el art. 2 de la Convención internacional de los Derechos del Niño, del cual es parte Ecuador,²⁸ establece el principio de no discriminación de los derechos básicos de los niños, independientemente de su raza, origen nacional o étnico o el de sus padres o representantes legales. Este mismo principio de no discriminación consta en el art. 6 del *Código Ecuatoriano de la Niñez y Adolescencia*.

La Convención sobre trabajadores migratorios también protege los derechos de los hijos de los migrantes, documentados o no. De forma que las autoridades migratorias ecuatorianas deben en particular respetar los siguientes derechos, establecidos en los arts. 29 y 30 de la Convención:

- El derecho de los hijos de los trabajadores migrantes a tener un nombre, *el registro de su nacimiento* y a tener una nacionalidad.²⁹ También el Código ecuatoriano de la Niñez y Adolescencia en sus artículos 33 y 35 establecen estos derechos y disponen la imposición de sanciones a las autoridades que los nieguen.
Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24 establece el mismo derecho.³⁰
- El derecho de los hijos de los trabajadores migrantes a acceder a la educación y recibir igual trato que los ecuatorianos. No puede negarse acceso a la educación pública primaria debido a la situación migratoria ilegal de los padres o hijos.³¹ El art. 67 de la Constitución ecuatoriana establece la educación obligatoria y gratuita hasta el nivel básico, y gratuita hasta el bachillerato o su equivalente.

En el caso de los niños refugiados, la Convención de los Derechos del Niño en su art. 22 dispone que estos niños gozarán de todos los derechos básicos que la Convención garantiza a todos los niños. Además el Estado ecuatoriano y los organismos in-

28. Ratificado por Ecuador el 23 de marzo de 1990.

29. También el art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño, del cual es parte Ecuador, establece: "1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Estos mismos derechos los reconoce el art. 49 de la Constitución ecuatoriana y el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también ratificada por Ecuador el 6 de marzo de 1969.

30. Este Pacto fue ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

31. También el art. 28, numeral 1, literal a de la Convención de los Derechos del Niño establece la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.

ternacionales pertinentes están obligados a hacer todos los esfuerzos para encontrar a sus padres u otros miembros de su familia y reunirlo con ellos así como brindar al niño refugiado la misma protección a la que los niños ecuatorianos tienen derecho cuando se hallan separados de su familia.³²

Así mismo, el art. 58 del Código Ecuatoriano de la Niñez y Adolescencia establece: “Los niños, niñas y adolescentes que soliciten o a quienes se les haya concedido el estatuto de refugiado, tienen derecho a recibir protección humanitaria y la asistencia necesaria para el pleno disfrute de sus derechos. El mismo derecho asiste a sus progenitores y a las personas encargadas de su cuidado”.

DERECHOS LABORALES

Los trabajadores migrantes tienen ciertos derechos laborales básicos sin importar si son migrantes documentados o indocumentados. Esto es importante destacarlo porque según la Convención³³ son quienes trafican o contratan ilegalmente trabajadores indocumentados los que deben ser o pueden ser sancionados, mientras que ciertos derechos laborales de los migrantes no pueden ser violados bajo el argumento de la situación migratoria ilegal de estas personas.

El principio general en cuanto a remuneración, según el art. 25 de la Convención de derechos de todos los migrantes, es que los trabajadores migrantes tienen derecho a un trato igual a los ecuatorianos. Esta igualdad se extiende a las condiciones de trabajo y a las condiciones de empleo. Las *condiciones de trabajo* comprenden aspectos como horarios, descansos, vacaciones, seguridad social, salud y fin de la relación laboral, entre otras. Por *condiciones de empleo* se entienden, por ejemplo, edad mínima de empleo y restricción de trabajo a domicilio. Esta igualdad en el trato no puede ser alterada mediante contratos de trabajo,³⁴ ni desconocida³⁵ debido a irregularidades en la permanencia o empleo del migrante.

Así mismo los trabajadores migrantes tienen derecho a formar parte de sindicatos u otras asociaciones y a recibir asistencia de ellos, así como a recibir igual trato en cuanto a sus prestaciones de seguridad social.³⁶

32. También en el caso de los trabajadores migrantes documentados o regulares el art. 44 de la Convención de protección de derechos de todos los trabajadores migratorios, establece el derecho de reunificación familiar, esto es el derecho a mantener la unidad de las familias de los trabajadores migratorios mediante su reunión con sus cónyuges e hijos.

33. Art. 68 de la Convención para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes.

34. Esto es ratificado por el art. 82 de la Convención que, de forma más general, también establece que los derechos de los trabajadores migratorios son irrenunciables.

35. Según el art. 25 de la Convención.

36. Arts. 26 y 27 de la Convención.

Hay que señalar que *en el caso de los trabajadores migrantes documentados o regulares* la Convención establece derechos laborales adicionales a los que tienen todos los trabajadores independientemente de su condición migratoria. Estos derechos adicionales consisten, entre otros, en la facultad para establecer asociaciones y sindicatos (art. 40), derecho a transferir sus ingresos y ahorros a su país de origen (art. 47), autorización de residencia por el mismo tiempo de la autorización de empleo (art. 49), libertad de elección de su actividad remunerada (art. 52) e igualdad de trato con los ecuatorianos en cuanto a protección contra despidos, prestaciones de desempleo, acceso a programas públicos contra el desempleo, acceso a nuevos puestos de trabajo y a recurrir ante los jueces en casos de violaciones contractuales (art. 54).

En cuanto a la legislación ecuatoriana, el art. 569 del Código del Trabajo dispone que el Director Nacional de Empleo u otras autoridades del Ministerio de Trabajo, según la provincia de que se trate, otorguen un certificado o autorización de empleo, previo a la obtención, renovación o modificación de visado y de la inscripción en el registro de extranjeros. Adicionalmente, las leyes de defensa profesional de artesanos, arquitectos, ingenieros, administradores, médicos, artistas, periodistas entre otras, exigen procedimientos de convalidación de títulos o agremiación previo al ejercicio profesional. En todo caso, lo que queremos destacar es que incluso cuando los inmigrantes trabajan sin autorización legal estos tienen ciertos derechos humanos que no se pueden ni deben violar.

GOBIERNOS LOCALES

Aunque el control migratorio es fundamentalmente ejercido por autoridades del gobierno central (por ejemplo policía y autoridades de migración), los gobiernos locales (municipios, concejos provinciales, juntas parroquiales) tienen un importante rol en el área de las políticas migratorias, especialmente en cuanto hace relación a la provisión de servicios públicos a los inmigrantes. Este rol ha sido siempre evidente en Ecuador en cuanto a la atención a quienes migraban desde los sectores rurales del país hacia las ciudades. Actualmente, empero, el panorama se complica con el crecimiento de la inmigración internacional desde Colombia y Perú.

Conflicto entre las normas que regulan la Organización Mundial del Comercio y las que regulan la integración ¿Cuáles prevalecen?

Griselda Carina Llorente*

El empeño por conseguir la complementariedad entre el comercio multilateral, con su propósito de ir liberalizando el comercio, y la proliferación de un sin número de acuerdos comerciales regionales es el desafío que hoy día la OMC debe enfrentar. Si bien en apariencia, existe una dicotomía entre el multilateralismo económico y el regionalismo económico, tal bifurcación no cobra una significativa relevancia, dado que ambos regímenes se pueden complementar y aun potenciar. El conflicto entre el librecomercio y el proteccionismo es un proceso dinámico que requiere de una organización que contenga a la comunidad internacional y pueda desafiar dichos problemas y superarlos eficazmente. Si bien la OMC parece estar cumpliendo ese rol, su éxito, fruto de su credibilidad, dependerá exclusivamente del apoyo que sus miembros le brinden.

FORO

INTRODUCCIÓN

Los proyectos de integración, junto con los *acuerdos de preferencias comerciales* tienen una larga trayectoria en los países de América Latina. Si bien existieron experiencias de diferentes integraciones a inicios del siglo XX, los principales programas de integración económica se sucedieron al final de la Segunda Guerra Mundial. Las ventajas de la integración como una vía para la industrialización de los países y como un instrumento para insertarse en el contexto internacional, fueron impulsados por las ideas de la CEPAL.¹ En consecuencia, en este contexto se firmaron los primeros acuerdos regionales, como el MCCA y la ALALC.

* Asistente del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico –CEIDIE– Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

1. El objetivo *cepalino* era superar los costos de la sustitución de importaciones promoviendo economías de escala.

La etapa inaugurada en los años 90 difiere de lo antes mencionado: los países comenzaron una apertura unilateral de su comercio, mientras buscaban la inserción internacional con compromisos regionales.² El fortalecimiento multilateral, concluida la Ronda Uruguay, y el paralelo crecimiento del fenómeno del regionalismo, se manifiesta como una realidad de la coyuntura económica internacional, evidente en el ámbito latinoamericano. En razón de ello, resulta fundamental resaltar las implicancias que el fenómeno de la inserción de los países en los distintos procesos de liberalización comercial, regidos por la normativa multilateral como por acuerdos regionales, pueden tener para una concepción de desarrollo integrado en la región latinoamericana.

ENFOQUE DE LA PROBLEMÁTICA

La Organización Mundial del Comercio –OMC–, instituida al finalizar la Ronda Uruguay en 1994, se ha convertido en el principal foro en el cual se realizan las negociaciones multilaterales entre los Estados que la integran. El empeño por conseguir la complementariedad entre el comercio multilateral, con su propósito de ir liberalizando el comercio, y la proliferación de un sinnúmero de acuerdos comerciales regionales³ –en adelante ACR– es el desafío que hoy día la OMC debe enfrentar. La creación de la OMC dio comienzo a una nueva etapa en el régimen del comercio internacional, dado que se terminó con una época de tentaciones neoproteccionistas de los principales actores del comercio internacional,⁴ e incluyó nuevos ámbitos que reforzaron el sistema, tales como servicios, propiedad intelectual, agricultura e inversiones relacionadas con el comercio. De este modo se comienza a expandir el comercio a nivel multilateral, y se garantiza dentro de un marco institucional estable, que se supervise el cumplimiento de los acuerdos.

Si bien, en apariencia, existe una dicotomía entre el *multilateralismo económico*, en el cual todos los Estados negocian entre sí, bajo condiciones de igualdad, extendiendo los beneficios otorgados a todos los integrantes; y el *regionalismo económico*, en el cual determinados Estados negocian entre ellos, sin que los beneficios sean necesariamente extendidos hacia otros Estados, no integrantes del bloque, tal dicotomía no cobra una significativa relevancia, dado que ambos regímenes se pueden complementar y aun potenciar.

-
2. En esta etapa se impulsaron esquemas ya existentes como el MCCA, el Grupo Andino, la ALADI, el CARICOM; y se crearon nuevos, como el MERCOSUR.
 3. Aunque en el ámbito de la OMC el término utilizado es el de “acuerdos regionales”, cabe destacar que este término incluye además acuerdos de libre comercio bilaterales entre estados o grupos de países que no se encuentran en la región.
 4. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio entró en vigor el 01/01/48. Cabe señalar, que durante su vigencia, el mismo fue aplicado de una manera provisional por medio del Protocolo de Aplicación Provisional de 1947.

Desde una perspectiva *normativa*, hay que diferenciar dos etapas en el sistema de comercio multilateral: a) la primera de ellas en el ámbito del GATT, en el cual la constitución tanto de una Zona de Libre Comercio (ZLC) como de una Unión Aduanera (UA) era avistada como una excepción a la Cláusula de la Nación Más Favorecida –CNMF–, conforme al artículo XXIV del GATT. Complementando el esquema, a partir de 1979 se incorpora la Cláusula de Habilitación, en virtud de la cual se autoriza la concesión unilateral de los países en desarrollo de un trato aduanero preferencial, conforme con el Sistema de Preferencias Generalizado –SPG–. b) la segunda etapa comienza con la creación de la OMC, sustitutiva del GATT.⁵ En esta etapa, se incluyó, además, la excepción a la CNMF en el artículo V del AGCS. A partir de este momento, se comienza a realizar un exhaustivo examen de los ACR y de su compatibilidad con el sistema GATT-OMC, específicamente respecto al artículo XXIV del GATT.⁶

Si bien existe en apariencia un conflicto entre las normas que regulan la OMC y las que regulan la integración, la realidad da un viso de autopotenciación de ambos, es decir, que los acuerdos regionales y las iniciativas multilateralistas se complementan a los fines de lograr una apertura comercial de un modo tal que a los estados individualmente no les sería factible arribar. De este modo, la competencia entre bloques, y entre los bloques y la OMC pueda llegar a derivar, en un futuro, en una fuerza acelerante del proceso de liberalización.

