

Nº. 31 • 2018

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

ISSN 1390-3071

E-ISSN 1390-4736

COMITÉ EDITORIAL

ECON. MAURO TOSCANINI SEGALE, Ph.D.
Rector - Presidente Honorario

LIC. MARÍA CECILIA LOOR DE TAMARÍZ, Ph.D.
Vicerrectora Académica - Vicepresidenta Honoraria

ING. WALTER MERA ORTIZ, Ph.D.
Vicerrector de Investigación y Posgrado - Presidente Ejecutivo

ECON. LUIS FERNANDO HIDALGO PROAÑO, Ph.D.
Vicerrector Administrativo - Vicepresidente Ejecutivo

DRA. MÓNICA FRANCO POMBO, Ph.D.
Vicerrectora de Vinculación

AB. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO, Msg.
Decano

AB. MARÍA ISABEL LYNCH DE NATH, Mgs.
Directora de la Carrera de Derecho

DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, Mgs.
Director - Editor



DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. ARNEL MEDINA CUENCA, Ph.D.
Universidad de La Habana, Cuba

DR. GONZALO RUA, Ph.D.
Universidad de Buenos Aires, Argentina

DR. OMAR HUERTAS DÍAZ, Ph.D.
Universidad Nacional de Colombia

DR. ABDIEL A. ÁBREGO, Ph.D.
Universidad de Panamá

DRA. TERESA NUQUES MARTÍNEZ, Ph.D.
Universidad Católica Santiago de Guayaquil

AB. JOSÉ M. GARCÍA BAQUERIZO, Msg.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

DR. IVÁN CASTRO PATIÑO, Phd.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

DR. SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO, Msg.
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

DRA. MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ, Phd.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

REVISTA JURÍDICA
Nº31, 2018
ENERO-JUNIO, 2018

ISSN
ISSN 1390-3071
E-ISSN 1390-4736

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR DE LA REVISTA
DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA

CORRECCIÓN DE TEXTOS
LIC. JANET LARA MORA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
MIGUEL ARELLANO MATAMOROS

MIEMBROS DE CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

AB. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO, Mgs.
Decano

AB. MARÍA ISABEL LYNCH DE NATH, Mgs.
Directora de Carrera de Derecho

LCDA. ANA QUEVEDO TERÁN, Mgs.
Directora de Carrera de Trabajo Social

AB. HÉCTOR VANEGAS Y CORTÁZAR, Mgs.
Profesor Representante Principal ante Consejo Directivo

DRA. MARÍA DEL CARMEN VIDAL MASPONS, Mgs.
Profesor Representante Alterno ante Consejo Directivo

AB. MA. MERCEDES CEPRIÁN HAZ
Coordinadora Administrativa

AB. DIEGO ROMERO OSEGUERA, Mgs.
Coordinador Académico

AB. AGUSTÍN DELGADO MONTERO, Mgs.
Presidente Asociación de Estudiantes de Derecho



DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

AV. CARLOS JULIO AROSEMENA, KM 1.5
ECUADOR
TELÉFONO: +593 4 220 92 10 EXTENSIÓN: 2635 -
2636
CORREO ELECTRÓNICO:
REVISTA.JURIDICA@CU.UCSG.EDU.EC

IMPRESIÓN

VALGRAF
1000 EJEMPLARES

© UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE
GUAYAQUIL, ECUADOR

TODOS LOS ARTÍCULOS QUE APARECEN EN
LA REVISTA JURÍDICA SON DE EXCLUSIVA
RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.

TABLA DE CONTENIDOS

CONTENIDO

DELITO CONTINUADO Y ESTAFA MASIVA	5
CONTINUOUS CRIME AND MASSAGE MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ, MAYDA GOITE PIERRE, ARNEL MEDINA CUENCA, ARNEL MEDINA GOITE, RAMÓN ECHÁIZ, ANÍBAL QUINDE MENDOZA, KEVIN MATÍAS, GABRIEL REYNA	
EL SISTEMA ECUATORIANO DE ENJUICIAR	19
THE ECUATORIAN SYSTEM OF PUNISHMENT HÉCTOR VANEGAS Y CORTÁZAR	
ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR	34
ADOPTION BY SAME SEX COUPLES IN ECUADOR MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, MARÍA DEL CARMEN VIDAL MASPONS	
LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ARGENTINO Y BREVES REFERENCIAS AL DERECHO CIVIL ECUATORIANO	48
THE FACTORS OF ATTRIBUTION OF CIVIL LIABILITY IN ARGENTINE LAW AND BRIEF REFERENCES TO CIVIL LAW OF ECUADOR FABRIZIO PERALTA DÍAZ	
EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL ECUATORIANA	65
NEOCONSTITUTIONALISM IN ECUATORIAN PROCESS LEGISLATION JAVIER AGUIRRE VALDEZ	
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COMO SALVAGUARDA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL	80
THE RESPONSIBILITY OF THE STATE AS A SAFEGUARD OF JUDICIAL INDEPENDENCE ERNESTO SALCEDO ORTEGA	
CONFIGURACIÓN JURÍDICA, CONTENIDO Y PROTECCIÓN DEL BUEN VIVIR A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA	93
LEGAL CONFIGURATION, CONTENT AND PROTECTION OF GOOD LIVING IN THE LIGHT OF THE ECUATORIAN CONSTITUTION NURIA PÉREZ PUIG-MIR	
EL BINOMIO ECONOMÍA-TECNOLOGÍA Y SU RELACIÓN CON LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA. UNA ESPECIAL REFERENCIA AL GOBIERNO ELECTRÓNICO	110
THE BINOMIO ECONOMY-TECHNOLOGY AND ITS RELATIONSHIP WITH THE ECONOMIC GLOBALIZATION. A SPECIAL REFERENCE TO THE ELECTRONIC GOVERNMENT ANDREA MORENO	
USO SOCIAL, JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PARA LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS Y LA LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EL ECUADOR	119
SOCIAL, LEGAL AND POLITICAL USE OF THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE FOR THE CONCRECTION OF THE RIGHTS AND LEGITIMATION OF DEMOCRACY IN ECUADOR GONZALO XAVIER RODAS GARCÉS	
LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL	141
THE JUDICIAL IMPARTIALITY IVANNA ABAD, JAMILET CAMACHO, GISELLA CAPELO, DIANA CHILIQUE, SARAY OLALLA	

▼ EDITORIAL

La Revista Jurídica de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil constituye una tradición encomiable al servicio de la comunidad jurídica nacional e internacional. Desde su primera edición en el año 1990, la revista ha cumplido con la expectativa principal de difundir los resultados de la producción académico-científica de los docentes, así como de destacados juristas invitados, cumpliendo con la misión institucional de contribuir al desarrollo de las ciencias del Derecho y la dogmática jurídica, promover el debate académico y fomentar la investigación.

El presente número, que alcanza su Trigésima primera edición, ofrece a su público lector contribuciones inéditas relacionadas con las más importantes áreas del derecho, procurando adecuar las instituciones jurídicas abordadas a los permanentes cambios que se producen en el mundo contemporáneo, como producto de los innegables avances cien-

tíficos, tecnológicos, sociales y culturales que experimenta nuestra sociedad.

En cuanto a la calidad académica de la presente edición, hemos procurado conformar un Consejo Científico calificado, integrado por importantes jurisconsultos, altamente célebres en sus respectivos países, quienes han seleccionado, laboriosamente, los mejores artículos para su publicación, siendo arbitrados por pares externos e inculcados en el pluralismo como uno de los valores que inspiran a la revista, y promoviendo la discusión crítica en temas jurídicos relevantes.

Mi agradecimiento para todos aquellos que colaboraron para que la Revista Jurídica, después de algunos años de receso, vuelva a convertirse en una realidad; de manera especial para cada uno de los autores de los ensayos científicos expuestos, por su inversión de tiempo y dedicación; pero sobre todo por aportar con la riqueza de sus conocimientos, y con ello, estimular y enriquecer la disciplina del estudio del derecho.

DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, MGS.

DELITO CONTINUADO Y ESTAFA MASIVA UN CASO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN EL EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CONTINUOUS CRIME AND MASSAGE A CASE FOR THE CONSTRUCTION OF THE DUTY OF CARE IN THE EXERCISE OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

**MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ¹, MAYDA GOITE PIERRE², ARNEL MEDINA CUENCA², ARNEL MEDINA GOITE²,
RAMÓN ECHÁIZ, ANÍBAL QUINDE MENDOZA, KEVIN MATÍAS, GABRIEL REYNA¹**

¹ Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

² Universidad de La Habana.

RESUMEN

“Delito continuado” tiene por disposición de la ley ecuatoriana penal, impacto concreto en lo relacionado con determinar el cómputo de la prescripción, sin que exista ninguna otra referencia legal. Históricamente ha servido de “comodín” para aplicar penas por tipos penales inexistentes a la fecha de comisión de una infracción, estirando el tiempo de comisión en virtud una supuesta continuidad, unidad y progresividad, o bien, para hacer mención, sin ninguna trascendencia práctica, a delitos de tracto sucesivo (aclarando que tal término es considerado más como un modus operandi que como una forma de ejecución propia, como lo ha acotado Tiedeman para el llamado delito económico). Por ello, resulta cuestionable se lo invoque en fundamento de la aplicación del Código Orgánico Integral Penal (con el que surge el tipo penal de Estafa Masiva) para conductas anteriores, consumadas bajo la vigencia del tipo de Estafa (ahora derogado) y norma expresa que resolvía el tema del concurso de infracciones, ante el hecho de unos cuantos casos previos al cese de la actividad, ubicables en el espacio temporal de posterioridad a la promulgación del actual Código (COIP). Hacerlo así, infringiendo principios garantistas, podría contravenir una norma de cuidado.

PALABRAS CLAVE: delito continuado, concurso real de infracciones, bien jurídico, sujeto pasivo.

RECIBIDO: 17/05/2017
ACEPTADO: 25/05/2017

CORRESPONDENCIA:
mpalencia@hotmail.com

ABSTRACT

"Continuous crimes" has, by disposition of Ecuadorian criminal law, a concrete impact with relationship to determining the computation of the prescription, without any other legal reference. Historically, it has served as a "wild card" to apply penalties for non-existent criminal offenses to the date of commission of an offense, stretching the time of commission, due to a supposed continuity, unity and escalation, or, to mention, without any practical significance, to crimes of successive tract (Clarifying that such a term is considered more as a *modus operandi* than as a form of self-execution, as has been defined by Tiedeman for the so-called economic crime). For this reason, it is questionable to invoke it as fundament of the application of the Comprehensive Criminal Code (with which emerges the criminal type of Mass Scam) for previous conduct, consummated under the effect of the criminal type of Scam (now repealed) and the express law that resolved the issue of the contest of infractions, in response to a few cases prior to the cessation of the activity, located in the temporary space of posteriority to the promulgation of the current Code (COIP). Doing so, violating warranty principles, could contravene a norm of care.

KEYWORDS: continuous crimes, contest of infractions, legal asset, passive subject.

INTRODUCCIÓN

La construcción "delito continuado" de arraigo doctrinal proveniente de ultramar, ha sido invocada recientemente por la Corte Provincial de Justicia del Guayas para dar fundamento a la aplicación del Código Orgánico Integral Penal, que contempla el tipo penal de Estafa Masiva, a hechos que se cometieron antes de la vigencia de tal cuerpo legal en época en que se tipificaba otro delito, el de Estafa, con diversos elementos del tipo- y que a dicho de los juzgadores, siguieron siendo cometidos con respecto a diversas víctimas durante la vigencia del actual ordenamiento.

El tipo penal vigente hasta el 10 de agosto de 2014, no tenía como elemento objetivo del tipo la existencia de dos o más perjudicados y por ello la existencia de acciones plurales se resolvía a través de la figura de la concurrencia de infracciones.

El legislador del nuevo ordenamiento ecuatoriano en materia penal, esto es, del Código Orgánico Integral Penal, y ante un histórico de conductas penales que en el país han afectado a la colectividad, decidió tipificar y penalizar con rigor a quien afecte a más de dos personas, con actos de inducción a error de manera dolosa, que logre la entrega de un bien en perjuicio de quien yerra, por lo que cabe sostener que en este específico caso, se pronunció a favor de convertir a tal concurso de infracciones, en elemento del tipo y no como dato aislado para el cómputo de la punibilidad.

La pena que establece el ordenamiento vigente es mayor que la que establecía para el delito de estafa el anterior, por lo que se hace necesario determinar los antecedentes, contenidos y límites de la institución del "delito continuado", sus llamados presupuestos teóricos y filosóficos, pues se lo ha invocado para aplicar un tipo penal de pena más grave y con la pretensión de que comprenda hechos cometidos fuera de la vigencia de la actual legislación penal; esto es, por hechos anteriores, a pesar de que la razón de nacimiento del llamado "delito continuado", desde su origen, fue el atenuar la pena para casos de comisión de un tercer delito, y que el problema del concurso de delitos en el caso de la Estafa, el legislador la resolvió entendiendo que era, asimismo, un problema de concurso

de penas, e introdujo un único tipo penal, y penas con máximo superior a la de la Estafa anteriormente considerada. La visión del problema, como de ámbito de concurso de penas, fue anunciada por Maggiore (1954, p.295).

Aunque se admitiere cambio en el fin de atenuar a agravar-, el hecho de aplicar ley no vigente al tiempo de ideación, planeación, consumación, pero sí, agotamiento de la actividad delictiva, contraviene el Principio de Temporalidad que pauta como ley aplicable en cuanto a tipo penal, la vigente al tiempo de comisión de la infracción y que bajo las pautas de favorabilidad de arraigo constitucional, obligarían a la aplicación de la ley más benigna; esto es, la anterior. En este caso cabría hablar de irretroactividad relativa, porque aplica lo que es más favorable al individuo a imputar; conlleva una derivación del principio de Legalidad; esto es, existe la posibilidad de retrotraer la fijación de la ley a una antes vigente, justo si es más favorable.

Mucha confusión ha existido entre dos construcciones diferentes: el delito continuado y el concurso real de infracciones. Tan es así, que en estudio publicado por Posada Maya quien es especializado en el trato de la temática relativa al delito continuado- se parte de realizar un análisis interesante del delito continuado, y con amplia bibliografía, señalando que el delito continuado difícilmente puede ser reemplazado por otras instituciones como el concurso de delitos, “que resultan incapaces de reflejas con su carga punitiva, el verdadero desvalor del delito realizado.” (2011, p.74), y muestra disposiciones jurídicas en las que se ha efectuado una mezcla entre el delito continuado y el concurso de infracciones.

Hay mucho material, mucha doctrina sobre el delito continuado. La presente reflexión no pretende ser ni mucho menos una recopilación de lo existente, no pretende competir en extensión con trabajos especializados y recientes sobre la materia, como el del mismo Posada Maya, sino centrar el núcleo del tema en un aspecto: su utilización conjunta con el tipo penal de Estafa Masiva, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, analizando tal posibilidad desde lo racional, y desde la norma de cuidado que debe regir la práctica de la Administración de Justicia.

En el Ecuador, y por orden de ley vigente, la ley aplicable para el juzgamiento y sanción de una infracción penal es la del tiempo de comisión de una infracción. En tal punto tiene especial relevancia determinar cuándo el comportamiento de un individuo debe ser considerado en el contexto de una pluralidad de acciones; o bien cuándo parte de un único delito; no debiendo confundirse la reiteración en el mismo tipo delictivo, con la existencia de un delito continuado; ni el cese o fin de actividad de un delito continuado, con el último delito, en un concurso real de infracciones.

Revisar los contenidos y límites del delito continuado tiene especial relevancia por cuanto es indispensable tener en cuenta qué ha venido pasando, y con qué contenido se podría incluir válidamente, como soporte de fallos en la República del Ecuador, toda vez que por disposición del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, último párrafo, “... los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia,

servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia”. Lo anterior, para dar contenido al principio de obligatoriedad de administrar justicia.

Para ello se mira la administración de justicia española, que es el referente hispanoamericano del que nos da cuenta Freire Gavilán (s/f) para referir que: lamentablemente, a pesar de ser estudiado por varios autores, la falta de consenso respecto a su naturaleza, fundamentos, requisitos y efectos del delito continuado, ha derivado en un tratamiento errático que ha llevado a parte de la doctrina a cuestionar su existencia y utilidad, cuestión que no es menor, pues al tratarse de una figura que, en la mayoría de los casos, apela a un esfuerzo intelectual para poder subsistir, cabe preguntarse si efectivamente estamos en presencia de una institución fundamental en el derecho penal, o simplemente se trata del resultado de una exagerada reacción dogmática respecto de una herramienta que nació únicamente como un medio de contrarrestar la descomedida exacerbación que tenían los castigos por ciertos delitos cuando eran cometidos en más de una ocasión.

II

Tres de los grandes y clásicos doctrinarios que dan cuenta de la figura denominada “delito continuado”, bautizado por el profesor Novoa Montreal como “fetiche jurídico”, son entre otros: Carrara, Jiménez de Asúa y Cuello Calón.

Refiere Cuello Calón que “...desde el punto de vista de la conducta voluntaria del agente y de la producción de un resultado (lesión o peligro) pueden presentarse las siguientes situaciones: unidad de delito y pluralidad de delitos” (1948, p.565).

El referido autor explica entre los casos en donde hay unidad de delito-, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito.

Este conjunto de acciones delictivas, sintetiza Cuello Calón, se denomina “delito continuado”. Como ejemplo del referido delito señala al “hurto realizado en momentos distintos del dinero guardado en un armario; el hurto del trigo contenido en un granero llevado a cabo en ocasiones diversas.” Como veremos más adelante, el Código Penal cubano no tiene con exactitud, o identidad con lo planteado por Cuello Calón, esta visión. Este hecho evidencia que la construcción conceptual es de contenido discutido y discutible.

Estos ejemplos, paradigmáticos, sirven para distinguir conceptualmente al delito continuado, del delito complejo al que haremos referencia en líneas posteriores.

DESARROLLO DEL CONCEPTO

Buscando en el origen de la institución, nos encontramos con la afirmación del mismo Cuello Calón, quien indica que desconocida en el derecho antiguo la idea del delito continuado, tuvo origen en la indulgencia de los prácticos como medio de eludir la imposición

de la pena de muerte por el tercer robo. Y añade este autor que: “...la doctrina científica moderna ha mantenido este concepto con la misma finalidad de atenuar la penalidad, pero las legislaciones en su mayoría carecen de una noción de delito continuado”. Las visiones de Carrara y de Jiménez de Asúa, son esencialmente coincidentes con la expuesta.

En el Código Penal español de 1928, aparece tal figura, luego en el Código de 1983 y finalmente desde 1995. En la visión española, con fundamento en la ley y la jurisprudencia, para que exista delito continuado han de cumplirse los siguientes requisitos: a).- Pluralidad de hechos diferenciables entre sí, que se enjuician en un mismo proceso; y que en conjunto constituyen ese delito continuado al que se hace referencia; b).- Unidad de propósito; es decir, de intención y de resolución, en el plan previamente concebido y que se ejecuta de manera fraccionada lo que se denomina dolo conjunto- o que estando presente se concreta cada vez que las circunstancias permiten la actuación de lo continuado. En la ley española se ha reiterado en ello, bajo las expresiones “plan preconcebido” y “aprovechando idéntica ocasión”; c).- Unidad del bien jurídico lesionado o de lesión jurídica; es decir, aunque se trate de acciones u omisiones diferentes, todas ellas violan o bien, el mismo precepto penal o bien, preceptos penales de naturaleza igual o semejante; d).- Homogeneidad en el modus operandi y e).- identidad en el sujeto autor del delito.

La experiencia latinoamericana nos da cuenta de una construcción un tanto similar en finalidad atenuar la pena-, que es la que se ha contemplado en el Código Procesal Penal chileno, que norma la posibilidad de aplicar una pena única en caso de reiteración de delitos de la misma especie, siendo un requisito indispensable, según lo han interpretado actores de la administración de justicia chilena, que “se encuentren acreditados al menos dos delitos independientes entre sí”, reflexiona Freire Gavilán, anotando que es curioso que en un concurso real de infracciones se exija cierta vinculación entre los distintos delitos para generar un efecto más benévolo en la aplicación de la pena, preguntándose si acaso la institución del concurso real pretende cumplir con los fines piadosos con los que nació el “delito continuado”.

Diferente el caso en el que la idea de perjudicar en masa ha dado lugar a un dolo especial y preexistente, mas esa idea de actuación con perjuicio en masa, ha generado el que se resuelva el tema o bien ya sea que se considere para algunos (como para Posada) que habría una especie particular dentro del genérico delito continuado, o que se considere un concurso real de infracciones- a dos posiciones distintas: la primera, a que la legislación contemple el delito continuado, y por ende se mire el comienzo de consumación para establecer el tipo penal aplicable (y el cese para fines de prescripción de la pena), o se lo observe como concurso real de infracciones, con respuesta en la consideración de la pena, según cada cuerpo legislativo; o bien, la segunda, creando un tipo penal específico en donde la existencia de dos o más sujetos perjudicados (o de por lo menos veinte, como contempla la legislación colombiana) contemple como elemento del tipo justamente la existencia de acciones dirigidas a varios titulares de bienes jurídicos, en cuyo caso ya no cabría se aplique el criterio ni del concurso real de infracciones, ni del delito continuado,

sino que se constate si esa legislación estaba o no vigente al inicio de la consumación de la infracción (única, pues el ser en masa es elemento objetivo del tipo en este caso) y la fecha del cese, para fines de prescripción, exclusivamente. Ideal es que se dé una respuesta legislativa a los parámetros específicos del delito continuado. Ejemplo: Cuba y España.

El legislador ecuatoriano, no aclara si consideró como continuado o como de concurso real de infracciones a la estafa, pero lo que sí está claro es que bajo cualquier hipótesis, estableció la realidad de ser en masa, a partir de dos o más perjudicados, y desde agosto de 2014, por lo que pasó a ser irrelevante cualquier consideración de concurso o continuidad en este específico caso, bastando preguntarse si la actividad delictiva se consumó y cesó, estando vigente tal ordenamiento, para que proceda su aplicación. No basta por ende para su aplicación el criterio del cese, pues bajo el principio de temporalidad de la ley penal, el criterio determinante es el del tiempo de consumación, debiendo diferenciarse entre la consumación del delito y el agotamiento del mismo, tema en el que han trabajado y siguen trabajando, doctrinarios italianos, especialmente. También alemanes y españoles, con mucha fuerza.

Por su parte el Código Penal cubano vigente, hace referencia al llamado “delito continuado” señalando que se considera un solo delito a los distintos actos delictivos cuando uno de ellos es medio necesario e imprescindible para cometer otro, así como a las distintas violaciones penales que surjan de un mismo acto, distinguiéndose el continuado en que en éste, las diversas acciones cometidas por un mismo agente, reúnen los siguientes requisitos: atacar el mismo bien jurídico; guardar similitud en la ejecución y tener una adecuada proximidad en el tiempo.

Ahora bien, Cuba ha puntualizado desde lo legal, los requisitos para su consideración en el territorio nacional. Uno de tales requisitos, “atacar el mismo bien jurídico”, es de los de más discusión doctrinal, pues diverso es que sea el mismo bien jurídico entendido como del mismo tipo o el mismo bien jurídico, al ser del mismo tipo con respecto al mismo sujeto pasivo de la infracción penal. Éste es un punto medular, pues no se ataca sin que exista un sujeto pasivo de ese ataque, y ese sujeto pasivo es el titular o el que tiene interés, en el bien jurídico protegido; esto es, en términos de Antolisei (1988, p.128), el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito. Es por ello que la referencia que constituye requisito: “el que recaiga sobre el mismo bien penal”, requiere de interpretación acorde a la tradición jurisprudencial, doctrinal y legal, de cada país, Debiendo destacarse como posición de mayoría, el afirmar que los bienes no tienen que ser de un mismo sujeto. En contra, quienes afirman que si ello fuere verdad, no tendría sentido que legislaciones como la cubana, aclaren que si la violación es de derechos personales, puede referirse a derechos de un mismo sujeto. Otra vez en evidencia que el concepto está en construcción.

La solución cubana es de incremento de la pena del delito base, de manera regulada en proporción a la pena que correspondería si no hubiere tal reiteración de actividades. Es interesante que en la legislación referida, cuando las diferentes acciones delictivas

tienen por objeto derechos inherentes a la persona misma, también tienen el carácter de continuadas y constituyen un solo delito, siempre que afecten a una misma persona.

Se hace especialmente referencia al origen, porque parecería ya no hay uniformidad de criterios sobre la razón de ser del llamado “delito continuado”. Cury Urzúa señala como relevante del delito continuado, justamente el que haya ejecuciones en tiempos diversos, pero con unidad de propósito (como el caso de hurto de dinero guardado en un armario, referido por Cuello Calón). La diferencia específica con el llamado delito complejo, está dada por la exigencia de este último de dos o más acciones diversas y que puedan llegar a lesionar bienes jurídicos diferentes.

Resulta de mucha utilidad el trabajo exploratorio realizado por Freire, investigación de doctorado en la Universidad de Sevilla localizable en medios electrónicos, por cuanto narra la mutación que el delito continuado ha tenido, de ser un instrumento a favor del reo e invocado por las defensas, a pasar a ser un instrumento de persecución, a utilizar cuando no todos los hechos fueron probados en su calidad de delitos, arribándose a condenas sin que los hechos estén debidamente descritos y mucho menos probados.

Por lo expuesto tiene especial relevancia cómo pudo llegar a suceder que de un instrumento a favor del reo, se generase una categoría normativa para fines de punibilidad, esto es, para establecer una pena proporcional, a actos en serie en donde ha existido un injusto penal, “unitario y progresivo”, y por ende haya devenido en herramienta para agravar la situación del imputado, sin que por coherencia con la pretendida seguridad jurídica, tenga los límites y contenidos o bien, situados por la doctrina en un mismo sentido, o bien, marcados desde la legislación vigente.

En el Ecuador, no existe definición ni por ley ni por doctrina nacional que le dé sentido unívoco, ni por trabajo jurisprudencial en el que casos complejos hayan sido analizados bajo la existencia del ordenamiento que establece como tipo penal la estafa con el elemento de pluralidad incorporado, pues el otro tipo penal que existió, el de estafa sin más, se resolvía por reglas de delito concurrente, bajo disposiciones del anterior Código Penal, que expresamente establecían la pena correspondiente. Es la actividad que haya iniciado bajo la vigencia en el anterior ordenamiento y haya tenido cese en el actual, la que genera el desafío de interpretación, pues cambió el tipo penal.

III

El delito continuado, apunta Mir Pug (2006) enfatizando en la tendencia que se marcara desde principios del siglo pasado, con Pérez Borja (1927), está caracterizado por la repetición de actos bajo la misma intencionalidad criminal, y coincide éste y con Nypells, quien haciendo referencia al código belga anotaba que la esencia del delito continuado está en que, al existir una sola resolución criminal, los distintos actos no son sino circunstancias diversas.

Velásquez (2003) toca expresamente el tema de existencia de actividad delictiva, de tipo continuado, cuando existen tipos delictivos que no existían en la ley anterior, solo

serán punibles de conformidad con el nexo de continuidad, los llevados cabo durante el imperio de la nueva ley, mas si existía el tipo penal, pero hubo nuevas disposiciones modificatorias, sea para atenuar o agravar la pena, sea para agregar o suprimir elementos de las figuras típicas o circunstancias, evento en el que puedan presentarse diversas situaciones en materia de continuación, si la ley posterior es más benigna, ella deberá de aplicarse y si no lo es, deberá aplicarse la anterior. En igual sentido, Posada Maya (2012).

Llama la atención que todos los ejemplos a los que hacen referencia los distintos doctrinarios que han sido revisados, se caracterizan porque, existiendo una única resolución criminal, es también un solo tipo de derecho el violentado y el sujeto activo de la infracción penal ha tenido la posibilidad jurídica de realizar la actividad delictiva sin marcar secuencialidad temporal, y no lo ha hecho; esto es, ha tenido la posibilidad permanente de afectación del bien jurídico protegido (cuando no se trata de derechos inherentes a la persona misma, sino, por ejemplo, de derechos patrimoniales). Así, los ejemplos: sustracción de dinero de un armario; cajero que decide reiterar de manera sostenida y paulatina, en la disposición de los fondos de la caja que administra, tienen una característica: son delitos en cuyo modus operandi está el tracto sucesivo, y en donde el sujeto activo pudo haber tomado la decisión de que el acto de disposición fuere único.

En ocasiones justo el modus operandi dificulta el descubrimiento e investigación sobre la continuidad del delito como tal.

Cuando acontece el llamado delito masa, es discutible que se trate de un delito continuado, tanto por la pluralidad de sujetos pasivos como por la imposibilidad de mirar a un sujeto colectivo o ente, como titular del bien jurídico, desatendiendo a los daños y perjuicios patrimoniales de cada sujeto. Lo que no puede acontecer es que se admita como el mismo bien jurídico protegido, patrimonio de diversos sujetos. En contrario, Muñoz Conde (2002), quien al dar un carácter posible de general, al bien jurídico, vuelve lógico el que se acepte el delito continuado con pluralidad de sujetos afectados. Muñoz Conde (2002, p. 638) clarifica el sentido de acción final no confundible con movimiento, de forma tal que pudiendo existir una acción que se ejecute en diversos movimientos y con respecto a diversos perjudicados, tenga el mismo sentido de violentar una norma protectora de un bien jurídico; en esta hipótesis cabría el delito continuado en especie delito masa.

No pasa lo mismo si el derecho violentado es de carácter personal, pues en este caso queda claro que pueden haber múltiples violaciones a un único sujeto y sostenerse el delito continuado como presente. La línea que atraviesa los ejemplos utilizados tradicionalmente desde la doctrina, vinculan la decisión criminal a esa posibilidad desde un primer momento, de “prorratar” la ejecución, al ser el bien jurídico protegido que se afecta, uno solo.

La República Bolivariana de Venezuela, a través de su Fiscalía ha clarificado el tema en el 2012, marcando efectos. Refiere que: “...el delito continuado se trata de un único delito, pero consumado en distintas oportunidades por el mismo agente, ante la misma víctima. Pero en dichos actos, el sujeto resolvió cometer el hecho ilícito, para lo cual

requiere cometerlo en varias oportunidades (continuado), para obtener la resolución criminal, por lo cual también podemos afirmar que no existirá delito continuado cuando la ley penal protege intereses personales o individuales, a saber ante víctimas distintas, pues cada una de ellas es titular de su bien jurídico, y por lo tanto no puede hablarse de un único delito continuado, sino por el contrario, de diversidad de delitos.”

Ahora bien, en el Ecuador se ha invocado el delito continuado para hacer referencia a casos como el de Estupro (Fallo de casación, publicado en Gaceta Judicial 10, del 3 de diciembre de 2009), en donde por la forma de ejecución, está clara la unidad de resolución.

Un connotado caso en el 2013, fue el referido al supuesto delito de uso doloso de instrumento falso (título de economista) por parte de un funcionario público, dando lugar a la Resolución 466-2013 Juicio Penal 209/2013, de la Corte Nacional de Justicia, en el cual el representante de Fiscalía sostuvo que en el caso había “delito continuado” por cuanto había una idéntica resolución criminal, manifestada en diversos actos, una serie de actos concretos cometidos por el mismo autor, en virtud de una vinculación externa e interna. Tal caso es esencialmente diverso al de estafa masiva, con pluralidad de víctimas, pues contraria a la opinión de Posada, consideramos tiene más lógica sostener que, de no haberse solucionado mediante el tipo específico, la estafa sin más, debe ser considerada reiterada y el desafío, propio de la concurrencia de infracciones (como lo consideró la Administración de Justicia ecuatoriana cuando aplicó en reiteradas ocasiones, el artículo 563 del Código Penal de 1974, conjuntamente con el 81 del mismo ordenamiento; estafa más concurrencia).

Un delito continuado, por expresa comprensión y definición como tal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el relacionado a la desaparición forzada. Desde la sentencia en el caso Velázquez-Rodríguez contra Honduras (1988), se estableció que la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Americana, y como tal un delito continuado, pues el secuestro de una persona es un caso de privación arbitraria de libertad, que conculca el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto. En el caso Azualdo Castro contra Perú, se establece claramente que mientras no se conozca el paradero de la persona, la desaparición forzada se considerará delito continuado. Sin embargo, una parte de la doctrina considera que no cabe sostener identidad entre un delito permanente y uno continuado, pues mientras en el permanente, consumado continúa la vulneración, en el continuo o continuado, al considerar que la resolución es única, no es la permanencia en la vulneración la que lo identifica (Machicado, 2010).

