

## **LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA VIOLENTA GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: LIMITA EL DERECHO A LA DEFENSA Y A LA TUTELA EFECTIVA**

**Dr. Armando Serrano Carrión**

El 16 de diciembre del 2007 el Presidente de la República remitió el proyecto de Ley de Equidad Tributaria, para conocimiento, resolución y aprobación de la Asamblea Constituyente, que contenía el propósito claro de una reforma profunda a nuestro sistema tributario. Entre estas se advertían un sinnúmero de normas que violan, no solamente disposiciones expresas de carácter constitucional, sino principios consagrados por el ordenamiento jurídico contenidos en la Carta Política, vigente a la fecha (Constitución 1998). Violentando derechos inherentes a la naturaleza misma del ser humano, por lo que requería de una indispensable depuración. Proceso necesario para evitar la colisión de una norma de jerarquía inferior con la Carta Política, y la “derogatoria” de garantías fundamentales de carácter Constitucional, fruto de conquistas del hombre. A pesar de tales advertencias, con una ligereza inusitada, pocas veces vista, esta se promulgó en el Registro Oficial del 29 de Diciembre del 2007, (13 días después).

La Mesa de Legislación y Fiscalización emitió su primer informe el 18 de Diciembre y el Informe Final, el 27 del mismo mes. El Pleno de la Asamblea Constituyente, lo aprobó el 28 y finalmente, se promulgó el 29.

La norma objeto de nuestro comentario, exige una caución para acceder a la administración de justicia, en fase jurisdiccional tributaria. En el evento de no rendirla, el órgano jurisdiccional competente no solo que no acepta la acción deducida sino que, el administrado como consecuencia de ello, queda en estado de indefensión. Tanto la Carta Política (1998), vigente a la fecha de promulgación de la Ley de Equidad Tributaria, como la posterior (2008), consagran como derecho fundamental de los ecuatorianos, la tutela efectiva judicial y para ello, se garantiza el pleno y total acceso a la justicia. La norma objeto de nuestro comentario condiciona el acceso a la justicia, al otorgamiento de una caución, caso

contrario, está vedada la posibilidad de someter a conocimiento del órgano jurisdiccional su pretensión y por ende, su derecho a la tutela efectiva judicial desaparece.

El proyecto inicial remitido por el Ejecutivo contemplaba que el monto de la garantía que el accionante debía de rendir para acceder a la administración de justicia, ascendía al 20% de la cuantía de la demanda:

PROYECTO REMITIDO POR EL EJECUTIVO<sup>1</sup>

*A continuación del Art. 233, agréguese el siguiente: “Art. (...) Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una **caución equivalente al 20% de su cuantía.**”*

*La caución se cancelará por el Tribunal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente; en caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que será entregada a la administración tributaria demandada, perjudicada por la demora; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad se entregará a la administración tributaria perjudicada por la demora, el valor total de la caución.*

*Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.*

<sup>1</sup> Oficio # 1602-SGJ-07-03193 del 16 de Diciembre de 2007, suscrito por el Presidente Constitucional de la República, Econ. Rafael Correa Delgado, dirigido al Presidente de la Asamblea Constituyente, mediante el cual remitió el proyecto de Ley para la Equidad Tributario.-

*El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere."*

En el primer informe de la Comisión de Legislación y Fiscalización se recoge la propuesta del ejecutivo y se somete a consideración de los Asambleístas. Recién en el segundo informe aprobado el 27 de diciembre, se efectúa un pronunciamiento por parte de este órgano y se sugiere la disminución del monto de la caución al 10%. Observación con la que, finalmente, se aprobó y luego de su vigencia, así se aplica. Hoy en la práctica diaria se exige a los litigantes, administrados o sujetos pasivos de obligaciones tributarias, presentar una caución equivalente al 10% del monto de las impugnaciones deducidas ante los Tribunales Distritales de lo Fiscal.

Luego de este brevísimo antecedente, en la parte sustantiva, es necesario mencionar que, entre los derechos fundamentales de las personas, consagrados en la Constitución anterior<sup>2</sup>, vigente al momento de aprobación y vigencia del ordenamiento legal objeto de nuestro comentario, el artículo 23, destacaba el derecho al Debido Proceso. El artículo 24, *Ibídem*, en el desarrollo de los elementos que deben integrar el Debido Proceso, en su ordinal 10°, señalaba lo siguiente:

*"Art. 10.- Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento..."*

Reforzando lo anteriormente señalado, el mismo artículo cita en el ordinal 17°, que toda persona debe tener libre acceso a los organismos judiciales a efectos de lograr de estos la tutela efectiva de sus derechos, sin que en ningún caso, quede en indefensión.

*..." 17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede*

<sup>2</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.