Los bloques negocian con otros bloques y se van complementando, a tal punto que llegará un momento en el que el mundo será un gran bloque y el objetivo del libre comercio se habrá visto cumplido. Mas allá del principio proteccionista que los impulsa en un primer momento, negocian y se potencian. La excepción a la Cláusula de la Nación Más Favorecida no estaría en el GATT si no fuera la manera de plasmar la realidad de este siglo: la proliferación de acuerdos regionales y de integración, y su proliferación ha sido tal que actualmente la mayoría de los Estados miembros de la OMC son partes de uno o más de ellos. Hay que resaltar la importancia de este aumento de acuerdos, que difieren en cuanto a su cobertura, alcance y modalidades. Al amparo de dichos acuerdos, se desarrollan hoy día la mitad del comercio mundial.⁷ En virtud de ello, el Sistema Multilateral de Comercio –SMC– está enfrentando muchos desafíos. La forma en que los mismos sean afrontados condicionará la eficacia de la OMC como centro regulador de las relaciones comerciales, concepto que de-

5. Una particularidad que presenta la OMC es la de tener como un miembro más a las Comunidades Europeas.

6. Un caso en el que se trató el tema fue WT/DS34/R, “Turquía - Restricción a las importaciones de Productos Textiles y de Confecciones”.

7. Entre los más importantes podemos mencionar a la Unión Europea, el MERCOSUR, el NAFTA. Al respecto, ver Hoekman, Bernard & Schiff, Maurice en *Benefiting from regional integration*, p. 549.

pende básicamente de la credibilidad que dicha organización inspire entre sus miembros. El desafío prioritario que debe afrontar la OMC es preservar el sistema logrado, es decir, asegurar todo lo realizado en materia de reglas de Comercio Internacional y acceso a los mercados, frente a la eventualidad de que dichos logros sean revertidos por medidas *neoproteccionistas*. Si bien la OMC cuenta con un mecanismo de examen de políticas comerciales que vela por sus objetivos, así como los órganos permanentes de sus acuerdos revisan periódicamente los mismos para actualizarlos, esto deviene insuficiente.

Otro reto que la organización debe confrontar es lograr mantener la integridad y relevancia del Sistema Multilateral de Comercio frente a la proliferación de acuerdos de integración. Es fundamental que la OMC mantenga su integridad, pero asimismo debe no inmiscuirse en el desarrollo de los procesos de integración, dado que los mismos también favorecen la liberalización tanto de bienes como de servicios, e incluso algunos incluyen el área de las inversiones. En sí, la modificación misma del escenario del comercio mundial representa un reto para la OMC, dado que los ACR pueden provocar la desviación del comercio y la inversión; pero por otro lado pueden ser una oportunidad, dado que se generan fuerzas regionales dinámicas que benefician un intercambio comercial más libre.⁸

LA NORMATIVA MULTILATERAL DEL GATT/OMC Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

INTEGRACIÓN: UN ENFOQUE GENERAL

La integración, en su faz económica, es un proceso social que vincula a dos o más Estados en el escenario de las Relaciones Internacionales. En los casos de los Países en Desarrollo, la integración se encuadra en su política de desarrollo económico y social. Por medio de la búsqueda de un desarrollo integral, se trata de efectivizar acciones que gradualmente beneficien a los socios y disminuyan los costos de una apertura abrupta a la competencia exterior.

Conforme a su grado de profundización, se categorizan los acuerdos de integración en: Áreas de preferencias arancelarias, Zonas de Libre Comercio, Uniones Aduaneras, Mercados Comunes y Uniones Económicas.⁹

8. Hay que tener en cuenta que el fenómeno del regionalismo surgió en forma paralela al incremento acelerado del comercio internacional.

9. Para profundizar el tema ver la teoría clásica de la integración económica sobre uniones aduaneras en Odete Maria de Oliveira, "Regionalismo", en Weber Barral, *O Brasil e a OMC*, p. 150.

Las normas del GATT admitieron acuerdos que tuvieran la categoría de ZLC o UA, permitiendo que sus ventajas no se extendieran a las demás Partes Contratantes.

CONCEPCIÓN GENERAL SOBRE EL MULTILATERALISMO

El multilateralismo en las relaciones económicas internacionales está directamente relacionado con el derecho internacional económico.¹⁰ La OMC aparece como el organismo regulador de esas relaciones. Dado el impresionante aumento de las negociaciones entre naciones, se propuso la creación de una organización destinada a tratar específicamente las cuestiones del comercio internacional. Así la OMC aparece con la finalidad de reglamentar ese comercio, cuyas decisiones, amparadas por normas jurídicas y técnicas, desprovistas de carácter político, se basan en los principios de los Estados que la integran.

El multilateralismo económico supone la participación de los países en el comercio internacional, como forma de eliminar sus diferencias económicas, sociales y culturales. Pero se ve cuestionado por la preferencia por parte de los actores en las relaciones económicas por el regionalismo. Nos encontramos entonces con dos procesos paralelos que obedecen a lógicas diferentes: por un lado, la creciente importancia del SMC, y por otro, la proliferación de ACR.¹¹ La constitución de la OMC inauguró, en la sociedad internacional, una nueva forma de promover el comercio basado en el multilateralismo económico, mecanismo por el cual los Estados actúan y negocian en conjunto,¹² teniendo como puntos comunes la existencia de un ordenamiento jurídico internacional, previamente negociado en una organización capaz de velar por la correcta aplicación de las normas.

Existen opiniones encontradas sobre los ACR: Para algunos impulsan el avance de la liberalización del comercio y de la inversión, lo que coadyuva a generar comercio e inversión a escala mundial. Para otros autores, la discriminación implícita en esos acuerdos provoca desviación del comercio y de la inversión.¹³

10. Ver Lupi, en André Lipp Bastos Leal, *Soberanía, OMC e Mercosur*, San Pablo, Ed. Aduaneiras, 2001, pp. 128 y ss.

11. Eduardo Biachi Gomes, "As negociações comerciais multilaterais e o regionalismo economico", en Luis Otávio Pimentel, org., *Direito e da Integração*, Brasil, Fundação BOITEUX, 2003, cita el ejemplo del MERCOSUR, que busca la celebración de acuerdos con otros países y con otras organizaciones internacionales, como es el caso de la Comunidad Andina y la Unión Europea, y al mismo tiempo un consenso entre sus participantes y los demás países del continente americano con vistas a la constitución del ALCA.

12. En las negociaciones de la OMC la regla es la denominada "Single undertaking", mecanismo por el cual la organización adquiere una unidad de ordenamiento jurídico.

13. La desviación del comercio significa que las importaciones de terceros países son reemplazadas por importacio-

Si vemos a los ACR desde una óptica *estática*, los mismos deben provocar que la eficiencia mundial se vea incrementada (tomando la postura de que su principal consecuencia es crear inversiones y comercio y no desviar las ya existentes). Desde un punto de vista *dinámico*, la OMC debe velar porque los ACR no se utilicen de una manera discriminatoria, como sustitutos de acuerdos globales.¹⁴ Empíricamente los ACR no causan un daño a lo Estados miembros, pero tampoco los benefician. El problema es que la OMC debe estar preparada para evitar desviaciones del comercio y de la inversión, sin embargo, sus pautas están incompletas y dispersas.

La OMC se debe valer de su estructura y procedimientos institucionales para impulsar de una manera activa la compatibilidad entre los ACR y las reglas de la propia organización: Crear más instituciones y procedimientos no resolverá el problema. En este sentido, homologar los ACR sería una buena propuesta. La autoridad y credibilidad de la OMC puede verse desafiada si en los ACR se incentiva a que sus miembros observen las reglas regionales con más énfasis que las multilaterales, lo que acarrea el riesgo de que los mismos principios de la OMC se vean debilitados, y en mayor medida si se llegara a dar el caso de que se cree un ACR y éste no esté en consonancia con los criterios establecidos en el GATT-OMC.

NORMAS OMC SOBRE INTEGRACIÓN

El objetivo primordial del GATT era obtener una progresiva liberalización del comercio internacional, y la principal herramienta para lograr ese fin era la disminución de las tasas aduaneras. Estaba claramente consensuado que el comercio abierto permitiría a los Estados expandirse, acorde a sus ventajas comparativas, logrando de tal modo un nivel más alto de crecimiento, que se traduciría básicamente en bienestar. Un régimen comercial liberal promovería la anhelada prosperidad. Podemos afirmar que el Principio de No Discriminación es el núcleo del Comercio Internacional, regulado por Normas GATT-OMC, garantizando el mismo trato a los productos de todos los territorios participantes. El Principio de No Discriminación se expresa a través de la CNMF y el Trato Nacional.¹⁵

nes de los socios, lo cual es menos dañoso para las economías domésticas. Consecuentemente, la resistencia será mayor contra la liberalización preferencial que resulta de la creación del comercio. Hoekman, Bernard & Schiff, Maurice, "Benefiting from regional integration", *Developing countries and the WTO. Dispute settlements system* (a hand book), Edited by Bernard Halkman, Aadytya Matto, and Philip English. 2002, pp. 548 y ss.

14. Jaime Serra Puche, "El regionalismo y la OMC", en *Foro Internacional*, vol. XLI, abril-junio 2001, No. 2. revista trimestral publicada por el Colegio de México, Maria Celiatro (directora), pp. 255 y ss.

15. La cláusula de Trato Nacional asegura igual tratamiento a las mercaderías o empresas extranjeras que a las nacionales.

Cláusula de la Nación más Favorecida

Como derivación del principio de igualdad jurídica de los Estados, se inserta en el artículo I del GATT la Cláusula de la Nación más Favorecida, CNMF, la cual aparece como expresión del Principio de No Discriminación, y propugna la noción de que se extiende de manera automática a todos los Estados miembros de la OMC los beneficios, preferencias, concesiones o facilidades que se otorguen o reconozcan a uno de ellos, sin contraprestación alguna. Funciona como fuente de derecho para los Estados que intervienen en negociaciones multilaterales,¹⁶ brindándoles el fundamento para petitionar la extensión de beneficios aplicados a otros países en ese mismo marco. Por otro lado, la CNMF actúa como una restricción para el Estado que otorga las concesiones.¹⁷ Este principio establece que toda ventaja comercial concedida a un país miembro de la OMC, debe obligatoriamente ser concedida a los demás miembros de la organización. Es su finalidad evitar discriminación en el comercio internacional y garantizar iguales oportunidades a sus miembros y así favorecer el intercambio comercial a nivel global y, consecuentemente, el multilateralismo económico, razón misma de existencia de la organización. John Jackson¹⁸ explica que la CNMF¹⁹ es una obligación de tratar las actividades de un país extranjero particular o a sus ciudadanos al menos favorablemente como tratan actividades de cualquier otro país. Por ejemplo, si la nación (A) ha garantizado trato NMF a (B), y luego concede una tarifa más baja a (C) en importaciones de (C) a (A), la nación (A) está obligada a acordar la misma baja en las tarifas también a (B) y sus ciudadanos.

Un pilar de la CNMF es la construcción y preservación de los intereses entre los Estados, por este motivo si bien existen excepciones, las mismas son previstas expresamente y son de una interpretación restrictiva. La excepción que nos interesa, en este estudio, es la integración económica. Halperín²⁰ señala que la indefinición sobre el alcance de las excepciones a la CNMF dentro de un esquema de integración, abre las compuertas para tratamientos discriminatorios y se introduce una amenaza a la subsistencia del vínculo, implicando la posibilidad de segmentaciones que llevan a cuestionar los beneficios del compromiso original entre todos los Estados miembros del

16. Si bien la CNMF aparece principalmente en ACR, su inclusión puede realizarse en tratados sobre cualquier materia, recientemente se incluyó en acuerdos de promoción y protección de inversiones.

17. Ver en este sentido el documento WT/DS69/AB/R.

18. Ver Marcelo Halperín, *Principios jurídicos del multilateralismo económico. Situación de los países en desarrollo*, Argentina, Colección Aroha, 2004, pp. 69 y ss.

19. La CNMF puede ser clasificada de distintas maneras: 1. Por su formulación, puede ser expresa o tácita, 2. Por sus efectos en el tiempo, amplia o limitada, 3. Por su funcionamiento, incondicional o condicional, 4. Por su aplicación en acuerdos preferenciales: hacia adentro o hacia afuera.

20. Marcelo Halperín, *Principios jurídicos del multilateralismo económico. Situación de los países en desarrollo*.

esquema. Señala el mismo autor, que cuando la CNMF es introducida en un acuerdo bilateral, se convierte en un embrión de multilateralismo (caso de los acuerdos de promoción y protección de inversiones extranjeras).

Excepción a la CNMF

Desde un punto de vista normativo, producto de la Ronda Uruguay, tres normas hacen referencia a acuerdos de integración regional: 1. El artículo XXIV del GATT, junto con el Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994; 2. la denominada Cláusula de habilitación; 3. el artículo V del AGCS.

A) Artículo XXIV

El GATT establece el Principio general de NMF, pero luego determina excepciones a ese principio. La excepción referida a acuerdos de integración se encuentra consagrada en el artículo XXIV. Cuando el GATT fue creado, existían diversas áreas preferenciales de comercio, las cuales fueron aceptadas. Así el artículo XXIV²¹ admite ventajas concedidas entre países limítrofes para agilizar el tráfico transfronterizo, ya sea a través de la integración de una ZLC o UA, cuyas ventajas recíprocas entre los participantes no se extiendan a territorios que no formen parte de ellos. La presión de la coyuntura del momento logró que se admitieran estas figuras y además los acuerdos provisionales para llegar a una ZLC o UA.