Con lo anterior, a nivel de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mencionándose tan solo un par de casos como muestra, queda evidenciado que la continuidad del delito se ha establecido a pesar de multiplicidad de violaciones a derechos, al tratarse de uno el sujeto pasivo, y ser de tracto sucesivo la desaparición. Esto

es, esa es la razón de la apreciación de la Corte, no necesariamente asentada en criterios de puridad de dogmática penal.

Con respecto a otras situaciones de violación de derechos, vale destacar situaciones con respecto a delitos contra propiedad y/o para no entrar en la discusión del bien jurídico- contra el patrimonio, lo siguiente: en el caso de la Estafa Masiva, cuando se han producido actos durante la vigencia del anterior Código Penal ecuatoriano (1971-2014), que contemplaba el delito de Estafa en el artículo 563 y tal tipo penal quedó derogado al expedirse el Código Orgánico Integral Penal, el que dio paso a otro tipo penal, con otros elementos del tipo que aunque similares al anterior, introducían como elemento del tipo la necesaria existencia de dos o más perjudicados, el tema quedó resuelto. Así, el tema de concurrencia de infracciones se solucionó con el decantamiento del legislador a favor de crear un tipo de Estafa Masiva.

Por lo anterior, no es posible sostener que actos de planeación y ejecución e incluso consumación, concluidos antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, puedan válidamente ser “arrastrados” hasta luego del 2014, bajo la figura del “delito continuado”. El delito continuado, de existir en este caso, y ello se marca en duda por lo contradictorio de la doctrina, marcaría la ley anterior como la aplicable, pues en delitos como el de estafa (cuya forma de ejecución no es de tracto sucesivo como característica esencial), se consuma el mismo con la entrega del bien, bajo error inducido y ello por ende marca aplicación de la ley anterior al 2014. Ya lo que haya acontecido después del 2014, tendría relevancia para marcar el cese una potencial prescripción, pero no para definición de la ley aplicable. Por ello, la base de la discusión en cuanto a la posibilidad de considerar como delito continuado hechos vinculados a Estafa, con cese durante la vigencia del ordenamiento de 2014, debe incluir consideraciones sobre la irretroactividad de la ley penal, y la ultraactividad, que como parte del principio de Legalidad, marcan al Derecho Penal.

Lamentablemente el “delito continuado” es la figura ideal a utilizar donde se la necesita y ser dotada de contenido convenientemente, al momento y situación, en que se lo necesita, coludiendo con el principio de resolución de conflictos de leyes en materia penal, a favor del hombre imputado.

Los principios de legalidad, favorabilidad, ultraactividad de ley penal, quedan convertidos en letra muerta ante el uso del referido soporte doctrinal.

Ya no se discute una justificación moral o política del derecho de castigar como sostenía Foucault-, ahora se justifica el derecho a imponer penas por delitos no tipificados al tiempo de comisión de la infracción, en virtud del estiramiento de sus límites, por cierto, difusos. Bien por los países en los que su contenido es claro.

De la unidad de acciones, vinculadas por la intencionalidad criminal.

Hay un excelente y clarificador trabajo desarrollado por Velázquez (2003), en el que resalta la necesidad de precisar si el concepto de unidad de acciones debe ser definido desde lo natural o bien, es una construcción normativa y enfatiza con Cerezo Mir de

base, que es ésta la problemática que la dogmática debe definir, principalmente y ello en respuesta a que el profesor Novoa Montreal, haya calificado al delito continuado como institución confusa y anárquica. Velázquez explica en síntesis, que para saber si hay una o varias acciones, se debe partir del concepto final de acción al cual se añade el enjuiciamiento jurídico social mediante los tipos penales, y por ello debe analizarse el plan, la finalidad del autor y el tipo penal, el que debe de ser interpretado como una realidad social. Así el concepto de acción viene a ser diverso al que se maneja en la Teoría de la Tipicidad, y para fines de delito continuado y concurso de infracciones, debe ser revisado bajo la propuesta inicial de los finalistas, con Welzel a la cabeza- Cerezo Mir, Mir Puig, Muñoz Conde, entre otros, la proposición de un fin voluntario y el enjuiciamiento normativo jurídico social, en virtud de los tipos.

Lo anterior se une al postulado de Mezger, de la llamada “unidad del impulso delictivo”. Se critica a Welzel y Maurach, supuestamente, el que no hayan tenido en cuenta el concepto final de la acción, para dotar de contenido al llamado delito continuado. La postura de Velázquez es similar a la de Posada y a la de Vives Antón.

Una postura contemporánea sobre el delito continuado, marca siguiendo a Velázquez- no solo la existencia de una unidad de acción (varias acciones vinculadas por la intencionalidad criminal), y la existencia de una decisión dolosa implícita, sino que también se enfatiza en el llamado dolo de continuidad; esto es, en que en realidad cuando se afirma la existencia de un delito continuado, se sanciona un estilo de vida criminal. Según Velázquez..., Zaffaroni ha reaccionado en contra de esta mirada de dolo de continuidad, afirmando que con ello se afirma un derecho penal de autor. En todo caso, Zaffaroni al igual que Jeschek, considera que cuando se afirma delito continuado lo que se hace no es una reiteración de la tipicidad, sino del injusto del contenido del hecho. Bajo la línea de pensamiento de Zaffaroni, si se admite la consideración que el legislador cuando tipificó la Estafa Masiva, concretó un delito continuado y no la concurrencia de infracciones (para lo cuál tendría que validarse la posibilidad de delito continuado y víctimas diversas)-, necesariamente solo podría aplicarse para delitos cometidos a partir de su vigencia. También cabría analizar si es dable sostener un pensamiento de habitualidad en el delito.

Por todo lo expuesto a continuación se sintetizan los que se consideran en la actualidad y como tendencia de mayoría, los requisitos para la existencia del constructo “delito continuado” y que ratifican lo que años atrás expusiera Velázquez al respecto.

1. Unidad de fin, de dolo.
2. Unidad de lesión jurídica. Deben infringir un mismo bien jurídico.
3. Unidad de sujeto pasivo. Tal elemento es variable cuando los bienes jurídicos son personales, pero cuando son patrimoniales, debe existir tal unidad como requisito; y
4. Unidad de ocasión, y que se traduce en que las diversas acciones u omisiones deben estar conectadas en espacio y tiempo;

5. Imposibilidad de individualizar las distintas acciones. Como elementos objetivos externos destaca la unidad del sujeto activo y de la acción final. (Y que en Welzel adquiere la forma de unidad de conducción de la vida punible).

Cabe resaltar que la pluralidad del sujeto pasivo determina el delito masa y en tal caso, si está específicamente determinado como tipo penal, esa pluralidad forma parte de los elementos del tipo (como acontece en el delito de estafa masiva, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador), no pudiendo coexistir la consideración de delito continuado y delito masa salvo que se admita como posible la existencia de sujeto plural y en diversos tiempos, del delito continuado, no existiendo pronunciamiento del legislador al respecto, en el Ecuador. Si no se admite, habría que considerar al 186 como de solución a una concurrencia de infracciones y por ende, intrínsecamente contradictorio ello con el postulado esencial del delito continuado: la unidad de las acciones, en un solo delito. Esto es, nos adscribimos a la postura de Zaffaroni, por cuanto el establecer que ha habido un dolo para la determinación de la masa de perjudicados, que habría que establecer si se da la solución a través del llamado “delito continuado”, conlleva una calificación al autor y no a las conductas realizadas.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido jurisprudencia en la que expresamente, abordando el tema de los sujetos plurales, como sujetos pasivos, señala que no puede existir delito continuado, en caso de que los sujetos sean diversos, pues ello es ajeno a la unidad delictiva que exige éste, mas se aclara, esta postura es controvertida y tan es así, que hay quienes sostienen que es totalmente indiferente la existencia de una pluralidad de sujetos perjudicados como acontecería en un delito como el de Estafa colectiva- pues el delito masa inclusive puede ser comprendido como una especie de delito continuado. De hecho y con respecto a esta solución, el colectivo que investiga y redacta no tiene una posición única, haciéndose énfasis en ello, al aclarar que la mayoría considera con especial asidero el sostener que la pluralidad de sujetos y diversidad de momentos de ejecución, en un delito que se consuma con la entrega del bien como el de estafa- solo podría ser considerado como delito continuado por expresa disposición de la ley, pues por la naturaleza de éste (perfeccionándose con la consumación), afirmar un dolo de continuidad resultaría violento al principio de Legalidad y presunción de actuaciones de buena fe. En contra, quienes afirman que si hay unidad en la resolución y de ello hay evidencia, no interesa que haya consumaciones secuenciales, para que deje de ser considerado delito continuado.

CONCLUSIONES

1. El delito continuado es una construcción que carece de límites y contenido definido, tanto en el ámbito legal como doctrinal y jurisprudencial, no existiendo ni en la actualidad ni en el histórico de la legislación ecuatoriana, rastros de esta construcción. El delito continuado como concepto, ha sido utilizado a pesar de sus límites difusos y

- contenido impreciso, para fundamentar imputaciones a base de leyes no vigentes al tiempo de la comisión de la infracción y en delitos que se han considerado en el modo y no necesariamente en el tipo- como de ejecución de tracto sucesivo.
2. Es necesario producir desde la doctrina del Ecuador, una postura sólida sobre el fundamento del constructo: desde si es una unidad de acción realmente, o una regla para penalizar. Falta dotar de contenido preciso a la categoría, por lo difícil que es sostener, en lo fáctico o lo normativo (a decidir), una unidad de acción.
 3. Por seguridad jurídica y por respecto al principio de actuar a favor del hombre, del imputado en este caso, no puede ser utilizada tal ficción jurídica para imputar, menos aún para hacerlo imponiendo una pena mayor a la que correspondería de tocar alguna con base legal, cuando incluso tal herramienta nació con la finalidad de atenuar las penas.
 4. Si se admite que una estafa ideada y consumada en la mayoría de los casos (con múltiples sujetos pasivos) antes de la vigencia de un ordenamiento que tipifica el delito masa que antes no estaba y bajo cuya vigencia se produjeron los últimos casos, es un caso de delito continuado, no podrá resolverse de conformidad con la ley posterior, no solo por el principio de favorabilidad (si es más dura que la ley anterior), sino porque solo es dable sostener continuidad del delito no calificado de masivo. Sostener continuidad de una Estafa Masiva, es calificar al tipo ya calificado lo cual no solo es absurdo, sino contrario a las buenas prácticas en la Administración de Justicia.
 5. En el delito continuado la situación de consumación se da desde que se produce la antijuridicidad y el resultado material lesivo, pero se prolonga, siendo la decisión del sujeto activo, quien puede ponerle el cese. Así, bajo esa mirada, por hechos acontecidos antes y durante la vigencia de un ordenamiento que considera a la Estafa Masiva como tipo, deberá utilizarse la legislación de la época en la que “masa” era una posibilidad, y no un tipo en sí, por corresponder a la consumación de la infracción (al menos al tenor del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTOLISEI, F. (1988). Manual de Derecho Penal, Parte General. (8ava. Edición). Bogotá, Editorial Temis.
- ANTÓN, J. (1981). Delito continuado En Pellisé P. (Dir.) Nueva Enciclopedia Jurídica. (Tomo IV). (pp. 448 a 465). s/l, Edit. Seix.
- CÁRCAMO, A. (2009). Concurso de normas y delitos: el delito continuado. En El delito fiscal (pp. 371-391) Recuperado de en:http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=7291183&pid=S0718-0950201500020001000009&
- CARRARA, F. (2004). El delito continuado. En Cuadernos de política criminal. No. 84. (pp. 5 a 8) s/e.
- CUELLO, E. (1948). Derecho Penal, Tomo 1 Parte General (pp. 565 y 566) Casa Editorial Bosch, Barcelona.
- CURY, E. (2005) Derecho Penal, Parte General (p. 654) Ediciones Universidad Católica de Chile.

- ESCUCHURI, E. (2004), Teoría de concurso de leyes y de delitos: Bases para una revisión crítica, (p. 389) Granada, Editorial Comares.
- EZAINÉ, AMADO. (1973). Diccionario de Derecho Penal. (1ª. Edición) pp. 168 y 169, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo, Perú.
- FERNÁNDEZ, F. (1984) El delito continuado frente al Código Penal, Bogotá, Editorial Temis.
- FREIRE, P.A. (s.f.) El delito continuado, Universidad de Sevilla. Recuperado de <http://master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf> Recuperado el 12/10/2016.
- HURTADO, J. (1987) Manual de Derecho Penal. (2da. Edición) Lima, Editorial Distribuidora de Libros, S.A., México.
- JAKOBS, G. (1997), Derecho Penal, Parte General, p. 1074 y ss., Madrid, Marcial Pons.
- JESCHEK, H. (1981), Tratado de Derecho Penal, Parte General, p. 357, Barcelona, Editorial Bosch.
- KINDHAÜSER, U. (2011), “El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, Cuadernos de Política Criminal 103, p. 20 y ss., Madrid.
- MACHICADO, J. “Delito Instantáneo, Permanente, Continuado, Flagrante, Conexo O Delito Compuesto”, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/09/cdfe.html> Consulta: jueves, 10 noviembre de 2016; las 14h00.
- MAGGIORE, G. (2005), Derecho Penal, Volumen I, Bogotá, Editorial Temis.
- MALDONADO, F. “Delito continuado y concurso de delitos”, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, no. 2, dic. 2015.
- MIR PUIG, S. (2006), Derecho Penal, Parte General. (8ta. Edición) Buenos Aires, B de F, 2006.
- MUÑOZ, F. (2002), Derecho Penal, Parte General, 5ta edición, p. 2002, Barcelona, Editorial Tirant Lo Blanch. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos14/unidad-concurso/unidad-concurso.shtml#ixzz4PdfDac66>
- PELÁEZ DE LAS HERAS, A. (1942), El delito continuado, Salamanca, Publicaciones de la Universidad de Salamanca.
- POSADA R. (2010) Aspectos fundamentales del delito continuado, p.11 y ss., Universidad de Salamanca, Salamanca.
- POSADA R. (2011). El delito continuado. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, San José, No. 3.
- POSADA, R. (2011). El delito continuado y el concurso de delitos. Bogotá, Universidad de los Andes.
- SCHUNEMAN, B. (2000). La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática penal. En Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Congreso Internacional, Madrid, UNED.
- VELÁZQUEZ, F., (2008) El delito continuado y masa: a propósito del artículo 31 del Código Penal, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana.
- ZAFFARONI, E.R.; ALAGIA; A./SLOKAR, A., (2002), Derecho Penal, Parte General, 2da. ed., Buenos Aires, Ediar.

EL SISTEMA ECUATORIANO DE ENJUICIAR UNA VISIÓN FUTURA HACIA LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

THE ECUATORIAN SYSTEM OF PUNISHMENT A FUTURE VISION TOWARDS POPULAR PARTICIPATION IN THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE

HÉCTOR VANEGAS Y CORTÁZAR

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

RESUMEN

La Participación Popular exige que el derecho deber del ciudadano en la Administración de Justicia tenga una alternativa en la que los tribunales integrados únicamente por jueces profesionales no sean los únicos que juzguen la conducta delictual, sobre todo en delitos que conmocionan a la sociedad, y se permita al procesado escoger un Sistema de Jurados en donde jueces ciudadanos seleccionados del padrón electoral y que cumplan con otros requisitos, conozcan y juzguen el hecho, dando una mayor imparcialidad, asegurando la celeridad y justicia, más aun ante los pertinentes señalamientos en donde se habla de que los jueces en la actualidad sufren presiones de todo nivel para dictar sus fallos. Volver a un sistema procesal que duro 88 años en nuestro país se vuelve urgente y necesario.

PALABRAS CLAVE: participación popular, administración de justicia, conducta delictual, sistema de jurados, imparcialidad, celeridad, justicia.

ABSTRACT

Popular Participation requires the right of citizens to be a part in the Administration of Justice, to have an alternative in which courts integrated exclusively by professional judges are not the only ones to judge criminal behavior, especially in crimes that shock society, and for it to be allowed for the accused to choose a Jury System in which citizen are selected from the census polls to be judges, which have to meet other requirements as well, so they can know and judge the criminal act, giving greater impartiality, ensuring celerity and justice, even more so facing the relevant indications where it mentioned that judges are currently under pressure from every level, when issuing their decisions. To return to a procedural system that lasted 88 years in our country is becoming urgent and necessary.

KEYWORDS: popular participation, administration of justice, criminal behavior, jury system, impartiality, celerity, justice.

RECIBIDO: 6/07/2017
ACEPTADO: 15/07/2017

CORRESPONDENCIA:
lazarovanegas@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La intervención del Estado en la Administración de Justicia tiene la justificación en buena parte en el hecho de evitar que el hombre practique la justicia por sí mismo como en los tiempos de la barbarie. Es así como la función judicial está enmarcada dentro de las funciones básicas del Estado, debido a que existe la imperiosa necesidad desde un sector público que provea justicia y en consecuencia se convierta ese sector en el principal sostenedor del Estado de Derecho, pues él la administra.

Ese sector público al que le viene asignada la delicada función de distribuir justicia, está representado por el Poder Judicial, -nada uniforme en los diferentes países-; pero en su aquiescencia forma parte del Poder Público del Estado. Esta potestad jurisdiccional no es propiedad del Estado, dicha potestad se la ha conferido el ciudadano, en este sentido, (Rondón De'Sansó, 2002), sostiene: *“La potestad de administrar justicia ha sido vista como propia del Estado, olvidarse que el Estado no tiene otra existencia que no sea la que deriva de la voluntad de los ciudadanos”*.

El origen y fundamento de la potestad jurisdiccional emana de los textos constitucionales. Ellos se erigen como sostén fundamental del reconocimiento de dicha potestad y cuyo reconocimiento enaltece eficazmente su propia existencia, dado el valor que le confiere por estar refrendado en dicha norma. Por lo tanto, que siendo consecuente con el pensamiento de JUAN JACOBO ROUSSEAU¹ el ciudadano se despoja de ese derecho natural que le asiste de solucionar sus conflictos y lo encomienda a través de la ficción de un contrato social a los órganos del Estado, allí se encuentra el origen del derecho a administrar justicia y por ende del derecho a castigar que proviene del hombre cuando sacrificó parte de su libertad en pro de un mayor bienestar.

Las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron parte de ella para gozar la restante con seguridad y tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación y el soberano es el legítimo depositario y administrador de ellas. Quiere decir que si bien es cierto que el ciudadano invistió al Estado de dicha potestad y que este Estado se erige como democrático, de justicia y derechos, no obstante se plantee la pregunta, no lo es menos que, el Estado, erigido en órgano de poder, llame a sus protagonistas a la administración de justicia participativa.

El sistema de administración de justicia es quizás la pieza más importante del andamiaje institucional del Estado. Sin un Poder Judicial capaz de dispensar y administrar justicia de una forma adecuada y aceptable para los agentes económicos, sociales y políticos, es prácticamente imposible generar la confianza en que las reglas del juego en estos tres ámbitos de

¹ ROUSSEAU, JUAN JACOBO. En PIERO CALAMANDREI. El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad en estudios sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires. 1994, p. 45.

la vida nacional serán aplicadas en forma imparcial y de acuerdo a los méritos de cada caso. Esto socava los fundamentos de la convivencia entre personas, empresas y organizaciones de todo tipo, con lo que se vuelve muy difícil sumar esfuerzos y concertar voluntades para lograr los objetivos de desarrollo.

El Poder Judicial o sistema de administración de justicia es parte muy importante de la institucionalidad política y jurídica del Estado, siendo su nivel de autonomía, eficiencia y prestigio social un importante -y objetivo- “termómetro” para medir el grado de desarrollo y solidez de las instituciones democráticas alcanzadas en una sociedad. De allí que no deba llamar a demasiada sorpresa que, el descrédito del sistema judicial -por el anacronismo de su accionar operativo, la poca confiabilidad de sus sentencias y su acusada falta de independencia- sea el correlato histórico que dibuja los procesos políticos caracterizados por el autoritarismo o la injerencia de los gobiernos de turno, así como por la incapacidad del órgano jurisdiccional para hacer prevalecer la supremacía constitucional, su autonomía funcional y la vigencia del Estado de Derecho.

Particularmente, los mencionados hechos que han sucedido en muchos países del área y que agravan la imagen y lucidez del sistema de administración de justicia, viéndose en la necesidad de dar un vuelco rotundo en *evitar* de total descrédito.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL EN ECUADOR

La Carta Magna de la República del Ecuador, en su artículo 1 consagra que, “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...*”² Estado de justicia, que se concreta en la nueva estructuración de la administración de justicia que convierte a los jueces en garantes de los derechos; a quienes corresponde un análisis judicial individual eficiente³; o lo que es igual, se vincula a la obligación estatal de garantizar el acceso formal y material, a la justicia de todos los ecuatorianos.

Del mismo modo, la actual Constitución Política de la República del Ecuador, en el artículo 76⁴ consagra los principios del derecho a un debido proceso con garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos

² Cfr. Artículo 1 de la Constitución de 2008.

³ ÁVILA LINZÁN, LUIS FERNANDO. “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”. En, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito - Ecuador, 2008, p. 228

⁴ Cfr. Artículo 76.-Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Última modificación: 13-jul-2011. 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:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

internacionales, las leyes o la jurisprudencia, razón por la cual se puede afirmar que el proceso penal ecuatoriano cuenta con respaldo constitucional⁵.

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

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

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. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quiénes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. Disponible: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Fecha de consulta 15 de octubre de 2016.

⁵ La constitucionalización del proceso penal experimenta un cambio cualitativo a finales del siglo XX, que se manifiesta en el aumento del número de principios que se erigen en garantías fundamentales en los enunciados de los textos constitucionales de algunos Estados, como el de debido proceso, los que son de aplicación directa e inmediata por los tribunales; y tienen en algunos estados la protección especial del recurso de amparo ante tribunales constitucionales; incluso, se habla ya de un derecho constitucional procesal. BERZOSA, V. Principios del Proceso, J.M. Bosch Editor, S. A. Barcelona, España, 2002, p. 562.

Y hablar del debido proceso penal en la realidad ecuatoriana- es asumir el respeto a los derechos humanos⁶ en la administración de justicia penal, los que hacen referencia a aquellos derechos fundamentales⁷ que le son reconocidos a cualquier persona y que, por una u otra razón, entran en contacto con los sistemas de justicia penal en su sentido más amplio.

Así, se presenta la necesidad de juicio previo, para la concreción del debido proceso; de manera que no se pueda condenar a nadie sin antes haber sido oído y vencido en juicio,⁸

⁶ VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS. Los Derechos Humanos. Consideraciones Teóricas de su Legitimación en la Constitución Cubana. Universidad de la Habana, Ciudad de la Habana, Cuba, Fecha de consulta 3 febrero del 2015, p. 2. Por derecho Humano se entiende, el conjunto de valores éticos, culturales, sociales, económicos y jurídicos que por consenso de la comunidad de naciones, constituyen los ideales correspondientes a una etapa dada de desarrollo histórico y a ese fin se han consagrado en documentos jurídicos: es el conjunto de facultades, instituciones y prerrogativas que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos, son las aspiraciones del hombre, afirmación de fines humanos, demandas del hombre, exigencias éticas del hombre en su vida social que varían en la historia.

⁷ Los derechos fundamentales son aquellos derechos y libertades que integran o conforman un área jerarquizada del conjunto de derechos humanos que por su contenido e importancia, se protegen de forma más eficaz mediante vías expeditas de tutela judicial, en correspondencia con la idea de que el problema esencial de los derechos en la actualidad, no es el de positivarlos, sino, el de instrumentar vías garantistas seguras. PÉREZ LUÑO. Los Derechos Fundamentales, Ediciones Tecnos, Madrid, España, 1994, p. 44. ALVAREZ CONDE, DANIEL. El Régimen Político Español, Ediciones Tecnos, Madrid, España, 1994, p. 339. BOVERO, M. Democracia y Derechos Fundamentales. Revista Doxa 21-II, Disponible: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Fecha de consulta 10 de Octubre de 2016, p.22.

⁸ La posibilidad de que no se pueda condenar al imputado sin antes haber sido oído y vencido en juicio, tiene como fundamento el principio de bilateralidad de la audiencia, bilateralidad del debate, competitividad o contradictorio, el que es un principio procesal vinculado a la posibilidad que se les ofrezca a las partes de intervenir en la actividad probatoria que se desarrolla en toda la dimensión del proceso, que incluye, las diligencias o actos de pruebas que tienen lugar en la etapa investigativa. Al formar parte de las ideas vivientes en el iter del sistema procesal, el contradictorio se erige como un principio estructural y, aunque no se encuentre de forma expresa recogido en una legislación dada, su reconocimiento es necesario siempre que se pretenda hablar de debido proceso penal y se desee proteger en el ámbito constitucional los derechos fundamentales del ciudadano. Como principio procesal es un eficaz instrumento técnico, como decía CALAMANDREI, es el principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es técnicamente el dispositivo psicológico más apropiado para garantizar la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez, lo que facilita no sólo la defensa de las partes sino también el interés público de la justicia. Desde el punto de vista instrumental, hay que ver al proceso no como un monólogo, sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y contraestímulos, de ataques y contraataques, lo que presupone su carácter contradictorio y dialéctico. Cfr. GIMENO SENDRA, VICENTE. con MORENO CATENA, VÍCTOR y CORTES DOMÍNGUEZ, VÍCTOR. Derecho Procesal Penal, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1993, p. 30. MONTERO AROCA, JUAN. con ORTELLS RAMOS, M. GÓMEZ COLOMER, LUIS. y MONTON REDONDO, A. Derecho Jurisdiccional, Parte General,

lo que presupone la existencia de un órgano judicial alejado de las partes con una actitud relativamente pasiva, a los efectos que realice su función sobre la base de la imparcialidad requerida y de manera independiente⁹ en todos los órdenes, tanto dentro como fuera del poder judicial, lo que puede garantizarse de mejor manera instrumentando los tribunales de jurado, constituyendo así una clara manifestación de la participación popular en la administración de justicia.

En cuanto a los sistemas de participación popular en la justicia que han surgido en la historia y coexisten en la actualidad, se identifican la justicia electa y el Jurado¹⁰ La justicia popular electa constituyó en los inicios del Estado Liberal la forma primaria para obtener la legitimación del oficio judicial. Su fundamento teórico descansaba en la idea, respecto a la cual si en una democracia la soberanía la ostenta el pueblo, del que emanan todos los poderes, al igual que el Poder Legislativo, se debía confiar a los jueces electos, como representantes del pueblo, la misión de aplicar las Leyes promulgadas por el Parlamento, particular que tiene su sentido lógico. A este sistema de la justicia popular se le critica tradicionalmente la falta de independencia de los jueces electos frente al partido político que le promocionó al cargo, lo que puede dar lugar, como ocurre más de lo deseado hoy en día, al “cobro de favores” y de otros actos de corrupción.

Otro cuestionamiento de no menos peso a esta forma de justicia electa, radica en que este tipo de elección no garantiza que a la función jurisdiccional accedan los más capaces y sobre todo los carentes de compromisos con el gobierno, razón por la cual el sistema se ha sustituido por los del concurso y de la oposición, que permiten la independiente selección de los jueces, con arreglo a los principios de capacidad y mérito.

Sin embargo, se debe admitir que el Jurado, constituye la forma más explícita y certera de participación popular en la actuación jurisdiccional en materia penal, donde la naturaleza pública del bien litigioso aconseja que sea el propio pueblo, con la colaboración de los magistrados, quien asuma directamente su defensa¹¹, lo que ha motivado que hoy los jurados, no conocen todo tipo de delito, sino que se reservan para aquellos actos delictivos que comprometen bienes jurídicos de gran relevancia social, como la vida y el ejercicio de la adecuada función pública, entre otros.

Tirant lo blanch, Séptima edición, Valencia, España. 2000, p. 87. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, S.A. Madrid, España. 1997, p. 607.

⁹ FERRAJOLI, estima la independencia como un hecho cultural más que institucional, es decir, la función judicial no es únicamente un acto formal, sino también un acto humano y social, de lo que no se puede despojar al juzgador al momento de tomar sus decisiones. FERRAJOLI, LUIGI, Ob. Cit., p. 589.

¹⁰ Ibíd

¹¹ Cfr. GIMENO SENDRA, VICENTE. “La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado”, Revista del Poder Judicial nº 48. Cuarto trimestre 1997. Consejo General del Poder Judicial, 1997, p.4.

CONTENIDO DE LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La participación popular en la administración de justicia, desde lo constitucional se presenta como el derecho-deber del ciudadano de participar en las funciones públicas, que de conformidad con los principios del derecho judicial orgánico¹² se fundamenta como una forma de estructurar la organización de los órganos jurisdiccionales y desde lo instrumental se concreta en garantía del imputado.

DERECHO - DEBER CIUDADANO

Como al derecho-deber de todo ciudadano de participar en las funciones públicas¹³ en todo Estado Democrático de Derecho, la participación popular directa en la administración de la justicia, puede asumir dos modalidades, la de acción popular y la de justicia popular. Conforme a la primera, el pueblo es participe de la administración de justicia o del proceso solo como parte actora o acusadora, fundamentalmente en aquellos procesos donde el interés público o el patrimonio social colectivo puedan estar seriamente comprometidos. El ejercicio de la acción penal popular supone un reforzamiento del principio de legalidad, toda vez que al ejercerla cualquier ciudadano, ajeno a la acción delictiva, a través de la presentación de la pertinente querrela puede convertirse en parte acusadora, en identidad de armas con el Ministerio Público.

De acuerdo a la segunda, es decir, la de justicia popular, es el pueblo propiamente a través de sus ciudadanos, el que asume el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que previamente fue depositada en un órgano institucional por parte del Estado en el ejercicio de su poder punitivo o *ius puniendi*.

Este derecho-deber no se limita al hecho de que los ciudadanos tengan la garantía en juicio de ser juzgado por jueces populares, sino que, además, por el propio contenido que encierra el derecho-deber, los ciudadanos como parte del conglomerado social en virtud del cual se gobierna puedan reclamar al Estado su presencia en el órgano judicial, como genuina expresión de la intervención en las funciones públicas de la sociedad a la cual pertenecen por su condición de nacional, mostrándose así como la posibilidad de concretar el ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del "*status activae civitatis*", cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino que se ejercita directamente al acceder el ciudadano personalmente

¹² MENDOZA DÍAZ JUAN. Principios del Proceso Penal, Principios del Proceso penal", en AA. VV., Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Primera parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002., p.4. En el análisis de este grupo de principios se dan por sobrentendidos aquellos de tipo eminentemente políticos que se ubican en la base del fundamento constitucional del Estado y que tienen su desarrollo en las normas que estructuran la actividad y funcionamiento de los tribunales de justicia, al margen del tipo de asuntos o la materia a tratar y en el que juega un papel preponderante el principio de independencia de la función judicial.

¹³ Cfr. GIMENO SENDRA, VICENTE. Ob. Cit., p.4.

a la condición de juez¹⁴, constituyendo su ejercicio verdaderas obligaciones, de las cuales solo se pueden excluir aquellos que no cumplan los requisitos que demanda la función de juez o que incurran en alguna causal de incompatibilidad o prohibición para el desempeño de la función, lo que no siempre logra advertirse en la conformación del jurado y ello se muestra como una de sus limitaciones evidentes.

GARANTÍA PARA EL IMPUTADO

Como garantía para el imputado¹⁵, se expresa en la posibilidad que tiene todo humano a ser juzgado por órganos judiciales colegiados, en el que intervengan jueces populares¹⁶, en virtud del principio de juez natural, que a su vez facilita la concreción de los principios de independencia e imparcialidad.¹⁷

El principio de juez natural, se identifica también doctrinalmente como derecho al juez legal, ordinario o predeterminado por ley, el que se concreta en el derecho que tiene toda persona a ser juzgada por un órgano judicial con sede penal ordinaria competente, bajo la égida de los principios de igualdad, independencia y sumisión a la Ley.¹⁸

Los orígenes del principio de juez natural, se fijan en el artículo 4 de la Constitución francesa de 1791¹⁹ y está recogido actualmente en la gran mayoría de los ordenamientos procesales del sistema de enjuiciamiento europeo continental y latinoamericano con una doble proyección.

¹⁴ GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. El proceso penal especial ante el Tribunal de Jurado, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996.p. 155.