*en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”...*

De tal manera que, resulta garantía sustancial de las personas, el debido proceso y entre los elementos sustanciales para que este se pueda consagrar plenamente, resulta fundamental el acceso a la justicia, y que este no se encuentre bajo ningún concepto condicionado o limitado de alguna manera. De tal suerte que, esta garantía constitucional se consagra cuando se permite el libre acceso a la justicia. Tutela efectiva que está derivada, a su vez, en la tutela administrativa y jurisdiccional. La norma constitucional que, final-mente, cierra este círculo es el artículo 196 de la Carta Política, que textualmente señalaba lo siguiente:

*“Art. 196.- Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes organismos de la función judicial, en la forma que determina la Ley...”.*

La novísima Carta Política<sup>3</sup>, aprobada en el 2008, que cobró vigencia con posterioridad a la ley objeto de nuestro comentario, trae normas similares, que citaremos para su adecuada revisión. Con la clara diferencia, en el énfasis que el nuevo ordenamiento legal impone a los derechos individuales, reconociéndoles un valor jurídico superior:

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR 2008**

**Art. 11.-** *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

- 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.*
- 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servi-*

<sup>3</sup> CONSTITUCION POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 449, 20 de Octubre de 2008

doras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, **violación del derecho a la tutela judicial efectiva**, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

**Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva**, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; **en ningún caso quedará en indefensión**. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

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

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

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

**Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad**

*del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.*

Los derechos fundamentales, en las corrientes modernas neoconstitucionalistas, no admiten cuestionamiento alguno y se les otorga un valor preponderante incluso en la construcción del estado mismo, debido a que “constituyen un presupuesto del propio estado”. “Los derechos fundamentales, entonces, se enfrentan al ejercicio del poder en un estado de derecho, parte del “supuesto” de la protección y garantía de esos derechos fundamentales que garantizan la existencia del propio estado. Por ello su importancia, y por ello la necesidad de ubicarlos en un texto superior, en una Ley Fundamental, a la que se encuentra sometido el monarca, el legislador y el juez, para que todos ellos la respeten, por estar en un nivel superior al de su propia existencia. En el evento de permitir la consagración de derechos fundamentales en textos legales, es probable que los mismos se hubiesen modificado por el propio legislador en su función específica de la expedición de las leyes y en su capacidad de modificarlas. Por ello, esos derechos fundamentales justifican su existencia y permanencia en el espacio y en el tiempo, siempre que sean ubicados por encima de quienes detentan el poder público.

Al menos esa fue la concepción norteamericana en el proceso de conformación de su Estado. Los derechos fundamentales son preexistentes a la organización del estado y de esa forma resulta superflua su consagración en un texto constitucional. Además, si el pueblo ostenta el poder, en cualquier momento puede ejercerlo. Sin embargo, la constitucionalización de los derechos permite establecer un statu quo a quienes ejercen el poder”...<sup>4</sup> HAMILTON en “El Federalista”, No. 74, se oponía a quienes pensaban de esta manera, al afirmar lo siguiente:

*“Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso y, como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún poder en particular. << Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de asegurar los beneficios de la libertad a nosotros mismos y a nuestros descendientes, estatuímos y sancionamos*

---

<sup>4</sup> El Triunfo del Neoliberalismo, Colombia en el nuevo orden Constitucional, Felipe Alirio Solarte Maya, Ediciones Nueva Jurídica, 2007, pág. 200.

*esta Constitución para los Estados Unidos de América>>. Aquí tenemos un reconocimiento de los derechos populares superiores a varios volúmenes de estos aforismos que constituyen la distinción principal de las declaraciones de derechos de varios de nuestros Estados, y que sonarían mucho mejor en un Tratado de Ética que en la Constitución de un gobierno (...) Voy más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultan hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizando efectuar? Por ejemplo: ¿Para qué afirmaría que la libertad de la prensa no sufriría menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restricciones? No es que se sostenga que una disposición de esa clase atribuiría facultades de reglamentación; pero es evidente que suministraría a los hombres con tendencias usurpadoras, una excusa para reclamar ese poder. Podrían argumentar con cierta apariencia de razón que no se debe imputar a la Constitución el absurdo de precaverse contra el abuso de una potestad que no existe y que la disposición que prohíbe limitar la libertad de la prensa autoriza claramente a inferir la intención de dotar al gobierno nacional de la facultad de prescribir normas apropiadas en el caso de dicha libertad. Esto puede servir de ejemplo de los numerosos asideros que se ofrecieran a la doctrina de los poderes de interpretación si se transige con este imprudente celo a favor de las declaraciones de derechos”<sup>5</sup>*