Como excepción a la CNMF, encontramos, entonces, la disposición del artículo XXIV del GATT, que autoriza la formación tanto de uniones aduaneras como de zonas de libre comercio. La doctrina es unánime al sostener que dichas excepciones serán permitidas en tanto fueran constituidas con el fin de facilitar el comercio entre los territorios de los Estados miembros de esos bloques, sin constituirse en obstáculos al comercio con los demás Estados.²²

Una de las principales controversias reside en saber si la proliferación de procesos de integración es compatible con el sistema de comercio multilateral, basado en la noción de CNMF, o si los mismos la desvirtúan u obstaculizan. Con la práctica del regionalismo los países conceden ventajas o beneficios mutuos en un espacio económico integrado (ZLC, UA, MC) con la finalidad de eliminar las diferencias econó-

21. Este artículo abarca tanto el reconocimiento de acuerdos preferenciales anteriores como la futura celebración de otros.

22. Esta disposición permitió, entre otras cosas, que el sistema de integración europeo fuese admitido en el marco jurídico del comercio internacional establecido en el GATT.

micas, sociales, culturales y comerciales, entre otras, buscando un crecimiento conjunto y mejores condiciones para hacer frente a los demás países y bloques económicos. Los bloques económicos, como las zonas de libre comercio o uniones aduaneras, pueden establecer ventajas recíprocas sin que necesariamente tengan que extenderlas a los demás países miembros de la OMC. En esos casos, esos bloques, en mira de la finalidad meramente económica, son considerados por la OMC espacios comerciales integrados.

Lo que sucede en la OMC es lo siguiente: cada miembro trata a todos los demás miembros igualitariamente como interlocutores comerciales “más favorecidos”. Si un país aumenta sus beneficios que concede a otro interlocutor comercial, tiene que dar ese “mejor” trato a los demás miembros de la OMC de modo que todos sigan siendo “más favorecidos”.²³

La excepción beneficia directamente a los procesos de integración, por cuanto establece que los beneficios concedidos entre los Estados tendrán como límite el espacio económico integrado, o sea: bajo el manto de protección de este principio, los derechos y concesiones que estén en vigor en el bloque económico no necesariamente deben ser concedidos a países no participantes de ese bloque. Si por ejemplo: A, B y C son un grupo de países integrados, los beneficios concedidos en el bloque económico Y, como por ejemplo, la libre circulación de productos, no necesariamente debe ser concedida a los países D, E y F, no integrantes de ese bloque.

La aplicación del principio, que puede ser vista como una limitación al desenvolvimiento del comercio internacional, en verdad le trae beneficios, porque viabiliza un desenvolvimiento equilibrado de los bloques regionales, que también pueden negociar entre sí el establecimiento de otros bloques, como es el caso, por ejemplo de la Comunidad Andina y el MERCOSUR.

El artículo XXIV del GATT define las condiciones que deben satisfacer los ACR para el comercio de mercancías. El objeto del ACR debe ser impulsar el comercio entre sus Estados miembros y no constituirse en obstáculo al comercio con otros Estados miembros de la OMC.²⁴ El párrafo cuarto del artículo XXIV parte de la afirmación de que la creación de una zona de libre comercio o una unión aduanera tiene como objetivo facilitar el comercio entre los territorios que lo conforman, y simultáneamente establece un límite objetivo a los eventuales efectos perjudiciales, dado que impone la obligación de no crear obstáculos a otras Partes Contratantes de esos territorios.

23. Eduardo Biachi Gomes, “As negociações comerciais multilaterais e o regionalismo economico”, en Luis Otávio Pimentel, org., *Direito e da Integração*.

24. En las negociaciones llevadas a cabo en el marco de la Ronda Uruguay, celebradas durante el período 1986-1994, se esclarecieron ciertos puntos del artículo XXIV. Fruto de ello tenemos el “Entendimiento relativo a la Interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General”.

ENTENDIMIENTO RELATIVO A LA INTERPRETACIÓN
DEL ARTÍCULO XXIV DEL GATT

El *Entendimiento relativo a la Interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General* fue aprobado al firmarse el Acuerdo de Marrakech que instituyó a la OMC. Este instrumento jurídico aclaró algunos puntos del artículo XXIV del GATT. Empero, las dudas interpretativas perduran, motivo por el cual es objeto de negociación en la Ronda Doha. El problema es que el artículo XXIV está provisto de un texto muy vago. El texto puede mejorarse sustancialmente, dando a la OMC la supervisión de la convergencia de ACR.

El Convenio de referencia ha venido a resultar una solución parcial para la ambigüedad que el artículo presenta. El Entendimiento hace hincapié en los criterios específicos para verificar el cumplimiento respecto de los niveles arancelarios, pero los criterios siguen siendo insuficientes, y es necesaria la aplicación de un control más estricto sobre la obligatoriedad del principio NMF. Disponer la obligatoriedad del mantenimiento de niveles arancelarios previos a la firma del acuerdo sería una buena opción, de modo que habilitara una transición hacia un Arancel Externo Común –AEC– mínimo.

En su preámbulo se menciona que las partes deben evitar la conclusión de acuerdos que eventualmente produzcan efectos desfavorables sobre el comercio, ya sea en el momento de su constitución o en las sucesivas ampliaciones. Dichos acuerdos deben tener por objetivo facilitar el comercio entre los territorios que lo constituyen y no crear obstáculos al comercio de otros miembros. Con el Entendimiento, se lograron aclarar ciertos puntos (por ejemplo el “plazo razonable” para la duración de acuerdos provisionales se fijó en 10 años). Sin embargo, respecto a otros elementos del artículo XXIV que siguen dando lugar a interpretaciones encontradas, no se pudo consensuar una solución, y subsisten hasta la actualidad. El desacuerdo sobre la interpretación de algunos puntos del artículo llevó a que los Grupos de Trabajo no llegaran a declarar la compatibilidad de los acuerdos que analizan con las reglas multilaterales del artículo XXIV.²⁵

B) Artículo V AGCS

El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, adoptado en 1994, considera también la posibilidad de brindar un trato diferenciado entre algunos países, sin la obligación de extenderlo a los demás miembros de la OMC. El artículo exige que el

25. Ver en este punto la referencia a los Grupos de Trabajo y al actual Comité de Acuerdos Regionales.

ACR tenga una cobertura sustancial, en cuanto al número de sectores, volumen de comercio afectado y modos de prestación.²⁶ El artículo V requiere que se eliminen las medidas restrictivas entre las partes comprendidas en el acuerdo (“listas positivas”), y que no se establezcan nuevas restricciones con el objeto de evitar discriminaciones entre sus participantes. Asimismo provee un trato más favorable a los países en desarrollo. También existen dudas sobre el alcance de algunas de sus disposiciones.

C) La Cláusula de Habilitación

La Cláusula de Habilitación fue introducida en 1979. La misma regula los arreglos preferenciales referidos al comercio de mercancías entre países en desarrollo miembros. Dichos arreglos deben ser notificados al Comité de Comercio y Desarrollo. Sin embargo, están exentos del examen que realiza regularmente el Comité de Acuerdos Comerciales Regionales –CACR–.

La mencionada cláusula brinda un marco regulatorio a aquellos programas no recíprocos que se establezcan al amparo del Sistema Generalizado de Preferencias. En virtud de este sistema, los países desarrollados permiten que las importaciones procedentes de Países en Desarrollo se encuadren en un régimen de franquicia arancelaria o con tarifas arancelarias menores que las usuales. En estos acuerdos preferenciales no recíprocos participan países en desarrollo y países desarrollados. Al cerrar un acuerdo de este tipo, los miembros de la OMC firmantes deben solicitar una exención de aplicación de las normas OMC.²⁷

La Cláusula de referencia fue instrumentada por medio de una Decisión de las Partes Contratantes al término de la Ronda Tokio (1979), denominada “Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los Países en Desarrollo”. En virtud de ella se autoriza la concesión unilateral a países en desarrollo de un trato aduanero preferencial conforme con el SPG. Las mismas son ventajas de una sola vía, dado que la parte menos desarrollada no está obligada a otorgar preferencias a las partes más desarrolladas. Así, se consolidaron acuerdos comerciales entre países en desarrollo sin cumplir los requisitos del artículo XXIV del GATT, pero que generaron un aumento significativo de los flujos comerciales entre algunos países. Esta cláusula fue la base jurídica de varios acuerdos en América Latina, firmados en el marco de la ALADI.

26. El AGCS estableció cuatro modalidades de prestación de servicios: 1. El movimiento transfronterizo de los servicios; 2. El traslado de los consumidores al país de importación; 3. El establecimiento de una presencia comercial en el país en que ha de prestarse el servicio; y, 4. El traslado de personas físicas a otro país para prestar en él los servicios.

27. Por ejemplo, la Ley de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe y el Acuerdo de Cotonou firmado por las Comunidades Europeas y los países ACP en sustitución de la Convención de Lomé.

Evaluación de los Acuerdos comerciales regionales: compatibilidad con las reglas multilaterales

En el marco del GATT de 1947, una vez realizada la notificación, las partes del acuerdo lo colocaban a disposición de todos los Estados con los cuales mantenían relaciones comerciales. Los mismos, analizaban las eventuales consecuencias en función a sus intereses. Por otro lado, el Grupo de trabajo elaboraba un informe, que posteriormente se elevaba al Consejo con la finalidad de que el mismo decidiera si el acuerdo en análisis era o no compatible con el artículo XXIV. Las Partes Contratantes no podían concluir un ACR si no era de modo absoluto compatible con el GATT.²⁸

Cuando se crea la OMC, el examen de los acuerdos queda en la esfera de las funciones del Comité de Acuerdos Regionales.²⁹ De este modo, se centralizó en un órgano los esfuerzos de distintos Grupos de Trabajo avocados al examen de las consecuencias de los ACR en la esfera multilateral. El consejo se expide mediante una recomendación basada en el art. XXIV párrafo 7, a). En la misma línea, el párrafo 10 del mismo artículo prevé que las Partes Contratantes pueden aprobar, mediante una mayoría de 2/3, propuestas de creación de zonas de libre comercio o uniones aduaneras.

A) Comité de Acuerdos Comerciales Regionales –CACR–

El Comité de Acuerdos Comerciales Regionales fue establecido por el Consejo General de la OMC en febrero de 1996. Su función consiste básicamente en supervisar la totalidad de ACR, reemplazando de este modo a los distintos Grupos de Trabajo que anteriormente se encargaban cada uno de un ACR distinto. Es también su función, evaluar los efectos sistémicos que dichos acuerdos pueden producir en la esfera del SMC; además el Comité debe impulsar a los Estados que han firmado esta clase de acuerdos a brindar la información necesaria sobre los mismos. La cantidad de acuerdos notificados es significativa.³⁰ Actualmente el Comité se encuentra examinando más de 150 ACR.

28. Una de las pocas excepciones fue el caso de la República Checa y Eslovaquia.

29. El CACR fue creado el 6 de febrero de 1996 por Decisión del Consejo General de la OMC.

30. Según información brindada por la OMC, hasta julio de 2005 se notificaron más de 300 ACR al GATT-OMC, de los cuales se encuentran en vigor 128 ACR notificados conforme al artículo XXIV, 21 en virtud de la Cláusula de Habilitación, y 31 en virtud del art. 5 del AGCS.

PROCEDIMIENTO

Para examinar en forma adecuada y coherente un ACR, el Comité desarrolló un procedimiento, cuyo pilar fundamental es la recolección de información. El objeto del procedimiento es evaluar la compatibilidad de las disposiciones de la OMC respecto de cada acuerdo. Empero no se ha logrado un consenso entre los miembros de la OMC sobre la interpretación de los criterios necesarios para examinar esa compatibilidad. Consecuentemente, se acumulan informes sin concluir y hasta el presente solo hubo consenso sobre un caso “La unión aduanera entre la República Checa y la República Eslovaca”, la cual ha sido conformada luego de la desintegración de Checoslovaquia, acuerdo que resultó compatible con el artículo XXIV.

El comité especial discute las implicancias sistémicas y examina cada uno de los ACR. Si bien existen pautas bastantes precisas para evitar que los ACR erosionen el sistema, la necesidad de interpretación sigue vigente. Las implicancias sistémicas se transformaron en un problema de interpretación como preludio de su ulterior negociación. Como comenta Peña:³¹ “En particular, se ha estado trabajando para definir, en forma más precisa, qué se debe entender por la eliminación de las barreras en lo esencial de los intercambios comerciales, el compromiso de no erigir obstáculos al comercio de las otras partes contratantes que no son miembros del acuerdo, las reglas de origen, etc.”