¹⁵ RIVERA GARCÍA, I. Diccionario de términos jurídicos, Puerto Rico, 1985, p. 113., define las garantías jurídicas como las seguridades que ofrece la constitución respecto de que se cumplirán y respetarán los derechos que ella consagra. DE PINA VARA, R. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa S.A., México, 1989, p. 282, define las garantías constitucionales como las instituciones y procedimientos mediante los cuales la constitución política de un Estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados; y agrega, cuando se habla de garantías, sin más especificaciones, se entiende hecho la referencia a las garantías constitucionales. Sobre qué se debe entender por garantía y su relación con los derechos fundamentales consultar a PALOMBELLA, P. “Derechos Fundamentales, argumentos para una teoría”, Revista Doxa, 22-24. Disponible: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Fecha de consulta 10 de marzo de 2016, pp. 534-539.

¹⁶ Para MAIER, contar con la posibilidad de ser juzgado por los propios conciudadanos, es hoy un derecho fundamental de cada hombre o mujer, más que una forma específica de distribución del poder político o de organización judicial. MAIER, JULIO. Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos. Tomo I, segunda edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996. p. 777.

¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI. Ob. Cit., p. 540.

¹⁸ CIMENO SENDRA, VICENTE. Ob. Cit., p. 39.

¹⁹ MONTERO AROCA, JUAN. et, al. Ob. Cit., p.p. 93.

El principio de juez natural se presenta por un lado como el derecho que tiene todo imputado a ser juzgado por tribunales ordinarios preestablecidos en la Ley y que formen parte de la estructura de órganos judiciales del país, y por otro prohíbe de manera rotunda la creación de tribunales de excepción, es decir, se proscribe la creación de órganos jurisdiccionales, con el único propósito de conocer de un hecho delictivo en concreto que pudo haber tenido lugar y denota determinada trascendencia, pues ello compromete de manera evidente la imparcialidad.

La imparcialidad como atributo del órgano jurisdiccional, se define como la condición de no parte.²⁰ El derecho a un órgano judicial imparcial constituye una garantía del proceso penal reconocida en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.²¹

Pero la imparcialidad, como característica que define al juez en el proceso penal, no puede suponer únicamente que el titular de la potestad jurisdiccional goce de la condición de no parte en el proceso que conoce, sino implica también que su juicio esté determinado por el ejercicio correcto de su función, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia ajena a esta función influya en la decisión.

Juez imparcial es el sometido a la ley; la imparcialidad debe exigirse y predicarse procesalmente, el juez no debe, ni puede, decidir controversia alguna conforme a su juicio u opinión personal, prohibición que le viene atribuida por la suficiencia del ordenamiento jurídico cuando le brinda las normas necesarias para que dicte una resolución en correspondencia con lo legalmente establecido y no tenga que llegar al *non liquet*.

Tampoco es imparcial el juzgador si lleva a la solución del caso su criterio subjetivo, en lugar del objetivo, formalmente determinado a través de la práctica probatoria y mucho menos si su decisión viene condicionada a la presión mediática o por la influencia de determinados grupos de poder.

El respeto al debido proceso penal le impone al juez la condición de ser imparcial, pero no neutral, este no puede permanecer equidistante de los diversos intereses hechos valer en el proceso por las partes implicadas y resolver el conflicto, en el sentido de intentar quedar bien con todos los contendientes; todo lo contrario, debe decidirlo conforme a

²⁰ *Ibíd.* p. 87.

²¹ Dentro de los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985, se recoge la imparcialidad del juez cuando se precisa, en el apartado dos que: Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

derecho, que constituye expresión de la voluntad general, lo que no implica distanciamiento parejo de los contendientes, sino examinar la contienda con objetividad, es decir, conforme a las exigencias materiales y procesales aplicables.

No es imparcial el juez ajeno a los intereses en conflicto, sino el que por encima de ellos y de su mayor o menor afinidad, es capaz de contener su afección y resolver según la ley, y no de acuerdo con su inclinación o sentimiento íntimo.

La imparcialidad se clasifica por un sector de la doctrina, como subjetiva y objetiva.²² La primera consiste en la garantía que permite que, por encima de la imparcialidad exigible, un juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto en concreto, cuando existan sospechas debidamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar, con fundamento, que no es ajeno o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el establecido en la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

La imparcialidad objetiva viene referida a aquellas sospechas que evidencian una relación con el objeto del proceso, no sólo por demostrar tener interés directo en el pleito, lo que se interpreta como que el juez pueda obtener algún beneficio o sufrir algún perjuicio, según sea el contenido de la resolución que en definitiva llegue a dictarse, sino también por encontrarse comprometido, con su actuación previa, con el resultado del proceso mismo.

Respecto a la independencia Judicial, la doctrina contemporánea se ha encargado de identificarla en su aspecto orgánico y funcional, pues hoy en día la independencia judicial no se considera como un concepto absoluto sino que posee un carácter instrumental y relativo; ya que en todo Estado Democrático de Derecho, los tribunales no se pueden concebir completamente aislados de la realidad circundante, como meros autómatas, porque lo conforman hombres y mujeres en los cuales el Estado depositó la función jurisdiccional, y porque como parte de la sociedad misma, mantendrán muy probablemente un sistema de valores que refleja la cultura social y política dominante, robustecida por la imposición de pautas político criminales de actuación emanadas de la propia jurisprudencia que genera el poder judicial, de manera que no se puede pensar en el juez aséptico.²³

²² Cfr. MONTERO AROCA, JUAN. Et, al Ob. Cit., p. 88. PEDRAZ PENALVA, ERNESTO. Et, al. Derecho Procesal Penal. Principios del Proceso Penal. Tomo I. Editorial Colex. Madrid, España, 2000. p. 213. FERNÁNDEZ-RONDEROS MARTÍN, M. El derecho fundamental al juez imparcial; su restricción en el proceso penal actual. Biblioteca Virtual de Derecho Judicial, editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España, Red Iberoamericana de Información Judicial, Madrid, España, 2004. p.55. GIMENO SENDRA, VICENTE. El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional. Biblioteca Virtual de Derecho Judicial, editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España, Red Iberoamericana de Información Judicial, Madrid, España, 2004. p.12. MOLINER TAMBORERO, G. El derecho constitucional a un juez imparcial. Biblioteca Virtual del Derecho Judicial, editado por publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Red Iberoamericana de Documentación Judicial, Madrid, España, 2004. p.98.

²³ Cfr. REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL. “Independencia y responsabilidad del juez; dos valores enfrentados. El reciente debate italiano”, En Revista del Poder Judicial, 2a. época, núm. XIV,

Esto nos lleva, a diferenciar la independencia en su sentido jurídico de otros principios del proceso como la imparcialidad y la objetividad, cuya preeminencia para el Estado de Derecho es la de ser susceptibles de constituirse en aspiraciones, ideales y fines deseables, ya que mientras que la independencia es una institución jurídica con la que se pretende eliminar toda subordinación objetiva del juez, la imparcialidad, neutralidad u objetividad, son en tanto principios, ideas, parámetros o modelos de actitud, mandatos de optimización, pero en ningún caso categorías jurídicas.

La independencia del juez no es sinónimo de imparcialidad y objetividad, la independencia es un proceder para una posible correcta actuación del juzgador, es un instrumento al servicio de la justicia, pues *“afirmar que un juez independiente por lo general produce una justicia independiente es una ecuación incompleta que tanto tiene de verdad como de no verdad”*.²⁴

El principio de la independencia judicial conduce, inevitablemente, a la exigencia de que los tribunales detengan el monopolio de la administración de justicia, es decir, gocen de exclusividad y unidad jurisdiccional respecto a la administración de justicia penal y ello demanda el respeto no sólo de los otros poderes del Estado, sino también de todos los sectores de la sociedad.

De esta forma, la exclusividad y unidad jurisdiccional viene a significar y exigir que cualquier posible conflicto que surja en la vida social con trascendencia jurídico-penal, pueda o deba ser solucionado en última instancia por jueces y tribunales independientes y predeterminados por la ley, y que la función de juzgar se imparta por un solo cuerpo de jueces y magistrados relacionado en cuanto a la organización de los órganos judiciales, las reglas de competencia, las de procedimiento y las garantías procesales, que tienen que ser las mismas para todos los órganos jurisdiccionales.²⁵

1989, p. 51, este auto es del criterio que: “Contemplar la independencia como un valor absoluto, aludiendo la cuestión de sus límites, equivale a propugnar el aislamiento del juez respecto a la sociedad y el del Poder Judicial respecto a los demás poderes estatales; es decir, contribuir a la sacralización de la justicia y a la consiguiente permanencia de lo que ha sido calificado como uno de los pocos mitos trascendentales que ha logrado subsistir hasta nuestros días”. ROSENN, KEITH S., “Protección de la independencia del Poder Judicial en Latinoamérica”, En Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos, México, UNAM, 1990, pp. 414 y 415. MARTÍNEZ-CALCERRADA, LUIS. “Juez y justicia independientes”, En Ética de las profesiones jurídicas: textos y material para el debate deontológico, Madrid, 1987, pp. 425 y ss., para quien “los Tribunales en su conjunto, son personas que se mueven bajo connotaciones del medio comunitario y, por ello, están impregnados tanto en conciencia como en conducta, de aquellos factores, los que, inevitablemente, emergerán, en formas más o menos perceptibles, en el dictado de sus resoluciones”.

²⁴ MARTÍNEZ-CALCERRADA, LUIS. “Juez y justicia independientes”, En Ética de las profesiones jurídicas: textos y material para el debate deontológico, Madrid, 1994, pp. 427 y 428.

²⁵ Chaires Zaragoza Jorge. La independencia del Poder Judicial. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=110>; fecha de consulta. 15 de Octubre de 2016.

En similar línea de pensamiento, la participación popular en la administración de justicia penal, como garantía²⁶ del imputado ofrece igualmente la posibilidad de que el imputado sea juzgado por sus iguales, es decir, por personas comunes que no tienen un grado de profesionalización en la ciencia del Derecho.

En especial conforme al criterio de CAFFERATA NORES²⁷, el ser juzgado por jueces no profesionales debe ser una opción del acusado y no una vía para que se desencadene la maquinaria judicial previa acusación estatal. El reconocimiento del derecho al acusado de ser juzgado por sus pares, implica la posibilidad de que el imputado tenga la oportunidad de decidir y elegir entre una justicia técnica o una justicia popular, como parte menos favorecida en el proceso, sobre el cual recae una acusación penal.²⁸

FIGURAS EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL POR INTERFERENCIAS EXTRAÑAS

Como ya se ha venido sosteniendo como principio procesal básico, para el funcionamiento transparente del sistema de justicia de un país, alude a la independencia que debe ser miembros del mismo en el ejercicio pleno de la administración de la justicia que como actividad profesional llevan a cabo. Y, tal como consta en las líneas que antecede, ello enarbola la Constitución de Ecuador como fundamento y garantías básicas que conforman el debido proceso que preconizan sus mandatos constitucionales.

²⁶ Al estudiar la condición de garantía que para el imputado integra la posibilidad de escoger un juez popular para que conozca de su conflicto, CAFFERATA NORES es del criterio que si bien las garantías surgen de las leyes fundamentales, su eficacia es política porque en materia penal imponen límites al poder punitivo del Estado, en tanto procuran evitar que una persona pueda ser sometida a una pena arbitraria, tanto porque no se probó su participación en un hecho definido por ley como delito, o porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a comprobarlo y a aplicar la sanción. CAFFERATA NORES J. I.; Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas, Editado por Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1998. p.34.

²⁷ *Ibíd.* p. 35.

²⁸ En el jurado inglés, así como el de los Estados Unidos, la posibilidad a elegir un juicio por jurado fue concebido históricamente como un derecho fundamental del ciudadano, previsto así en los textos constitucionales y en las Declaraciones de Derechos. Sin embargo, la inexistencia de la “costumbre o prescripción” del derecho a ser juzgado por jurado en la historia política del pueblo francés, conllevó a que los revolucionarios franceses consagraran en la Constitución de 1791 el juicio por jurados como una forma de organización judicial y a que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa no incluyera el derecho a ser juzgado por jurado, el que ya había alcanzado el más alto refrendo en los textos constitucionales americanos influenciados por la Constitución de los Estados Unidos. De ahí la primera diferencia, en el orden histórico, entre el jurado inglés americano y el continental: en este no alcanza rango de derecho del hombre y ciudadano el ser juzgado por jurado. A este dato histórico se debe, en gran medida, que en la actualidad la mayoría de los países europeos no reconozcan el jurado como un derecho del individuo sujeto a proceso penal. Vid. VARELA CASTRO, L; “Fundamentos políticos constitucionales y procesales”, en AA. VV. El Tribunal del Jurado, Editado por Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. p. 32.

Si bien ello es así y consta como principio teórico en la realidad ecuatoriana y en su contexto jurídico normativo, la práctica se torna un tanto contradictoria ante esta peculiaridad procesal y aunque -en verdad- ello lo hemos advertido -teóricamente- denunciado de cara a la aplicación de medidas cautelares, la que encuentra especial injerencia de actores públicos sobre la actuación judicial y por ende, interferencia en su grado de independencia, no lo es menos importante, desde el análisis que se realiza y en pos de establecer mayor intervención ciudadana dentro del sistema de administración de justicia como paliativo a estas situaciones.²⁹

En vista a ello hemos constatado que en las normas se dispone que los jueces de garantías penales tienen la facultad o prerrogativa de decidir si ordenan o no la medida cautelar, conforme con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

En este contexto, conviene analizar la existencia de algunas injerencias o interferencias que afectan directamente a la independencia judicial y al uso de la prisión preventiva. Entiéndase por ello, interferencia a una presión indebida que causa o que tiene el potencial de generar un impacto o cambio en la decisión judicial apartándola de la libre convicción. Entre las principales injerencias o interferencias podemos encontrar las siguientes: declaraciones públicas de autoridades no judiciales, asistencia a ciertas audiencias de representantes de otro poder o función, políticas o disposiciones no escritas contrarias a la supremacía constitucional, influencia de los medios de comunicación y actos de corrupción de operadores judiciales.

Todas estas injerencias, en conjunto, han generado una suerte de clima o humor social respecto a las tendencias legislativas, de políticas públicas y de criterios de interpretación judicial sobre la procedencia de la prisión preventiva.

Existe consenso en torno a que la independencia judicial requiere la inexistencia de condicionamientos capaces de plasmarse en interferencias en la actuación de la administración de justicia. Esta es idea básica y clara para el funcionamiento de un Estado de Derecho. La independencia se sitúa tanto en el nivel de la institución como en el nivel del juez individual. La institución puede gozar de independencia -respecto a injerencias extrañas a ella- pero el juez puede no serlo, en razón de presiones provenientes de la propia jerarquía. Cuando se trata del juez individual, la independencia consiste en la ausencia de vínculos o interferencias que lo lleven a decidir en un sentido determinado; esto es, que le impidan ser imparcial al resolver los casos que conoce.

La democracia requiere de la independencia judicial debido a que es ante el órgano judicial que se puede hacer responsables de sus actos, constitucional y legalmente, a quienes ejercen el poder. Pero el control sobre los actos de gobierno solamente puede ser ejercido por jueces independientes. Si el poder judicial no ejerce seriamente la función de

²⁹ VINTIMILLA, JAIME y VILLACÍS, GABRIELA. “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada”. Informe Ecuador, 2013. .pp, 117-143. Disponible: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>; Fecha de consulta 12 de marzo de 2015.

control de constitucionalidad y de legalidad sobre los actos de gobierno, su papel queda reducido a resolver conflictos entre particulares y el equilibrio de poderes, indispensable para la democracia, resulta vaciado de contenido.

A manera de conclusión se puede aseverar que cualquier fórmula que instituya y prevea la participación del ciudadano común, en los actos de administración de justicia penal, como imperativo legal y de envergadura constitucional en Ecuador, siempre será -conteste con (Martín Mingarro, 2001), “...un principio muy merecidamente resaltado porque a través de esa participación, entra -o al menos puede entrar- en el apartado de Justicia un soplo de aire revitalizador que aporte una nueva y más sencilla manera de medir los comportamientos en el ámbito de los procesos penales, tantas veces encerrados en formalismos y jergas no siempre justificadas.”

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ CONDE, D. (1994). *El Régimen Político Español* (Tecnos ed.). Madrid, España.
- ÁVILA LINZÁN, L. F. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito.
- BERZOSA, V. (2002). *Principios del Proceso*. (J. Bosch, Ed.) Barcelona.
- BOVERO, M. (s.f.). Democracia y Derechos Fundamentales. Doxa 21-II, 22. Recuperado el 10 de Octubre de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>.
- CAFFERATA NORES, J. I. (1998). *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*. (C. d. Nación, Ed.) Buenos Aires.
- CALAMANDREI, P. (1994). *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad en estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.
- CHAIRES ZARAGOZA, J. (s.f.). *La independencia del Poder Judicial*. Recuperado el 15 de Octubre de 2016, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=110>:
- GIMENO SENDRA, V. (1997). La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado. *Revista del Poder Judicial* nº 48, 4.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (1996). *El proceso penal especial ante el Tribunal de Jurado*. Madrid: Civitas, S.A.
- MAIER, J. (1996). Derecho Procesal Penal argentino. (d. P. s.r.l., Ed.) *Fundamentos*, 777.
- MARTÍN MINGARRO, L. (2001). *El Jurado en España*. Madrid: Cuadernos del Colegio de Abogados de Madrid.
- Martínez-Calcerrada, L. (1994). Juez y justicia independientes. En *Ética de las profesiones jurídicas: textos y material para el debate deontológico* (págs. 427-428). Madrid.
- MENDOZA DÍAZ, J. (2002). Principios del Proceso Penal. En AA. VV., *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Primera parte* (pág. 4). La Habana: Félix Varela.
- PÉREZ LUÑO. (1994). *Los Derechos Fundamentales* (Tecnos ed.). Madrid, España.
- RIVERA GARCÍA, I. (1985). *Diccionario de términos jurídicos*. Puerto Rico.
- RONDÓN DE SANSÓ, H. (2002). *Análisis Constitucional de la participación popular*. Caracas: Ex libris.
- VILLABELLA ARMENGOL, C. (s.f.). *Los Derechos Humanos. Consideraciones Teóricas de su Legitimación en la Constitución Cubana*. Habana, Cuba. Recuperado el 3 de Febrero de 2015

VINTIMILLA, J., & VILLACÍS, G. (2013). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*. Recuperado el 12 de Marzo de 2015, de <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20indepencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>

ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR

ADOPTION BY SAME SEX COUPLES IN ECUADOR

MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ¹, MARÍA DEL CARMEN VIDAL MASPONS²

1 Universidad de La Habana.

2 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

La adopción de niños, niñas y adolescentes por parejas del mismo sexo está prohibida en el Ecuador por expreso mandato constitucional y legal, pero si están permitidas las uniones de hecho para las parejas del mismo sexo y género. Si la Constitución reconoce a la familia en sus diversos tipos y también reconoce el principio del interés superior del menor, además del derecho a permanecer en su familia, es incongruente que no se permitan las adopciones integrativas o adopciones del hijo de la pareja legalmente constituida en unión de hecho.

PALABRAS CLAVE: adopción integrativa, matrimonios del derecho común, interés superior del niño.

ABSTRACT

The adoption of boys, girls and adolescents by same sex couples is not allowed in Ecuador as expressly stated in its Constitution and Laws; however common law unions by same sex and gender couples are permitted. If the Constitution recognizes the various types of families and the principle of the best interest of the child as well as his or her right to remain in his/her family it is incongruent that integrative adoptions or adopting the son of one of the common law partners is not allowed.

KEYWORDS: integrative adoption, common law marriages, best interest of the child.

INTRODUCCIÓN

La adopción por parejas del mismo sexo en Ecuador está prohibida por la Constitución, pero antes de entrar a decidir si esta bien o no que se continúe con dicha norma o que se derogue para que se permitan las adopciones a las parejas del mismo sexo en el Ecuador, hay que estudiar que es la adopción y su finalidad.

El Código Civil define la adopción como una institución en la que se adquieren derechos y se contraen obligaciones y solo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple veintiún años. Por lo dicho se desprende que una vez concluido el trámite de la adopción existirá el vínculo filial entre adoptante y adoptado exactamente igual como si fuera su familia consanguínea, tomando en cuenta que la filiación puede ser de diferentes causas ya sea por la naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por la adopción y ésta puede ser adopción unipersonal o bipersonal, adopción nacional o internacional y entre parientes o no.

Según el tratadista chileno Pazos (2009) la filiación admite las siguientes clasificaciones: “A) filiación por naturaleza, que puede ser: 1) determinada y 2) no determinada. La filiación determinada se clasifica a su vez en: a) matrimonial; b) no matrimonial, y c) por fecundación mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. B) Filiación adoptiva. Esta filiación queda regulada por la ley.” (p. 392-394)

La adopción unipersonal es cuando una persona sola o célibe adopta a un niño, niña o adolescente cumpliendo con los requisitos que dispone la ley, pero uno de estos requisitos es que el adoptado deberá ser del mismo sexo que el adoptante, pero expresamente la ley dispone que se preferirá dar en adopción a las parejas heterosexuales que por parte de personas solas, justamente para que el menor tenga su representación paterna y materna.

La adopción bipersonal siempre será permitida a personas casadas o personas que tengan unión de hecho legalmente reconocida recordando que en la actualidad no se requieren de dos años de estabilidad para formar una unión de hecho sino tan solo acudir a un notario para validar su unión, quien luego deberá enviar la documentación al Registro Civil para el correspondiente registro.

Al respecto sobre la adopción, Belluscio (2004) afirma: “La adopción es un indudable acto jurídico familiar bilateral en aquellos regímenes donde requiere el consentimiento del adoptado o de sus representantes. En nuestro derecho, es un acto jurídico familiar-procesal unilateral, pues si bien tiene por fin inmediato la constitución de un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, no tiene efectos sino por medio de la sentencia judicial que la conceda. Sólo es bilateral en el supuesto de la adopción de un menor emancipado o mayor de edad, ya que para su otorgamiento requiere el consentimiento de éstos” (p. 117). Al respecto del consentimiento siempre se deberá solicitar al adolescente y lógicamente al mayor de edad ya que sin el referido consentimiento el juez no deberá proceder a la adopción.

Las parejas deberán estar de acuerdo para la adopción y otorgar el consentimiento expreso, es decir las parejas heterosexuales deben adoptar siempre de manera conjunta,

puesto que si este tipo de parejas están casadas o unidas de hecho no pueden adoptar unilateralmente porque se requiere expresamente el consentimiento de ambos para la adopción.

Para Cornejo Chávez (1987), al analizar la naturaleza jurídica de la adopción, menciona entre otras cosas que para Jossierand se presenta como un contrato "...que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad y de filiación...", es decir es un contrato de derecho familiar y solemne. Sin embargo la adopción es un acto de voluntariedad y, por lo tanto, un negocio familiar que crea un vínculo legal de familia, paternidad y filiación, así lo afirma Varsi Rospigliosi, (2011, p. 219).

Siguiendo la doctrina de protección integral que menciona la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio del interés superior, el cual de acuerdo a nuestra legislación está encaminado a que toda medida concerniente a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, la consideración primordial y principal es atender al interés superior del menor, la institución de la adopción debe de cumplir con de dicho principio.

La finalidad de la adopción es satisfacer el derecho de todo niño que esté en aptitud legal para ser adoptado a vivir en una familia idónea, permanente y definitiva, así lo dispone el Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que se deben ejecutar todas las acciones posibles para el fortalecimiento de la familia de origen y la permanencia del niño, niña o adolescente en ella, ya que es su núcleo social de pertenencia donde se deben de desarrollar el ejercicio pleno de sus derechos; y, la familia debe de estar en condiciones de cumplir con sus obligaciones de crianza y cuidado, sin olvidar que el Estado debe de promover el desarrollo integral para satisfacer sus necesidades y debe de ejecutar políticas de protección y ayuda como por ejemplo guarderías, atención a niños especiales, escuelas para padres para el fortalecimiento del grupo familiar, ya que la separación de un niño, niña o adolescente de su familia de origen siempre debe de ser la última medida que se tome, porque los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a vivir y permanecer con su familia de origen.

En el parentesco por adopción Acedo Penco (2013) afirma: "no existen, por lo general, vínculos consanguíneos entre las personas así relacionadas -adoptante y adoptado-, sino que será el Derecho el que le atribuya precisamente idénticos efectos jurídicos que a quienes están unidos por consanguinidad". (p.33)

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño expresa que: " Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

La adopción según la ley dispone de ciertos requisitos y también dispone que solamente se admite la adopción plena que es cuando el hijo adoptivo se asimila

totalmente al hijo de sangre sin distinción alguna, recordando que aunque exista la adopción plena, sigue existiendo el derecho a la identidad que consiste que el hijo adoptivo tiene derecho de conocer a su familia de origen, porque toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres.

La adopción plena existe en el Ecuador desde el año 2003 ya que anteriormente existía solamente la adopción semi plena o simple y la característica de este tipo de adopción es que el adoptado continuaba teniendo vínculos de filiación con la familia de origen y además tenía el derecho de herencia, es decir los lazos familiares de origen quedaban vigentes aunque el menor ya estuviera en adopción con una nueva familia. En cambio la adopción plena es la desvinculación legal y total de su familia biológica, su parentesco es igual al de un consanguíneo, extinguiendo los vínculos de filiación biológica con su familia de origen, con la excepción de impedimento dirimente matrimonial, -que consiste en la prohibición de casarse con sus parientes en el grado más próximo-, aunque el adoptado continua teniendo el derecho de conocer sus orígenes y de conocer quienes son sus padres biológicos. Además, de acuerdo a lo que dicen los psicólogos es recomendable que siempre se le diga al niño desde pequeño de que es adoptado. La adopción también tiene efectos personales y patrimoniales y el adoptado asume el apellido del o los adoptantes así como también se asumen las obligaciones alimentarias y las relaciones sucesorias y la inscripción de la adopción en el Registro Civil generará una nueva inscripción de nacimiento.

El objetivo y la finalidad de la adopción se basa en los principios establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia sobre estos principios Medina (2012), dice: “Resulta muy importante el establecimiento de una parte general en materia de adopción porque ella determina los principios y las finalidades de la institución, que son pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar las lagunas del ordenamiento positivo. Los principios generales en materia de adopción cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente, los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del Derecho positivo. Por otra parte como elemento de interpretación de la ley, los principios generales sirven para: solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas, dar la clave para interpretar una disposición que ofrece dudas.”

Al respecto, Basset citado por Herrera (2014) afirma que: “El derecho del niño a vivir y desarrollarse en una familia no es propiamente una norma que debiera integrar el Código Civil, pues su naturaleza es programática. Es improbable que la norma signifique que un

niño puede demandar al Estado porque no pudo ser criado por una familia alternativa. La norma expresa una obligación de medios del Estado”. (p.43)

Ahora bien, la adopción en sí es una medida de protección que brinda el Estado hacia el menor y esa medida de protección que son acciones que adopta la autoridad competente sólo se efectúa mediante orden judicial, aunque existen otras medidas de protección hacia el menor que pueden darse mediante vía administrativa.

Gómez Piedrahita (1982) difiere de que la adopción sea una medida de protección y dice que “...antes que una medida de protección, la adopción es una institución jurídica de protección familiar y social...” (p. 288), en mi opinión son las dos cosas tanto es una medida de protección como una institución jurídica. Para Borda (1974) se trata de una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la decisión del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima. (p.143)

Las medidas de protección deben adoptarse cuando se ha producido o existe riesgo inminente de que produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables del niño, niña o adolescente. Estas medidas imponen determinadas acciones a la sociedad en general con el objeto de hacer cesar el acto o amenaza que pesa sobre los menores y restituir el derecho vulnerado asegurando el respeto permanente de sus derechos.

La finalidad de la adopción es garantizar una familia, idónea, permanente y definitiva, para el niño, niña y adolescente, esta adopción puede ser nacional cuando el origen de la petición de adopción proviene por parte de personas que viven en el país, internacional cuando el origen se inicia por intermedio de las agencias internacionales que se encuentran en los países con los cuales Ecuador tiene convenio para la adopción como son Estados Unidos, Italia, Suecia, Bélgica y España; y esas adopciones pueden ser entre parientes o no. No puede ser sujeta a modalidades y cuando se perfecciona es totalmente irrevocable. No debe de ser condicionada y si la condición se impone a la persona que debe de dar su consentimiento debe de entenderse como no escrita o no efectuada.

También en la adopción se prohíbe la obtención de beneficios económicos indebidos como consecuencia de la misma. Tampoco existe en el país la adopción directa, es decir adoptar a un niño determinado y tampoco está permitida la adopción de la criatura que está por nacer, y no pueden ser candidatos predeterminados, salvo que sea la adopción entre parientes u otros casos de difícil adopción como son los niños que están enfermos, discapacitados o mayores de 4 años.

La adopción se dará cuando el niño, niña o adolescente tenga la aptitud legal para ser adoptado, el juez deberá calificar la petición que debe de cumplir los requisitos previstos en el Código Orgánico General de Procesos disponer el reconocimiento de firma y rúbrica, luego deberá señalar día y hora de audiencia y continuar con el trámite correspondiente, a esta demanda deberá adjuntarse todos los expedientes con las actuaciones previas de la fase administrativa de la Unidad Técnica de Adopciones respectiva, incluyendo copia

del juicio de declaratoria de adoptabilidad, que no es otra cosa que la declaración judicial de que el niño está apto para ser adoptado, es decir que ya se han efectuado todas las investigaciones para encontrar a sus padres y a su familia de origen dentro del cuarto grado de consanguinidad pero o no encontraron a la familia o habiéndola encontrado ninguno de ellos quieren hacerse cargo del menor, o que teniendo padres ya han otorgado el consentimiento para la adopción.

Si alguno de los parientes quiere hacerse cargo del menor, el mismo juez puede disponer el discernimiento de la tutela, si no existen parientes o si existiendo los mismos éstos no quieren hacerse cargo del niño, el juez debe de declarar al niño, niña o adolescente en aptitud legal para ser adoptado.

Si al niño lo encuentran abandonado lo llevarán a una institución de acogida y el representante legal de la misma deberá solicitar al Juez que disponga el internamiento en dicha institución hasta que se efectúen las investigaciones sobre sus orígenes, si no tienen datos de la familia o si ya son huérfanos, o si la familia no quiere hacerse cargo, o ambos padres están privados de la patria potestad el juez debe de declarar el estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

La declaratoria de adoptabilidad se resuelve mediante un juicio que sigue un mismo esquema, una demanda, calificación, citación, audiencia y auto resolutorio. Las autoridades administrativas llaman al término “esclarecimiento legal” cuando ya existe una declaratoria de adoptabilidad para saber el estado legal del niño, niña o adolescente. Hay que tener en cuenta que la adopción cuando se declara por sentencia judicial ya no cabe revocatoria alguna, salvo por una acción de nulidad que solo podrá ser demandada por el adoptado, por las personas cuyo consentimiento se omitió y por la Defensoría del Pueblo. Esta acción prescribe en el plazo de dos años desde la inscripción de la sentencia de adopción en el Registro Civil.

Con todos los trámites y requisitos, la adopción es la última alternativa que tiene el niño para encontrar a una familia, ya que el juez solo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado cuando de las investigaciones realizadas se establezca sin lugar a dudas que se encuentra en estado de orfandad de ambos progenitores, imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o en su caso imposibilidad de encontrar a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o cuando ambos padres han sido privados de la patria potestad o en su defecto que ambos padres hayan otorgado el consentimiento para la adopción. En la actualidad son los jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia, quienes se encargan de todos los temas referentes a la familia, niños y adolescentes, en consecuencia ya no es de competencia de un juez de lo civil el discernimiento de la tutela a que hace referencia el artículo 289 del Código de la Niñez y Adolescencia.

De conformidad con el artículo 157 de la ley de la materia, las adopciones solo pueden efectuarse a personas menores de 18 años, por excepción se admiten los siguientes casos:
1.- Cuando tienen con el candidato a adoptante una relación de parentesco dentro del

quinto grado de consanguinidad; 2.- Cuando han estado integradas al hogar del candidato a adoptante en acogimiento familiar por un período no inferior a dos años; 3.- Cuando han estado integradas al hogar del candidato desde su niñez, o desde su adolescencia por un período no inferior a cuatro años; y, 4.- Cuando se trata de adoptar al hijo del cónyuge. En ningún caso se podrá adoptar a personas mayores de 21 años.