La Constitución del 2008 impone una migración sustancial en nuestra Carta Política, del sistema Francés Continental al sistema del Common Law, entre cuyos cambios más importantes es que, los contenidos de la norma suprema, son de aplicación inmediata y directa por todos los operadores jurídicos, por encima de lo previsto por cualquier otro ordenamiento jurídico, incluso aquellas con la jerarquía normativa de rango de ley... “La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento

---

<sup>5</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo, El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, 1995, pág. 56.

jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución . (Los padres fundadores de la Constitución norteamericana, y particularmente Alexander Hamilton, tuvieron muy claro la idea de la superioridad y aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces, quienes tienen la obligación de protegerla cuando se generen conflictos con las leyes. Sobre el particular Ver: Hamilton, A. *El Federalista*, FCE, México, 1987, Carta 78).<sup>6</sup>

La Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador<sup>7</sup>, establece una seria limitación al libre acceso a la justicia, cuando en una de sus disposiciones señala lo siguiente:

*Art. 233.- Falta de otros requisitos.- La falta de señalamiento de domicilio judicial para notificaciones, no impedirá el trámite de la demanda, pero no se hará notificación alguna a quien hubiere omitido este requisito, hasta tanto lo cumpla.*

*Tampoco impedirá el trámite de la demanda la falta de fijación de la cuantía.*

*Art. (...)- Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, **deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía;** que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.*

*La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o*

<sup>6</sup> Resolución de la Corte Constitucional.- Año II -- Quito, Miércoles 22 de Octubre del 2008-R.O.# 451.-

<sup>7</sup> LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR, Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007.

*Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.*

*Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.*

*El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere.*

A texto expreso, la ley condiciona el ejercicio de las acciones y recursos a una exigencia de carácter económico. El ejercicio del derecho de defensa de los administrados se encuentra supeditado, a que estos cuenten con los recursos económicos suficientes, para atender esta exigencia. Solamente aquellos administrados que cuenten con los recursos económicos necesarios para poder afianzar la obligación tributaria contenida en un acto determinativo, equivalente al 10% de la misma, son los únicos que podrían acceder a la tutela efectiva, prevista en las normas Constitucionales inicialmente mencionadas.

El ejercicio de esta garantía constitucional está sometido a una condición de carácter económica, por tanto, no existe libre acceso a la justicia en materia tributaria. Existiría un acceso condicionado a la tutela efectiva, sometido a la capacidad económica del accionante.

En la nueva corriente Constitucional, denominada neo-constitucionalismo, en la que la aplicación de los derechos de los ciudadanos son de forma directa, más aún cuando se trata de derechos fundamentales,

con el propósito de una aplicación plena y evitar una postergación indefinida, la Carta Política, ha previsto que todos los servidores públicos entre los que se cuenta a los del servicio judicial, están llamados a aplicar la norma de manera tal que su interpretación favorezca la efectiva vigencia de los derechos consagrados en dicho ordenamiento constitucional.

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR 2008**

*Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

*5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.*

La rigurosidad de esta disposición, en la búsqueda incontenible de la vigencia plena, aplicación inmediata y directa de los derechos fundamentales, conduce al legislador a responsabilizar severamente al estado en casos de inoperatividad.

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR 2008**

*Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

*9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

*El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, **violación del derecho a la tutela judicial efectiva**, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*

El mismo ordenamiento constitucional sanciona con la ineficacia jurídica las actuaciones de alguno de los poderes del estado, la propia administración tributaria o la función judicial, en el evento de que sus actuaciones no comulguen con el texto vigente de la norma o sean contrarias a sus preceptos.

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR 2008**

***Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.***

*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*

La rigurosidad de la norma no solamente demuestra la clara y absoluta decisión del legislador de preservar la aplicación inmediata de las normas constitucionales que prevén derechos fundamentales a los ciudadanos sino que además, ha provisto a los operadores jurídicos de un mecanismo claro y expedito en caso de dudas, a efectos de prevenir actuaciones que puedan orientarse en tal despropósito. En este punto, debo de admitir que en el foro existen corrientes del pensamiento encontradas y que han desatado serias polémicas, que se irán dilucidando a medida que la casuística permita el desarrollo de jurisprudencia sobre la materia.