El problema que se suscita es que los miembros que ya tienen acuerdos temen que los mismos se tornen incompatibles con las nuevas disposiciones. En todos aquellos Estados que no forman parte de acuerdos de este tipo, anhelan beneficiarse de la flexibilidad que tuvieron aquellos que ya han suscrito ACR. En conclusión, los únicos que impulsan nuevas y mayores disciplinas son aquellos miembros que no tienen acuerdos ni aspiran a uno, situación que refleja la minoría de los miembros OMC.

El Comité debe tomar más protagonismo. No solo debe revisar la redacción de los ACR, sino también evaluar sus etapas tanto en la negociación, como en la implementación. Como fue mencionado, una forma para viabilizar dicho contralor pueden ser los procedimientos del MPRC y MRPI. De este modo, se eleva la posibilidad de aplicar el artículo XXIV y vigilar su cumplimiento. Lo sumamente importante es que la OMC supervise la formación de estos bloques, para garantizar que los acuerdos se articulen de una manera coherente con los objetivos del SMC, aprovechando que la integración regional puede funcionar como un impulso para la apertura mundial de aquellas economías que aún presentan características proteccionistas.

31. Alejandro de la Peña, “Principales retos para el sistema multilateral de comercio en los próximos años”, en *Foro Internacional*, vol. XLI, abril-junio 2001, No. 2, revista trimestral publicada por el Colegio de México, María Celiatro, Dir., pp. 244 y ss.

B) Grupo de negociación sobre normas

Si bien el Comité examina acuerdos, se decidió que exista un canal de negociación específico. En el año 2002 fue creado a tal efecto un grupo de negociación sobre las normas para mejorar las disciplinas sobre la aplicación de medidas antidumping, subvenciones y medidas compensatorias, subvenciones a la pesca y ACR.

El Grupo ha elaborado proyectos de procedimientos que impulsan una mayor transparencia en los ACR. Recientemente, se elaboró un proyecto sobre la notificación de los ACR de una manera más pronta,³² así como una sustantiva mejora respecto de la información requerida. La secretaría deberá participar más activamente en la presentación de informes.

Tras la Conferencia Ministerial de la OMC, Hong Kong 2005, el Grupo de Negociación acordó la implementación de un programa de trabajo intensivo para finalizar un proyecto de acuerdo relativo a la transparencia, y el avance de cuestiones sistémicas.

A MODO DE REFLEXIÓN

NECESIDAD DE REVISAR LAS NORMAS DE LA OMC

Atentos al aumento de ACR, se torna proporcional la necesidad de analizar una posible aclaración de las normas de la OMC referentes a los mismos. ¿Pero cómo aclarar las normas si los miembros OMC discrepan en cuanto a la misma esencia de los ACR? Algunos consideran que son útiles para el SMC, mientras que otros afirman que lo obstaculiza. Para quienes sostienen que los ACR fortalecen el sistema multilateral, afirman que se puede avanzar más rápidamente de modo de contribuir a la inserción de los países en desarrollo en la economía mundial. Las normas OMC deben ser revisadas, y no reinterpretadas³³ de forma tal que los dos sistemas puedan potenciarse, teniendo en cuenta que la yuxtaposición entre sus miembros con el pasar del tiempo es mayor.

Se pueden diferenciar dos cuestiones claras en las cuales las normas OMC necesitan ser revisadas.

32. Por medio de la Decisión de 1992 (IBDD 195/14) se estableció que la notificación de los acuerdos debe realizarse después de que los mismos sean firmados. Los ACR celebrados bajo las condiciones del art. XXIV del GATT se notifican al Consejo de Comercio de Mercaderías (CCM); los de la Cláusula de Habilitación al Comité de Comercio y Desarrollo (CCD); los de Comercio de Servicios, al Consejo de Comercio de Servicios (CCS).

33. En este punto hay que recordar que el artículo XXIV fue reinterpretado en el "Entendimiento relativo a la Interpretación del artículo XXIV del Acuerdo General".

1. *La cuestión jurídica:* El artículo XXIV del GATT requiere que un ACR abarque “sustancialmente todo el comercio” de mercancías entre sus miembros. De igual modo, el art. V del AGCS exige una “cobertura sectorial sustancial” en los servicios. El significado de estas expresiones es ambiguo, y los miembros OMC no llegan a un consenso al respecto, lo que se traduce en una frondosa dificultad a la hora de tener que evaluar si determinado ACR (que incluye tópicos sensibles como ser la agricultura) es compatible con las normas OMC.
2. *La cuestión económica:* Antaño los ACR afectaban temas que no iban más allá de las preferencias arancelarias, pero hoy día repercuten en el desarrollo del comercio internacional. La actual coyuntura entre el regionalismo y el multilateralismo se convirtió en una cuestión sistémica básica. El hecho de que se acumulen cada vez más informes sin concluir por parte del Comité, y la falta de consenso de los miembros sobre la configuración de las cuestiones básicas mencionadas *up supra*, manifiesta el peligro que la OMC corre en este ámbito que parece no poder controlar. El fomento del desarrollo puede verse frustrado si no se le presta debida atención al rol de los ACR. Si bien los Miembros de la OMC se comprometieron a impulsar políticamente el tema,³⁴ la cuestión subyace y preocupa. La Declaración Ministerial prescribe la concertación de negociaciones destinadas a “aclarar y mejorar las disciplinas y procedimientos previstos en las disposiciones vigentes de la OMC aplicables a los acuerdos comerciales regionales. En las negociaciones se tendrán en cuenta los aspectos de los acuerdos comerciales relativos al desarrollo”.³⁵

CONSIDERACIONES FINALES

El proceso de globalización económica está relacionado con el multilateralismo económico (ámbito OMC) para lo cual debe ser extendido, cada vez más, a un mayor número de países. En la práctica aumenta la desigualdad entre las economías de los países, por cuanto los países desarrollados que son portadores de tecnología, concentran cada vez más la riqueza, mientras que los países periféricos, que solamente exportan productos manufacturados, sin agregarle cualquier valor tecnológico, quedan más dependientes del capital y tecnología extranjera. En el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, se tiene al proceso del regionalismo económico, que de forma alguna se opone al proceso de globalización económico, más si lo complementa.

34. Compromiso adoptado en el marco de la Conferencia Ministerial de Doha de noviembre 2001.

35. Para profundizar el tema, ver la Declaración de Doha.

En una economía globalizada se torna más viable para los países periféricos buscar inicialmente el desarrollo económico de determinada región, en el cual todos tengan objetivos comunes de crecimiento, para que en un segundo momento, buscar una mejor inserción en la economía internacional.

El regionalismo económico es defendido por la propia OMC, pues a través de la aplicación del Principio NMF, pueden los países asociarse en espacios económicos integrados con una finalidad de obtener ventajas comerciales recíprocas, sin ser obligados a concederlas a países que no forman parte del mismo bloque económico. Estos bloques pueden firmar acuerdos internacionales con otros países u otros procesos de integración.

Los logros de la OMC en las últimas décadas han sido de tal magnitud que ningún miembro se ha retirado de la organización. Si bien quedan muchos temas en el tintero, y los retos parecen cada vez de mayor magnitud, con el tiempo se superarán, empero algunos nunca de una manera enteramente satisfactoria. El conflicto entre el librecambio y el proteccionismo es un proceso dinámico que requiere de una organización que contenga a la comunidad internacional y pueda desafiar dichos problemas y superarlos eficazmente. Si bien la OMC parece estar cumpliendo ese rol, su éxito, fruto de su credibilidad, dependerá exclusivamente del apoyo que sus miembros le brinden.

La discusión sobre el regionalismo se encuentra incluida en los “Temas de Doha”,³⁶ para ser discutidos en la Ronda del Desarrollo. Ya en los primeros trabajos, se elaboró una lista de temas para negociar al respecto. Es de suma importancia destacar lo manifestado en la VI Reunión Ministerial de Hong Kong,³⁷ donde se sostiene que los ACR han pasado a ser un elemento fundamental de la política comercial de casi todos los miembros y se afirma que se debe asegurar la transparencia de los acuerdos y su complementariedad con las normas multilaterales de la OMC. Lo mencionado *ut supra* verifica la conclusión a la que se arribó a lo largo de este trabajo: ninguna normativa prevalece sino que las normas multilaterales y las normas que rigen la integración se complementan y potencian.

ABREVIATURAS

ACR	Acuerdos Comerciales Regionales.
AEC	Arancel Externo Común.

36. Ver Declaración Ministerial de Doha, párrafo 29.

37. Anexo “D” de la Declaración adoptada el 18 de diciembre de 2005.

AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración.
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.
CACR	Comité de Acuerdos Comerciales Regionales
CARICOM	Comunidad del Caribe.
CCD	Comité de Comercio y Desarrollo.
CCM	Consejo de Comercio de Mercaderías.
CCS	Consejo de Comercio de Servicios.
CEPAL	Comisión económica para América Latina y el Caribe.
CNMF	Cláusula de la Nación Más Favorecida.
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (por sus siglas en inglés).
MC	Mercado Común.
MCCA	Mercado Común Centroamericano.
MERCOSUR	Mercado Común del Sur.
MPRC	Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
SMC	Sistema Multilateral de Comercio.
SPG	Sistema de Preferencias Generalizado.
UA	Unión Aduanera.
ZLC	Zona de Libre Comercio.

BIBLIOGRAFÍA

- Alemann, Roberto, *El nuevo paradigma de la política comercial internacional*, Agenda internacional, Visión desde el sur, año 1, No. 2, Buenos Aires, Fundación visión desde el sur, 2004.
- Biachi Gomes, Eduardo, “As negociações comerciais multilaterais e o regionalismo econômico”, en Luis Otávio Pimentel, org., *Direito e da Integração*, Brasil, Fundação BOITEUX, 2003.
- De la Peña, Alejandro, “Principales retos para el sistema multilateral de comercio en los próximos años”, en *Foro Internacional*, vol. XLI, abril-junio 2001, No. 2, Revista trimestral publicada por el Colegio de México, María Celiatro (directora).
- Frankel, Jeffrey, “A political economy survey of regionalism’s effect on global liberalization”, en *Regional trading blocs in the world economic system*, Washington D.C., Institute for International Economics, october 1997.
- Gudynas, Eduardo, “El nuevo debate sobre la integración”, www.integracionsur.com/publicaciones/GudynasDebateIntegracionTme185.pdf
- “Integración blanda y comercio rígido”, www.globalizacion.org/publicaciones/GudynasRDS159.pdf

- Halperín, Marcelo, “Principios jurídicos del multilateralismo económico. Situación de los países en desarrollo”, Colección Aroha, Argentina, 2004.
- Hoekman, Bernard & Schiff, Maurice, “Benefiting from regional integration”, Developing countries and the WTO, Dispute settlements system (a hand book). Edited by Bernard Halkman, Aadytya Matto, and Philip English. 2002
- Hyczy Lisboa, Grazielle, “A busca pelo comércio internacional a través de acordos multilaterais”, en Luis Otávio Pimentel, org., *Direito e da Integração*, Brasil, Fundação BOITEUX, 2003.
- Mata Diz, Jamile B., “La formación de acuerdos regionales y el papel de la OMC: breves consideraciones”, en Luis Otávio Pimentel, org., *Direito e da Integração*, Brasil, Fundação BOITEUX, 2003.
- Mayoral, Alejandro, “MERCOSUR, los problemas de la integración”, en *Archivos del presente*, año 5, No. 18, Buenos Aires, octubre, noviembre y diciembre 1999.
- Negro, Sandra Cecília, “Os acordos de integração regional e as suas relações com o sistema GATT-OMC”, en Dal Ri Junior, Arno & Odete Maria de Oliveira, orgs., *Direito Internacional economico em expansão - Desafios e dilemas*, Rio Grande do Sul, Brasil, Fondazione Cassamarca, Editora Unijul, 2003.
- Odete Maria de Oliveira, “Regionalismo”, en Weber Barral, org., *O Brasil e a OMC*, Curitiba, Juma Editora, 2002, 2a. ed. revisada y actualizada.
- OMC, “Los textos jurídicos. Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Editorial Publicaciones de la OMC, 2003.
- Piaggi, Ana & Vanossi, Reinaldo, “Integración: Idea y realidad”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, vol. 39, Buenos Aires, 1999.
- Serra Puche, Jaime, “El regionalismo y la OMC”, en *Foro Internacional*, vol. XLI, abril-junio 2001, No. 2, revista trimestral publicada por el Colegio de México. Maria Celiatro (directora).
- Soares Leite, Rafael. “Entre o global e o regional”, en Luis Otávio Pimentel, org., *Direito e da Integração*, Brasil, Fundação BOITEUX, 2003.
- WTO, “Acuerdos Regionales: ¿Elementos constructivos u obstáculos?”, nota informativa. www.wto.org
- “La transparencia y primacía de las normas”, www.wto.org
- “Reforms to the global governance of trade”, en *Making global trade work for people*.
- “Regional trade agreements and the multilateral regime”.
- WTO, TN/RL/W/14 “Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros sobre los Acuerdos Comerciales Regionales”, 9 de julio de 2002. www.wto.org

Presentación del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal*

El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal es una institución privada sin fines de lucro, constituida mediante acuerdo No. 361 de 20 de julio de 2006, aprobado por el ministro de Educación y Cultura, con la finalidad de incentivar el estudio, desarrollo, difusión y perfeccionamiento del Derecho procesal y contribuir con el desarrollo académico, legislativo y judicial de nuestro país.