Al referirse a la adopción siempre hay que tener en cuenta el interés superior del niño que a decir de Beloff, Deymonnaz, Freedman, Herrera y Terragni citado por Herrera (2012) “puede ser definido como un mandato al Estado de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deben restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean de un ‘interés superior’ al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos” (p.43) por lo que cuando el niño, niña o adolescente ya ha estado integrado al hogar de la persona que lo va a adoptar y se ha creado un “vínculo afectivo”, debe de velarse por su interés superior. Así mismo cuando la adopción proviene por parte del cónyuge o de la pareja unida de hecho, habría que evaluar las consecuencias que repercuten sobre la integridad del menor, sobre su personalidad e identidad, recordando que tanto la personalidad y la identidad son los atributos y características del individuo que lo hacen diferente y único ante los demás y el derecho a esa identidad se vincula con su familia de origen a que el niño, niña o adolescente a que tiene derecho el menor de continuar perteneciendo; y, las políticas públicas deben tender al fortalecimiento familiar porque la familia es quien debe de cumplir con las obligaciones de cuidado y crianza.

Revisemos cuales son los consentimientos necesarios para la adopción de acuerdo a lo que dispone el artículo 161 de la ley de la materia que es el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) : “Para la adopción se requieren los siguientes consentimientos: 1.- Del adolescente que va ser adoptado; 2.- Del padre y la madre del niño, niña o adolescente que se va a adoptar, que no hayan sido privados de la patria potestad; 3. Del tutor del niño, niña o adolescente; 4. Del cónyuge o conviviente del adoptante, en los casos de matrimonio o unión de hecho que reúna los requisitos legales; y, 5. Los progenitores del padre o madre adolescente que consienta para la adopción de su hijo...”

Por lo que el derecho del adolescente a ser oído deberá ser respetado de manera obligatoria, recordando que adolescente es quien ha cumplido doce años, sin perjuicio de que también pueden ser escuchados los niños y las niñas de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Convención de los Derechos del Niño del cual el Ecuador es suscriptor y por así disponerlo el artículo 45 de la Constitución de que tienen que ser consultados en los asuntos que les afecten, concordante con los artículos 60 y 164 del Código de la Niñez y Adolescencia que también dispone que deberá ser escuchando teniendo en cuenta su grado de desarrollo y madurez. En consecuencia si el que va a ser adoptado niega su consentimiento expresado ante el juez, la adopción no será posible otorgarla.

Existe una diferencia entre la obligación de escuchar al niño o niña y la obligación de prestar el consentimiento, la obligación de escuchar recae al juez que por mandato legal está obligado a escuchar al niño o niña pero no está obligado a aceptar la opinión del menor que la da, pero la obligación de prestar el consentimiento por parte del adolescente es mandatoria para el juez, so pena de nulidad, tal como lo establece el artículo 177 de la ley de la materia, por lo que en los trámites de adopción se destacan el interés superior del adoptado y no del adoptante.

Luego de la adopción dictada por sentencia judicial y debidamente inscrito el niño, niña o adolescente en el Registro Civil, viene la etapa de seguimiento por parte del equipo técnico por los dos años subsiguientes, tanto para las adopciones nacionales como para las adopciones internacionales sea entre parientes o no.

En el Ecuador se prefieren las adopciones nacionales a las adopciones internacionales y las adopciones internacionales tienen mucho más requisitos que las nacionales y este tipo de adopciones solamente pueden otorgarse con los países con los cuales Ecuador tiene convenio internacional de adopción, que fueron mencionados con anterioridad y que deben de tener la acreditación del representante legal de la agencia de adopción legalmente residiendo en el país.

Se prefieren las adopciones entre parientes ya sean nacionales o internacionales sobre las adopciones a personas ajenas a los niños o adolescentes a adoptarse. La adopción tiene dos fases muy diferenciadas, la fase administrativa y la fase judicial. La fase administrativa tiene por objeto estudiar e informar sobre la situación física, psicológica, legal, familiar y social de la persona que va a adoptar. En esta etapa es que se debe de declarar la idoneidad de los candidatos a adoptantes y luego deben de asignar mediante resolución administrativa a una familia a un niño, niña o adolescente. Esta fase administrativa está a cargo de Ministerio de Inclusión Económica y Social, quien es también la autoridad central en materia de adopciones.

Cuando una solicitud de adopción ha sido negada en la fase administrativa se puede interponer recurso administrativo ante el Ministro de Inclusión Económica y Social y cuando ha sido negada en la fase judicial se puede interponer recuso ante el Tribunal de Alzada e incluso llegar a la casación por tratarse de una sentencia definitiva que tiene calidad de cosa juzgada.

En la Constitución ecuatoriana (2008), en el artículo 68 expresa: "...La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.", en consecuencia en nuestra constitución está claramente determinado que la adopción es solamente para parejas heterosexuales y no está permitida la adopción para parejas del mismo sexo, por lo que no se podría alegar y sustentar que una adopción para parejas del mismo sexo es inconstitucional, porque para poder acceder a la adopción de parejas del mismo sexo primeramente se deberá cambiar la Constitución y que ésta lo permita.

En Ecuador a pesar de no estar permitido el matrimonio igualitario, si está permitida la unión de hecho de personas del mismo sexo con exactamente los mismos derechos pa-

trimoniales y personales que las parejas que contraen matrimonio, por lo que en las uniones de hecho de las personas del mismo sexo no existe discriminación ni vulneración de ningún derecho, salvo en lo referente a la adopción pero tampoco se puede decir que dicha prohibición es inconstitucional porque la misma Constitución confirma expresamente que la adopción es solamente para parejas de distinto sexo.

Debemos tener en cuenta que la sociedad es siempre cambiante y con mayor razón en lo que se refiere al derecho de familia que no es ajeno a la realidad nacional. Con la nueva Constitución del año 2008 en Ecuador se aceptan y constituyen los diferentes tipos de familia y eso ha generado un cambio de legislación interna en todos los aspectos, entendiéndose que vivimos en un estado de derechos.

Los derechos fundamentales que todo ciudadano posee no son violados cuando se trata de parejas del mismo sexo, puesto que tienen todos los mismos derechos que las parejas de distinto sexo, la única diferencia es en lo referente a la adopción de niños o adolescentes por expresa disposición constitucional y legal, como lo he expresado anteriormente.

En las uniones de hecho para parejas del mismo sexo, no se evidencia ninguna desprotección de los derechos económicos y sociales que son básicos para el desarrollo de los individuos en la sociedad, por lo que puedo afirmar que las parejas del mismo sexo no están sometidas a una exclusión legal, ya que la constitución y las leyes protegen todos los derechos familiares de los individuos.

La única exclusión que pueden tener las parejas del mismo sexo, es la exclusión social por parte de determinado grupo de personas, pero esa exclusión es simplemente social pero no legal ya que en la parte legal y patrimonial, si están garantizados sus derechos inherentes al ser y en los derechos y obligaciones económicas de las parejas, teniendo el mismo trato jurídico que las parejas heterosexuales, reconociéndoles también como familia, ya que la constitución determina que reconoce a la familia en sus diversos tipos, sin disponer ninguna clasificación al respecto.

Este reconocimiento a las parejas del mismo sexo, no es un caso aislado en el Ecuador ya que recoge la situación mundial de la tendencia a la no discriminación basada en la orientación sexual o la identificación del género del individuo, puesto que en la actualidad se quiere hacer valer todos los derechos y la libre opción sexual para evitar la discriminación y que los derechos en condiciones de igualdad sea para todos sin vulneración alguna.

Las parejas del mismo sexo que están unidas de hecho tienen iguales derechos patrimoniales como por ejemplo hacer una separación de bienes o recibir pensión por jubilación. Dichas parejas desde el punto de vista sentimental tienen las mismas consecuencias que las uniones heterosexuales y hay que equiparlas en todo sentido inclusive con las consecuencias económicas y equitativas para ambas partes no teniendo patrimonialmente ninguna situación de desventaja con las otras parejas.

Por haberse unido de hecho legalmente se contrae la sociedad de bienes, pero la pareja se puede apartar de esa regla y optar por dividir o separar sus bienes mediante las capitulaciones.

laciones matrimoniales que también son aplicables para la sociedad de hecho aunque la ley no les ha dado un nombre específico cuando se trate de uniones de hecho.

Por lo que pueden existir tres regímenes patrimoniales: Régimen de comunidad o sociedad de bienes. Es en el cual los unidos de hecho deciden hacer un patrimonio conjunto donde comparten utilidades y pérdidas, pero de conformidad con la ley deben de nombrar un administrador común en el momento de contraer la unión de hecho, aunque para la venta o enajenación de los bienes siempre será necesario el consentimiento de ambos o en su caso autorización judicial. En este régimen el unido de hecho sobreviviente tendrá derecho a entrar en la sucesión.

Régimen de separación de bienes.- La separación de bienes se obtiene por disolución de la sociedad de bienes o por capitulaciones matrimoniales que también son aplicables a las uniones de hecho y pueden hacerse efectuarse antes de acudir al notario para declarar su unión y durante la unión de hecho. La disolución de la sociedad de bienes se la puede efectuar de mutuo acuerdo ante notario o judicialmente, en cuyo caso el proceso es de una sola instancia. En este régimen el unido de hecho sobreviviente no tendrá derecho a entrar en la sucesión.

Régimen mixto.- Es el que, la pareja unido de hecho habiendo efectuado capitulaciones matrimoniales, que también son aplicables para las uniones de hecho, deciden separar los bienes desde una determinada fecha, por lo que habrá frutos que constituyan gananciales y otros que acrezcan el patrimonio de cada cónyuge, en consecuencia en este régimen el unido de hecho sobreviviente si tendrá derecho a entrar en la sucesión en la parte que no se hubieran efectuado las capitulaciones matrimoniales.

Mientras estén unidos de hecho ya sea en cualquier régimen que hubieran escogido mutuamente se deben los alimentos. Si hubieran hijos y un solo bien destinado a vivienda, en caso de separación o divorcio, al unido de hecho que se queda con la tenencia de los hijos menores de edad, es quien tendrá derecho de uso de la vivienda.

El tema de las parejas del mismo sexo ha estado en constante evolución, cabe recordar que hace algunas décadas atrás, la homosexualidad era tratada como una enfermedad y no solamente eso, sino que también sus actos eran penados ante la ley en algunas legislaciones del mundo, en Ecuador fue despenalizado en el año 1977 por una sentencia de la Corte Constitucional.

En diciembre de 1973 la Asociación de Psiquiatría Americana eliminó la homosexualidad dentro de las patologías y el 1 de octubre de 1981 el Consejo de Europa solicitó abolir las leyes contra los actos homosexuales y pidió a la Organización Mundial de la Salud que suprimiera la homosexualidad de su catálogo internacional de enfermedades.

En la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 dispone: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", principio establecido en la Constitución el Código de la Niñez y Adolescencia.

La adopción constituye un derecho del menor a constituir una familia, no es un derecho de los adultos, es un derecho del niño, niña o adolescente siguiendo la doctrina de protección integral y el principio del interés superior, además hay que tener en cuenta que la adopción es una institución y al mismo tiempo una medida de protección específicamente aprobada para el menor no para los adultos, por lo que bajo ningún punto de vista las parejas del mismo sexo que no tengan hijos tienen el “derecho” a la adopción, ya que ese derecho es exclusivamente para el menor, distinguiendo el derecho fundamental del niño, niña y adolescente para tener una familia, a la adopción por parte de adultos que sean parejas del mismo sexo que no es ningún derecho fundamental, por lo que no puede verse entonces como un derecho de las personas del mismo sexo a la adopción, porque hay que ver desde el punto de vista del niño que es una medida de protección, que no es lo mismo. La adopción no es un derecho del adulto sino que la adopción es el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffó e hijas vs. Chile* ya se pronunció al respecto de la homosexualidad. El caso es que una pareja conformada por un hombre y una mujer tuvieron varias niñas, la pareja se separó y el padre solicitó la tenencia de las niñas aduciendo que la madre no era idónea para cuidarlas debido a que era abiertamente lesbiana. El proceso fue ganado en los tribunales por el padre, pero la madre acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la referida Corte le dio la razón a la madre. En el párrafo 111 de la sentencia se dijo: “Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que éstos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”

Este caso versó sobre la responsabilidad internacional en la que incurrió Chile, según Molina de Juan (2014) “la Corte Interamericana delimitó los puntos sometidos a su decisión a los siguientes temas: 1) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; 2) la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1. de la Convención americana; 3) si existió una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación”. (p. 138)

Aunque la sentencia no se refiere al tema específico de la adopción, la referida Corte resolvió que el interés superior del menor no entra en contradicción con la orientación sexual de los padres ni representaba un riesgo para las niñas, en consecuencia el lesbianismo no era motivo para quitarle la custodia de las niñas a su madre.

En el país existe un caso que se inició mediante juicio No. 17254-2012-0584 en el Juzgado Cuarto de Garantías Penales y que en la actualidad se encuentra en la Corte Constitucional por acción extraordinaria de protección, en el que se trata la petición de

dos mujeres lesbianas quienes formalizaron su unión en el año 2010 en el Reino Unido mediante unión civil y en el año 2011 mediante unión de hecho en el Ecuador y solicitaron al Director del Registro Civil que inscriba a su hija en los libros respectivos, lo cual fue negado basado en el artículo 82 de la Constitución y en los artículos 32 numeral 5, 33 y 80 de la entonces Ley de Registro Civil que en la actualidad dicha ley se encuentra derogada y sustituida por la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Ante esta negativa, las peticionarias acuden a la Defensoría del Pueblo que toma el caso y emprende una Acción de Protección por vulneración de derechos humanos.

Las accionantes fundamentan su petición aduciendo que la decisión de formar una familia es parte de su proyecto de vida y que han sufrido discriminación por su orientación sexual, lo que vulnera el principio y derecho de igualdad a la familia y a la protección que otorga el Estado a sus diversas formas y se ha vulnerado el interés superior del niño. La pretensión está constituida por cuatro derechos fundamentales: a la identidad, a la igualdad, filiación y principio de supremacía de la Constitución, por lo que la discusión está en torno de los derechos de la niña y no de la pareja.

Sobre este tema la Corte Constitucional está obligada a pronunciarse sobre las realidades sociales de manera independiente de las apreciaciones religiosas o políticas.

Pongamos un caso hipotético en que el niño nació en una familia nuclear con sus padres biológicos pero por diferentes circunstancias el niño quedo solamente en custodia de uno de sus padres y al unirse su padre o madre quien tiene la custodia del menor, con otra pareja del mismo sexo -lo cual está permitido por la ley-, ese niño ya se encuentra formando parte integral de esa familia que ha conformado su progenitor, por lo que, tomando en cuenta que la adopción es una medida de protección judicial a favor del menor y al mismo tiempo una institución que no es a favor de las personas adultas sino a favor del menor, no veo escollo para que la nueva pareja lo adopte como hijo común siguiendo la normativa vigente, puesto que en la práctica el menor ya tiene un “vínculo” con la pareja de su padre o madre y en la práctica constituyen una familia.

Si la propia Constitución acepta y reconoce los diferentes tipos de familia y mediante ley se ha aprobado el registro de las parejas del mismo sexo y género mediante unión de hecho e incluso las personas pueden cambiar su género en sus documentos de identificación y es política de Estado la defensa de género y la protección a las personas homosexuales, y si el principio del interés superior del menor es estar con su familia de origen, es realmente absurdo que no se acepte la inscripción de una menor cuando es hija biológica de la pareja con la cual está unida de hecho conforme a la ley.

CONCLUSIONES

Sobre el tema principal de la adopción a pesar de que existe prohibición expresa en la Constitución del Ecuador para permitir la adopción en las parejas del mismo sexo, existe el principio constitucional de que los niños merecen una protección de la familia como he hecho referencia en páginas anteriores por lo que creo es

apropiado una reforma constitucional para que la adopción pueda realizarse en parejas del mismo sexo siempre y cuando la persona que adopte sea la pareja permanente o en unión de hecho con el padre o madre del niño que se va a adoptar, justamente favoreciendo el interés superior del menor, principio consagrado en la Constitución y tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, porque si el padre o madre del menor tiene su pareja del mismo sexo, -tipo de familia permitida en la actualidad por la Constitución- no hay razón para que el hijo de ese padre o madre, no pueda ser adoptado por la pareja permanente o de unión de hecho de su padre o madre, que en la doctrina es llamada adopción integrativa, tal como lo menciona el tratadista Moreno citado por Herrera (2014): “Si bien se ha resumido a la adopción integrativa en la ‘adopción del hijo del cónyuge’, es preciso resaltar que aquélla abarca diversas formas adoptivas, ya sea que se analice desde la perspectiva de quién es el adoptante: cónyuge, o concubino, del progenitor biológico o legal; como desde la perspectiva de quién es adoptado: niños o adolescentes que solamente tienen filiación materna, o que tienen ambas filiaciones, encontrándose, dentro de este último grupo, niños o adolescentes cuyos padres biológicos no convivientes han fallecido (orfandad paterna o materna), o se han desatendido totalmente de aquéllos (situación de abandono), o bien, por el contrario, mantienen una buena relación con el niño o adolescente en cuestión. La adopción integrativa alcanza también el caso de la adopción del hijo adoptivo del cónyuge o del concubino, supuesto que obliga a valorar si se trata de nueva adopción de características autónomas e independientes, o si puede ser considerada como la ampliación de la adopción originaria”. (p.29)

Es incongruente que la Constitución acepte y reconozca los diferentes tipos de familia, que mediante ley se apruebe y proteja a las parejas del mismo sexo y género -incluso con políticas de Estado- pero no se permita la adopción del hijo o hija de la pareja de la que legal y constitucionalmente se está unido de hecho, porque al no permitir esa adopción del hijo de su pareja allí sí se estarían violando el derechos del niño, niña o adolescente a permanecer con su familia, porque el menor ya tiene un vínculo filial de origen que debe de ser respetado.

La familia es una realidad social antes que una realidad jurídica y si la legislación ecuatoriana permite la adopción homoparental pero con niños o niñas del mismo sexo de quien los va a adoptar, en base al mismo principio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opino que debería hacerse la excepción sobre la adopción para que solamente sea permitida entre parejas homosexuales o del mismo género cuando se trate del hijo de la pareja con la cual convive, puesto que no podría separarse al menor de su familia de origen con la cual ya tiene un vínculo establecido teniendo en cuenta la idoneidad del adoptante y cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la ley debiendo además reunir las cualidades personales necesarias para cumplir su rol paternal o maternal.

La adopción tiene que cumplir con su cometido que es el interés superior del niño, por lo que mirándolo dentro del punto de vista del interés superior si se debería de permitir la adopción del hijo del cónyuge o del unido de hecho así la nueva pareja fuese homosexual o tuviere el mismo género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEDO, A. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Dykinson.
- BELLUSCIO, A. C. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I (Séptima ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- BORDA, G. (1974). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Familia. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- CORNEJO, H. (1987). *Derecho Familiar Peruano*. Tomo II (Sexta ed.). Lima: Editorial Studium.
- GÓMEZ PIEDRAHÍTA, H. (1992). *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial Temis.
- HERRERA, M. (2014). Análisis del Artículo 594. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras (Eds.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- MEDINA, G. (2012). La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085_MEDINA_Graciela_LA_ADOPCION.pdf
- RAMOS, R. (2009). *Derecho de Familia*. Tomo II (Sexta ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Acción de Protección. Juicio No. 17254-2012-0584. Juzgado Cuarto de Garantías Penales. Aceptar parcialmente la demanda formulada y declarar la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 516 del Código Penal, y suspender totalmente los efectos de dicho inciso. Resoluciones del Tribunal Constitucional, resolución No. 106-1-97. Registro Oficial Suplemento No. 203 del 27 de noviembre de 1997.
- Atala Riffo y niñas vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ARGENTINO Y BREVES REFERENCIAS AL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

THE FACTORS OF ATTRIBUTION OF CIVIL LIABILITY IN ARGENTINE LAW AND BRIEF REFERENCES TO CIVIL LAW OF ECUADOR

FABRIZIO PERALTA DÍAZ

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

RESUMEN

Este trabajo trata de explicar, a la luz del Derecho Civil argentino, cuáles son los elementos constitutivos de los factores de atribución de responsabilidad que fundamentan el deber de reparar. Esos factores pueden ser subjetivos u objetivos. En el primer grupo se hallan el dolo y la culpa. En el particular caso de la culpa, se realiza una crítica al subjetivo y anacrónico sistema de gradación que aún se mantiene vigente en el Derecho Civil Ecuatoriano, dado que sigue distinguiendo entre culpa grave, leve y levisima; nociones a su vez ancladas en nebulosos preconceptos de difícil aplicación práctica, tales como el del *buen padre de familia* o el *del hombre juicioso*. En el grupo de los factores de atribución objetivos, se analizan instituciones poco estudiadas en el Ecuador como lo son la obligación de garantía y de seguridad, el riesgo creado, la equidad, el ejercicio abusivo de los derechos (que en nuestro país obtuvo sanción legislativa recién en el 2012) y el exceso en la norma tolerancia entre vecinos.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, factores de atribución, Derecho Civil argentino, Derecho Civil ecuatoriano, Derecho de Daños, obligación de reparar.

ABSTRACT

This work tries to explain, in the light of Argentine Civil Law, which ones are the constitutive elements of the attribution factors of responsibility that fundament the duty to repair. These factors can be subjective or objective. In the first group, we find malice and guilt. In the particular case of guilt, a criticism is made to the subjective and anachronistic system of graduation that still remains in effect in Ecuatorian Civil Law, since it continues to distinguish guilt between serious, slight and very slight; notions that are anchored to nebulous preconception of difficult practical application, such as the *good father* or *the wise man*. In the group of objective attribution factors, we analyze the poorly studied institutions in Ecuador such as the obligation of guarantee and security, the created risk, equity, abusive exercise of rights (which in our country, obtained Legislative sanction recently in 2012) and the excess in the tolerance norm between neighbors.

KEYWORDS: Civil liability, Attribution factors, argentine Civil Law, ecuadorian Civil Law, Damage rights, Duty to repair.

RECIBIDO: 13/06/2017
ACEPTADO: 22/06/2017

CORRESPONDENCIA:
fperalta@lex.ec

INTRODUCCIÓN

Los factores de atribución son los supuestos necesarios para la existencia de la responsabilidad civil. Por sí solo, el daño no basta para imputar responsabilidad, sino que “debe conjugarse con el factor de responsabilidad subjetiva u objetiva que la ley reputa idóneo para atribuirlo a una determinada persona”.¹ En consecuencia, al referirnos a los factores de atribución, tratamos de responder básicamente dos interrogantes: quién responde y en virtud de qué circunstancia,² tal cual lo esquematiza Tavano en breves pero explicativas palabras:

Así, afirmará que responde quien actuó, quien omitió, el dueño o guardián de la cosa, el patrono por el hecho de su dependiente, o los padres por sus hijos menores, etcétera. Una vez que estableció quién, buscará el fundamento a tal respuesta y explicará la circunstancia en virtud de la cual responderá. Si por su dolo o negligencia, si por el riesgo o vicio de la cosa, si por razón del ejercicio de la patria potestad, la garantía, la equidad, etcétera. Lo que, en definitiva, y luego de corroboradas las causales de liberación, determinará si se está frente a un supuesto de responsabilidad objetiva o subjetiva.³

Se evidencia, entonces, que tales factores de atribución pueden ser subjetivos o pueden ser objetivos. El primer grupo genera responsabilidad civil subjetiva, mientras que, el segundo, es fuente de la responsabilidad civil objetiva. La responsabilidad de la primera especie admite como eximentes a la falta de culpa o a la existencia de una causa ajena desencadenante del daño y que, a su vez, puede generarse en un hecho de la víctima, del hecho un tercero o por un caso fortuito. Por el contrario, la única eximente admisible en el ámbito de la responsabilidad objetiva es la existencia de una causa ajena que rompa el nexo de causalidad con la actuación de la persona a quien pretende atribuírsele las consecuencias del acto dañoso.

La responsabilidad civil subjetiva se cimenta en la culpa y en el dolo; la responsabilidad objetiva, en cambio, puede originarse en varios supuestos conforme al Derecho Argentino, pero aquí nos ocuparemos específicamente de la obligación de garantía y de seguridad, del riesgo creado, de la equidad, del ejercicio abusivo de los derechos y del exceso en la normal tolerancia entre vecinos.

Estos son, en suma, los factores de atribución que serán materia de análisis a lo largo de este trabajo.

FACTORES DE ATRIBUCIÓN SUBJETIVOS

LA CULPA

En un sentido amplio, la culpa “puede significar el quebrantamiento de un deber jurídico, comprendiendo tanto la violación dolosa como la culposa propiamente dicha”.⁴ El dolo,

¹ Bustamante, J. (1997): 323

² Avano, M. J. (2011): 191.

³ op. cit.: 191.

⁴ Trigo, F. y López, M. (2004): 678.

que luego se revisará, es por ello mismo considerado como una especie de culpabilidad, pero el matiz diferenciador entre culpa y dolo está dado por la intencionalidad: mientras que en la culpa no existe un propósito positivo de incumplir o de dañar; en el dolo, por el contrario, el agente actúa a sabiendas y con la intención de causar daño.

La culpa civil, que es la que aquí interesa, consiste “en la omisión de la diligencia exigible al agente; en la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio; la impericia, negligencia o imprudencia, que impide conducirse de acuerdo con el deber de respetar las disposiciones jurídicas”.⁵ Como bien se ha apuntado:

La culpa siempre lleva implícito un defecto de conducta; es un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias: consiste o en no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, en preverlo pero sin tomar los recaudos u observar la conducta necesaria para evitarlo.⁶

Este estándar de previsibilidad está presente en el Código Civil de la República Argentina (CCRA), dado que el artículo 904 hace responsable de las consecuencias mediatas al autor del hecho “cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”. Se destaca, sin embargo, que esta misma norma es también aplicable para las actuaciones dolosas si es que el autor del hecho “hubiere previsto” las consecuencias mediatas de su accionar.

En este mismo contexto normativo, hay que tener presente, asimismo, lo que estatuye el artículo 902 CCRA, dado que en él se impone también, a lo menos implícitamente, un estándar de previsibilidad que opera de forma directamente proporcional al “deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas”. En efecto, existirá mayor responsabilidad por las consecuencias de un hecho mientras mayor fuere también el deber de prudencia que el agente deba empeñar en sus actuaciones.

En algunas legislaciones civiles, como en el caso de la ecuatoriana, se mantiene un rígido y retrógrado sistema que gradúa la culpa contractual en tres niveles distintos: grave, leve y levisima. Este arquetipo, de inspiración romanista que aprecia la conducta en abstracto, fue hace mucho superado por otras legislaciones más flexibles, como es el caso

⁵ Mosset, J. (1982): 61. En la definición dada por este autor hallamos las tres formas como la culpa se presenta, esto es: negligencia, que consiste en no haberse hecho o haberse hecho menos de lo debido; imprudencia, que aparece cuando se actúa de forma precipitada o irreflexiva, sin tomar en cuenta las repercusiones que dicha actuación traería aparejadas; e impericia, que es aquel proceder contrario a la teoría y a la práctica de una profesión u oficio. Véase también Trigo, F. y López, M. (2004): 681.

⁶ Trigo, F. y López, M. (2004): 679. Los autores han extraído esta definición del fallo dictado por la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay dentro de la causa caratulada como “Núñez de González, María E. c. Empresa Provincial de Energía de Entre Ríos”.

del CCRA de Vélez Sarsfield, quien en su nota explicativa al artículo 512 hizo explícita su mordaz crítica al referido modelo tripartito, conforme se aprecia seguidamente:⁷

(...) El tipo que se tomaba para la graduación de las culpas era el buen padre de familia, más o menos diligente. Pero toda esta ciencia de nada servía al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. Barbeyrac lo había juzgado así y decía: ‘La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella, será necesario a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias todas del caso (...)’.

Zacharie dice también, respecto a esto: ‘La teoría de la prestación de las culpas es una de las más oscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levísima. (...). La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce. Donde no hay un hecho legalmente imputable, no hay culpa. Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios e igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia e importancia de las culpas, y entonces las divisiones teóricas son más bien un embarazo que un socorro. (...)’.

En el Derecho Romano, a la culpa lata —calificada también como grave— se la asimila al dolo porque el proceder del agente es tan negligente o desorbitado, que parece probable que la actuación haya sido deliberada.⁸ La culpa leve, por su parte, se

⁷ De importancia capital para el Derecho Civil Argentino es el artículo 512 CCRA, pues es allí donde legalmente se conceptúa a la culpa como “la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Al decir de Bustamante, J. (1997): 338, de esta definición emergen los elementos caracterizadores de la culpa, que son: (a) ausencia de intervención maléfica; y, (b) omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño a otro. Omitir la conducta debida, según este tratadista, “consiste tanto en no hacer lo que debió hacerse, como en ejecutar lo que debió ser motivo de abstención, para impedir su resultado dañoso”. La conducta humana debe ser valorada y, a través del juicio de reproche, “determinar la negligencia o la imprudencia en la conducta, o sea la existencia de la culpa”.

⁸ Al tenor del artículo 29 del Código Civil del Ecuador (CCE), esta especie de culpa “consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”. Las palabras de la ley son decidoras y ello explica por qué este tipo de culpa se asemeja al dolo, pues hasta la persona más negligente o imprudente suele observar, en los asuntos que directamente le interesan, un determinado nivel de cuidado. Pero es preciso señalar que esa equivalencia o semejanza no comporta que a la responsabilidad por culpa grave se la trate de la misma manera como la generada en un acto doloso, pues ello conllevaría admitir que “existiría en orden a la responsabilidad extracontractual una situación en la cual, sin haber propiamente dolo, concurrían los efectos del mismo (...): dada la definición

divide en culpa in abstracto y culpa in concreto. La culpa es leve in abstracto cuando no se observan los cuidados de un “buen padre de familia”, es decir, como aquella persona prudente que cuida sus propios intereses; y la leve in concreto se configura cuando se descuidan los asuntos propios.⁹ A estas dos nociones de culpa, la evolución del pensamiento jurídico le añadió un grado más: la culpa levísima, que ha sido legal aunque también oscuramente definida como “aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”.¹⁰

No obstante, pareciera ser que la única aplicación práctica de la confusa trilogía de la culpa estaría dada por la utilidad que cada tipo de contrato pudiere reportarle a las partes que en él intervienen: si en el respectivo acuerdo de voluntades solo el acreedor se beneficia, el deudor responde por culpa lata; si el beneficio es recíproco, el deudor es responsable de la leve; y si solo le beneficia al deudor, éste se hace responsable por culpa levísima.¹¹

Por su lado, en el CCRA por regla general se aprecia a la conducta culposa en concreto, precisamente porque su artículo 512 tiene en miras a las circunstancias “de las personas, del tiempo y del lugar”. En la ribera opuesta al modelo que legislativamente adoptaron Chile, Ecuador y Colombia —detallado en las líneas precedentes— la legislación

precisa que nuestro legislador ha formulado del dolo, y que separa netamente el concepto de dolo del concepto de culpa, no hay lugar a pensar que, en orden a sus efectos, la noción de dolo pueda ser enriquecida en nuestro régimen legal por las situaciones en que se actúa con culpa lata o grave”. Véase Peirano, J. (2004): 318 – 319.