Algunos entendidos en la materia sostienen que, en el evento de dudas el operador jurídico debe someterse al mandato previsto en el artículo 426 de la Constitución de República, que los obliga a su inmediato cumplimiento y aplicación, sin que permita su postergación bajo pretexto alguno ni siquiera le permite alegar falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la

acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR 2008**

**Art. 426.-** *Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.*

*Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, **aplicarán directamente las normas constitucionales** y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

*Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos **serán de inmediato cumplimiento y aplicación**. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.*

El operador jurídico tiene la obligación del inmediato cumplimiento y aplicación de la norma que consagre derechos constitucionales ....“Decimos que se formulan, en el plano normativo, los juicios sobre la validez y sobre la vigencia de las normas. Este último se refiere “a la constatación de la simple existencia de una norma en el Ordenamiento jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple con los requisitos formales que le son exigibles y, como tal, es susceptible de ser declarado verdadero o falso. Frente a él, el <<juicio de validez>> va referido no a la forma de la norma, sino a su contenido, y afecta la relación de la norma con las determinaciones existentes en niveles superiores del Ordenamiento: su vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que, en todo caso, sea un juicio complejo pero de carácter jurídico, interno de Ordenamiento, y no moral, político. Puesto que responde al modelo de juicios

de valor, resultará ser opinable, variable, flexible. La posibilidad de realización gradual, de ponderación entre distintos valores que expresan las normas y de desviación respecto de los principios del Ordenamiento, son los datos que permite formular juicios de validez”<sup>8</sup>. Esto no tiene nada que ver con la mecanización que importa la operación de la subsumción de los hechos a las normas que instruye, como técnica depurada y exacta de aplicación del Derecho, el antiguo positivismo.

El Estado constitucional se instrumenta normativamente sobre la base de un modelo que contiene tres elementos que sobresalen:

- a) La supremacía constitucional y de los derechos fundamentales que son todos los enunciados por la Constitución sean libertad personal o de naturaleza social;
- b) El imperio del principio de juridicidad (llamado por muchos de legalidad) que somete a todo poder público al Derecho; y,
- c) La adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar el goce de los derechos de libertad y la efectividad de los sociales.

El paso siguiente es superar esa divergencia inevitable interna que existe “entre la proclamación ideal-constitucional de los derechos, su grado de plasmación legal y, todavía más, sus índices de realización empírica, siempre desoladoramente deficiente”<sup>9</sup>. Los derechos fundamentales vinculan normativamente a todos los poderes públicos y sólo falta que sean aplicados por los jueces, a través de las distintas acciones que la Constitución crea. En el Estado constitucional de derechos se debe romper con el formalismo positivista y, como dice nuestro autor en cita, recorrer hacia arriba la pirámide normativa. El nuevo desafío de los jueces es, precisamente, éste.”<sup>10</sup>...

---

<sup>8</sup> Ángel Miguel PEÑA. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. TROTTA, Madrid, 1997., págs. 98/99.

<sup>9</sup> Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ. Corrupción y Estado de Derecho. TROTTA, Madrid, 1996, pág. 10.

<sup>10</sup> APUNTES SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y PONDERACIÓN, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, PROCESO CONSTITUCIONAL, Dr. Jorge Zavala Egas, 2009, p 21.-

...”En el plano teórico, el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución, significa desde un punto de vista estricto, que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica, **en lugar de, frente a**, o por lo menos, junto al resto del ordenamiento.

El principio de eficacia directa implica que cualquier operador jurídico habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aún cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aún cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad.

La consecuencia práctica de que la Constitución sea "fuente del derecho sin más", es que aquellos "temas fundamentales" del ordenamiento jurídico, que en el paradigma del Estado liberal eran materia de la ley, ahora, en el paradigma de la constitucionalidad, son regulados directamente por la Constitución"<sup>11</sup>...

Sin embargo, otro segmento del pensamiento jurídico sostiene que, frente a la severidad de la duda, la propia norma constitucional ha puesto a disposición del operador jurídico la posibilidad de la Consulta ante la Corte Constitucional, figura jurídica novedosa en nuestra legislación que, sin lugar a dudas será un instrumento válido en este propósito. Al tenor de texto expreso, se suspende la sustanciación de la causa para remitir el expediente a Consulta al órgano de control Constitucional, respecto de la aplicación de la legislación que ha generado dudas.

**Art. 428.-** Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, **suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.**

<sup>11</sup> Resolución de la Corte Constitucional.- Año II -- Quito, Miércoles 22 de Octubre del 2008- R.O.# 451.-

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

Los Tribunales Distritales de lo Fiscal, están acogiendo esta segunda opción, frente a petición de parte, se suspende la sustanciación del proceso para la formulación respectiva de Consulta. Hasta la fecha de conclusión de este comentario no existe respuesta alguna ni ha concluido el plazo que para tal efecto dispone la Corte Constitucional.

A nuestro criterio, existe un derecho muy claro y además, reconocido de manera expresa por la Constitución vigente y anterior, que es el libre acceso a la justicia en la búsqueda de la tutela efectiva judicial y/o el derecho de defensa del individuo, entre otros, que se vulnera al someterlo a condicionamientos de tipo económico. Condicionamientos que, nacidos de la aplicación de una norma con rango de ley, no resiste la preeminencia de la norma Constitucional que debería de aplicarse sin miramiento alguno y permitir, el libre acceso a la justicia, que es de valor jurídico superior, sin lugar a dudas.