El Instituto pretende ser un espacio abierto de diálogo académico, a través de la realización de eventos, congresos y seminarios; sobre todo aquellos que promuevan la investigación jurídico-procesal, para lo cual impulsará aquellas publicaciones cuyo contenido sea considerado un aporte al Derecho procesal, a fin de elevar el nivel científico y técnico, estableciendo estándares mínimos de calidad.

Entre sus objetivos principales, el Instituto busca:

1. Favorecer el acercamiento nacional e internacional entre personas naturales o jurídicas dedicadas al estudio, enseñanza, aplicación y difusión de las disciplinas jurídicas procesales, para lo cual se han realizado contactos con otros Institutos como el Iberoamericano de Derecho Procesal.
2. Promover la capacitación, para lo cual organizará y desarrollará toda clase de eventos académicos de carácter nacional o internacional.
3. Propiciar el reconocimiento público de los méritos académicos, científicos y profesionales de los juristas que han prestado servicios relevantes a la divulgación del Derecho procesal; y,
4. Originar campañas de opinión para concienciar a las autoridades competentes en la necesidad de modernizar y actualizar códigos y leyes procesales.

El Instituto invita a todos los profesionales del derecho que compartan estas inquietudes a participar activamente en las actividades que lleve a cabo nuestra Institución, para lo cual estamos abiertos a cualquier iniciativa que vaya en pro del desarrollo del Derecho Procesal.

* Para ampliar esta información, favor consultar la página web: <http://www.iedp.org.ec/>, o al telf. 243 2752.

MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Dr. Jorge Machado Cevallos, Presidente

Dr. Ernesto Salcedo Verduga, Vicepresidente

Dr. Fabián Jaramillo Terán, Tesorero

Ab. Lorena Naranjo Godoy, Secretaria

Dr. Santiago Andrade Ubidia, Primer Vocal Principal

Dr. Rafael Brigante Guerra, Segundo Vocal Principal

Dra. Patlova Guerra Guerra, Primer Vocal Alterna

Dr. José Vicente Troya Jaramillo, Segundo Vocal Alterno

Julio Echeverría, *EL DESAFÍO CONSTITUCIONAL, CRISIS INSTITUCIONAL Y PROCESO POLÍTICO EN EL ECUADOR*, Quito, Editorial Abya-Yala / ILDIS, 2006, 145 pp.

por Luis Ávila*

El autor identifica, de entre los fundamentos principales del diseño constitucional contemporáneo en el Ecuador, el sistema de representación política: eje estructural del sistema político de gobernabilidad. Alude Julio Echeverría que la inflexión y rigidez del acuerdo político introducido en la Constitución de 1978 y 1997 de cara a las nuevas realidades de la transnacionalización del Derecho (denominado pluralismo jurídico desde una perspectiva tecnocrática) y su inadaptabilidad a las consecuentes políticas de ajuste coyuntural propiciadas desde una mirada neoliberal y reduccionista, han propiciado la deslegitimación sistémica de las instituciones políticas formales y la erosión de los mecanismos de equilibrio funcional entre la legislatura, la judicatura, el gobierno y el indispensable control ciudadano.

Es en esta aseveración donde radica la fortaleza del análisis político-sociológico emprendido por el autor de este estudio, en el cual se hecha de menos, no obstante, una extensión de análisis dogmático y empírico sobre la cultura política de los ciudadanos, la estrategia política de los partidos (más allá del anecdótico histórico realizado por el autor), y las propias particularidades del Estado constitucional, sobre la plataforma de la judicialización del Derecho y la necesaria autolimitación del poder estatal iniciado desde antes del fenómeno globalizador de la economía de mercado y la universalización de información.

Este indispensable análisis lleva, por ejemplo, a la sospecha de que el sistema de partidos tal vez tolere un parlamentarismo de facto, que provoca que los partidos de mayor influencia no presenten sus principales cuadros en los procesos electorales recientes y así protegerse del inevitable desgaste, en palabras despectivas de Duvergier, de un "presidencialismo" (Este autor, ya casi clásico, lo diferencia de Régimen Presidencial, exclusivo de los Estados Unidos), versión latinoamericana de los postulados de Franklin y Lincoln; o que la experiencia de emergencia del control jurisdiccional (judicialización del Derecho) de la actividad estatal es anterior a la globalización (en Colombia, para citar, da inicios en la segunda década del siglo XX), y que la rigidez constitucional puede ser una herramienta sistémica (de "ingeniería constitucional" como lo denomina Echeverría) para asegurar el sometimiento

* Investigador de Derecho constitucional y consultor en migración y refugio.

miento de la actividad del Estado a las normas jurídicas, basado en una Constitución “de mínimos” de justiciabilidad y no de simple dechados programáticos, es decir, más que buenos deseos escritos en un papel sin mayor incidencia ciudadana en lo cotidiano.

Esta situación hace que el autor sugiera una mezcla entre reformas de fondo (como la democratización de los partidos); otras de la coyuntura técnica tan criticadas por Echeverría como la distritalización electoral de los diputados; u otras como la discutible creación de una Asamblea Constitucional permanente, que desconozca el poder constituido en el proceso de reforma constitucional ya vigente.

En definitiva, el desafío constitucional de quienes detentan el poder en el Ecuador es, además del tema de la representación y los mecanismos de gobernabilidad, democratizar las instituciones, las relaciones del poder y la facilitación de un proyecto de país sustentable, consensuado y real, aspectos también tratados por Echeverría en un plano transversal al estudio aquí comentado. Pero también es parte del reto histórico-constitucional la adopción de estructuras jurídico-políticas (desde la sociedad civil: razonadas por la Academia y promovidas por los ciudadanos), que profesionalicen las instituciones del Estado, incluso la legislatura, aunque esto signifique negar la tradición “democratera” y vertical heredadas por la consagración de las estructuras neofeudales que nos sobreviven hasta el siglo XXI.

En definitiva, el autor defiende con prestancia sus asertos y abre un debate estructural sobre argumentos sólidos, hacia un foro jurídico en el Ecuador, anodino y poco acostumbrado a obras de esta gran calidad científica y de tan interesante lectura.

Hernán Salgado Pesantes, *MANUAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador, vol. 5, Quito, Corporación Editora Nacional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Tribunal Constitucional, 2004, 232 pp.

por Ramiro Rivadeneira*

El capítulo I el autor lo dedica al concepto de la justicia constitucional, aseverando que su doctrina se construye a partir de la supremacía de la Constitución, entendida ésta como una ley especial que descansa en la soberanía popular y de la que emanan las directrices del ordenamiento jurídico de un país, por lo que pasa a ser condición de validez y unidad de tal sistema jurídico. Añade que el control constitucional requiere de órganos –tribunales o cortes constitucionales– que controlan las leyes, protegen derechos fundamentales, usan la interpretación constitucional, que por sus caracte-

rísticas especiales requieren sus propios métodos, deben ser independientes de cualquier función y órgano del Estado, y emiten decisiones de naturaleza jurisdiccional que repercuten en el ordenamiento jurídico y en el contexto político del país, conducentes a consolidar su democracia, finalidad trascendental que a la vez se constituye en el fundamento de su legitimidad. Deja establecido, de todas formas, que en un Estado que tenga una Constitución “de papel” para beneficio de un gobierno autoritario, la justicia constitucional no podrá desempeñar otra función que no sea la “de mera fachada”.

En el capítulo II el autor explica los dos modelos de justicia constitucional. Así, en primer lugar, se refiere al control difuso de origen norteamericano, y que en ese país dio lugar al denominado *judicial review*. Realiza una breve historia de su partida de nacimiento que se la ubica en el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803, con lo cual ayuda a comprender cómo este sistema de control se encuentra descentralizado en la Función Judicial, por tener los jueces la potestad de velar por la supremacía de la Constitución en cada caso concreto, y la importancia que pasa a tener la Corte Suprema en los países que han adoptado este modelo, por ser el órgano judicial de mayor jerarquía y tener competencia para unificar la jurisprudencia de los tribunales inferiores. En segundo lugar, se refiere al modelo concentrado, también conocido como europeo continental, que nace y se desarrolla en el siglo XX

* Asesor constitucional del Tribunal Constitucional del Ecuador.

gracias a los estudios y práctica del jurista austriaco Hans Kelsen. Este sistema se fundamenta en la existencia de un órgano único, de naturaleza jurisdiccional, que se encarga de realizar el control de constitucionalidad. Tiene como base la concepción jerárquica del ordenamiento jurídico, en la que la Constitución ocupa el nivel superior, y por concatenación lógica es la que da validez a las normas inferiores y unidad al sistema jurídico; de ahí la importancia de un órgano especializado que controle cada nivel normativo, resolviendo la inconstitucionalidad de una ley de manera abstracta y con efectos generales. Concluye puntualizando las características del control difuso y del control concentrado, resumen digno de ser leído por la simplicidad pero eficacia con la que explica los puntos centrales de estos complejos sistemas; y, no deja de mencionar que en la práctica la interrelación de estos dos modelos ha dado lugar a formas mixtas de control constitucional, adoptadas por diversos países, entre ellos el Ecuador.

En el capítulo III se realiza una reseña de los precedentes históricos de la justicia constitucional en el Ecuador. Inicia la realidad política ecuatoriana desde la fundación de la República, caracterizándola por su inestabilidad fruto de gobiernos de facto y un autoritarismo resultante de la hegemonía presidencial que ocasionó que la justicia constitucional pasara inadvertida durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX. Enseña que si bien en el siglo pasado hubo una conciencia del control constitucional, su desarrollo fue muy lento, destacando el desconocimiento de la materia y la falta de decisión política para fortalecer al órgano de control constitucional. En lo referente a los precedentes jurídicos, divide por cuestiones didácticas en tres períodos históricos a la justicia constitucional ecuatoriana.

El primero desde los inicios republicanos hasta la Constitución de 1929, en que se destaca al Consejo de Estado como el órgano encargado de realizar cierto control constitucional y legal; la potestad del órgano legislativo en materia de control constitucional establecida de manera concreta desde la Constitución de 1906; la introducción de un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes en la Constitución de 1869, de competencia de la Presidencia de la República, que se ampliaba a la Corte Suprema en caso de insistencia de ambas Cámaras, recogido y mejorado por la Constitución de 1878, pero rechazadas por las posteriores hasta la de 1929; y, el establecimiento claro de la supremacía constitucional en la Constitución de 1897, lo cual se ha mantenido hasta la fecha.

El segundo período histórico lo ubica desde la Constitución de 1945 hasta las reformas de 1995-1996. Se destaca la inclinación del Ecuador de adoptar el modelo concentrado de control constitucional con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1945, que reemplazó al Consejo de Estado que fue eliminado, aunque con limitaciones porque a la vez se constituyó al Poder Legislativo como el contralor final de la constitucionalidad, a pesar de su naturaleza esencialmente polí-

tica que lo convertía en juez y parte, y que únicamente la perdió con las reformas de 1993 que entrega tal competencia a la Corte Suprema de Justicia. El nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales fue de corta duración porque la Constitución de 1946 volvió a dar vida al Consejo de Estado, lo que perduraría hasta la de 1967 que definitivamente reincorpora al órgano de control constitucional la vida política del país. En esencia, se trató de una época de inestabilidad política e institucional del Ecuador, que afectó la consolidación de la justicia constitucional, y que además dispersó el control constitucional en varios órganos en lugar de centrarlo en uno solo.

El tercer período histórico lo centra en las reformas constitucionales de 1995-1996 que reestructuraron y fortalecieron al órgano de control constitucional, denominado desde entonces Tribunal Constitucional. Señala los antecedentes históricos inmediatos a estas reformas y puntualiza los resultados obtenidos, materia que la desarrolla en el siguiente capítulo.

En el capítulo IV el autor examina la organización, competencias y funcionamiento del Tribunal Constitucional desde la Constitución de 1998, sin dejar de hacer breves reflexiones comparativas con disposiciones que sobre la misma materia se encontraban en anteriores normas fundamentales del Estado, y con las de otros países.

Un primer acápite lo dedica a la composición del órgano de control constitucional, integrado por nueve vocales designados por el Congreso Nacional, de ternas enviadas por los poderes Ejecutivo y Judicial y por otros estamentos sociales, además de dos miembros elegidos por el propio Congreso de fuera de su seno sin necesidad de ternas; con un período de duración de funciones de cuatro años, el cual lo considera breve y supeditado al vaivén de las fuerzas electorales; con los mismos requisitos que se exige a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y con las incompatibilidades propias de quien tiene potestad jurisdiccional; sujetos a inmunidad de fondo e irresponsabilidad jurídica en todo aquello relacionado directamente con el ejercicio de las funciones que debe cumplir, aunque sujeto a juicio político, lo que debe eliminarse para fortalecer la independencia del magistrado; y, estableciendo la división del trabajo por salas con el fin de lograr agilidad en las funciones encomendadas.