- ⁹ En la senda trazada por el CCE, la definición de culpa leve parece absorber ambas nociones de culpa: in abstracto e in concreto, dado que el aludido artículo 29 la delimita como “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, a la par que atribuye este tipo de culpa a quien “debe administrar un negocio como un buen padre de familia”.
- ¹⁰ v. 29 CCE. Hay quienes arguyen que la inclusión de la culpa levísima obedece más a una falsificación del sistema surgido en Roma que a una evolución del pensamiento jurídico. Según este argumento, recogido por Ospina, G. y Ospina, E. (1983): 338, “los antiguos intérpretes del derecho romano (...), incurriendo en ese vicio de interpretación de los textos tan frecuente en ellos y que consistía en elaborar sutiles teorías generales con base a reglas concretas o en frases aisladas y de alcance limitado, desnaturalizaron y falsearon el sistema romano sobre la prestación de la culpa (...) porque (...) tales leyes solo llegaron a admitir dos clases de culpa en materia de responsabilidad contractual: la culpa lata asimilada al dolus y la culpa levis, apreciada unas veces in abstracto y otras in concreto, según el caso, y sin que para la determinación de la responsabilidad del deudor tampoco se tuviera en cuenta, a manera de criterio general, la utilidad que el contrato reportara para él o para el acreedor”.
- ¹¹ En términos más o menos equivalentes se ha construido la hipótesis normativa del artículo 1563 (primer inciso) CCE. No obstante, Trigo, F. y López, M. (2004): 695 – 696 hacen notorio que incluso en el CCRA persisten rezagos del sistema de gradación romano. Así, por ejemplo, aluden al artículo 413, que obliga al tutor a administrar los bienes del pupilo como un buen padre de familia; en los artículos 1724, 2202 y 2269, que toman “como medida de la responsabilidad el cuidado que se ‘pone en los propios asuntos’, lo cual es una alusión a la culpa leve; en los artículos 453, 461 y 3384, que mencionan a la culpa grave o falta grave, entre otros. Sin embargo, estos tratadistas suscriben el criterio doctrinal mayoritario que estima que debe prevalecer, como norma general, el artículo 512 CCRA, “dado que las otras disposiciones del Código se referirían a casos especiales”.

argentina se decanta por uno que deja “a la prudencia de los jueces juzgar de acuerdo a la naturaleza de la obligación y las particularidades del caso”.¹² Ello no quiere decir, con todo, que bajo el imperio de este sistema los jueces no tengan que comparar la conducta del agente con la que, en un evento concreto, hubiese observado un hombre prudente.¹³

A niveles doctrinales, suele también clasificarse a la culpa en:

- a. Culpa consciente o con representación, que acontece cuando el agente o causante del hecho previó que su acción aparejaría daños, pero que abrigó la esperanza de que las consecuencias dañosas no sucederían.
- b. Culpa con previsión, en la que el agente se figura o admite la potencial ocurrencia del daño, pero confía imprudentemente en que podrá evitarlo gracias a sus destrezas o especiales habilidades.
- c. Culpa inconsciente, en la que, pura y llanamente, “no media previsión de las posibles consecuencias, por no haber empleado la debida atención”.¹⁴

¹² op. cit.: 707. En este punto, una mención aparte debemos realizar —por ser necesaria y meritoria— respecto del nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP) del 2014, que reemplazó al Código Penal del Ecuador que estuvo vigente desde 1938. En su artículo 146 se introdujeron novedosos baremos para apreciar la culpa en la comisión del delito de homicidio culposo causado por el ejercicio o práctica de una profesión (como la médica); y, a través de ellos, poder determinar la infracción al deber objetivo de cuidado. Aunque aplicables para el ámbito penal, estos baremos son, desde nuestra perspectiva, notoriamente superiores a las anquilosadas nociones abstractas que el CCE instituye para apreciar la culpa civil. Efectivamente, la parte pertinente del mentado artículo, prevé: “Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente: 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado. 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión. 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”. Vale reseñar que, en lo penal, Feijóo, B. (2001): 260 - 262 indica que para que exista un deber de cuidado es preciso “que el autor conozca ciertos datos de la realidad o tenga ciertos motivos objetivos concretos para emplear un mayor cuidado desde un punto de vista objetivo (...). La imprudencia punible es un error insoportable para el ordenamiento porque pone en evidencia un desinterés frente a terceros. El ordenamiento puede tolerar la ignorancia que no sea contraria al deber, pero no puede tolerar ciertas decisiones defectuosas que implican una indiferencia o desinterés frente a la vida o salud de los demás”.

¹³ López, M. (2013): 555. Añade este tratadista, de manera muy resumida y precisa, que en “un sistema que consagra tipos de comparación abstractos, un buen juez dejará de apreciar la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar, de modo que el tipo que se tomará como modelo será el de un padre excelente, o el de un padre común o el de un padre menos diligente, según las exigencias de la situación sometida a juzgamiento. A la inversa, en el sistema que aconseja valorar los hechos en concreto, un buen juez no podrá dejar de confrontarlos con el comportamiento que habría observado en la emergencia un hombre cuidadoso, previsor y avezado del tipo medio, o la persona reflexiva y consciente (...)”.

¹⁴ op. cit.: 556 - 557. Para el citado autor, el concepto relevante de culpa es el de la culpa inconsciente, “pues los anteriores se refieren a procesos mentales que es casi imposible desentrañar con certeza”

Pero, en determinadas circunstancias y más allá de las clasificaciones, la culpa puede también presumirse. Surge entonces una diferenciación entre culpa presunta y culpa real. Para aquella que es real, podemos remitirnos a todo lo que aquí ya se ha escrito en torno a la culpa. Añadiremos, en cuanto a la segunda clase, que hay situaciones en las que la ley presume la existencia de culpa, dado “que el carácter subjetivo como base sobre la cual recae el juicio de reproche no puede fincar exclusivamente en el aspecto volitivo de la culpa, ni siquiera en el intelecto representativo”,¹⁵ pues ello podría dificultar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas o la reparación del daño. Norma estándar en la legislación ecuatoriana lo mismo que en la argentina es, por ejemplo, que en materia contractual se presume que hay culpa en el incumplimiento de la obligación, de tal suerte que el deudor que quiere liberarse de responsabilidad, tendría que probar la existencia de algún eximente. Esta presunción es *iuris tantum*, así que admite prueba en contrario.¹⁶

Lo anteriormente dicho nos lleva a un aspecto insoslayable: que más allá de los casos en los que la culpa se presume, la regla general es que debe ser necesariamente probada. No obstante, la doctrina impone cargas probatorias dependiendo de la naturaleza de la obligación: si es de resultados, para el acreedor sería más que suficiente acreditar la existencia del incumplimiento sin que le sea exigible probar la culpa del deudor; si, en cambio, la obligación fuere de medios, allí sí el acreedor deberá demostrar que el deudor ha obrado con culpa. Y esta carga probatoria sería igual en los terrenos de la responsabilidad contractual como en los de la extracontractual.¹⁷

Mucho se discute si legalmente cabe o no el pacto mediante el cual se pueda dispensar al agente, *ex ante*, por un hecho originado en su culpa. Ello supone tener que plantear dos distintos escenarios: el contractual y el extracontractual. En el primero, una corriente

(ídem, p. 557).

¹⁵ Mosset, J. (1982): 67.

¹⁶ Nuevamente recurrimos al artículo 1563 CCE (inciso tercero), que es la base desde donde la doctrina construye la presunción de culpa ante el incumplimiento del deudor: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega”. Desde la perspectiva del Derecho Chileno, plenamente aplicable para el caso ecuatoriano dada la virtual similitud del CCE con el Código Civil de Chile, Pizarro, C. (2008): 260 – 261, recalca que, conforme a la transcrita norma, “al acreedor le basta acreditar la existencia de la obligación contractual y nada más afirmar el incumplimiento para colocar al deudor en situación de aportar la prueba de la ejecución completa y suficiente bajo amenaza de ser declarado responsable. En otros términos, si la ejecución de la obligación contractual exige un comportamiento, cuyo fundamento jurídico o causa eficiente debe acreditar el acreedor, al mismo tiempo que debe aseverar que hubo un incumplimiento; la prueba de la diligencia o cumplimiento de la obligación pertenece al deudor”. Interpretamos que el artículo equivalente en el CCRA sería el 513, dado que en él implícitamente se instituye que el deudor deba hacerse responsable de los daños e intereses que le ocasione al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, salvo que aquellos sean resultado de caso fortuito o fuerza mayor.

¹⁷ López, M. (2013): 561 – 563.

doctrinal mayoritaria opina que el perdón anticipado de la culpa sí es posible pactarlo, siempre y cuando la ley no lo prohíba expresa mente.

De todas maneras, ello tendría que ser valorado según el contexto convencional del caso, ya que no siempre las partes que suscriben un contrato se hallan en igualdad de condiciones entre sí. Por ello, en materia de Derecho del Consumidor carecen de valor legal aquellas cláusulas que tienden a exonerar de responsabilidad al proveedor del bien o del servicio. Pero la falta de expresa prohibición legal no puede convertirse en una suerte de “zona de confort” interpretativa, que fácilmente nos lleve a la simpleza de argüir que el pacto es posible porque a nadie puede impedírsele la acción que la ley no prohíba, dado que exoneraciones de responsabilidad extremadamente amplias podrían degenerar en una desviación de los fines perseguidos por esta institución jurídica que es la culpa y, por último, en una perversión del orden público.

En el segundo campo, es decir, en el extracontractual, Bustamante Alsina considera que, tratándose de la responsabilidad derivada de un delito, no cabe dispensa de la culpa porque esa estipulación sería contraria a la moral y a las buenas costumbres; y, en lo tocante a los cuasidelitos, estima que “tales convenciones conducirían a los individuos a apartarse de sus deberes generales de prudencia y diligencia en la forma de conducirse en relación con los demás”.¹⁸

EL DOLO

El dolo es una conducta dirigida a producir daño que “supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad; sabiendo que puede ser dañoso a los demás; pero sin necesidad de que el agente haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos”.¹⁹ A veces se manifiesta como un vicio de la voluntad o del consentimiento que incide en la formación del acto jurídico (el dolo-vicio);²⁰ en otras ocasiones, como un acto deliberado e ilícito del deudor dirigido a

¹⁸ op. cit.: 346 – 347. Cuando una conducta es dolosa, hay delito; cuando es culposa, cuasidelito. Esa es la distinción tradicional originada en Roma que se trasuntó a varios ordenamientos positivos, entre ellos el CCE. Pero en la modernidad a esta distinción, por anticuada, se la critica severamente por tratadistas como Peirano, J. (2004): 321, quien afirma “que ella carece de justificación, ya sea teórica, puesto que tanto los delitos como los cuasidelitos son hechos ilícitos, ya sea práctica, puesto que tanto en un caso como en el otro, se obliga al ofensor a reparar la totalidad del daño causado. De acuerdo con este punto de vista, la doctrina dominante entiende que los delitos y los cuasidelitos deben desaparecer como figuras autónomas del campo del derecho positivo y, en consecuencia, deben subsumirse en el concepto genérico de hecho ilícito”.

¹⁹ Definición de Delgado Echeverría invocada por López, M. (2013): 501.

²⁰ Apuntan Ospina, G. y Ospina, E. (1983): 217 que, considerado en sí mismo, el dolo no constituye un vicio del consentimiento. Estiman, al respecto, que ese efecto se produce solo cuando “con el dolo se sorprenda la voluntad de la víctima y se la induzca a celebrar un acto jurídico sin darse cuenta exacta de este o de algunas de sus condiciones”. Son categóricos al afirmar que “la teoría del dolo complementa en la práctica la teoría del error” porque “consistiendo este último en un estado psicológico, su comprobación judicial ordinariamente resulta difícil”

dañar a otra persona o a sus derechos (el dolo-delictual); y, por último, bajo el marco de una relación contractual, podemos hallarlo como la “inejecución consciente, deliberada, cuando el deudor no está impedido de cumplir”²¹ (el dolo obligacional).

Hay en el dolo-delictual dos componentes preponderantes. Por una parte, un elemento de tipo cognoscitivo, que podría entenderse como la capacidad del agente para representarse y aceptar las consecuencias de su accionar, que de antemano lo intuye prohibido por la ley;²² y, por otra parte, un elemento volitivo, que no es otra cosa que esa decidida intención de dañar, es decir, querer realizar el acto y querer, además, lograr el daño.

En el dolo-delictual el agente podría tomar tres diferentes actitudes ante la ocurrencia del daño: puede, como antes se anotó, querer derechamente dañar, en cuyo caso estamos frente al dolo directo; puede estar consciente de que su conducta —dirigida a obtener un determinado resultado— muy seguramente producirá un daño, pero, animado por la consecución de sus objetivos, ello no le detiene en su obrar, lo cual configura el dolo indirecto; o puede, finalmente, actuar sin querer el daño aunque lo acepte “como consecuencia probable de una conducta no específicamente dirigida a él”, lo que es propio del dolo eventual.²³

pero “como el dolo, por regla general, se traduce en maniobras positivas que sí dejan huellas o rastros, la verificación de estos facilita el establecimiento del error”.

²¹ Bustamante, J. (1997): 334. Estas manifestaciones del dolo se encuentran legalmente recogidas en los artículos 931 (dolo-vicio), 1072 (dolo-delictual) y 521 (dolo-obligacional) CCRA. En el CCE, el dolo-delictual está contemplado en el artículo 29 (inciso final), que lo define como aquella “intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”. Sin embargo, el mencionado cuerpo legal ecuatoriano no contiene una definición para el dolo-vicio, aunque expresamente lo instituye como capaz de viciar el consentimiento (artículo 1467) siempre y cuando haya sido ocasionado por una de las partes y, además, si queda claro que, de no haberse producido, el contrato no se hubiere celebrado (artículo 1474). Por último, y aunque también carece de definición, el artículo 1574 CCE contendría una ligera referencia al dolo-obligacional, pues en él se parte del supuesto de que, en el ámbito de una relación contractual, el deudor proceda con dolo. Siendo así, se lo hace responsable “de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento” y no solamente de los que “se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”.

²² Refiere Peña López, citado por Trigo, F. y López, J. (2004): 662, que no es necesario que el autor del hecho tenga un conocimiento de tipo técnico para entender que su conducta está sancionada por el ordenamiento jurídico, “sino que basta con que se percate de que su acción estaba prohibida, realizando lo que los ‘penalistas’ llaman una valoración del autor acerca del hecho ‘en la esfera de lo profano’”.

²³ Trigo, F. y López, M. (2004): 667. Se ha dicho que el dolo eventual es limítrofe con la culpa consciente o con representación. Los hitos que trazan la frontera entre una y otra conducta, no obstante, se levantan a partir del proceder del agente, pues en la culpa consciente el autor abriga la esperanza de que no se produzca el resultado que se ha figurado mentalmente; mientras que en el dolo eventual, el daño representado se lo acepta y al agente le resulta indiferente.

Exclusivamente en la esfera contractual hallamos al dolo-obligacional. Siguiendo a Trigo Represas y López Mesa, no es que en él exista una particular malicia o intención dañosa, sino que el agente, pese a hallarse en capacidad plena para cumplir las obligaciones que dimanarían del contrato, simple y llanamente no lo quiere hacer, “sin que interese si persigue con la inejecución el perjuicio del acreedor.”²⁴

Al contrario de lo que acontece con la culpa, el dolo no se presume: quien lo alega debe probarlo, aunque se da por descontado que aquello resulte difícil, “pues rara vez el estado intencional del obligado se exterioriza de una manera tan neta que facilite su prueba”, de tal suerte que la prueba se basará en “indicios, conjeturas, argumentos indirectos, confrontaciones”, entre otros medios probatorios idóneos.²⁵

Por último, hay que relieves que la dispensa o condonación anticipada del dolo carece de valor legal. Este aspecto está bien ilustrado por el pensamiento de Arturo Alessandri Rodríguez, quien manifiesta:

El dolo no puede renunciarse ni condonarse anticipadamente; no puede renunciarse de antemano, antes de haberse cometido; no puede eximirse a una persona por el dolo futuro. Si la ley hubiera aceptado la renuncia o condonación anticipada del dolo, implícitamente habría autorizado la ejecución de actos ilícitos. El dolo sólo puede renunciarse una vez cometido, es decir, puede renunciarse el derecho que al acreedor da la ejecución de un acto doloso por parte del deudor, siempre que esta renuncia sea expresa (...).²⁶

Hay que también considerar que de admitirse la dispensa del dolo, se desnaturalizaría el carácter coactivo que tiene el vínculo obligacional, ya que entonces “no existiría obligación alguna allí donde queda librado a la sola voluntad del deudor cumplir o no la prestación”.²⁷

FACTORES DE ATRIBUCIÓN OBJETIVOS LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA Y DE SEGURIDAD

A Boris Starck se le atribuyen los orígenes de esta teoría. Fue el primero en enfocar la responsabilidad no desde la perspectiva del perpetrador del daño, sino desde el ángulo

²⁴ op. cit.: 669 – 670.

²⁵ López, M. (2013): 521. El artículo 1475 CCE acoge este principio, pues en él se estatuye, como regla general, que el dolo no se presume “sino en los casos especialmente previstos en la ley”. A lo menos en la legislación civil ecuatoriana los casos de excepción, en donde el dolo se presume, son solo estos tres: cuando se oculta el testamento del causante (1010, número 5); cuando el albacea, por cumplir las disposiciones del testador, infringe las leyes vigentes (1322); y, cuando el apostador realiza su envite a sabiendas de que se verificará o ya se ha verificado el hecho que es materia de la apuesta (2166).

²⁶ Alessandri, A. (1983): 94 – 95. En términos lacónicos pero precisos, la última parte del artículo 1481 CCE establece que “la condonación del dolo futuro no vale”. Esta norma tiene su espejo en el artículo 507 CCRA, en virtud del cual “el dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”.

²⁷ Bustamante, J. (1997): 335.

de la víctima. Philippe Brun, citado por López Mesa, resume e interpreta el pensamiento central de Starck en estos términos:

Para este autor el derecho a reparación de la víctima no puede depender de una manera general de la apreciación del comportamiento del autor del daño. Él propone la idea de que cada persona tiene derecho respecto de su vida y de su integridad personal, así como respecto de la integridad material de los bienes que él tiene asignados, y más generalmente a su seguridad material y moral. El ataque generado a alguno de tales derechos genera en principio un derecho a la reparación, independientemente de otra consideración.

(...) el autor es consciente sin embargo que el derecho a la seguridad que él esgrime tiene relación con el derecho de actuar, y que condenar a reparar las consecuencias dañosas de toda acción llevaría a restringir o a suprimir la libertad de actuación. Él propone entonces resolver el conflicto de derechos establecido, primordialmente a favor de la víctima, pero estableciendo una jerarquía: el derecho a la vida, a la integridad corporal y a la integridad material de sus bienes debe prevalecer sobre el derecho de actuar, de suerte que tales daños deben ser reparados sin otra consideración que el comportamiento de aquel a quien le han sido imputados. La víctima se beneficia así de una garantía objetiva. Ocurre diferente con los daños de naturaleza puramente económica o moral que no son garantizados en la medida en que ellos son la consecuencia normal del ejercicio del derecho de actuar: ellos son reparados solamente si son la consecuencia de una culpa.²⁸

La garantía se traduce en la seguridad de que, ante la ocurrencia de daños graves, el garante afrontará el respectivo resarcimiento,²⁹ sin tomar en cuenta cuál fue la conducta del agente. En los predios de la responsabilidad contractual, se trata con ella de proteger a la parte que se haya en peor situación o que posee menos conocimientos que la otra en el marco de un vínculo jurídico obligacional determinado, de tal suerte que “uno de los contratantes funge como asegurador del otro, garantizando su indemnidad”.³⁰

²⁸ op. cit.: 588 – 589.

²⁹ Trigo, F. y López, M. (2004): 771.

³⁰ López, M. (2013): 590 – 596. Aunque inicialmente este autor aduce en su obra que la garantía tan solo es aplicable en materia contractual, luego afirma que también se la puede identificar en el ámbito extracontractual “porque el deber de seguridad es un principio jurídico superior de igual jerarquía que el deber general de no dañar; por lo tanto, su aplicación no queda limitada a la materia contractual, para situarse entre los principios generales que gobiernan todas las relaciones jurídicas y que obliga a un comportamiento de colaboración en la preservación de la seguridad en general, sean o no contratantes”. En el campo contractual, esta tratadista menciona como ejemplos a la garantía por evicción y por vicios redhibitorios, pero también apunta que ella es aplicable en el contrato de transporte y en el de asistencia médica. También en el campo contractual, pero desde la

Cabe añadir que Bustamante Alsina estima que en la primera parte del artículo 1198 CCRA existe “fundamento bastante” para demostrar “la existencia de la obligación general de seguridad impuesta en forma tácita como accesoria de otras obligaciones contraídas contractualmente”.³¹

EL RIESGO CREADO

Este factor trata de descubrir cómo se origina el riesgo e identificar quién lo conoce y domina, pues será esta persona la responsable del daño causado.³² López Mesa recoge en su libro esta cita, que ilustra la idea del riesgo y la subsecuente teoría que se desarrolló basándose en aquella:

La responsabilidad por riesgo es responsabilidad por un resultado dañoso derivado de riesgos no completamente controlables (tenencia de animales, explotación de ferrocarriles, instalaciones de energía nuclear) cuya dificultad de dominación pudo haber inducido al legislador a prohibir su explotación o uso de no darse para su admisión un interés general predominante; pero como su explotación o uso benefician en primer lugar al empresario o al usuario, es justo que sean éstos, y no la comunidad, los que soporten los riesgos específicos no controlables. Riesgos no dominables que imponen la obligación de resarcir daños no son solamente los derivados de accidentes de explotación o uso propiamente dichos, sino también los daños ordinarios derivados de esa explotación o uso en instalaciones permitidas a las que son inherentes peligros (chispas, escapes, ruidos)

perspectiva jurisprudencial argentina, Trigo, F. y López, M. (2004): 773 - 774, se refieren también a la empresa que explota una estación de servicio, al contrato de enseñanza, al contrato de construcción, entre otros. Ya en el encuadre extracontractual, López, M. (2013): 596 identifica a la garantía específicamente en la responsabilidad que tiene el principal por los hechos de su dependiente.

³¹ Bustamante, J. (1997): 397. La primera parte del artículo 1198 CCRA establece que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”. Al tenor de esa norma, y conforme lo interpreta dicho autor, “puede entenderse como verosímil que cada parte ha confiado en que el cuidado y la previsión de la otra, la pondría al resguardo de daños que pudiera causar a su persona o a sus bienes la ejecución del contrato en lo que concierne a la actividad de sus dependientes o a la intervención de cosas de su propiedad o de su guarda”. En el artículo 1562 CCE hallamos una norma similar a la del CCRA, que invoca a la buena fe como principio rector de la ejecución de los contratos; buena fe que obliga a cumplir no solo lo que en ellos se expresa, “sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”. Por virtud de esta disposición, se puede afirmar que hay deberes contractuales que, aunque no se encuentren explicitados o pormenorizados, “son accesorios a la obligación principal declarada en el contrato o su propósito práctico”, como podría ser, por ejemplo, el deber de mantener indemne a quien lo suscribe, tal como lo señala Corral, H. (2006): 200. Visto así, podría quizá construirse una tesis desde la perspectiva del Derecho Ecuatoriano, que apoye la existencia de la obligación de seguridad basada en la premisa del referido artículo 1562 CCE; máxime si, por ejemplo, teorías como la de los vicios rehdibitorios y la obligación de responder por el saneamiento se sustentan, precisamente, en la buena fe. Al respecto, véase Valencia, A. (1986): 135 - 136.

³² Mosset, J. (1982): 123.

para que la explotación se desarrolle, ya que la afecta entonces el principio reconocido de la responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas.³³

El desarrollo técnico incidió en el cambio de paradigmas en cuanto a la responsabilidad civil. La invención de nuevas máquinas y artefactos —cuyo funcionamiento no dependía ya enteramente de la voluntad humana— replanteó los esquemas tradicionales anclados en la culpa. No obstante, como tales invenciones se tradujeron en colosales índices de crecimiento nunca antes registrados en la historia de los Estados, impedir o desmotivar su utilización hubiese supuesto truncar el colosal auge económico de las naciones que se embarcaron en ese proceso que hoy se conoce como Revolución Industrial.³⁴

El fundamento de esta doctrina es utilitario y se lo podría resumir en este enunciado: “(...) aquel que emprende una actividad generadora de riesgos para terceros con el exclusivo propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque hayan sobrevenido sin su culpa”;³⁵ fundamento que a su vez descansa en el principio *ubi commodum ibi incommodum*, es decir, “quien se aprovecha de los beneficios que sus actividades le proporcionan, debe, inversamente, soportar los males originados en esas mismas actividades”.³⁶

En principio, la aplicación de esta teoría estaría restringida para aquellas situaciones donde alguien obtiene un beneficio gracias al uso de una cosa riesgosa. Sin embargo, en el Derecho Argentino, se ha criticado su supuesta deformación conceptual toda vez que al riesgo creado se lo ha equiparado con lo que, en otros ordenamientos jurídicos, propiamente se denomina causalidad material,³⁷ propiciando así su aplicabilidad de forma

³³ López, M. (2013): 597. Mosset, J. (1982): 134 - 135 refiere que esta teoría empezó “a raíz del maquinismo y el trabajo en las fábricas, con la responsabilidad por los accidentes sufridos por el obrero en el desempeño de sus tareas; con posterioridad fueron los accidentes causados por los automóviles —vehículos automotores en general— los que llevaron a los jueces a aplicar la idea del riesgo (...); más tarde, al difundirse el uso de aeronaves, ocurrió otro tanto en hipótesis de abordaje con daños a terceros, daños sufridos por terceros en superficie (...); las instalaciones de energía eléctrica y de gas y, en los últimos años, la explotación de la energía nuclear, de la energía atómica, sugiere se consagre una responsabilidad basada en el riesgo que tales hechos entrañan”.

³⁴ Solo por dar unos pocos ejemplos, la producción de hierro de Gran Bretaña, entre 1800 y 1870, se multiplicó por 60 y la de carbón, por 10. Bélgica, que en 1835 tenía tan solo 400 kilómetros de vías férreas construidas, pasó a tener 3.170 kilómetros en 1870. Al respecto, véase La Revolución industrial. (1987): 106 - 107. Por otro lado, la red ferroviaria francesa pasó de 3.600 kilómetros, en 1852, a 18.000 en 1870. En la Alemania ya unificada tras la Guerra Franco-Prusiana, la producción industrial creció en un 60% entre 1880 y 1890, mientras que en ese mismo lapso la producción de acero pasó de 70.000 toneladas a 2 millones 500 mil toneladas; la de carbón, de 60 a 90 millones; y, la de fundición de hierro, de 2 millones 500 mil a 4 millones 500 mil. Véase Aracil, R. y García, M. (1987): 38 - 60.g

³⁵ Fernando Reglero Campos, citado por López, M. (2013): 603.

³⁶ Alvino Lima, citado por Mosset, J. (1982): 123.

³⁷ v. López, M. (2013): 611 - 612. En general, el concepto de causalidad implica “una referencia, una conexión entre dos procesos: entre la causa, por un lado, y el efecto o resultado, por el otro”. En

expansiva sin tomar en cuenta que el factor objetivo de atribución es haber creado el riesgo del cual se sigue el daño³⁸. No obstante, autores como Zannoni de plano afirman que si la responsabilidad se adjudica en virtud de factores objetivos de atribución, como lo es el que aquí analizamos, “basta que medie una relación de causalidad adecuada entre la actuación del factor de riesgo que genera el deber de responder y el daño”.³⁹

La responsabilidad por riesgo está receptada en la segunda parte del artículo 1113 CCRA, que se refiere al daño causado por el riesgo o vicio de la cosa. En este supuesto, las únicas eximentes admisibles serían las que fueren conducentes a demostrar que fue la víctima quien culpablemente causó el daño o que tal daño fue ocasionado por un tercero de quien el custodio no es responsable. Damos por descontado que quien pretenda el resarcimiento deberá, en su caso, probar que la cosa era riesgosa o que adolecía de vicio.

LA EQUIDAD

Para aquellos daños que se producen de forma involuntaria, la segunda parte del artículo 907 CCRA les confiere a los jueces la potestad de “disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.

Aquí la equidad juega, a no dudarlo, como un factor de atribución de carácter objetivo, ya que la norma parte de la hipótesis de que los daños se han ocasionado sin mediar la culpa del autor. Nótese que la equidad no necesariamente obliga a los jueces a indemnizar, pues ello queda en el ámbito de sus facultades discrecionales. Si la equidad, por el contrario, impusiere la obligación de fijar una indemnización, estaríamos ingresando en los terrenos del riesgo creado, donde además el resarcimiento debe ser completo.⁴⁰

esa línea, advierte Zannoni, E. (2005): 15 - 16 que únicamente “cabe denominar jurídicamente ‘causa’ a la condición que es apta, idónea, en función de la posibilidad y de la probabilidad que en sí encierra, para provocar el resultado. Debe atenderse a lo que ordinariamente acaece según el orden normal, ordinario, de los acontecimientos. Según este punto de vista, la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce.

³⁸ López, M. (2013): 618 - 625. Este autor es enfático en señalar que el riesgo lo crea “quien con sus cosas, sus animales o sus empresas multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad. De ahí que no toda cosa dañadora sea una cosa riesgosa”. Si a priori una cosa fuese catalogada como peligrosa, ello implicaría “establecer una presunción de causalidad (...), aseverar implícitamente que la cosa ‘reconocida por la costumbre como peligrosa’ tuvo una intervención causal adecuada en la provocación del daño”. En suma, para él, “más que atenerse in genere a la intrínseca naturaleza -peligrosa o inofensiva- de las cosas, lo que corresponde tener en cuenta es si, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, puede considerarse a la ‘cosa’ en cuestión como causante del daño, pues lo esencial y decisivo es su incidencia causal en el resultado nocivo, al margen de su condición o no de ‘cosa peligrosa’”.

³⁹ Zannoni, E. (2005): 22.

⁴⁰ Bustamante, J. (1997): 463 lo reseña muy bien en estos términos: “Este factor objetivo de responsabilidad difiere fundamentalmente del riesgo, no obstante que ambos prescinden

EL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS

Conforme al artículo 1071 CCRA, se considera que los derechos se ejercen abusivamente cuando se contrarían los fines que la ley tuvo como objetivos al reco nocerlos, o cuando se exceden “los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Al decir de Bustamante Alsina, por virtud de este factor “incurrirá en responsabilidad todo aquel que en el ejercicio de su derecho se desvía de los fines que tuvo en mira el legislador al reconocerlo, y que al hacerlo causa un perjuicio a otro” o también “cuando se ataquen principios de moral y buenas costumbres o se excedan los límites de la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas”.⁴¹

La naturaleza objetiva de este factor de atribución lo clarifica Valencia Zea, para quien “la responsabilidad que se desprende del abuso de los derechos no puede fundamentarse en el dolo o en la culpa, es decir, en los casos de responsabilidad subjetiva, ya que hay abuso del derecho siempre que se acredite que el derecho se ha desviado de su contenido, esto es, de sus fines individuales y sociales. Tan solo es necesaria la desviación del derecho de ese contenido, aunque no pueda imputarse culpa al titular”.⁴²

EL EXCESO EN LA NORMAL TOLERANCIA ENTRE VECINOS

Las relaciones de vecindad, y tanto más en superficies relativamente pequeñas como las de los edificios, suelen ser fuente de conflictos entre los vecinos que forman parte de una comunidad determinada. Se admite, sin embargo, que perturbaciones sin importancia deban ser toleradas en la medida en que no alteren la convivencia pacífica. Si esos límites son sobrepasados, tales molestias dan derecho para recurrir al juez con el objeto de que ordene que los daños por ellas producidos sean resarcidos o, en su defecto, para que disponga su cesación, armonizando “las exigencias de la producción y el respeto debido al

de la culpa, pues el primero depende de la apreciación del juez en solución de especie, y el segundo está impuesto necesariamente por la ley en solución de género. Además, la equidad puede conducir a una reparación parcial, en tanto que el riesgo creado obliga al resarcimiento integral del daño”.

⁴¹ op. cit.: 470 – 471.

⁴² Valencia, A. (1986): 296 – 297. En el Ecuador, la institución del abuso del derecho fue introducida al CCE recién en el año 2012, mediante un artículo que se agregó a continuación del 36. Conforme al texto sancionado, hay “abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”. Aunque el futuro desarrollo jurisprudencial dará cuenta de la forma en que los jueces interpretarán y aplicarán la norma de reciente vigencia, desde nuestro punto de vista el daño que se cause por abuso solo podría atribuirse a una conducta dolosa, es decir, a un factor de atribución subjetivo. Solo así podría entenderse el artículo incorporado, pues en él se alude expresamente a un acto deliberado y voluntario que decididamente tiene por objeto pervertir o desviar el sistema jurídico imperante.

uso regular de la propiedad” y tomando en cuenta, además, “la prioridad en el uso”. Es ese el contenido del artículo 2618 CRA.⁴³

En este factor de atribución pareciera estar implícita la noción de los límites inmanentes del derecho de dominio, que comporta la obligación de respetar el derecho ajeno. Sin embargo, la doctrina aclara que no puede hallarse aquí como fundamento de la norma al ejercicio abusivo del derecho, “pues la cuestión (...) es ajena a toda valoración de tipo finalista en el reconocimiento del derecho del propietario a producir esas molestias dentro de ciertas limitaciones, ni de tipo ético en cuanto a una eventual adecuación a normas de moral o buenas costumbres”.⁴⁴ La culpa está ausente de consideración a efectos de generar responsabilidad civil, porque “lo cierto es que el daño debe repararse por el solo hecho de ser causado más allá de lo que consiente la recíproca tolerancia”.⁴⁵

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSANDRI, A. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería El Profesional.
- ARACIL, R. Y GARCÍA, M. (1987). *La Revolución industrial*. Historia Universal, 8, 38 - 60. Barcelona, España: Salvat Editores.
- BUSTAMANTE, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Corral, H. *La Aplicación Jurisprudencial de la Buena Fe Objetiva en el Ordenamiento Civil Chileno* (2006). Cuadernos de Análisis Jurídico de la Universidad Diego Portales, 3, 187 - 226. Recuperado el 28 de febrero de 2015 de: http://derecho.udp.cl/wpcontent/uploads/2016/08/aplicacion_jurisprudencia_ordenamientocivilchileno_hernanCorral.pdf.
- FEIJOÓ, B. (2001). *Resultado Lesivo e Imprudencia*. Barcelona, España: José María Bosch Editor.
- La Revolución industrial*. (1987). Gran Enciclopedia Didáctica Ilustrada, 12, 106 - 107. Barcelona, España: Salvat Editores.
- LÓPEZ, M. (2013). *Presupuestos de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- MOSSET, J. (1982). *Responsabilidad por Daños*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- OSPINA, G. Y OSPINA E. (1983). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

⁴³ A manera de ejemplo, el CCRA menciona al humo, al calor, a los olores, a la luminosidad, a los ruidos, a las vibraciones “o daños similares”. López Mesa, M. (2013): 669 - 670 cita también otros casos recogidos por la jurisprudencia francesa, tales como: la música de una discoteca, ruidos de animales, vocinglería y gritos de personas, circulación intensiva producida por un centro comercial, inconvenientes en la recepción de ondas de radio o televisión, perjuicios estéticos, entre otros.

⁴⁴ Bustamante, J. (1997): 474.

⁴⁵ op. cit.: 474.

- PEIRANO, J. (2004). Responsabilidad Extracontractual. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- PIZARRO, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31, 255 - 265. Recuperado el 27 febrero de 2015 de: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200005&script=sci_arttext.
- TAVANO, M. J. (2011). *Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- TRIGO, F. Y LÓPEZ, M. (2004). *Tratado de Responsabilidad Civil, 1*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- VALENCIA, A. (1986). *Derecho Civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- ZANNONI, E. (2005). *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL ECUATORIANA

NEOCONSTITUTIONALISM IN ECUADORIAN PROCESS LEGISLATION

Javier Aguirre Valdez

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

RESUMEN

Varios de los jueces en funciones y los abogados que litigan pertenecen a una generación que fue formada universitariamente bajo la exégesis de la ley y la rigidez doctrinaria. Los conceptos eran inflexibles y generalmente memorizados y la letra de la ley tenía una aplicación literal, directa y exacta, sin mayor lugar a interpretaciones. Con el paso de los años, nuevas corrientes de pensamientos se fueron imponiendo hasta llegar a lo que hoy conocemos como la ponderación de los derechos que prevé de modo amplio el derecho constitucional. Es necesario hacer un diagnóstico de la situación actual respecto de las actuaciones de los jueces frente a la interpretación constitucional de las normas que deben aplicar, a fin de determinar si en realidad se están cumpliendo (o intentando cumplir al menos) con lo que el garantismo constitucional pregona, o si acaso aquello no está sucediendo (o sucede deficientemente) para luego focalizar aquellas situaciones donde la aplicación indebida del sistema terminó siendo perjudicial para el usuario del sistema judicial o para el sistema en sí mismo y así, finalmente, proponer los correctivos que deberían aplicarse para su uso adecuado en beneficio de la justicia.

PALABRAS CLAVE: neoconstitucionalismo, jueces, ponderación, positivismo, sistema procesal, COGEP, garantismo, oralidad

RECIBIDO: 8/05/2017
ACEPTADO: 24/05/2017

CORRESPONDENCIA:
jaguirre@valverdeaguirre.com

ABSTRACT

Many of the serving judges and litigating lawyers belong to a generation that was formed universally under the exegesis of the law and doctrinal rigidity. The concepts were inflexible and generally memorized and the lyrics of the law had a literal application, direct and exact, with next to no place to interpretations. Over the years, new currents of thought imposed themselves until achieving what we know today as the constitutional weighting of the law that anticipates in a wide spectrum, Constitutional Law. It is necessary to make a diagnosis of the current situation regarding the actioning of the judges versus the constitutional interpretation of the norms that have to be applied, in order to determinate if in fact they are being fulfilled (or trying to fulfill at least) with what the constitutional warrantism proclaims, or if it is not happening (or happens poorly), to then focus on situations where the improper application of the system ended up being detrimental to the user of the judicial system or to the system itself and with this, finally, propose the corrective measures that should be applied for their proper use in benefit of justice.

KEYWORDS: neo-constitutionalism, judges, ponderation, positivism, procedural system, COGEP, warrantism, orality

INTRODUCCIÓN

En las primeras clases de estudio del Derecho se suele enseñar la concepción atribuida a Justiniano respecto a la justicia: *dar a cada cual lo suyo* y seguramente el profesor de turno advirtió que aquella sencillez conceptual contrastaría, de manera radical, con la complejidad que implicaría encontrar un mecanismo que lleve a esa finalidad del modo más puro posible. No en balde, a pesar de las diversas fórmulas intentadas en diversos países y épocas, no ha sido factible encontrar una que pueda satisfacer, al menos de modo suficientemente amplio, a los usuarios del sistema judicial.

Más allá de la diversidad de los sistemas implementados, se solía observar, en los países que adoptaron la tradicional concepción de Montesquieu, que la Función destinada a legislar no siempre llenaba las expectativas de la Función destinada a juzgar, produciéndose una constante situación de disconformidad reflejada, por ejemplo, cuando el legislador alegaba que había creado y proporcionado las herramientas adecuadas para administrar justicia, mientras que el juzgador manifestaba que había muchos casos en los que no podía actuar por falta de Ley u oscuridad de ella, más allá de las reglas que para tal efecto establece el Código Civil.

Si lo anotado ya era un problema histórico y crónico, sin una solución clara a la vista, la situación se tornaba aún más complicada cuando los conflictos se daban entre un enunciado constitucional (muchas veces genérico, amplio o hasta difuso) y las normas constantes en el ordenamiento jurídico remanente pues, si bien la concepción de Kelsen puso siempre a la Constitución en la cúspide de su famosa pirámide, aquella siempre quedó como un emblema, ejerciendo un liderazgo distante o teórico, como una especie de ideal inalcanzable que aún formando parte de las más altas aspiraciones de la sociedad, no se reflejaba en la legislación positiva, al menos en el contexto deseado. Los ciudadanos no veían en la diversidad de temas que podía tratar la Función Judicial una aplicación práctica de ese “mundo ideal de equidad” ofrecido por la Carta Fundamental sino, más

bien, una aplicación mecánica y fría de la norma al caso concreto. Si con ello se garantizaban derechos constitucionales, enhorabuena, pero no existía una relación indisoluble entre la norma positiva y la norma constitucional.

Nuevas concepciones -muchas de ellas provenientes del derecho italiano- han venido imponiendo en los últimos años otra visión de la Constitución, a fin de que deje de ser una simple compilación de enunciados para pasar a integrarse de modo real y tangible con el derecho positivo, de tal manera que éste último sea siempre una forma de declaración de aquél. Dicho de otro modo, la Constitución dejaba esa cúspide -que la volvía en ocasiones decorativa- para pasar a correlacionarse de modo directo y absolutamente integral con todas las normas consideradas como jerárquicamente *inferiores*. Pero, para que esta aspiración de interrelación funcional pudiera prosperar, era necesario cambiar la concepción de todos: la del juzgador para que en lo sucesivo consulte la aplicación normas que considerarse contrarias a la Constitución, la de los usuarios del sistema judicial para que adecuen sus peticiones a los conceptos constitucionales, la de los profesores y estudiantes de Derecho para que esta nueva filosofía sea considerada en lugar de una concepción tradicionalmente positivista y, finalmente, la de la sociedad para que encuentre una forma más real de acercarse al ideal de justicia buscado por mucho tiempo.

Al tiempo que estas líneas se escriben, vivimos un proceso de asimilación de esta nueva concepción a la que se ha dado por llamar como *neo constitucionalismo* (aunque muchos rechazan esta denominación, como lo ampliaremos luego) con la subsecuente resistencia de varios sectores, ya sea por su concepción de fondo o por su aparente dificultad en aplicarla de modo práctico. Esta segunda observación es la que sirve de base para este análisis, ya que hoy muchos jueces se enfrentan a situaciones no vividas anteriormente, al verse en la necesidad de ponderar si el derecho protegido por la norma positiva no se ve superado por otro previsto en la Constitución, a fin de evitar la dicotomía de poder convertirse en un “aplicador de justicia inconstitucional” terminándose la época donde simplemente aplicaban la ley de modo directo, sin mayores miramientos.

Para resumir la temática de modo sumamente práctico: si tomamos en cuenta la existencia de normas con tono altamente imperativo en nuestra ley procesal -a lo que debe sumarse la obvia presión de las partes que intentan convencerlo de sus respectivas tesis- el Juez se encuentra muchas veces atrapado en dudas que no siempre está capacitado para resolver, no sólo porque no fue formado al amparo de esta nueva concepción, sino porque, en efecto, no es una labor sencilla. Todavía habrá que esperar varios años de doctrina y jurisprudencia -además de congresos, conversatorios y debates- para que este tema pueda darnos respuestas mucho más claras que las de hoy.

LOS JUECES FRENTE A LA PRUEBA: EVOLUCIÓN EN EL ECUADOR

Los jueces en funciones pertenecen a una generación que fue formada universitariamente bajo la exégesis de la ley y la rigidez doctrinaria. Los conceptos eran inflexibles y generalmente memorizados al pie de la letra y la letra de la ley tenía una aplicación literal, directa

y exacta, sin mayor lugar a interpretaciones. El juez, durante mucho tiempo, se dedicó a ser un mero declarador de la ley o, para decirlo en la concepción positiva tradicional, a convertirse en *la boca de la ley*. La jurisprudencia, en consecuencia, se convirtió en la lógica consecuencia de este mecanismo, con lo cual aquello que debía convertirse en una fuente adicional a la ley -o al menos esclarecedora o explicativa- resultaba una simple variación de ella. Dicho de otro modo, la fuente principal era la ley mientras que la jurisprudencia era solo la misma ley aplicada como ecuación matemática a un caso concreto sin mayor análisis de las circunstancias que afectaban a la situación jurídica sometida a la decisión del juzgador. Los clásicos del Derecho Procesal del siglo XIX, ya enfocaban esta problemática. (Manresa y Navarro, 1881).

Una clara prueba de la aplicación de este esquema en el Derecho Procesal ecuatoriano, lo constituyó la denominada prueba tasada también conocida como *tarifa legal* (Devis, 1964) que implicaba la asignación previa de valores o equivalencias a determinadas pruebas que debían ser aplicadas por el juez en detrimento de otras que no contaban con un peso específico equivalente. De este modo, el juez se limitaba a “sumar” los valores pre asignados y a dar por vencedor a la parte que inclinaba esa imaginaria balanza de pesos y contrapesos. El espacio para la valoración de la prueba por parte del juez era sumamente limitado y, en algunos casos, inexistente.

Con el paso de los años, nuevas corrientes de pensamiento se fueron imponiendo y la teoría de la sana crítica se empieza a implementar. De este modo, al juez se le concedió potestad para que utilice las reglas de la experiencia y la lógica a fin de que pueda escapar de la camisa de fuerza impuesta por las palabras de la ley.

En las últimas décadas se han utilizado novedosas herramientas para que la prueba pueda alcanzar niveles de mayor exactitud o de eficacia. La teoría denominada como las *cargas dinámicas de la prueba* impulsada en América por el jurista Peyrano J. (1991) que facilita a las partes a pedir al juez que la prueba sea requerida con carácter de obligatorio a quien la posea o a quien esté en mejores condiciones de aportarla al proceso aunque no intervenga directa o indirectamente en él, es una muestra del deseo porque el juez posea la mayor cantidad de elementos de juicio a su alcance y obtener los fallos más justos posibles.

La aparición de este nuevo esquema hizo al juez más consciente del valor integral de la prueba y de la necesidad de analizar los entornos a fin de obtener la mayor pureza posible en el proceso de valoración. Son las primeras muestras de lo que hoy conocemos como la *ponderación* de los derechos que hoy prevé de modo amplio el derecho constitucional.

EVOLUCIÓN DEL ASPECTO CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Aunque una visión moderna del Estado constitucional sostiene que la Constitución debe ser concebida como una norma aplicable *aquí y ahora*, y no como una recomendación solamente dirigida a regular un futuro que puede no hacerse nunca presente, hay que considerar que los textos constitucionales contienen, en alguna medida, pretensiones que en el momento de entrar en vigor pueden ser consideradas utópicas. El carácter nor-

mativo de la Constitución no supone negar que el poder constituyente haya querido poner en el texto de la norma suprema sus aspiraciones de país, la forma que debería tener la sociedad desde su punto vista. (Carbonell, 2007)

Por tanto, se puede afirmar que toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídico-política y también como un parámetro de legitimación del poder público. Como sostuvo Schneider (1991) la Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro y, por ello, siempre tiene algo de *utopía concreta*. De ello resulta la orientación finalista del Derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una *conciencia política general de responsabilidad democrática*. (Carnelutti, 1971). Estos contenidos de la Constitución la mayoría de las veces no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política (Chiovenda, 1922) pues la Constitución se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.

Siguiendo a Guastini (2008) las condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está *constitucionalizado*, son las siguientes:

- Una Constitución rígida. El propio Guastini apunta sobre este rasgo que la *constitucionalización* será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de *constitucionalización* de todo el ordenamiento.
- Dar garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera).

- La fuerza vinculante de la Constitución. Utilizando dicho término en todo su alcance doctrinal como el que emplea Pallares (1990). Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (*todas* con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios.

Respecto a la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, la última de las condiciones de *constitucionalización* del ordenamiento consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes:

- a. Que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales;
- b. Que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* (Carpizo, 2009) frente a lo que en alguna época se ha llamado las *political questions*, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y
- c. Que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.

GARANTISMO Y NEO CONSTITUCIONALISMO: BASE DOCTRINARIA

Curiosamente, algo que ocasiona polémica entre los estudiosos del tema es precisamente el término neoconstitucionalismo pues a muchos de ellos no les agrada, mientras que otros no coinciden en sus alcances y efectos. Sobre la denominación en sí misma, algunos prefieren hablar de un *constitucionalismo contemporáneo* otros de *constitucionalismo iusnaturalista o principialista o constitucionalismo positivista o garantista* mientras que uno de los abanderados de esta corriente: el jurista italiano Luigi Ferrajoli, se inclina por llamarlo simplemente como *constitucionalismo*.

¿Por qué es tan importante la distinción entre los términos o corrientes que se analizan? Porque, como bien anota Gascón (2011) el garantismo se basa en un positivismo metodológico, mientras que el neo constitucionalismo permite la inclusión del derecho natural (o al menos algunos de sus enunciados) dentro del derecho positivo.

Las diferencias van más allá de las simples denominaciones, pues varios analistas consideran que hay que marcar territorio claro entre corrientes a las que pueden denominarse como garantistas versus las conocidas como neo constitucionalistas. Algunos incluso (Salazar, 2011) dudaron de darle a la segunda de la nombrada la calidad de teoría, prefiriendo indicar que es una categoría que agrupa el pensamiento de varios teóricos, que muchas veces no coinciden exactamente en sus apreciaciones y que si bien tienen su fortaleza en la

idea del denominado *paradigma democrático* en realidad no ofrecen una teoría política propia relevante. Dicho de otro modo, tales pensadores coinciden en su visión de una sociedad justa pero no elaboran una teoría de poder, lo cual hace su tesis, sino contradictoria, al menos incompleta.

Es por ello que, dependiendo de la visión del analista, se puede considerar a uno u otro autor como perteneciente a una corriente o a otra. Es así como Miguel Carbonell (2003) agrupa a Dorkin, Alexy, Nino y Ferrajoli como parte de un mismo pensamiento, mientras otros consideran que hay divisiones de escuelas entre sus visiones o, al menos, diferencias derivadas de las épocas en que fueron desarrolladas las ideas, lo cual habría llevado a que un autor de los referidos haya podido tomar al otro como una referencia que no necesariamente es determinante en el resultado de sus conclusiones. Lo anterior, sin contar los señalamientos que algunos hacen sobre una supuesta ambigüedad en las obras de Ferrajoli lo cual hace mucho más complicado ajustarlo a un esquema de pensamiento garantista o neoconstitucionalista, aunque la gran mayoría de abogados o de estudiosos del derecho lo hayamos ubicado de modo claro en la segunda denominación o, para que no haya mayores discusiones, como abanderado de un *constitucionalismo garantista*.

No es fácil resumir el pensamiento del precitado jurista italiano puesto que el mismo necesita de una amplia explicación y del análisis de varias situaciones jurídicas reales o hipotéticas que permitan entender los alcances de sus ideas. De hecho, ha necesitado de varias obras para poder ir desarrollando su visión de la mejor manera. Por ello, asumiendo la responsabilidad de lo incompleta que pueda quedar la idea, nos arriesgamos a indicar que una primera premisa se encuentra en descubrir que la real diferencia entre aquello que se denomina como *Estado legislativo de Derecho* y *el Estado constitucional de Derecho* no está en la mera existencia de una ley superior -como lo concebimos tradicionalmente- sino en aquello a lo que puede llamarse como *rematerialización constitucional*. Ferrajoli (2011) es partidario de una concepción positivista jurídica que concibe como Derecho todo conjunto de normas jurídicas producidas por aquel que se considere en capacidad para producirlas, quedando el contenido en un segundo plano, aún a riesgo de tener un producto injusto, de tal manera que el Derecho depende de hechos determinados y no de juicios morales o de la justicia de sus contenidos.

Es por ello que Prieto (2013) se cuestiona si será factible dar cuenta de la existencia o validez jurídica de las normas en el marco del Estado constitucional partiendo de la tesis de las fuentes sociales, entendiendo por ella que el Derecho es un fenómeno tangible, que podemos identificarlo a través de hechos externos, como la promulgación de normas jurídicas por una autoridad o determinadas prácticas sociales. Él considera (y coincidimos con su opinión) que sí respecto a la Constitución pues su existencia es, indiscutiblemente, una cuestión de hecho. De ahí que pueda evidenciarse el carácter jurídico de una norma con independencia de su contenido (el Derecho es un hecho ajeno a la justicia) en lo que puede constituir el denominado *Estado legislativo de Derecho*. Sin embargo, quizás no pueda sostenerse lo mismo para el resto de las normas -en lo que constituiría el *Estado*

constitucional de Derecho- donde los conceptos morales incorporados a la ley se convierten en criterios internos para analizar la pertenencia de una determinada norma al ordenamiento jurídico. Así, el razonamiento moral se evidencia en la aplicación del Derecho y, además, en su identificación (Villabella, 2010).

Ya centrándonos en Latinoamérica, hay varias teorías sobre las circunstancias y momentos en que la corriente *neoconstitucionalista* apareció o se empezó a imponer aunque algunos autores como Viciano y Martínez (2012) sostienen que fue generada por la acción de movimientos sociales que promovieron cambios estructurales en la década de los ochenta, luego de soportar en la década inmediatamente anterior largas y poco beneficiosas dictaduras, sin descartar como factor adicional -según sus criterios- el excesivo apego a la liberalidad tomada como ejemplo de algunos países europeos que se tradujo en una fragilidad política que no consideró de modo integral determinadas realidades históricas, sociales o económicas de la región.

Es complejo hablar de este tema sin entrar en análisis que pudieran sonar como políticos, sin embargo parece ser un hecho cierto que las nuevas corrientes que tomaron algunos países latinoamericanos aprobando Asambleas Constituyentes y nuevas constituciones (Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela, etc.) y otros que adoptaron esquemas de gobierno diferentes a los tradicionales (Brasil, Uruguay, Paraguay, etc.) fueron producto de una propuesta de cambio a la sociedad para que los derechos tomen un rol preponderante real y no meramente denunciativo en las normativas y acciones de los gobiernos, lo cual tuvo amplia acogida. Así, la aparición de organismos más modernos de control constitucional vendría a ser una de las medidas tangibles de estas nuevas estructuras de gobierno para velar que las garantías establecidas en la Constitución se apliquen dentro del entorno cotidiano del ser humano. Si aquello fue mal utilizado desde las esferas de poder o si se quedó en meros enunciados, sería materia de otro análisis que no corresponde a la orientación de este trabajo.

LA ORALIDAD PROCESAL EN EL ECUADOR Y SU INFLUENCIA EN EL ASPECTO CONSTITUCIONAL

Como se veía en el análisis histórico - doctrinario antes anotado, las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico sí han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar -o lo están dando ya- a problemas importantes dentro del Estado constitucional pero, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo. Debemos, entonces, empezar a enfocar ahora el tema hacia el tema procesal para analizar el nivel de influencia logrado en esta área.

Parecería demostrado históricamente que el sistema oral es el más adecuado para poder alcanzar los fines de aplicación de justicia que persigue el proceso. A pesar de ello, es innegable que el sistema escrito tiene también algunas ventajas, como el hecho de dejar constancia de las diligencias testimoniales o de los razonamientos jurídicos mediante alegatos o escritos debidamente preparados por los abogados con la utilización de

apoyo doctrinario y jurisprudencial, que le permiten al juez una lectura posterior -en los momentos que considere tener mejor o mayor concentración- para poder analizar los argumentos allí constantes. Sin embargo, es indudable que la lentitud del sistema y la falta de una debida intermediación se convierten en debilidades sumamente fuertes que traen consecuencias negativas como, por ejemplo, que las personas prefieran renunciar a sus derechos antes que acudir al órgano de justicia al no estar dispuestos a esperar varios años para obtener una sentencia definitiva que, además, es apenas el inicio de una nueva fase llamada “de ejecución” en la cual recién podrá intentar acciones concretas para recuperar su crédito u obtener el cumplimiento del derecho que le haya otorgado la sentencia. Valga destacar que, dependiendo del tipo de proceso, de los incidentes que se den, de los abogados que patrocinan, de la lentitud o agilidad del juez, entre otros factores, algunas fases de ejecución pueden demorar varios años en culminar.

La intermediación es un principio procesal que estudia el contacto que mantiene el Juez con las personas (lo que se conoce como *intermediación subjetiva*) o con el objeto materia del derecho litigado (a lo que se llama *intermediación objetiva*) (Cruz, 1992). La primera clase de intermediación se verifica en las diligencias testimoniales mientras la segunda se observa en aquellas como la exhibición o la inspección judicial. Y a pesar de que estas clases de intermediación sí se dan en nuestro sistema procesal actual, debe tenerse cuidado para que no se desaprovechen pues, en algunas diligencias testimoniales, el juez es un mero calificador de las posiciones planteadas por las partes al momento de la diligencia o la aportación de pruebas periciales o documentales se limitan a una simple presentación escrita de argumentos donde el juez asume un papel sumamente mecánico limitándose a correr traslado a las partes para escuchar sus opiniones y continuar la sustanciación de la causa, lo cual conlleva un absoluto desperdicio respecto de los alcances que debería tener la actuación del juzgador (Alsina, 1963). Aunque en el sistema denominado de jurados el tema de la intermediación parece ser más completo, las dificultades de la valoración de las pruebas y de las ponderaciones de derechos pueden ser aún más complejas (De la Oliva A, 1999) tomando en cuenta la multiplicidad de personas que los conforman y la variedad de su origen, sumado a ello que juzgan en base a equidad y no necesariamente en base a la ley, lo cual sería un interesante tema de análisis para algún próximo estudio. Es por ello que algunos autores como Vescovi (1998) abogan por jueces que tengan mucha más discrecionalidad en su actuar y que estén cada vez menos ceñidos a la “camisa de fuerza” que puede suponer un sistema donde no pueden aplicar criterios de valoración más acordes con las evoluciones del Derecho Procesal. Nos preguntamos si esa meta es de difícil alcance en el Ecuador y por qué.

Buscando ampliar criterios -y para evitar que las opiniones o conclusiones a las que pueda llegar este trabajo dependan de un único enfoque- se solicitó la opinión de tres profesionales del derecho, de distintos perfiles, a fin de efectuarles un breve cuestionario respecto del aspecto positivista en la actuación de nuestros jueces y consultar su opinión sobre los alcances que -de acuerdo a sus respectivos criterios- está alcanzando o

podría alcanzar el neo constitucionalismo en nuestro medio. A pesar de tratarse de tres enfoques de profesionales dedicados a diferentes ramas procesales, fue muy interesante observar que todos ellos consideraron que el *neo constitucionalismo* -debidamente aplicado y dentro de la medida justa- sí debería ser incorporado en el criterio valorativo de los jueces al tomar sus decisiones. Si bien existen dudas sobre la naturaleza jurídica de esta figura (si es sistema, corriente o método) o sobre la preparación o actualización de los jueces en dicha materia o de la influencia de la política o la corrupción sobre ellos, ninguno de los entrevistados denostó contra la figura y, más bien, dieron sus opiniones respecto a la vía más adecuada para que el neo constitucionalismo sea aplicado correctamente.

Los entrevistados opinaron que el neo constitucionalismo es bienvenido dentro del sistema procesal ecuatoriano, siempre que los jueces puedan cumplir con tres requisitos: 1) capacitarse de modo adecuado, a fin de que puedan entender realmente los alcances de esta corriente de pensamiento y lo puedan aplicar de modo real y proporcional, dejando de ser una simple fachada o elemento de forma; 2) cambiar sus estructuras de pensamiento positivistas o legalistas, en el caso de formar parte de la generación que fue formada bajo un esquema fundamentalmente exegético o normativo; y 3) mantenerse alejados de las influencias de los intereses políticos y de las tentaciones de la corrupción pues, en ambos casos, el juez traiciona su compromiso de impartir justicia y, obviamente, dejará de lado no sólo al neo constitucionalismo sino a cualquier principio que deba ser aplicado al proceso. Es casi innecesario acotar que este último elemento es un problema que afecta -en mayor o menor medida- a la justicia a nivel mundial y que no es un tema que se puede restringir exclusivamente al área que estamos estudiando, siendo además conocido que no existe una solución sencilla a la vista. Todos sabemos lo que se debe hacer, todos sabemos la teoría correcta, pero casi nadie ha sido capaz de encontrar una medida eficaz para erradicar este grave mal. Tema de largo y nunca definido debate.

Un tema de particular análisis es definir los alcances que tiene un juez para poder aplicar, por sí mismo, criterios constitucionales en sus sentencias que pudieran liberarlo de una aplicación literal de la norma, sin que sea considerado como una intromisión en una materia ajena a la que ha correspondido originalmente. El temor a ser considerados como “parcializados” termina constituyéndose en una de las principales causas para que los jueces no se sientan seguros de aplicar tales atribuciones conferidas por la ley, prefiriendo mirar al costado y así evitar conflictos o ser señalados.

LAS PRINCIPALES AMENAZAS PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO POR PARTE DE LOS JUECES

Como antecedente necesario para este punto, debemos recordar que existen tres corrientes que intentan explicar los alcances del control de constitucionalidad en los jueces:

Uno conocido como *sistema político* que lo constituyen organismos de especiales que controlan las leyes que están a punto de ser expedidas a fin de encontrar en ellas posibles violaciones a principios constitucionales. Las decisiones de estos organismos no constitu-

yen una actividad jurisdiccional, de modo literal, sino más bien preventivo o protectorio, por decirlo más simplemente.

Otro denominado como de *pleno ejercicio jurisdiccional* que, a su vez, tiene dos corrientes: uno amparado en el sistema anglosajón mediante el cual los mismos jueces tienen las atribuciones para poder interpretar o aplicar las leyes, cuidando que las mismas vayan en comunión con la supremacía constitucional, mientras la otra tiene una vertiente europea que confiere a un organismo, independiente a la función judicial, el control de la aplicación de los principios constitucionales por parte de los jueces o tribunales en sus sentencias o decisiones. Estos organismos suelen ser llamados como Tribunales Constitucionales o, como en el caso del Ecuador, Corte Constitucional.

Finalmente habría un tercer esquema, todavía incipiente, mediante el cual se nombran *jueces constitucionales* que forman parte del Poder Judicial. Algunos analistas mencionan este último esquema como *híbrido* y sostienen que resulta algo inocuo analizar las diferencias entre este estilo de control constitucional y el anteriormente mencionado.

De lo que no queda duda es que la tarea de supervisión en el Ecuador ha sido encargada a un organismo ajeno a la Función Judicial: la Corte Constitucional (antes llamada Tribunal Constitucional o Tribunal de Garantías Constitucionales) donde se resuelven, en *ultima ratio* los conflictos en esta materia. Este organismo no ha estado lejos de la polémica, puesto que le ha tocado tomar decisiones en causas de gran interés nacional que han sido cuestionadas por uno u otro sector. Y es que, dentro de un sistema denominado como *garantista* reflejado en una Constitución que es sumamente amplia en la concesión de derechos, resulta fácil encontrar violaciones casi en todo tipo de procedimiento, si se quiere encontrar una contradicción con la carta fundamental. Del mismo modo, la amplitud del alcance de las normas constitucionales permite, casi de modo ilimitado, poder cambiar una opinión judicial encontrando en la privación de derechos constitucionales un fundamento conveniente.

Por todo lo antes anotado es que muchos abogados que han estudiado la problemática constitucional en el Ecuador consideran que los problemas que actualmente enfrenta el Ecuador en materia de aplicación adecuada de los preceptos constitucionales en los procesos a cargo de los jueces ordinarios, radica en un error esquemático ya que se crearon normas sumamente modernas que se ven muy bien en los códigos, sin contar con la infraestructura para poderla aplicar de modo eficaz. Quizás, uno de los ejemplos históricos más gráficos lo constituya la acción constitucional prevista en nuestra Constitución de 1998 denominada como *Recurso de Amparo Constitucional* que lo podía implementar cualquier ciudadano que se sintiera afectado en sus derechos constitucionales. La normativa quedó tan ampliamente redactada que muchos advertimos que sería utilizada de una manera errónea e inclusive como un elemento dilatorio. Lamentablemente tuvimos razón, pues muchos abogados encontraron en este recurso un mecanismo para entorpecer los procesos, saturando la capacidad de atención de los jueces, que ya estaba suficientemente afectada de manera previa. Esto obligó a la Corte Suprema de Justicia

(como se denominaba al organismo máximo de justicia en aquel entonces) a dictar una Resolución (opción válida cuando hay vacío u oscuridad de ley) mediante la cual se restringió el uso de dicho recurso en varias situaciones. Varios especialistas en derecho constitucional consideraron esto como un retroceso, sin embargo, varios otros lo consideramos adecuado ya que, aunque no resulte popular decirlo, existen sociedades que no están preparadas para autorregularse y terminan por abusar del derecho originalmente previsto para situaciones específicas. En el caso que estamos analizando, conociendo el modo de pensar que existe en nuestra sociedad (lo cual incluye nuestra sociedad jurídica) era previsible que una normativa de amplísima aplicación iba a ser tergiversada, por lo que tuvo que aplicarse dicho correctivo.

Al parecer, no aprendimos de nuestras propias experiencias y por ello, curiosamente, repetimos el error cuando se expidió la Constitución del año 2008, popularmente conocida como la Constitución de Montecristi (Constitución Política del Ecuador, 2008) al incorporarse en ella las denominadas Acciones de Protección que permitirían a los ciudadanos que se sintieran afectados de cualquier modo en sus derechos constitucionales acudir a un Juez, de cualquier materia, a solicitar su auxilio al respecto. Nuevamente, la normativa quedó muy ampliamente redactada y se repitieron las prácticas anteriormente comentadas al utilizarse la figura de modo indiscriminado, a tal punto de que se la empezó a conocer popularmente como el retorno de la tercera instancia queriendo decir con esto que si bien la “tercera instancia” había quedado abolida hace décadas en el Ecuador, este mecanismo constitucional iba a ser mal utilizado por muchas personas para lograr efectos dilatorios equivalentes a los de aquella vía de impugnación ya desaparecida. Dicho de otro modo: al repetir el error, se repitió el efecto. El problema no quedó ahí, puesto que ante la no existencia de jueces de primer nivel en materia constitucional, se dispuso que los jueces ordinarios, de cualquier materia, pudieran ser competentes para conocer de este tipo de acciones. Es así cómo hoy vemos que jueces de lo laboral, de la niñez y adolescencia o hasta de contravenciones resuelven temas constitucionales que, en muchos casos, requieren de un conocimiento especial y hasta de una especialización.