Un segundo acápite lo dedica a las competencias del Tribunal Constitucional y a la legitimación procesal, que la desarrolla en cada acción. En general se refiere a la inconstitucionalidad de normas jurídicas, realizando un estudio particularizado de cada una de ellas; inconstitucionalidad de actos administrativos, función que considera debe salir del ámbito constitucional y permanecer en el del contencioso; objeción de inconstitucionalidad a proyectos de ley y control previo de instrumentos in-

ternacionales, como formas de control *a priori* que realiza el órgano constitucional; conflictos de competencia entre determinados órganos del Estado; y, tutela de los derechos humanos a través de las garantías de amparo, *hábeas data* y *hábeas corpus*.

Continúa con un tercer acápite que se refiere a la inaplicabilidad de un precepto jurídico como forma del ejercicio de la justicia constitucional por parte de la Función Judicial, que conjuntamente con el conocimiento del amparo y *hábeas data* que tienen los jueces y tribunales se configura el control mixto de la constitucionalidad que rige en el país. Concluye con un breve análisis sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, en los que se destaca el carácter definitivo e inapelable de ellas.

El capítulo V contiene al *hábeas corpus*, amparo constitucional, *hábeas data* y defensoría del pueblo, como instrumentos constitucionales protectores de los derechos humanos, los tres últimos incorporados desde las reformas constitucionales de 1996.

En referencia al *hábeas corpus*, se destaca que en toda la vida republicana siempre se consagró el derecho a la libertad física de las personas, garantizado tanto en el Código de Procedimiento Penal mediante el amparo de libertad también conocido como *hábeas corpus* judicial, como en las diversas constituciones ecuatorianas desde 1929 en la que por primera vez se incorpora el *hábeas corpus* constitucional; éste debe tramitarse ante el Alcalde de la jurisdicción en que la persona se halle privada de su libertad, situación que no fue reformada por la Asamblea Constituyente de 1998. De todas formas, se ha fortalecido la garantía del *hábeas corpus* con la posibilidad de apelación ante el Tribunal Constitucional de su negativa en primera instancia.

En cuanto a la acción de amparo constitucional, se destaca su procedimiento preferente y sumario, y que no tiene carácter residual. Desarrolla la legitimación activa en el caso de las personas individuales, las jurídicas colectivas, para los entes colectivos y en el caso del medio ambiente; la legitimación pasiva, refiriéndose contra qué autoridad se debe demandar, personas que prestan servicios públicos por delegación o concesión, y particulares cuya conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso; la pretensión de la acción, que se concreta en medidas urgentes que impidan o hagan cesar o remedien inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos, violatorio de cualquier derecho humano, y que ocasionen un daño grave e inminente, elementos que además los estudia por separado; y, concluye con cuestiones procesales, haciendo referencia específica a la imposibilidad de presentar la acción contra decisiones ju-

diciales, y la forma de proceder cuando exista inaplicabilidad de un precepto jurídico en un caso de amparo.

Termina el capítulo con un breve análisis sobre el *hábeas data* que se enmarca en el derecho a la autodeterminación informativa, caracterizándola como una acción que busca establecer ciertos límites en el tratamiento de datos de una persona y sus bienes, para controlar que no se produzcan abusos en el manejo de tales datos; y, también una sucinta referencia sobre el Defensor del Pueblo, a quien el ordenamiento jurídico lo ha legitimado procesalmente para promover y patrocinar las garantías de *hábeas corpus* y acción de amparo, excitar la observancia de los derechos constitucionales, y cuidar de la calidad de los servicios públicos.

El capítulo VI y último nos recuerda que una Constitución contiene los principios y valores superiores de la sociedad, que giran en torno al ser humano, siendo la protección de la persona la razón de ser de toda organización estatal, resaltando el papel trascendental de la justicia constitucional en la protección de los derechos humanos, por lo que desarrolla algunos principios válidos para el estudio realizado.

Inicia con el principio de aplicación inmediata (*self executing*) que indica que los derechos humanos no requieren de otras normas para su efectiva aplicación, en definitiva, que son ejecutables por sí mismos. Continúa con el principio *pro homine, pro libertate*, que implica que los derechos y garantías deben interpretarse de la manera que más favorezcan su efectiva vigencia. Añade una interesante reflexión sobre las leyes y la restricción de los derechos, que concluye aseverando que es la Ley Suprema a la que le corresponde determinar los límites que deben tener los derechos y las garantías, y que los legisladores al expedir las leyes no pueden establecer otras limitaciones. Se refiere también a lo positivo que es en materia de derechos humanos dejar una norma abierta, como la del art. 19 de la Constitución ecuatoriana que prescribe que además de los derechos reconocidos y consagrados pueden existir otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material. Concluye con un espacio dedicado a la jurisdicción supranacional para la protección de los derechos humanos, recordando los diversos instrumentos internacionales en la materia de los que el Ecuador forma parte, y en consecuencia la importancia de considerarlos al momento de ejercer la justicia constitucional.

Para concluir, la obra cuya recensión hemos tenido el gusto de realizar, incorpora dos anexos, destacándose principalmente el primero de ellos por tratarse de resoluciones que en varias materias ha realizado el Tribunal Constitucional, así en inconstitucionalidad de actos normativos, de instrumento internacional, amparo e inaplicabilidad, amparo contra actos del Congreso, y otros casos, todos de suma importancia al momento de estudiar su materialidad.

En definitiva, consideramos que se cumple plenamente las expectativas del autor señaladas en su prólogo, sobre su afán de contribuir a desarrollar el espíritu cívico de respeto a la Constitución, y aún más allá, sin duda es un trabajo de muy aconsejable lectura para quienes se inician en el estudio de la justicia constitucional, y también de quienes deseen profundizar sus conocimientos sobre esta materia en el ámbito ecuatoriano, por su reseña histórica y sus contenidos actuales.

Luis Toscano Soria, *PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTENCIOSOS EN MATERIA TRIBUTARIA*, Quito, Pudeleco Editores S.A., 2006, 427 pp.

por José Vicente Troya
Jaramillo*

El doctor Luis Toscano Soria, distinguido profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y experto de la ciencia tributaria, dedica este libro al estudio del derecho formal o administrativo tributario y al derecho procesal tributario, fruto sazonado de más de diez años de docencia.

Esta obra llena un vacío en la literatura especializada ecuatoriana en la cual no se había escrito y reflexionado sobre las cuestiones propias de los mencionados ámbitos del derecho tributario.

En la literatura extranjera lo tributario se encuentra, frecuentemente, absorbido por lo administrativo, de tal modo que no se encuentran fácilmente estudios específicos atinentes a las reclamaciones y recursos administrativos, así como a los procedimientos judiciales propios de la materia tributaria.

La Ley mediante la cual se creó el Tribunal Fiscal en 1959, el Código Fiscal de 1963 y el Código Tributario de 1975, que con reformas rige a la fecha, han regulado con minuciosidad y acierto los recursos y procedimientos que los administrados pueden hacer valer frente a las actuaciones de las administraciones tributarias acudiendo a las vías administrativa y contenciosa.

Nuestro sistema que se inscribe en la corriente latinoamericana y que se ha nutrido del Modelo de Código para Latinoamérica preparado por los fallecidos maestros Rubens Gomes de Sousa, Carlos M. Giuliani Fonrouge y Ramón Valdés Costa, ha previsto una normativa singular, diversa de la aplicable al campo administrativo, para solucionar en las vías mencionadas las discrepancias que surjan entre los sujetos pasivos y terceros y las administraciones tributarias.

La obra contiene dos partes claramente diferenciadas, la primera que concierne a lo administrativo tributario y que copa tres capítulos.

El primer capítulo referido a las facultades administrativas, –de aplicación de la ley, determinadora, recaudadora, resolutoria, sancionadora–, y que permiten posteriormente establecer los procedimientos de impugnación o reclamación a los que pueden sujetarse los sujetos pasivos en la vía administrativa y en la contenciosa.

* Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

El segundo capítulo, que analiza el acto administrativo tributario, sus clases, elementos esenciales, competencia en materia tributaria, objeto, voluntad, forma y presunción de los actos administrativos, y un tercer capítulo, referido a los reclamos y recursos administrativos, que se desarrollan en el marco de la definición y del alcance de la relación jurídica tributaria, la obligación tributaria y su determinación, el reclamo, la compensación, solicitud de devolución, de pago en exceso, etc.

La segunda parte que corresponde al contencioso tributario emplea dos capítulos, que desarrollan el derecho procesal tributario y las acciones contencioso tributarias.

Adicionalmente, con un sentido muy práctico se adjunta un documento que contiene reflexiones sobre la codificación del Código Tributario y el Código Tributario actualmente vigente.

Los variados temas en ambas partes son tratados con gran suficiencia y sobre todo claridad, de tal manera que el estudio será útil para quien se vea en el caso de emprender en procedimientos ante las administraciones y ante los jueces tributarios.

El autor demuestra gran conocimiento de los principios y normas que rigen en el país, así como de la bibliografía extranjera referida a las materias tributarias y procesales. Es de destacar que tal bibliografía utiliza con gran propiedad y sobre todo sobriedad, sin llenar el libro de demasiadas citas en desmedro del desarrollo de lo principal. Nota de mérito es la propiedad, claridad y limpieza del lenguaje empleado que permite una fácil lectura del texto.

Me es grato y honroso reseñar esta obra del dilecto colega doctor Toscano Soria. Estoy cierto de la utilidad y valía de la misma y de que su autor nos seguirá entregando otros aportes propios de su ingenio y versación.

La marca renombrada en el actual régimen comunitario andino de propiedad intelectual

Marcelo Vargas Mendoza*

El presente trabajo persigue establecer si en el actual régimen comunitario andino se regula la figura de la marca renombrada. Para lo anterior, se determinará cuál es la diferenciación actual entre la marca notoria y la renombrada, para así, de una manera muy general y básica, mostrar cuál es la protección que se le da a la marca renombrada en el ordenamiento jurídico español, el comunitario europeo y el norteamericano, para concluir, a base de la protección que el actual régimen andino de propiedad intelectual le da a la marca notoria, si es necesario hacer la distinción entre los dos tipos de marcas y, por ende, si se da una protección especial a la marca renombrada.

FORO

LA MARCA RENOMBRADA Y SU DIFERENCIA CON LA MARCA NOTORIA

La tarea de diferenciación de los conceptos de marca notoria y marca renombrada ha sido una tarea teóricamente complicada, que últimamente se ha decantado y ha cambiado. Un ejemplo claro de esto lo tenemos en el tratamiento doctrinal que se daba al tema en España bajo la vigencia de la Ley 32 de 1988. La diferencia entre marca renombrada y marca notoria se soportaba en posibilidad de ausencia de registro de la primera, y el gran prestigio y *goodwill* de la segunda.¹ La doctrina anterior² sobre el tema manifestaba lo siguiente:

* Abogado Asistente de la Magistratura de Colombia, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las opiniones del presente artículo son a título personal y no comprometen al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1. Sobre esto se puede ver Etienne De Acedo Hecquet, "Marcas Renombradas y Nombres de Dominio en Internet": *En Torno a la Ciberpiratería*, Madrid, Estudios de Derecho Mercantil, 2001.
2. Sobre este punto también se puede consultar el documento preparado por el Dr. Marco Matías Alemán en el III Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina. Se puede consultar en www.wipo.int

Marca notoria es únicamente aquella que –aun careciendo de apoyo registral– es lo suficientemente conocida en el sector como para facultar al titular de la misma para oponerse a la solicitud de registro por un tercero o para anular el posterior registro por un tercero de una marca idéntica o similar, para productos o servicios idénticos o similares. Éste es el concepto reconocido en el texto del Convenio de la Unión de París, en los textos comunitarios de marcas y en el art. 3.2. LM. A diferencia de la expresión marca notoria o marca notoriamente conocida, la noción de marca renombrada debe aplicarse a aquel signo que, en razón de su elevada dosis de prestigio en el mercado, merece ser protegido más allá de la regla de la especialidad frente a cualquier uso posterior de un signo idéntico o similar, que pueda generar dilución del valor atractivo de la marca o que pueda suponer un aprovechamiento indebido por parte de un tercero del prestigio o renombre de la marca en cuestión. Es aquella que siendo conocida en los círculos interesados, suscita en los consumidores *unas expectativas muy positivas acerca del elevado nivel de calidad de los productos diferenciados por ella*.³

Después de la expedición de la Ley 17 de 2001, la cual derogó expresamente la Ley de 1988, la doctrina española y, aun la receptora de dichos trabajos teóricos foráneos,⁴ ya no se inscribieron más en el conflicto teórico que suscitaba la distinción entre marca notoria y marca renombrada, ya que el art. 8, nums. 2 y 3 de dicha ley, diferencia claramente la marca renombrada de la marca notoria.⁵ Deja de lado la calidad de los productos y el *goodwill* como elementos característicos de la marca renombrada, y afirma que la marca notoria es aquella conocida por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca, mientras que la marca renombrada es aquella conocida por el público en general.