Independientemente de lo antes anotado, el problema real lo constituyó la avalancha de acciones que se propusieron y, nuevamente, hubo de actuar el Estado para corregir esta distorsión. Apareció así la denominada *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (2013) que encaminó los alcances de las acciones de protección previendo presupuestos procesales específicos para las diferentes clases de conflicto pero, al parecer, fue demasiado tarde. Muchos jueces -por increíble que parezca- no quisieron aplicar esa ley de modo adecuado pues consideraban que la misma “conculcaba algunos derechos previstos en la Constitución”. Tal como se lee: los jueces empezaron a descartar normas de la ley prevista por el Legislador precisamente para limitar los excesos de los ciudadanos en las acciones constitucionales para seguir aplicando los preceptos de la Constitución de modo amplio como si dicha ley no existiera. A la fecha, esta problemática sigue existiendo y es el claro reflejo de una situación de falta

de formación conceptual en algunos juzgadores, que constituye una problemática de resolución pendiente.

Un comentario aparte merece el tema de las denominadas *acciones extraordinarias de protección* puesto que estas permiten la revisión de sentencias o autos inimpugnables ante la Función Judicial cuando se aduce que en ellos se han violado derechos previstos en la carta fundamental. La consecuencia lógica -tal como lo previmos algunos que fuimos tildados como *pesimistas*- lo constituye el altísimo porcentaje de acciones extraordinarias de protección que se plantean, muchas veces con el argumento coloquial de “*probar fortuna*” lo cual nos da a un diagnóstico claro de la mentalidad del usuario en este campo. Aunque la ley establezca que no se suspenderá la ejecución de la sentencia por dicha causa, el simple hecho de que la acción esté planteada ya es una espada de Damocles para el juez que debe ejecutar la sentencia pues, aunque no lo acepte de modo frontal, preferirá evadir la ejecución o al menos darle una tramitación lenta, esperando la opinión de la Corte máxima en materia constitucional. En conclusión, para el abogado que tiene como estrategia la dilación de la ejecución de la sentencia, esta figura le permite cumplir la *finalidad*. Adicionalmente al extenso tiempo de espera para obtener una resolución, son pocas las acciones extraordinarias de protección cuyo fondo termina siendo aceptado lo cual implica que, a pesar de que la gran mayoría no tuvieron razón jurídica, sí lograron el objetivo de detener -o al menos bajar la intensidad- del cumplimiento de lo ordenado en sentencia.

No obstante lo dicho en los párrafos anteriores, debe dejarse en claro que las acciones de protección y las acciones extraordinarias de protección son instrumentos totalmente válidos para corregir aquellas violaciones constitucionales que no fueron tomadas en cuenta por los jueces inferiores, sobre todo en aquellos casos donde las infracciones a la ley o al principio constitucional han sido flagrantes. Las observaciones efectuadas no deben interpretarse como una desaprobación de la figura, sino más bien a las distorsiones que pueden causarse si no es entendida o aplicada correctamente que, es la preocupación o finalidad principal del enfoque.

CONCLUSIONES

La primera -y quizás obvia- conclusión, es la necesidad de un plan integral de capacitación judicial a fin de que los juzgadores puedan conocer a fondo, no solamente los elementos doctrinarios del neo constitucionalismo, sino su aspecto teleológico, que no es otro que la aplicación correcta de los principios fundamentales en consonancia con los principios positivos de las leyes inferiores (en especial utilizando de modo adecuado la ley específica creada para el control constitucional) para lo cual deben estudiarse experiencias ya obtenidas en otros países, analizarse fallos expedidos dentro y fuera Ecuador, escucharse opiniones provenientes de profesionales especializados, foros universitarios o seminarios, en referencia a las dificultades encontradas al respecto. El complemento sería la implementación de talleres prácticos que permitan análisis más directos y didácticos de

las situaciones jurídicas que el juez debe enfrentar y las soluciones más adecuadas que pueda aplicar.

Más allá de las normas, debe entenderse que la oralidad procesal no es una mera *verbalidad*. La primera es un sistema implica una serie de reglas que deben ser seguidas por las partes y el juez, mientras la segunda es un simple modo de comunicación entre las personas en cualquier ámbito de la vida. El juez debe tener muy claro que la oralidad no consiste en que las partes acudan a mencionarle sus aspiraciones y se celebren audiencias sino que él debe estar capacitado para poder procesar y valorar todo el bagaje de información que va a recibir de modo integral, de manera que dé atención prioritaria a la controversia pero sin olvidar los derechos fundamentales que por lo general acuden simultáneamente a formar parte de ella. En definitiva, aprovechar las herramientas más idóneas para una adecuada ponderación que, a su vez, lleve al juzgador al fallo más justo posible.

El análisis de sentencias dictadas tanto por la Corte Nacional de Justicia como por la Corte Constitucional -en los cuales se haya utilizado o analizado el sistema neo constitucional- es indispensable para los juzgadores pues les permitirá ver la aplicación práctica del mismo dentro de su entorno. Sin embargo, también debe hacerse un análisis crítico de tales fallos, encontrando los errores de aplicación que pudieran haberse dado en ellos y encontrando nuevas opciones. Las opiniones de los abogados litigantes respecto a las deficiencias que se encuentran en el actuar de los jueces en este campo, también son una fuente importante de análisis para que el juzgador pueda focalizar las áreas donde se deben tomarse correctivos.

Por otra parte, los talleres prácticos que simulan audiencias orales, organizados por expertos, han constituido un importante aporte para la capacitación judicial en el sistema oral en países como México y Colombia. Los colegios profesionales y las universidades adquieren vital importancia para colaborar en la organización de estos eventos, cuando sean requeridos. Sin embargo, no deben quedarse en una mera representación teatral de los mecanismos o formalidades a utilizarse, pues el elemento más importante estará en el modo en que estos talleres enfoquen la valoración de la prueba en casos complejos y el planteamiento de ejercicios de ponderación de derechos a fin de que el juez pueda tener una idea mucho más cabal de la mentalidad valorativa que el sistema *neoconstitucionalista* le exige en estos nuevos tiempos.

Como conclusión final, podemos afirmar que es ampliamente factible conciliar los enfoques positivistas con las nuevas corrientes neo constitucionalistas, siempre y cuando no se caiga en el error de considerar que las segundas son enemigas de las primeras o que buscan su abolición, pues es la distorsión más común que puede apreciarse en el pensamiento de algunas personas que siguen las nuevas escuelas. Debemos ver al esquema neo constitucionalista como enriquecedor, innovador o dinamizador del sistema positivista que, sin duda, ya estaba resultando insuficiente.

Con la selección adecuada de jueces, adicionando a ello una sistemática capacitación y el adecuado complemento de las leyes que deban ser modernizadas para que se

adecuen a las nuevas formas de pensamiento jurídico, la aplicación del neo constitucionalismo -bien entendido en sus reales finalidades- podrá darse de un modo progresivo en todos los estamentos de la justicia ecuatoriana. La clave está en entender que tanto el sistema tradicional como la nueva teoría aquí analizada, buscan exactamente lo mismo: que los fallos de los jueces sean lo más justos posibles. Encontrar el adecuado equilibrio entre ambos elementos constituye el desafío constante de los jueces en estas nuevas épocas, pues la búsqueda del mejoramiento del sistema de justicia es un desafío constante en el que estamos involucrados todos los que amamos el Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSINA, H. (1963). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar.
- CARBONELL, M. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- CARNELUTTI, F. (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal*. Buenos Aires: Ejea.
- CARPIZO, J. (2009). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: Grijley.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008
- Código Civil. Registro Oficial No.46, Suplemento, Quito, Ecuador, 24 de junio de 2005
- Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial No.58, Quito, Ecuador, 12 de julio de 2005.
- CRUZ, A. (1992). *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*. Guayaquil: Edino.
- CHIOVENDA, G. (1922). *Principios de Derecho Procesal*. Madrid: Reus.
- DE LA OLIVA, A. (1999). *Comentarios a ley del Jurado*. Madrid: Cera.
- DEVIS, H. (1964). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Parte General. Tomo IV. Bogotá: Temis.
- GUASTINI R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. 2008: Trotta.
- GUILLERMO, A. (2014). Luigi Ferrajoli, “El mejor jurista del mundo” presente en Cuenca en seminario de la U.Católica. 21 de julio de 2015, de Diario El Mercurio Sitio web: <http://www.elmercurio.com.ec/456616-el-mejor-jurista-del-mundo-presente-en-cuenca-en-seminario-de-la-ucolica/#.VdtFoD9RG70>
- HANS PETER SCHNEIDER. (1991). *Democracia y Constitución*. Madrid: CEC.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No.52, Suplemento, Quito, Ecuador, 25 de junio de 2013
- LÓPEZ J. (1993). *La falacia naturalista y el derecho natural*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, 29, pp. 265-292.
- MARESA Y NAVARRO J. (1881). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- PALLARES E. (1990). *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. México: Porría.
- PEYRANO, J. (1984). *Tácticas en el proceso civil*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.
- QUINTERO, MARIOLGA. (2005). *La Apelación: algunas posturas*. Estudios Iberoamericanos de Derecho Procesal, I, p.245
- VÉSCOVI, E. (1988). *Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: De Palma.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COMO SALVAGUARDA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

THE RESPONSIBILITY OF THE STATE AS A SAFEGUARD OF JUDICIAL INDEPENDENCE

ERNESTO SALCEDO ORTEGA

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Por las delicadas funciones que la Constitución les otorga a los jueces, ellos ocupan un lugar preponderante en sociedad, en el pináculo del sistema jurídico de cualquier Estado de derechos y de justicia. Sus veredictos son obligatorios y constituyen ley para las partes, y por tanto son de obligatorio cumplimiento. Esta noble labor, por su trascendencia, comporta determinados riesgos, susceptibles de determinar responsabilidad en algún juez o tribunal.

PALABRAS CLAVE: sociedad, responsabilidad, constitución, Estado, derechos humanos, juez, administración de justicia, independencia, error judicial.

ABSTRACT

By the delicate functions that the Constitution grants to the judges, they occupy a preeminent place in society, on top of the legal system of any State of rights and justice. Their verdicts are mandatory and constitute law for the parties, and therefore are of obligatory fulfillment. This noble work, for its transcendence, carries certain risks, susceptible of determining responsibility in any judge or court.

KEYWORDS: society, responsibility, constitution, State, human rights, judge, administration of justice, independency, judicial error.

RECIBIDO: 12/06/2017
ACEPTADO: 25/06/2017

CORRESPONDENCIA:
ernesto.salcedo01@cu.ucsg.edu.ec

“La sentencia injusta infecta y gangrena la vida de la sociedad.”

FRANCIS BACON

INTRODUCCIÓN

El servicio de administrar justicia gira en torno a uno de los más altos deberes del Estado, consistente básicamente en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, entre ellos el derecho a una justicia imparcial e independiente. Naturalmente, cualquier vulneración de los jueces a su deber de observar la Constitución y aplicar correctamente las normas jurídicas infraconstitucionales los constriñe a ser objeto de sanciones de conformidad con el principio de responsabilidad, que rige la actuación de los servidores judiciales.¹

La independencia judicial es una garantía del debido proceso universalmente obligatoria, y para su mayor eficacia, así como para el cumplimiento de las demás garantías jurisdiccionales, la Constitución ecuatoriana en sus artículos 11, numeral 9² y 168, numeral 1,³ contempla el principio de responsabilidad, por medio del cual el Estado está obligado a reparar a los justiciables todo error provocado por servidores judiciales, que implique falta o deficiencia en la prestación del servicio de administrar justicia. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria,

¹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 172.- “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.” Ver en: Constitución de la República del Ecuador. publicada en el Registro Oficial No. 449 del Ecuador el 20 de Octubre de 2008.

² Constitución de la República del Ecuador. 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 consagrados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. 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. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado del tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

³ Constitución de la República del Ecuador. Art. 168.- “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley...”.

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.⁴

La responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdiccional de los ciudadanos, constituye una de las principales preocupaciones del Derecho en general. Se origina en la obligación constitucional de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las obligaciones adquiridas mediante la suscripción de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos.

Tal es la obligación del Estado de velar por la eficacia de la administración de justicia, que como manera de tutelar a la función jurisdiccional rige el sistema de responsabilidad disciplinaria, que aparece como un importante instrumento para el necesario aseguramiento de la independencia judicial. Es sustancial mencionar que una independencia irresponsable es el marco adecuado para la arbitrariedad, y por eso nuestra legislación procura armonizar la independencia con un sistema de responsabilidad, de tal manera que la independencia proteja la labor jurisdiccional del juez. En suma, la independencia judicial y la responsabilidad son dos principios instrumentales que tienen un mismo propósito, cual es, la sumisión del aplicador de justicia al ordenamiento jurídico vigente (Vives, 1986, p.340).

El Tratadista Casas y Ruíz del Árbol (1963), nos refiere la coexistencia de una jurisdicción judicial y otra disciplinaria, siendo la primera la que se ejercita “sobre todos los ciudadanos mediante el procedimiento adecuado y tiende a mantener la ley, el orden y la disciplina social, sancionando actos o infracciones que afectan al bien general, o bien declarando derechos subjetivos, previamente sancionados en las leyes... y, sobre la segunda su función es mantener el buen orden orgánico o funcional y jerárquico de las instituciones o cuerpos profesionales a que se aplica, como la que existe incluso dentro del propio cuerpo judicial, o bien el buen funcionamiento de los sistemas procesales, y se ejerce por órganos jurisdiccionales de plano, sobre las personas intervinientes o presentes in situ en los actos del proceso.” A su vez, el jurista Prieto-Castro (1952) aludiendo a la jurisdicción disciplinaria gubernativa sostuvo que ésta “procura que la judicatura conserve pureza suficiente impidiendo que la sociedad y los justiciables puedan abrigar dudas acerca del ejercicio completo, honesto e imparcial de las funciones jurisdiccionales.”

Cuando el Estado, a través de algún servidor público -en nuestro caso un juez- perpetra un daño o perjuicio a un justiciable, se hace necesario indemnizar al ciudadano por los perjuicios provocados, haciendo efectiva la responsabilidad pecuniaria en contra del

⁴ “En el caso del artículo 11 de la constitución, la reparación civil del Estado está ligada a aquellas violaciones que se producen por lo general en el procedimiento penal; y que comprende la detención arbitraria, la inadecuada administración de justicia, el irrespeto al Debido Proceso y la privación injusta de la libertad que termina con el sobreseimiento definitivo, por la sentencia absolutoria, por la falta de resolución judicial que determine la responsabilidad penal del procesado cuando este obtenga la libertad, o en su caso, la causa sea archivada por prescripción y, a causa del error judicial.”

servidor autor del daño y del propio Estado. El primer presupuesto para hacer efectiva la responsabilidad es la antijuridicidad, es decir, la conducta del sujeto implicado debe ser contraria al ordenamiento jurídico. El profesor Gordillo (1960), al abordar la temática expuso: "... al resultar violado un derecho individual, debe haber siempre una indemnización, si el culpable no la puede dar, debe darla la sociedad. La posible insolvencia del agente público para afrontar el pago de las reparaciones exigibles no puede perjudicar al damnificado, el Estado, responsable de los servicios será quien responda por dichas reparaciones".

En todo caso, la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios siempre será de naturaleza extracontractual, desde que no existen vínculos contractuales entre el magistrado y los litigantes y mucho menos con terceros (Tawil, 1993, p.166). En el Ecuador, la responsabilidad civil extracontractual del Estado tiene una configuración de tipo subjetivo con reversión de la carga de la prueba -se presume que la culpa es del Estado-, en donde no le corresponde a la víctima probar el daño, sino al Estado demostrar que ha actuado diligentemente cumpliendo a cabalidad los controles para evitar los posibles perjuicios, pudiendo entonces el Estado, que ha demostrado diligencia, alegar los eximentes de fuerza mayor, caso fortuito, o incluso culpa de la propia víctima en caso de acontecer el daño (Mogrovejo, 2009, p.77).

El concepto clásico de responsabilidad involucra tres elementos: a) el Daño Material, susceptible de apreciación económica; b) el acto antijurídico, ocasionado de manera ilegítima; y, c) el dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió. Lo anterior significa que cuando un perjuicio no es originado por una conducta dolosa, culpable o antijurídica, no debe ser reparado ni indemnizado, pues se trata de un daño inevitable (Rodotá, 1964, p20), equivalente al "caso fortuito" o "fuerza mayor". Obviamente, la responsabilidad del Estado a la que se refiere el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial,⁵

⁵ Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador. Art. 15.- "Principio de Responsabilidad.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, 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. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en esta Código. Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley." Ver en: Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial del Ecuador en el Suplemento No. 544 del 9 de marzo de 2009.

apunta a cualquier daño que pueda emerger de servidores judiciales administrativos o jurisdiccionales, aunque existen vulneraciones que sólo puedan ser cometidas por jueces, como por ejemplo, errores judiciales inexcusables, retardo injustificado o denegación de justicia. En el derecho comparado, sin embargo, se distinguen aquellos actos que emergen de actos jurisdiccionales típicos, pues los daños que provoca un órgano judicial no jurisdiccional, por errores de tipo administrativo, dan lugar a la responsabilidad del Estado de tipo administrativo mas no judicial (Spota, 1951, p.551).

Por su parte, los jueces en el ejercicio pleno de su independencia, deben observar el principio de la debida diligencia, que involucra su compromiso de obrar con absoluta prudencia a efecto de prevenir una eventual violación a los derechos humanos en detrimento de alguno de los contendientes. El deber de diligencia de los jueces es fundamental para propiciar un ambiente de seguridad jurídica y confianza legítima de la ciudadanía en los órganos jurisdiccionales.

En definitiva, los jueces en el cumplimiento de sus obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad, deben obrar con la diligencia del buen padre de familia. Incluso, Bustamante Alsina (1994) considera que el deber de diligencia debe ser mayor que el de un padre de familia, debiendo velar por la aplicación de las normas jurídicas con el máximo celo, desarrollando sus conocimientos en el marco de su independencia, de modo cuidadoso, exacto y activo. De cualquier manera, preciso es mencionar, que el criterio jurídico del juzgador, siempre que sea motivado y contenga soporte científico o jurisprudencial, y no se trate de un error inexcusable, excluye la culpa y por tanto cualquier indicio de responsabilidad.

En lo que respecta a la responsabilidad del Estado por actos judiciales, se suele presentar en la práctica cuando una persona es arbitrariamente detenida. La detención arbitraria es toda privación de la libertad personal que no cumpla con las disposiciones internacionales o legales de derechos humanos, o que en ejecución de una orden de detención proferida con arreglo a las mencionadas disposiciones vulnere los derechos fundamentales de la persona detenida (Pérez, 2007, p.6).

Por actos lesivos a la independencia judicial suele ocurrir que una persona es procesada y detenida, y luego es sobreseída ratificándose su estado de inocencia. En Ecuador, existe un elevado número de personas que permanecen detenidas sin haber sido condenadas, como consecuencia de una aplicación abusiva de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar procesal de carácter personal que tiene plazo de vigencia y que sólo debe ser dispuesta si se reúnen los requisitos del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.⁶ El Dr. Zavala Baquerizo (1990) conceptualizando la prisión

⁶ Art. 534.- "Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice

preventiva señaló: “Es la que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución del Juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad, para evitar su fuga u ocultación, así como la ulterior actividad nociva”.

El tema de la prisión preventiva, en tanto por su naturaleza tiene que bregar con el derecho a la libertad del ser humano, representa un emblemático indicador para establecer el adecuado o inadecuado funcionamiento del proceso penal. Ello, por cuanto el juez de lo penal es fiel garante de los derechos fundamentales, y en tal sentido sólo puede decretar una medida de privación de libertad en casos estrictamente excepcionales. La adopción, mantenimiento, contenido y alcances de la privación de libertad cautelar, deben estar supeditados a lo estrictamente necesario para garantizar la eficacia del sistema. El abuso de la prisión preventiva, que se traduce en detención arbitraria, no sólo viola derechos fundamentales, sino que además cuestiona cualquier sistema de justicia (Del Río, 2008, p.10).

Por si fuera poco, en la práctica forense ocurre que muchos jueces y fiscales optan por la prisión preventiva, en vez de adoptar medidas alternativas, por temor a ser procesados disciplinariamente o recelo a críticas de medios de comunicación, y más recientemente para evitar ataques o linchamientos en redes sociales. Así también, existen jueces que exageran con la medida de privación cautelar de libertad por miedo al rechazo social al no aplicar “mano dura” contra la delincuencia, aun cuando en el caso sea proclive disponer alguna medida alternativa como sanción al procesado. Observamos en estos casos, como la presión social y el impacto de los medios de comunicación son un factor determinante en las decisiones de nuestros operadores de justicia, lesionando la independencia de la justicia.

Mención aparte merece el tema del retardo injustificado, que no pocas veces es una consecuencia de trasgresiones a la independencia de la justicia, particularmente cuando es producto de actos u omisiones realizados culposa o dolosamente por los administradores de justicia. El retardo injustificado no sólo constituye aquella dilación que no tiene justificativo alguno, sino que además implica desatención del juez a sus deberes procesales, máxime si la demora se presenta en un proceso penal en donde se ponen en riesgo los derechos más preciados de la persona, sin perjuicio de desvalorizar las demás áreas del derecho en donde se deben cumplir los términos o plazos y todas las actuaciones judiciales según la ley (Castillo, 2010, p. 28-31).

El examen para determinar si existe un retardo injustificado debe responder a situaciones específicas, y que se resumen en las siguientes: complejidad del caso, el compor-

de la infracción. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena. 4. Que se trata de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.” Ver en: Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial del Ecuador en el Suplemento No. 180 del 10 de febrero de 2014.

tamiento del recurrente, forma de sustanciarse el caso y la carga procesal del juez en el ejercicio de la administración de justicia. La mora judicial además de lesionar gravemente los intereses de las partes, provoca afecciones psicológicas, en cuanto prolonga innecesariamente y más allá de lo razonable la concreción de las aspiraciones, generando frustración y duda a la eficacia de la administración de justicia, repercutiendo finalmente en una conducta violatoria del debido proceso.⁷ De ahí, la famosa expresión “justicia retardada, justicia denegada” que se traduce también en inadecuada administración de justicia.

Empero, el retardo en la administración de justicia no sólo se puede presentar antes de la expedición de la sentencia, sino también aún después de expedida en su fase de ejecución, circunstancia que suele ser producto de actos direccionados por el propio juez para favorecer al vencido, atentando también contra la independencia judicial. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que el retardo injustificado en la ejecución de una sentencia puede ocasionar ineficacia, por ello es menester que el administrador de justicia actúe con la debida diligencia en la sustanciación y ejecución de garantías jurisdiccionales en atención a la tutela judicial efectiva y realización de la justicia.⁸

En lo que respecta al error judicial Carnelutti (citado por Vanni, 1992) en un tono lírico expresaba que “el peligro del error judicial es como una gran nube que obscurece el cielo del Derecho Procesal.”

Es frecuente que nuestros jueces adopten decisiones ignorando preceptos legales, para complacer favores de altos funcionarios o para evitar ser objeto de críticas y escarnios cuando la opinión pública se inclina a favor de una de las partes en procesos judiciales con alta repercusión mediática. En estos casos se viola flagrantemente la independencia de los jueces, pues se rompe la garantía ciudadana de que los jueces ejerzan con plenitud la actividad jurisdiccional.

La jurisprudencia ecuatoriana define al error judicial como “toda decisión o resolución, dictada por los órganos de la Administración de Justicia, injusta o equivocada, pero el yerro debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, pudiéndose agregar que dicho error puede ser fáctico o jurídico, teniendo indebidamente por probados determinados hechos o desconociendo o ignorando los preceptos legales o las normas aplicables incurriendo en flagrante equivocación al aplicarlas o interpretarlas.”⁹

⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso TIBI vs Ecuador, condenó al Ecuador por retardo injustificado señalando que “los procedimientos en este caso fueron incongruentes con la ley y con el propósito del recurso. La presunta víctima fue objeto de retardo judicial en la tramitación de sus peticiones de Hábeas Corpus, lo que demostró su ineficacia y la consecuente falta de provisión de amparo judicial.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, No. 114, párr. 123.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 047-15-SIS.EC, caso N° 0057-11-IS, 12 de agosto 2015, p. 13-14.

⁹ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. P. 3134. (Quito, 29 de julio de 2002)

Sin embargo, aún a pesar de que todo error judicial involucra una falla en el servicio de administración de justicia, existen corrientes en el derecho comparado que sostienen que no debe existir responsabilidad del Estado por los errores judiciales que comete el operador, pues los ciudadanos deben asumir el riesgo y la carga pública, como retribución a este servicio que presta el Estado. Este argumento encuentra nuevamente su causa, en el instituto de la cosa juzgada que convierte una decisión judicial en definitiva e inmutable, con efectos de eficacia y seguridad jurídica.¹⁰

Otros críticos en el derecho comparado, sostienen que no procede responsabilidad estatal por error judicial por la regla universal del “*humanae est errare*”, esto es, que el juez es un ser humano y que cualquier error suyo es el sacrificio que hace el ciudadano común a cambio de la tranquilidad que le ofrece el Estado, y así lo entendía el tratadista Laribal (1998) cuando afirmaba: “La justicia humana, como todo lo que procede del hombre, está sujeta al error.” En este contexto, la seguridad jurídica es presupuesto ineludible del orden jurídico y la paz social, objetivo primario de la Tutela Judicial que brinda el Estado, lo que justifica la necesidad de proteger el instituto de la cosa juzgada, como un principio carísimo del Estado de derecho.

En ocasiones los jueces emiten sentencias injustas por circunstancias ajenas a ellos, pero no siempre estas sentencias son producto de un error judicial. Así, por ejemplo, si la parte accionante de un proceso omite incorporar en un proceso civil un documento fundamental para esclarecer los hechos, y no lo hace, el juez no podrá jamás fundar su fallo en ese documento, y por ende los hechos se tendrán por no probados. Es posible que si ese documento efectivamente existe, el fallo resultará injusto, pero no por error judicial, sino porque el juez sentenció diligentemente según el material probatorio existente en el proceso (Marroquín, 2001, p.3)

En el caso de Ecuador se activa la responsabilidad del Estado sólo cuando existe error judicial inexcusable. Se entiende por error inexcusable aquél yerro que es producto del notorio descuido o de la notoria ineptitud del aplicador de justicia, esto es, involucra un error grosero que implica fraude o abuso de autoridad, en estos casos, no sólo el Estado sino incluso el juez personalmente¹¹ son responsables de los daños producidos.

Ahora bien, cuando ese error judicial, inexcusable o no, es intencional, esto es, deliberado y premeditado, nos encontramos frente a una flagrante vulneración de la

¹⁰ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de la Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 24 de mayo de 1990. Expediente No. 5451. Carmen Rosa Farfán vs Ministerio de Justicia. Magistrado Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

¹¹ Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 34.- “Las causas que, por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral se propongan contra juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables, se sustanciarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio de la parte demandada, por la vía verbal sumaria y la acción prescribirá en cuatro años desde que se consumó el daño”. Ver en: Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial del Ecuador en el Suplemento No. 544 del 9 de marzo de 2009.

independencia judicial. Esto suele ocurrir cuando el aplicador de justicia dirime alguna controversia por disposición de alguna autoridad de gobierno, cualquiera que esta sea, o por mandato de algún superior jerárquico. De igual forma, se atenta contra la independencia cuando el juez comete con pleno conocimiento de causa un error judicial, por temor a amenazas, represalias de organizaciones sociales, o recelo a linchamientos mediáticos o de redes sociales. En estos casos, bien vale hacer efectivo el principio de responsabilidad del Estado.

LA INMUNIDAD O SISTEMA NEGATORIO DE RESPONSABILIDAD

Aunque no vigente en el Ecuador, este sistema es utilizado principalmente en los países del common law. En estos países y en otros de otras latitudes, como por ejemplo España, existe una inmunidad judicial, por medio de la cual se exime y se libera a los jueces de cualquier responsabilidad por las decisiones judiciales que adoptan.

Esta teoría tomó fuerza a partir del precedente jurisprudencial *Bradley vs Fisher*, ocurrido en 1967, en un Juzgado de lo Penal del Distrito de Columbia, en los EEUU. Joseph Bradley, abogado en libre ejercicio demandó a George Fisher, quien entonces era magistrado de lo penal, por haber expedido una orden judicial en que le impedía el ejercicio de su profesión como abogado, retirándolo de la barra de Abogados del Distrito de Columbia. El demandante consideró que los actos de Fischer fueron maliciosos, opresivos, malintencionados y tiránicos. El Tribunal Supremo dictaminó que el abogado no podía presentar una demanda en contra del juez debido a la posición oficial del juez, que le daba derecho a la inmunidad absoluta sobre las decisiones judiciales.¹²

El principal argumento en que se funda el sistema de la inmunidad judicial es el de precaver la independencia de los jueces, quienes pueden actuar con total libertad, sin el resquemor a sanciones administrativas o represalias de las partes procesales que resulten desfavorecidas con su decisión. Son muchos los autores que sostienen que los órganos que administran justicia al estar sujetos al principio de responsabilidad carecen de independencia necesaria para juzgar.

La inmunidad judicial procura que el juez al sentenciar una causa sea enteramente soberano, pudiendo hacer uso de todas las herramientas que el Estado le provea para hacer cumplir sus mandatos, convirtiéndose en el principal obligado y también protagonista del restablecimiento de los derechos, actuando siempre bajo los parámetros de la propia ley. Entre los principales postulados que favorecen la vigencia del principio de inmunidad judicial, se sostiene que es imperioso para garantizar la institución de la cosa juzgada, pues al admitir que el juez se ha equivocado destruye cualquier posibilidad de seguridad jurídica. Lo anterior, por cuanto se entiende además, que quienes acuden a la

¹² Cfr. Sentencia U.S. Supreme Court, *Bradley vs Fisher*, 80 U.S. 13 Wall. 335 335 (1871). Disponible en: <http://casebrief.me/casebriefs/bradley-v-fisher>. Ingresado el 7 de enero del 2017.

justicia asumen de antemano los riesgos de un posible error, dada la condición humana del juzgador (Kemelmajer de Carlucci, 1998, p.72)

Por otro parte, existen fuertes críticas a la inmunidad judicial, pues sostener que los litigantes al acudir a la Función Judicial asumen el riesgo de un posible error humano del juzgador, envolvería la idea de que la administración de justicia se trata de un simple servicio, con poca trascendencia social, desconociendo que se trata de una de las labores más nobles del Estado, que encierra una misión venerable, sagrada y respetada, cual es restablecer el orden social. En cuanto a que la inmunidad asegura la independencia, los críticos de este sistema sostienen el riesgo de que los jueces se vuelvan autoritarios, totalitarios o arbitrarios al momento de expedir sus resoluciones, lo que propendería al abuso de sus funciones, y por tal motivo se requiere un órgano rector y disciplinario que los regente. Sobre este tema, el Tribunal Supremo de España, en un interesante fallo profirió que “la situación de los jueces no tiene por qué merecer una sola perspectiva o un solo punto de vista. Los jueces se encuentran arropados jurisdiccionalmente por el manto de la independencia que nada tiene que ver con la dependencia que a los mismos atañe como consecuencia de su carácter de funcionarios.”¹³

La inmunidad judicial, en países como Ecuador, proscibiría la Facultad del Consejo de la Judicatura como órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial, para sancionar y destituir jueces por causas inherentes a su propia función jurisdiccional. En este sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano impone como causal de sanción de destitución a jueces, fiscales y defensores públicos, el hecho de intervenir en una causa con “manifiesta negligencia”, “dolo” o “error inexcusable”, permitiendo de este modo mantener cierto grado de control sobre las decisiones de los procesos, poniendo en tela de juicio la independencia de los jueces. Como bien señala el tratadista Almagro (1998) la independencia “es cualidad que se predica de quien o de lo que es independiente, es decir de aquella situación del individuo o estado que goza de libertad y autonomía, de aquella situación que excluye la sumisión a otra autoridad.”