3. Etienne De Acedo Hecquet, “Marcas Renombradas y Nombres de Dominio en Internet”, pp. 26, 27 y 28.

4. Se parte de la distinción entre países creadores de teorías y otros que trasplantan dichas teorías. Entre estos últimos se pueden contar la mayoría de países suramericanos. Sobre este tema se puede ver Diego López Medina, *La Teoría Impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004.

5. “Artículo 8. Marcas y nombres comerciales notorios y renombrados registrados.

1. No podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anteriores aunque se solicite su registro para productos o servicios que no sean similares a los protegidos por dichos signos anteriores cuando, por ser éstos notorios o renombrados en España, el uso de esa marca pueda indicar una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y el titular de aquellos signos o, en general, cuando ese uso, realizado sin justa causa, pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por marca o nombre comercial notorios los que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial. La protección otorgada en el apartado 1, cuando concurren los requisitos previstos en el mismo, alcanzará a productos, servicios o actividades de naturaleza tanto más diferente cuanto mayor sea el grado de conocimiento de la marca o nombre comercial notorios en el sector pertinente del público o en otros sectores relacionados.

3. Cuando la marca o nombre comercial sean conocidos por el público en general, se considerará que los mismos son renombrados y el alcance de la protección se extenderá a cualquier género de productos, servicios o actividades.”

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en algunas de sus Interpretaciones Prejudiciales ha diferenciado la marca notoria y la renombrada, pero siguiendo, por una parte la línea trazada con la doctrina anterior, ya que identifica la marca renombrada con la calidad de los productos y, por otro, hace la diferencia teniendo en cuenta elementos de la actual teoría.⁶

Aunque el Tribunal hace la diferenciación mencionada, no le otorga efectos jurídicos claramente diferenciados y, por lo tanto, incorpora el tema más como a título ilustrativo que con finalidades jurídicas concretas.

Existe una Interpretación Prejudicial del Tribunal, la 41-IP-98, que contiene un capítulo denominado “Marca Renombrada”; en dicho capítulo se analiza la diferencia entre las dos marcas, atribuyendo, como ya se ha dicho, una mayor notoriedad generalizada en la marca renombrada y la vincula con la fama, el prestigio y el *good-will*, pero, a diferencia de las anteriores providencias, se preocupa por ahondar en la figura de la marca renombrada y su relación con la normativa comunitaria. Llega el Tribunal a la conclusión, siguiendo un trabajo del profesor Otero Lastres, que la figura que protege las Decisiones 313 y 344 tiene elementos propios que se les suele atribuir a la protección de la marca renombrada y, por lo tanto, el Tribunal entiende que la figura que se maneja en el derecho comunitario no es una figura del todo tradicional, ya que se refiere a la marca notoria pero su protección contiene elementos propios de la marca renombrada. Es decir, arriba a la conclusión de que la normativa comunitaria otorga una protección reforzada a la marca notoria y, por lo tanto, para acceder a dicha protección solo es necesario cumplir los presupuestos exigidos para adquirir el estatus de marca notoriamente conocida.⁷

6. Algunas de dichas Interpretaciones Prejudiciales son: Interpretación Prejudicial del 3 de diciembre de 1987 dentro del proceso 1-IP-87; Interrelación Prejudicial del 4 de junio de 1994, dentro del proceso 2-IP-94; Interpretación prejudicial del 18 de junio de 1989, dentro del proceso 6-IP-99.

7. En esta Interpretación Prejudicial se afirmó lo siguiente:

En consecuencia, este Tribunal considera conveniente aclarar que, el principio establecido en los literales d) y e) del artículo 83 de la Decisión 344, mediante el cual la protección excede del principio de la especialidad marcaría, solamente exige los presupuestos de la marca notoriamente conocida, es decir, la que como se ha afirmado a lo largo de esta Sentencia es conocida por los consumidores o “público relevante” de la clase de producto o servicio de que se trate, entendiéndose por aquel no solo a los potenciales adquirentes sino a los usuarios y otras personas que estén involucradas con los productos o servicios antes, durante o después de su venta, sin embargo como bien lo ha definido el profesor Otero Lastres, mediante las normas in comento se le han otorgado características ajenas a su naturaleza y propias de las marcas renombradas o de alto renombre, al extender su protección a todas las clases, inclusive para designar productos o servicios distintos.

Es por ello, que se considera que por mandato expreso de las disposiciones antes comentadas, la Decisión 313, al igual que lo hace la 344, le otorga a la marca notoria la misma protección y efectos jurídicos que a la marca de alto renombre, pues su tutela excede del principio de especialidad marcaría, por lo que este Tribunal considera que por consecuencia inmediata se le impone a las oficinas nacionales de registro, la carga de aplicar criterios restrictivos, uniformes y rigurosos para reconocer el estatus de notoriedad alcanzado por una marca, a los efectos de aplicar las causales de irregistrabilidad contenidas en los literales d) y e) del artículo 73 de la Decisión 313, actualmente 83 de la Decisión 344.

Es importante destacar que en reciente Interpretación Prejudicial, la 108-IP-2006, el Tribunal, además de adoptar la distinción anteriormente anotada, manifestó que aunque la norma comunitaria no consagra una diferenciación entre los dos tipos de marcas, la marca renombrada merecería protegerse más allá del principio de especialidad y contra los riesgos de dilución y de uso parasitario. Además, aunque también dijo que a la marca notoria debe aplicársele una flexibilización menos absoluta, no llegó a establecer una protección diferenciada en relación con los diversos tipos de riesgos en el mercado.⁸

Ahora bien, de conformidad con el tratamiento que se le da actualmente a la distinción entre marca renombrada y marca notoria, se pueden extraer las siguientes características:

- Por un lado, se soporta la diferencia en el grado de notoriedad, es decir, la marca renombrada tiene mayor grado de notoriedad o conocimiento que la marca notoria. Se puede decir, en efecto, que toda marca renombrada es notoria, pero no toda marca notoria es renombrada. Mientras la marca notoria es conocida por los consumidores pertenecientes al sector pertinente, la marca renombrada es conocida por el público en general.
- Por otro lado, se soporta la distinción en la relación que tiene con el principio de especialidad. Entre más grado de notoriedad o de conocimiento, se da una ruptura de mayor grado del principio de especialidad.
- Por lo general no se soporta la distinción en factores como el *goodwill* o la calidad de los productos.

TRATAMIENTO DE LA MARCA RENOMBRADA EN EL DERECHO ESPAÑOL, COMUNITARIO EUROPEO Y EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

En el ordenamiento jurídico español

Como se dijo anteriormente, en el ordenamiento jurídico español se ha consagrado una definición legal de la marca notoria y de la marca renombrada, con las características anteriormente anotadas.

8. Los ordenamientos de propiedad intelectual protegen los signos distintivos contra ciertos riesgos, entre los cuales encontramos: el riesgo de confusión, el riesgo de asociación, el riesgo de dilución, riesgo contra el uso parasitario, entre otros. Por lo general, como se verá al abordar el tema de la posibilidad de la regulación de la marca renombrada en el actual régimen comunitario, la diferenciación entre los riesgos mencionados supone una diferenciación de las marcas, según su grado de conocimiento en el público consumidor.

Dicha diferencia tiene una especial importancia en el grado de protección de la marca notoria y de la marca renombrada. En relación con la primera, no se rompe totalmente el principio de especialidad, ya que se otorga un mayor espectro de protección respecto de productos o servicios ubicados en clases diferentes, cuanto mayor sea el grado de conocimiento de la marca notoria, tanto en el sector pertinente como en sectores relacionados.⁹

En relación con la segunda, sí se rompe totalmente el principio de especialidad, ya que la norma aclara que la protección se extenderá a cualquier género de productos, servicios o actividades.¹⁰

En relación con lo anterior, se puede decir que la protección de la marca renombrada se da totalmente contra el riesgo de confusión, de asociación y de dilución; en cambio la protección de la marca notoria se da frente al riesgo de confusión, asociación y, en menor medida, contra el riesgo de dilución, ya que lo condiciona a determinar el grado de conocimiento de la marca en los sectores relacionados.

El problema que plantea es de carácter probatorio, ya que el juez o la oficina nacional competente deben analizar tanto el grado de notoriedad en el sector pertinente, como en otros sectores.

En el ordenamiento comunitario europeo

La protección a la marca renombrada tiene su sustento normativo principalmente en la Directiva 89/104 y el Reglamento 40/94.

El párrafo 2 del art. 5 de la Directiva consagra, a nivel comunitario europeo, la protección de la marca renombrada. El artículo señala lo siguiente:

9. Es importante transcribir lo que se dijo en la exposición de motivos de la Ley 17 de 2001:

Especial mención debe hacerse del reforzamiento de la protección de las marcas notorias y renombradas. A estos efectos, se establece, por primera vez en nuestro ordenamiento, una definición legal del concepto de marca notoria y renombrada, fijando el alcance de su protección. La marca notoria es la conocida por el sector pertinente del público al que se destinan sus productos o servicios y, si está registrada, se protege por encima del principio de especialidad según su grado de notoriedad y, si no lo está, se faculta a su titular no solo a ejercitar la correspondiente acción de nulidad, como hasta la fecha, sino además a presentar oposición al registro en la vía administrativa. Cuando la marca es conocida por el público en general, se considera que la misma es renombrada y el alcance de su protección se extiende a cualquier género de productos o servicios. La misma protección se otorga al nombre comercial notorio o renombrado registrado.

10. Sobre esto se puede ver Alonso Espinosa, Francisco J., "El nuevo derecho de marcas", en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, No. 20, 2002, pp. 165 a 206. Se puede consultar en <http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales20/francisco-alonso-emilio-lazaro.pdf>.

Artículo 5

Derechos conferidos por la marca

1. La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico:
 - a) De cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada;
 - b) De cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, implique por parte del público un riesgo de confusión, que comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca.
2. Cualquier Estado miembro puede asimismo disponer que el titular esté facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo idéntico o similar a la marca para productos o servicios que no sean similares a aquellos para los que esté registrada la marca, cuando ésta goce de renombre en el Estado miembro y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o; del renombre de la marca o se pueda causar perjuicio a los mismos.

El párrafo 2 ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de las Comunidades Europeas. Se destacan las interpretaciones en los asuntos C-375 de 1997, C-375/97 y C-292-00.

En la primera Interpretación Prejudicial, el Tribunal estudia el grado de conocimiento de la marca para que sea considerada renombrada. Lo primero que afirma el Tribunal es que el público que debe tener conocimiento de la marca renombrada es el que tiene interés en dicha marca. Afirma, también, que la diferencia entre el párrafo 1 y el 2 es que el segundo protege las marcas registradas para productos o servicios no similares. Y, por último, agrega que el renombre no debe darse en todo el Estado Miembro sino en una parte sustancial del mismo, ya que lo contrario no lo establece la norma.

En la segunda, afirma que la marca renombrada tiene una mayor protección, y no requiere la prueba de riesgo de confusión en el evento de que exista utilización sin justa causa de otro signo para obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca, o que cause perjuicio al mismo. Más adelante advierte lo siguiente:

42. Por consiguiente, el renombre de la marca, cuando ha sido demostrado, constituye un elemento que, junto con otros, puede revestir cierta importancia. En este sentido, procede observar que aquellas marcas que tienen un elevado carácter distintivo, en particular en razón de su renombre, disfrutan de una mayor protección que las marcas cuyo carácter

La marca renombrada en el actual régimen comunitario andino de propiedad intelectual

distintivo es menor (Sentencia canon, antes citada, apartado 18). Sin embargo, el renombre de una marca no permite presumir la existencia de un riesgo de confusión por el mero hecho de que exista un riesgo de asociación en sentido estricto.

En la tercera, afirma que la marca renombrada tiene una protección mayor de conformidad con el párrafo 2 del art. 5 de la Directiva, ya que se da para productos y servicios no similares a los que ampara la marca renombrada. Se trata de una protección especial contra actos que atenten contra el carácter distintivo o contra el renombre de la marca.

En el ordenamiento jurídico norteamericano

En Estados Unidos de Norteamérica existen varios estatutos *anti-dilution* que protegen las marcas renombradas contra el riesgo de dilución, es decir, consagra una protección que va más allá del riesgo de confusión.¹¹ Coexiste con dichos estatutos la Ley Federal Norteamericana de Marcas (*Lanham Act*), que en la Sec. 34 (c) vincula el concepto de dilución¹² en relación con las marcas famosas o renombradas. En dicha sección se dispone que el titular de una marca renombrada puede accionar contra terceros que usen en el mercado dicha marca, si dicho uso se produce con posterioridad a que se haya adquirido el renombre y que el mismo suponga la dilución de su fuerza distintiva.¹³

POSIBILIDAD DE REGULACIÓN DE LA MARCA RENOMBRADA EN EL ACTUAL RÉGIMEN COMUNITARIO ANDINO

Lo primero que debemos precisar es que los ordenamientos de propiedad intelectual protegen los signos distintivos contra ciertos riesgos, entre los cuales encontramos: el riesgo de confusión, el riesgo de asociación, el riesgo de dilución, riesgo contra el uso parasitario, entre otros que han sido clasificados por la doctrina.¹⁴

11. Sobre esto se puede ver el documento preparado por el Dr. Marco Matías Alemán en el tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Igualmente se puede ver en: Montiano Monteagudo, *La Protección de la Marca Renombrada*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 116-117.

12. La misma ley define el concepto de dilución de la siguiente manera: 15 U.S.C. 1227 "the lessening of the capacity of a famous mark to identify and distinguish goods of services, regardless of presence or absence of 1. competition between the owner of the famous mark and other parties, or, 2. likelihood of confusion, mistake or deception".

13. Sobre esto se puede ver en: Hecquet De Acedo, Etienne Sanz, "Marcas Renombradas y Nombres de Dominio en Internet", p. 34.

14. En relación con dichos riesgos se puede ver Ana María Pacon, "Los derechos sobre los Signos Distintivos y su importancia en una economía Globalizada", publicado en www.ugma.edu.ve/Acerca%20de%20UGMA/Publicaciones/Documentos

Dicha clasificación de los riesgos presupone, por lo general, una clasificación de las marcas en relación con su grado de conocimiento en el público. Es decir, la clasificación en riesgos va aparejada, como se vio al analizar el tema de la marca renombrada en el derecho comprado, a la distinción entre marca notoria y renombrada, y a su protección contra dichos riesgos de conformidad con su mayor o menor grado de notoriedad. Es así como en la protección de la marca renombrada se suele romper totalmente el principio de especialidad y protegerla contra todos los riesgos, mientras que en la notoria la protección se presenta con menor intensidad.

Nuestro actual ordenamiento de propiedad intelectual, la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, al igual que las anteriores decisiones, no diferenció entre marca notoria y marca renombrada.

La Decisión 486, a diferencia de las anteriores, establece un concepto de signo notoriamente conocido. Así en el art. 224 dispone:

Art. 224. Se entiende por signo distintivo notoriamente conocido el que fuese reconocido como tal en cualquier País Miembro por el sector pertinente, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido.

Como puede observarse, esta definición normativa se encuentra acorde con el concepto de marca notoria que la doctrina maneja. En ningún momento se refiere a la marca o signo renombrado y a su protección y, en consecuencia, la tutela es para el signo notoriamente conocido sin distinción en grados de notoriedad.

Si hacemos un análisis de las normas que comprenden la protección de los signos notoriamente conocidos, encontramos, en relación con los riesgos de los que se protege a la marca notoria, así como en relación con los principios básicos de especialidad, territorialidad y uso real y efectivo, lo siguiente:

En el art. 136, literal h), se plantea una causal de irregistrabilidad marcaria que protege al signo notoriamente conocido contra varios riesgos, entre los que se encuentran: riesgo de confusión, riesgo de asociación, riesgo del uso parasitario y riesgo de dilución. En la misma línea el art. 226, literales a), b) y c), protegen al signo distintivo contra su uso no autorizado y en relación con dichos riesgos.

El art. 136, literal h), rompe con el principio de la especialidad al decir: “cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se aplique el signo...”

En relación con el principio de territorialidad, los arts. 224 y 229, literal a), lo rompen, ya que se otorga protección a los signos que alcancen el carácter de notorios aunque no se encuentren registrados en el territorio determinado.

Por último, en relación con el principio de uso real y efectivo, el art. 229, literal b), dispone que no se negará el carácter de notorio de un signo por el solo hecho que

no se haya usado o no se esté usando para distinguir productos o servicios, o para identificar actividades o establecimientos en el País Miembro. Con lo anterior, se deja de lado el principio de uso real y efectivo y se abre la puerta a una protección reforzada de los signos notoriamente conocidos, aun en el caso de que no se encuentren en uso. Lo anterior tiene fuertes efectos en figuras como la cancelación por no uso.

Como se dijo, el art. 226 refuerza la protección de los signos notoriamente conocidos, pero agrega en el literal c) la palabra renombre. En mi concepto esta palabra la utilizó el legislador andino como sinónimo de prestigio y no con la implicación jurídica que tiene la marca renombrada.

Como se puede apreciar, en la normativa comunitaria no hubo necesidad de distinguir entre signo notorio y renombrado, ya que simplemente el legislador comunitario quería dar una protección más amplia y reforzada al signo notoriamente conocido, sin hacer distinciones en relación con su grado de notoriedad. Es decir, no hubo necesidad, ni la hay, de diferenciar las dos figuras, ya que no existe una protección al signo distintivo por ser notorio y otra por ser renombrado. En otras palabras, al demostrar la notoriedad de un signo éste adquiere la protección total que establece la normativa comunitaria y, en efecto, no hay que probar el *estatus* de renombrado para que se proteja del riesgo de dilución o de uso parasitario, toda vez que con el simple hecho de probar la notoriedad, es decir, con demostrar un conocimiento acentuado en el sector pertinente, ya se protegería contra dichos riesgos y contra otros, rompiéndose así totalmente el principio de la especialidad, territorialidad y de uso real y efectivo, tal y como se mencionó anteriormente.

Si bien nada impide que por vía de interpretación prejudicial se elabore la distinción entre el signo notorio y renombrado con el objetivo de generar diferentes grados de protección y, en consecuencia, clasificar los riesgos para proteger según dicha diferenciación, en mi concepto, la posición asumida en este trabajo es la que más se compadece con la intención del legislador comunitario y con el análisis sistemático de la actual normativa comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Alemán, Marco Matías, “Documento presentado en el tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina”, se puede consultar en www.wipo.int

Alonso Espinosa, Francisco J., “El nuevo derecho de marcas”, en *Anales de derecho*, Universidad de Murcia, se puede consultar en <http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales20/francisco-alonso-emilio-lazaro.pdf>

De Acedo Hecquet, Etienne, *Marcas Renombradas y Nombres de Dominio en Internet: En Torno a la Ciberpiratería*, Madrid, Estudios de Derecho Mercantil, 2001.

López Medina, Diego, *La Teoría Impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004.

Monteagudo, Montiano, *La Protección de la Marca Renombrada*, Madrid, Civitas, 1995.

Pacon, Ana María, “Los derechos sobre los Signos Distintivos y su importancia en una economía Globalizada”, en www.ugma.edu.ve/Acerca%20de%20UGMA/Publicaciones/Documentos

Interpretaciones Prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se pueden consultar en www.comunidadandina.org

Premiación a docentes de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

PREMIO “JOSÉ MARÍA VELASCO IBARRA”, EN EL CAMPO DEL DERECHO PÚBLICO

1. Obra: *La casación civil en el Ecuador*,
del autor Dr. Santiago Andrade Ubidia
(GANADOR).
2. Obra: *Manual de Derecho Tributario Internacional*,
del autor Dr. César Montaña Galarza
(MENCIÓN DE HONOR).

Los premios fueron entregados en la Gala del 1 de diciembre de 2006, a las 18h00, en el Teatro Variedades, con ocasión de conmemorarse el Día de la Interculturalidad Quiteña.

Colaboradores

Santiago Andrade U., ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Vicerrector, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E); ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

Luis Ávila, ecuatoriano, abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Vanesa Aguirre Guzmán, ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; estudios doctorales en Derecho, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla; profesora del Curso de Especialización Superior en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, y del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Claudia Escobar García, colombiana, abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá; Magíster en Derecho, Mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Agustín Grijalva Jiménez, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en Ciencias Políticas, Universidad de Kansas, Lawrence; estudios doctorales, University of Pittsburgh.

Griselda Carina Llorente, argentina, abogada, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; asistente del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico –CEIDIE– Facultad de Derecho, UBA.

Lorena Naranjo G., ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar.

Olga Inés Navarrete, colombiana, abogada, Universidad Libre de Bogotá, Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás de Aquino; Máster en Derechos de Autor y Conexos (c), Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana.

Rafael Oyarte Martínez, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, PUCE, Magíster en Derecho público y Postítulo en Derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago; Especialista Superior

en Derecho administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito.

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Especialista en Derecho y Gestión de las Telecomunicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar; profesor de Derecho constitucional y Derecho de la información, y decano de la Facultad de Derecho, Universidad de los Hemisferios.

Ramiro Rivadeneira, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador, Diploma Superior en Derecho constitucional y derechos fundamentales, Universidad San Francisco de Quito; Magíster en Ciencias Internacionales (c), Universidad Central del Ecuador, Escuela de Ciencias Internacionales.

José Vicente Troya Jaramillo, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Posgrado en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Universidad de Roma; Máster en Derecho Internacional, Erasmus University, Róterdam; Máster en Derecho del Comercio Internacional, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid; Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Marcelo Vargas Mendoza, colombiano, abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá; Curso intensivo de Posgrado en Resolución de Conflictos en Comercio Internacional e Inversiones, Universidad de Buenos Aires.

Normas para colaboradores

1. *Foro: revista de derecho* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en un disquete a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Área de Derecho.

Av. Toledo N22-80

Quito - Ecuador

Fax (593-2) 322 8426

Teléfonos: (593-2) 322 8031, 322 8436

Dirección electrónica: dmartinez@uasb.edu.ec

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:

Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.

La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55 000 caracteres aproximadamente.

Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha.

Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas).

Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.

Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera: Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo:

Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Ej.: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor con el propósito de notificar la recepción de los artículos así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR ÁREA DE DERECHO

José Vicente Troya Jaramillo

Toledo N22-80, apartado postal 17-12-569 • teléfonos 593(2) 322 8031, 322 8436
Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, dmartinez@uasb.edu.ec •
www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, teléfonos 593(2) 255 4358, 255 4658, 256 6340, fax ext. 12
Apartado postal 17-12-886, correo electrónico: cen@accessinter.net
Quito - Ecuador

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:

Ecuador:	\$ 28.80
América:	\$ 60.00
Europa:	\$ 77.00
Resto del mundo:	\$ 86.60

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, apartado postal 17-12-886, teléfonos 593(2) 255 4358,
256 6340, fax ext. 12. Correo electrónico: cen@accessinter.net, Quito - Ecuador

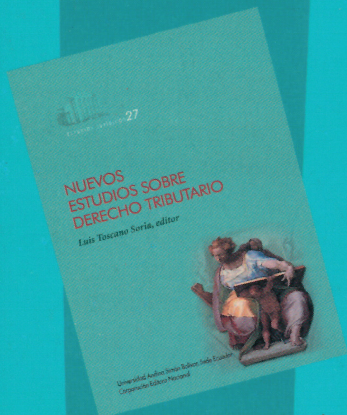
CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

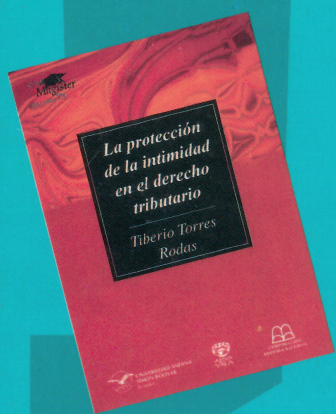
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR,
Centro de Información

Toledo N22-80, apartado postal: 17-12-569, teléfono: 593(2) 322 8094
Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec
Quito - Ecuador



Luis Toscano Soria, editor, *Nuevos estudios sobre derecho tributario*, Serie Estudios Jurídicos, vol. 27, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007.

Este libro estudia el principio de la irretroactividad en la legislación positiva en general y, concretamente, en la legislación tributaria. Se analizan temas nuevos, como la fiscalidad ambiental y el precio público, el tratamiento a los beneficios que se pueden obtener de las normas tributarias con el fin de estimular el crecimiento de sectores importantes de la economía. Finalmente se realiza un análisis de las facultades de las administraciones seccionales en la creación de tasas y contribuciones especiales o de mejoras.



Tiberio Torres Rodas, *La protección de la intimidad en el derecho tributario*, Serie Magíster, vol. 73, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007.

Se analiza el acceso y el manejo que el fisco hace de la información de los contribuyentes y sus posibles conflictos con el derecho a la intimidad. Se hace un estudio del hábeas data como un medio eficaz de defensa de estos sujetos pasivos de la obligación tributaria frente a la actividad inspectora de las administraciones tributarias.



Luis A. Toscano Soria, *Devolución del pago en exceso del IVA*, Documentos de Trabajo, vol. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2005.

Este trabajo busca contestar varias interrogantes referentes a si los créditos tributarios no compensables pueden o no ser objeto de devolución, y si el fisco tiene derecho para apropiarse del crédito fiscal acumulado por efecto de las retenciones del impuesto. Para ello el autor se remite al concepto de relación jurídico-tributaria.