En efecto, la causal 7, del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial,¹⁴ constituye un contrasentido a la autonomía del juzgador en la adopción de sus decisio-

¹³ Cfr. Sentencia Tribunal Supremo de España. 11-III-1996, Revista General de Derecho, año LII, No. 624, Valencia, 1996, p. 10012.

¹⁴ Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 109.-“Infracciones Gravísimas.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: 1. Vulnerar, a pretexto de ejercer la facultad de supervisión, la independencia interna de las servidoras y los servidores de la Función Judicial; 2. Abandonar el trabajo por más de tres días laborales consecutivos o por más de cinco no consecutivos injustificados en un mismo mes; 3. Haber sido sancionado disciplinariamente con sanción pecuniaria por más de tres veces en el lapso de un año; 4. Retener indebidamente documentos, procesos o bienes de la Función Judicial o de terceros que se encuentran en la dependencia donde labora o sea responsable de su manejo o cuidado; 5. Introducir extemporáneamente documentos al proceso o sustituirlos, así como mutilar los procesos extrayendo piezas del mismo, aunque no sea para favorecer a una de las partes; 6. Ejercer la libre profesión de abogado

nes. Así lo entiende la doctrina en opinión del jurista Terol Becerra (1990), para quien “la autonomía del juez para formar su criterio sobre la cuestión que se le somete a su consideración, consustancial a la función que desempeña, adquiere el carácter de un auténtico instrumento de garantía para el Estado de Derecho, pues si el juez no está libre de toda influencia o presión exterior, no podrá administrar justicia con arreglo a lo dispuesto en las normas.” Por su parte, el tratadista Rubio (1950) señaló que “si hay un órgano del Estado a quien está atribuida la función de juzgar, han de ser respetadas su autonomía y su independencia en el ejercicio de su función propia, sin ningún género de mediaciones como cosas esenciales a su naturaleza, ya que juzgar sin independencia no es verdaderamente juzgar, ni así podría ser el Poder Judicial supremo árbitro y custodio del Derecho para garantía de todos.”

En definitiva, la inmunidad judicial opera como una salvaguarda de la independencia, imposibilitando que los magistrados sean demandados por responsabilidad extracontractual, por hechos cumplidos en ejercicio de sus funciones, o en todo caso, por actos inherentes a su rol de jueces, de tal manera que se garantiza el regular ejercicio de su actividad, sin el temor de ser perseguidos ante otros jueces, o por autoridades de la propia Función Judicial, por supuestos daños ocasionados a través de sus resoluciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMAGRO, J. (1998). El Poder Judicial. En *El libro Reflexiones sobre el Poder Judicial en homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario*. (p.37). Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- BUSTAMANTE J. (1994). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. (p.144). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

directamente o por interpuesta persona; 7. Intervenir en las causas que debe actuar, como juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable; 8. Haber recibido condena en firme como autor o cómplice de un delito doloso reprimido con pena de privación de la libertad; 9. Proporcionar información falsa o utilizar documentos falsos para la selección, concurso de oposición y méritos e inscripción de su nombramiento; 10. Acosar sexualmente a sus inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio, u ofrecer favores de este tipo a sus superiores a cambio de obtener un trato preferencial; 11. Solicitar o recibir prestamos en dinero u otros bienes, favores o servicios, que por sus características pongan en tela de juicio la imparcialidad del servidor de la Función Judicial en el servicio que le corresponde prestar; 12. Manipular o atentar gravemente contra el sistema informático de la Función Judicial; 13. Ejecutar en forma irregular el sorteo de causas cuando sea obligatorio dicho requisito para prevenir en el conocimiento de las causas; 14. Revelar, antes de la práctica de la diligencia de confesión, el contenido de las posiciones presentadas en sobre cerrado; 15. No cobrar las tasas por servicios notariales, apropiarse de parte o totalidad de ellas, o cobrar más de lo debido a los usuarios del servicio para beneficiarse; 16. Revelar información sobre actos investigativos que por su naturaleza puedan favorecer o perjudicar ilegítimamente a una de las partes; 17. No comparecer a una audiencia, excepto por caso fortuito o fuerza mayor; y, 18. No citar o notificar a las personas investigadas cuando lo han solicitado en las investigaciones previas; o, a las personas procesadas, en las investigaciones procesales, por delitos de ejercicio público de la acción”. Ver en: Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial del Ecuador en el Suplemento No. 544 del 9 de marzo del 2009.

- CARNELUTTI, F., CITADO POR VANNI, R. (1992). *Nuovi Profili Della Riparazione dell Errore Giudiziario* (p.86). Padova: Editorial CEDAM.
- CASAS Y RUÍZ DEL ÁRBOL, F. (1963) Jurisdicción Disciplinaria Gubernativa e Inspección de Tribunales. *Revista Jurídica Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (No. 3), p. 11. Madrid.
- CASTILLO, S. (2010). *Responsabilidad del Estado por Error Judicial*. (Tesis para obtener el Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales) Universidad Estatal de Cuenca, p. 28-31.
- DEL RÍO LABERTHE, G. (2008). *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. (p.10). Lima: Editores ARA.
- DUEÑAS, R., CITADO POR VIDAL, J., DÍAZ, V. Y RODRÍGUEZ, G. (2006). *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. (p.248). Bogotá: Universidad de Rosario.
- GIESE, F. (1952). *Derecho Administrativo General*. (Tercera Edición) p.129. Tubinga: Editorial Carl Heymanns.
- GORDILLO, A. (1960) *La responsabilidad extracontractual por hechos y actos de la administración pública* (Tesis para optar por el Doctorado, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales) Universidad de Buenos Aires, recomendado al Premio Facultad, Buenos Aires, p. 216.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1998). Responsabilidad del Abogado, del Escribano y del Juez. En *Lecciones y Ensayos*. (No. 73). Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires. p. 72.
- LARIBAL, J. (1998). *Procesos Célebres de todos los Países*, Tomo I. (p.248). Barcelona: Suprema Corte de Justicia de la Nación,.
- LLAMBÍAS, J., ROFFO, P. Y POSSE, F. (2002). *Código Civil Anotado*. (p.406) Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- MARROQUÍN, J. (2001). *El Error Judicial Inexcusable como causa de responsabilidad administrativa*. (p.3) México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Pérez, C. (2007). *Libertad Personal, Detención Arbitraria, y los mecanismos Judiciales para su Tratamiento* (Tesis para optar por el título de Especialista en Derechos Humanos) Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, 2007, p. 6.
- PODETTI, R. (1954). *Tratado de la Competencia*. Tomo I (p.189). Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- PRIETO, L. (1952). *Tratado de Derecho Procesal*. Tomo I. (p. 342). Editorial Aranzadi, Madrid.
- RODOTÁ, S. (1964). *Il Problema Della Responsabilitá Civile, La Giuffré Editore*. (p. 20). Milán.
- RUBIO, R. (1950). *La Inspección de Tribunales*. (p. 76) Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- SPOTA, A. (1951). *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. 3. (p.551). Buenos Aires: Editorial De Palma.
- TAWIL, G. (1993). *La responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia* (p. 166) Buenos Aires: Editorial De Palma.
- TEROL, B. (1990). *El Consejo General del Poder Judicial*. (p.46) Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

- VISINTINI, G. (2005). *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, (Terza Edizione). p. 73. Padova:Editorial CEDAM.
- VIVES, T. (1986). La responsabilidad del Juez en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. *Revista Jurídica Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. IX (No. 40), p. 340. Editada por Servicio de Publicaciones de la Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.
- ZAVALA, J. (1990). *El Proceso Penal*, Tomo II, (p.257). Guayaquil: Editorial EDINO.

CONFIGURACIÓN JURÍDICA, CONTENIDO Y PROTECCIÓN DEL BUEN VIVIR A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

LEGAL CONFIGURATION, CONTENT AND PROTECTION OF GOOD LIVING IN THE LIGHT OF THE ECUADORIAN CONSTITUTION

Nuria Pérez Puig-Mir

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Los fundamentos jurídicos del Buen Vivir como noción constitucionalmente relevante, aparecen a partir de la promulgación del texto constitucional de 2008, en que el Ecuador reconoce el carácter plurinacional del Estado e integra los derechos de la naturaleza.

La noción del Buen Vivir no se encuentra definida por la Constitución, a pesar que en algunos artículos se refieren jurídicamente a su naturaleza como principio, como un conjunto de derechos, y como régimen, que orientan las políticas públicas y la participación ciudadana. El contenido normativo del Buen Vivir, lo contempla la constitución, al indicar que para concretar el Buen Vivir debemos de gozar de nuestros derechos y vivir el respeto y plenitud de la interculturalidad, de la diversidad y de la armonía con la naturaleza, y como deber primordial el Estado debe planificar el acceso al Buen Vivir.

No se discute que el principio del Buen Vivir tiene peso y jerarquía constitucional, concretándose en un plan que transversalmente se posiciona en el texto constitucional.

Al no encontrarse definido constitucionalmente genera un conflicto conceptual, cuando se lo ubica junto al *sumak kawsay* como sinónimo, o noción similar. Aceptando que el contenido del *sumak kawsay* es extenso y rico por su memoria histórica y saberes ancestrales, abarcando en su integralidad el respeto a la diversidad, a la naturaleza, y a la interculturalidad. Se posiciona como un término jurídico que cobra contenido a partir de dos visiones distintas, una desde las comunidades ancestrales y otra desde lo institucional y mestizo, evidenciando una ruptura conceptual.

PALABRAS CLAVE: noción jurídica, buen vivir, *sumak kawsay*, interculturalidad, principio, derechos, Estado, neoconstitucionalismo.

RECIBIDO: 1/07/2017
ACEPTADO: 7/07/2017

CORRESPONDENCIA:
nuriaperezpuig@hotmail.com

ABSTRACT

The juridical foundations of Good Living as a constitutionally relevant notion appears starting the promulgation of the 2008 constitutional text, in which Ecuador recognizes the pluri-national nature of the State and integrates the rights of nature.

The notion of Good Living is not defined by the Constitution, although in some articles they refer legally to its nature as a principle, as a set of rights, and as a regime, which guides public policies and citizen participation. The normative content of Good Living is contemplated by the Constitution, by indicating that to concretize Good Living we must make use of our rights and live the respect and plenitude of interculturality, diversity and harmony with nature, and as a primordial duty of the State that must plan the access to Good Living.

It is not disputed that the principle of Good Living has a constitutional weight and hierarchy, materialized in a plan that is transversally positioned in the constitutional text.

Not being constitutionally defined creates a conceptual conflict, when it is located next to *sumak kawsay* as a synonym, or similar notion. Accepting that the content of *sumak kawsay* is extensive and rich by its historical memory and ancestral knowledge, covering in its integrality the respect of diversity, of nature, and of interculturality. It is positioned as a legal term that takes on content from two different visions, one from the ancestral communities and another from the institutional and mestizo view, acknowledging a conceptual break.

KEYWORDS: Legal Notion, good living, *sumak kawsay*, interculturality, principle, rights, state, neo-constitutionalism.

INTRODUCCIÓN**CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL BUEN VIVIR**

El proceso de juridificación de la concepción del *Buen Vivir* en el estado ecuatoriano, aparece relacionada a la idea de principio, de derecho fundamental y regla normativa, siendo ubicado transversalmente como eje constitucional; evolucionando jurídicamente como un valor moderado que toma fuerza y notoriedad no solamente como guía programática, sino como un principio que alberga deberes y una planificación institucional. Desde una perspectiva constitucional aquel deber advierte e introduce el principio del *Buen Vivir* jurídicamente en el texto constitucional, a tenor del artículo tres del capítulo primero de los principios fundamentales.¹ En el texto también se lo categoriza como derecho fundamental sufriendo una transformación formal, en lo jurídico de principio a un conjunto de derechos del *Buen Vivir*, que a manera actual delimita su naturaleza jurídica como principio general del derecho, y/o como conjunto de derechos fundamentales en lo referente a su ámbito de aplicación.

Desde lo concerniente a la aceptación de la noción, su función y consagración a nivel normativo, doctrinal y jurisprudencial, ha sido concebido desde tres perspectivas, la de principio,² la de deber³ y la de derecho.⁴ Así por ejemplo la Secretaría del *Buen Vivir*, ha

¹ CONSTITUCIÓN. Capítulo primero. Principios Fundamentales. “Son deberes primordiales del Estado...5.-Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al *Buen Vivir*”.

² CONSTITUCIÓN, Capítulo primero. Principios Fundamentales, ob. cit.

³ CONSTITUCIÓN, Capítulo primero. Principios Fundamentales, ob. cit CONSTITUCIÓN, Capítulo segundo. Derechos del *buen vivir*, ob cit.

⁴ CONSTITUCIÓN, Capítulo segundo. Derechos del *buen vivir*, ob cit.

dicho, “El *Buen Vivir* es un principio plasmado en la Constitución basado en el concepto ancestral del “*Sumak Kawsay*”, y acota: “De esta forma, al ser un principio, es decir, una norma de carácter general que orienta la acción social, el *Buen Vivir* se convierte en referente de la acción del Estado”⁵ Para el Ministerio de Educación y el Plan Nacional del *Buen Vivir*: “El *Buen Vivir* es un principio constitucional basado en el “*Sumak Kawsay*”, que recoge una visión del mundo centrada en el ser humano, como parte de un entorno natural y social.⁶ Un apunte es que en la norma fundamental aparece el “*Buen Vivir*” como un objetivo a alcanzar, sin embargo en algunas disposiciones constitucionales (artículo 250, 290) aparece como un principio.”⁷ Desde una perspectiva normativista se posiciona así: “El *Buen Vivir* es un concepto sumamente amplio. Su núcleo está caracterizado en

⁵ SECRETARÍA DEL BUEN VIVIR “El *Buen Vivir* no es en ningún caso una extravagancia o recurso retórico. El hecho de que haya sido plasmado en la Carta Magna como un principio fundamental es resultado de un largo proceso de rescate, búsqueda y construcción (aún vigente) de un nuevo modelo de vida y organización socio económica. Es producto de una visión del mundo que postula la imperante necesidad de establecer nuevas formas de relacionarnos como seres humanos, con nuestro entorno natural y social, con el fin de cohabitar de forma armónica, dejando atrás la cultura de depredación predominante en el mundo moderno, que ha colocado al ser humano en una posición de jerarquía frente a las otras formas de vida, para llegar a reconocernos como parte de una red ecológica, un delicado tejido vital en el que todos los seres estamos interconectados y somos interdependientes.

De esta forma, la Constitución de Montecristi se constituye en el primer referente de la Secretaría del *Buen Vivir*. Cumplir el mandato de construir nuevas relaciones personales, sociales y económicas requiere que se terminen las monstruosas inequidades que existen entre los seres humanos y que no se degraden más las frágiles condiciones ambientales a las que hemos llevado al planeta. Este cambio es quizás el más grande de todos porque representa el cambio de la forma en la que el ser humano se ha desempeñado sobre la faz de la tierra, la de dominar y explotar a los otros y al entorno, con el fin de obtener los mayores beneficios personales en el menor tiempo, sin consideración de otras consecuencias.

Frente a la crisis social y medio ambiental que atraviesa la humanidad y el planeta, el ideal del *Buen Vivir* surge como una respuesta que pretende hacer posible no solo la permanencia de la diversidad cultural y ambiental, sino también la felicidad individual y colectiva. Por eso, una de las propuestas de la Secretaría del *Buen Vivir* parte de la necesidad de redefinir los conceptos clásicos de progreso, desarrollo y bienestar.” <http://www.secretariabuenvivir.gob.ec/el-buen-vivir-en-la-constitucion-del-ecuador>.

⁶ MINISTERIO DE EDUCACIÓN, <http://www.buenvivir.gob.ec/inicio>, Plan Nacional para el *Buen Vivir* 2009 – 2013, “En concreto el *Buen Vivir* es: “La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El *Buen Vivir* supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno -visto como un ser humano universal y particular a la vez- valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a un otro)”.

⁷ Simon, Farith, La Noción Derechos Fundamentales en la autodenominada Corte Constitucional Ecuatoriana, *Iuris dictio*, Año 10. Vol 13 p. 27.

relación, por una parte, con el goce efectivo de los derechos (art. 275), y por otra parte, con el desarrollo, pues el *Buen Vivir* define el régimen de desarrollo como aquel conjunto de sistemas económicos, políticos, sociales y ambientales que garantizarán la realización del *Buen Vivir*. En efecto, el primer objetivo del régimen de desarrollo es -Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población”.⁸

Para Alberto Acosta⁹ “el *Buen Vivir*, en definitiva, tiene que ver con una serie de derechos y garantías sociales, económicas y ambientales. También está plasmado en los principios orientadores del régimen económico, que se caracterizan por promover una relación armoniosa entre los seres humanos individual y colectivamente, así como con la naturaleza. En esencia busca construir una economía solidaria, al tiempo que se recuperan varias soberanías como concepto central de la vida política del país”.

Para una correcta interpretación de la configuración jurídica del *Buen Vivir*, hay que acotar que surge producto del cambio de paradigma constitucional al neoconstitucionalismo¹⁰ “cuyo sustento jurídico es la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del derecho y del estado. El derecho se construye ya no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del estado, del orden público, de los principios generales, de la civilización, del progreso, sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y sus derechos. Los derechos fundamentales son un medio y al mismo tiempo el fin de la teoría, del estado y de la organización social”¹¹ El *Buen Vivir* parte de la apreciación constitucional de principio general del derecho, integrado por varios subprincipios que lo ayudan a su realización, también lo encontramos como un deber primordial del estado en la planificación del nuevo modelo económico para acceder al *Buen Vivir*. Mientras en comentario de Alberto Acosta el nuevo modelo atañe principios fundacionales “El *Buen Vivir*, en tanto alternativa de desarrollo, exige otra economía. Una economía sustentada en aquellos principios fundacionales de

⁸ CONSTITUCIÓN, Art. 271,1 comentado por Peña, Lorenzo en el libro “Los valores del ordenamiento jurídico en la nueva Constitución ecuatoriana: El *buen vivir* como principio rector de la convivencia ciudadana”.

⁹ ACOSTA, ALBERTO, Otro Desarrollo - espacio de intercambio para ir más allá del desarrollo (www.otrodesarrollo.com). Biblioteca de documentos - Una iniciativa de CLAES (Centro Latino Americano de Ecología Social).

¹⁰ ÁVILA, RAMIRO, “En Defensa del Neoconstitucionalismo transformador. Los Debates y los argumentos” Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador, Quito. 2012, p. 4.

¹¹ “Al neoconstitucionalismo hay que agregarle la palabra “transformador”, y esto significa ya una posición política. El neoconstitucionalismo transformador pretende alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y una forma de vida “colonizada” a una de emancipación de las grandes mayorías de la población, que no puedan ejercer sus derechos y que el estado les ofrece políticas paternalistas o simplemente represión penal”. Sobre los alcances de la teoría del derecho y del estado, véase RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala, 2011.

esta propuesta postdesarrollista, entre los que destacamos la solidaridad y sustentabilidad, a más de la reciprocidad, la complementariedad, la responsabilidad, la integrabilidad (todos los seres vivos somos necesarios en el planeta), la suficiencia, la diversidad cultura y la identidad, las equidades, y por cierto la democracia.”¹²

También como suma de todos los deberes jurídicos derivados de los principios, configurándose como un auténtico deber jurídico de hacer, este es el caso del Plan del *Buen Vivir* que como política pública se encuentra determinado en todos los Ministerios de Estado. Y “siendo reconocido normativamente, se constituye un derecho subjetivo típico o activo, que otorga poder a su titular para exigir la realización por parte de las administraciones públicas de aquellas actuaciones incluidas en su contenido, pudiéndose reaccionar jurídicamente el incumplimiento de dichas obligaciones jurídicas públicas.”¹³

BUEN VIVIR COMO PRINCIPIO JURÍDICO

El *Buen Vivir* constituye un principio y una directriz¹⁴ valorativa, que delimita la nueva estructura social del estado constitucional ecuatoriano, ubicando al principio como un mandato de optimización,¹⁵ posicionando al estado a realizar todo lo que se encuentre a su alcance para cumplir al máximo el derecho. El principio jurídico constituye por esencia una norma tética,¹⁶ una norma jurídica completa, que inspira las leyes. Los derechos

¹² ACOSTA ALBERTO, “El Buen Vivir, Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginarnos otros mundos” Icaria editorial, s.a. Arc de Sant Cristófol, 11 23, Barcelona, 2013, p. 130.

¹³ PONCE SOLÉ, JULI, “El derecho a la buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública”, en Revista de Procuraduría Geral do Municipio de Juiz de Fora, año 2, n. 2, jan /dez, 2012, Belo Horizonte, p. 310.

¹⁴ RONALD DWORKIN propone, distinguiendo entre directriz política y principio “principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. DWORKIN, RONALD, los derechos en serio, Traducción de MARTA GUSTAVINO, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1984, p. 72.

¹⁵ El Principio es un mandato de optimización y un objetivo que se tiene obligación de alcanzar, hay que analizar la forma de potenciarlo. El mandato de optimización también se refiere a los recursos que se invierten para hacer efectivo el derecho. Véase en AVILA, RAMIRO, “En Defensa del Neoconstitucionalismo transformador. Los Debates y los argumentos” Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador, Quito, 2012.

¹⁶ FERRAJOLI, LUIGI, “Derechos Fundamentales” en Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Debate con varios AUTORES, Edición de ANTONIO DE CABO Y GERARDO PISARELLO, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2001 p. 19, En otro momento, Ferrajoli esclarecía “Según la definición que propongo, son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y o personas capaces de obrar. Los rasgos estructurales que, con base a esta definición, distinguen a estos derechos de todos los demás, son tres, todos ellos independientes del contenido de las expectativas que tutelan a) la forma universal de su imputación, entendiendo universales en el sentido lógico y no valorativo de

humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales como principios.¹⁷

Esta configuración fortalece el principio del *Buen Vivir* en la formación de la jurisprudencia constitucional. El principio del *Buen Vivir* es utilizado como herramienta hermenéutica por la corte constitucional para la determinación de posturas que fijen reglas generales en la consecución de una máxima que aterrice en la realidad histórica y social de nuestro pueblo.

Para entender la importancia constitucional del principio del *Buen Vivir*, debemos comprender la función del principio y la interrelación con la regla, que imposibilita ignorar o contradecir el principio. "Al constituirse un mandato que debe ser alcanzado por el estado, bajo un esquema de principio jurídico, es necesario que sea lo suficientemente flexible para adaptarse a cualquier realidad y también para que pueda ser configurado mediante un debate democrático o un riguroso proceso argumentativo."¹⁸

De acuerdo con lo que expresa Ávila Santamaría referente a que "Las reglas y los principios son normas jurídicas complementarias, no se puede aplicar un principio nunca si no hay una regla. Y aclara que en el sistema jurídico constitucionalizado, también producen normas jurídicas válidas los jueces para los casos y la Corte constitucional con carácter generalmente obligatorio. Pero siempre el juez, cuando resuelve un caso aplicando un principio, tiene que acabar creando una regla mediante un proceso argumentativo". En un estado constitucional de derechos como es el Ecuador se cumple con la aplicación del principio en la creación de una regla por parte de la Corte Constitucional y su jurisprudencia vinculante, como también la encontramos en la aplicación de la hermenéutica jurídica por parte de los jueces ordinarios cuando resuelven sobre garantías jurisdiccio-

la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean titulares, b) su estatus de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamados normas téticas, en oposición a las normas hipotéticas que, en cambio, predisponen, como efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos negociables, por ejemplo, que prevén en la hipótesis c) su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás. Gracias a la identificación de estos tres caracteres, no corolario del otro, esta definición puramente formal dice y no es poco que, en caso de que se quiera tutelar un derecho como fundamental, es preciso sustraerlo, de un lado, al intercambio mercantil, confiriéndole igualmente mediante su enunciación en forma de una regla general y, de otro, a la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional colocada por encima del mismo". FERRAJOLI, LUIGI, "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en FERRAJOLI, LUIGI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Debate con varios autores, Edición de ANTONIO DE CABO Y GERARDO PISARELLO, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2001, p 291 y 292.

¹⁷ ÁVILA, RAMIRO, "En Defensa del Neoconstitucionalismo transformador. Los Debates y los argumentos" Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador, Quito. 2012.

¹⁸ ÁVILA, RAMIRO, "En Defensa del Neoconstitucionalismo transformador. Los Debates y los argumentos" Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador, Quito. 2012, Ob. Cit.

nales en materia de derechos, en ese momento el juez utiliza como mecanismo criterios argumentativos en caso de ausencia de reglas, que no denieguen justicia, aplicando un principio y construyendo una regla para un caso concreto. Como sintetiza Ávila Santamaría respecto de la aplicación de la seguridad jurídica en la creación de reglas o normas jurídicas que deriven de principios “La novedad consiste en que los principios que deben aplicarse son muchos y están en la Constitución y que estos, en gran parte, son derechos fundamentales”.

Mientras que para Robert Alexy “El punto decisivo para la distinción entre regla y principio es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están garantizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”.¹⁹ El *Buen Vivir* como principio jurídico, significa el estándar que ha de ser observado, y ha de ser cumplido y realizado en la mayor medida posible, en diferentes formas y grados, en tanto la realización de este mandato se enmarque como fundamento y guía. Debe concebirse como un nuevo principio rector, de largo alcance que actúa como mandato de optimización con el fin de marcar las pautas a seguir, se traduce en el reconocimiento de derechos.

Para Klara Kanska, el principio del *Buen Vivir* en su configuración jurídica se lo concibe como un supraprincipio,²⁰ o como un principio paraguas, que comprende y se proyecta en principios de alcances más concretos, en derechos, y en deberes o mandatos, cuya observancia o cumplimiento y realización, en última instancia, lleva a observar y realizar aquel principio mayor, o como principio originario con ramificaciones de principios que derivan de él, según se proyectaba. Es evidente que esta contemplación de principio

¹⁹ ALEXY, ROBERT (p. 99), Se amplía en su conceptualización “Los principios ordenan que algo deber ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas”. Continúa diciendo Alexy (p. 87) “En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contiene determinaciones en el ámbito de lo factico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios o cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o bien un principio”. ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Versión castellana de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

²⁰ Supraprincipio jurídico “principio de amplio espectro, que abarca a su vez a otros principios de contenido más concreto o específico y a otras implicaciones jurídicas”. Kanska, Klara, “Towards Administrative Human Rights in the EU Impact of the Charter of Fundamental Rights”. En *European Law Journal*, vol 10. No. 3, Blackwell Publishing Ltda, 2004 p. 305.

paraguas abarca el principio del *Buen Vivir* con la presencia del derecho fundamental del *Buen Vivir*, en cuanto el derecho concrete el principio. También logra su concreción a través de otros valores y principios, que aportan contenido y funcionalidad al principio generador. Estos valores son la democracia, la dignidad humana, la libertad, “se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación, y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación.”²¹

El *Buen Vivir* como principio jurídico, se encuentra en el Título segundo, Principio de aplicación de los derechos, en su artículo diez estipula los titulares de derechos, basándose en una nueva concepción estatal social definida en “Personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, bajo una estructura plurinacional y multiétnica. A la naturaleza la reconocer como sujeto de derechos”. Se establece que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios fundamentales en la configuración del principio del *Buen Vivir*. No excluye ningún principio por el contrario se nutre de ellos para consolidar la realización de la máxima del principio constitucional del *Buen Vivir*. Estos principios que integran la máxima son el Principio de Igualdad²² que para el *Buen Vivir* es un pilar fundamental ya que a través del principio de inclusión se plasma la nueva estructura social del estado en que se posiciona la no discriminación como medida reivindicatoria, el Principio de Aplicación directa,²³ relacionado a los derechos y garantías normativas y jurisdiccionales que encontramos en la parte dogmática de la Constitución, en la cual no se exigirán condiciones o requisitos que no haya previsto la propia Constitución, siendo los derechos plenamente justiciables y accesibles a los titulares del derecho, el Principio de No Regresión,²⁴ especificando que ninguna norma jurídica puede menoscabar el contenido de los derechos, como tampoco se puede aplicar la irretroactividad de la ley en caso negativo, el Principio de Favorabilidad,²⁵ también conocido como principio Pro Homine, sobre el cual se sustentan todos los indubios, garantiza la aplicación de la norma más favorable en cualquier rama del derecho a los titulares de los derechos, el Principio de Jerarquía que impone la horizontalidad de los principios y de los derechos constitucionales reforzando el *Buen Vivir* como

²¹ Constitución, Art. 340. Régimen del *Buen Vivir*.

²² Constitución Art. 11 numeral 2, Principio de Igualdad. “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

²³ Constitución Art. 11 numeral 3, Principio de Aplicación Directa. “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

²⁴ Constitución Art. 11 numeral 4, Principio de No Regresión. “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

²⁵ Constitución Art. 11 numeral 5, Principio de Favorabilidad. “En materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.”

principio y como derecho,²⁶ el Principio de Progresividad,²⁷ que reconoce que el derecho es dinámico y debe responder a las necesidades sociales y del Estado, aplicando este criterio en las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, el Principio de Supremacía,²⁸ que respeta los derechos garantizados en la Constitución como máximo deber del Estado, y el Principio Pro Homine que al igual que el principio de favorabilidad siempre velará por el mayor beneficio al hombre dentro de un estado constitucional de derechos y justicia.²⁹

BUEN VIVIR COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El *Buen Vivir* como derecho fundamental se establece en el Título Segundo de la Constitución. Dentro de este capítulo se estipulan los derechos del *Buen Vivir*, que el Estado reconoce y garantiza a sus ciudadanos centrándolos en la dignidad de las personas, la libertad, la igualdad, la participación política y social, el pluralismo, siendo todos ellos elementos consustanciales para lograr el *Buen Vivir* como derecho fundamental.³⁰ Un derecho fundamental que abarca la definición de Ferrajoli “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”³¹

²⁶ Constitución Art 11 numeral 6, Principio de Jerarquía. “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

²⁷ Constitución Art. 11 numeral 8, Principio de Progresividad. “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, a jurisprudencia y las políticas públicas. El estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.”

²⁸ Constitución Art. 11 numeral 9. Principio de Supremacía. “El más alto deber de Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

²⁹ Constitución, Art. 11 numeral 5. Principio Pro Homine. Lo que más favorezca al hombre.

³⁰ PÉREZ LUÑO, “los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. Es más, para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo, y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico. Recientemente en el seno de la doctrina alemana se ha querido concebir los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho” PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ta edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 30.

³¹ FERRAJOLI, LUIGI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Debate con varios autores, Edición de ANTONIO DE CABO Y GERARDO PISARELLO, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2001.

El derecho fundamental del *Buen Vivir* plasmado en el texto constitucional abarca la totalidad de la población ecuatoriana como sujeto activo, pero aquella definición no confluye con el texto constitucional del Ecuador, que incluye como titular de derechos a la naturaleza, por su integridad del *Buen Vivir* con el *Sumak kawsay*, al menos sin caer en una construcción de tal modo abstracta que no pueda tener alguna operatividad normativa como derecho. Como afirma Lucio Pegoraro “Se denuncia el abuso de la palabra derecho en el lenguaje jurídico, para designar cualquier interés todavía no protegido en alguna medida por el ordenamiento, o cualquier situación de ventaja, incluso simple, o las finalidades del mismo ordenamiento, o cualquier principio recto del ente, o cualquier contrapartida de situaciones jurídicas negativas (derecho a que se cumplan obligaciones y deberes). El abuso de la palabra diluye su fuerte significado favorable, reduce también a nivel político su fuerza. Advirtiendo siempre de falsos peligros, nadie creará que el peligro existe cuando llegue de verdad”. Y seguidamente agregaba “En sus reconstrucciones, la doctrina debería evitar mezclar visiones de derecho positivo, en referencia a cada ordenamiento, con afirmaciones absolutas y superficiales de las distintas variedades sincrónicas y diacrónicas de los ordenamientos. Aquello que en una época o en un lugar puede ser denominado derecho, en otra época o en otro lugar puede que no lo sea”.³² Esta afirmación soporta el principio de progresividad, y el dinamismo del derecho que confirma que podríamos considerar derechos derivados del *Buen Vivir*, aquellos avances científicos y tecnológicos que determinen a futuro una nueva condición de derechos, especialmente en los derechos a un ambiente sano, a la comunicación e información, a la cultura y la ciencia, a la educación, a la salud, al hábitat y vivienda y a las formas de trabajo y seguridad social, este conjunto de derechos del *Buen Vivir* pueden advertir un desarrollo acelerado en un cambio de concepción social, que alteraría la concepción tradicional del contenido de los derechos del *Buen Vivir*.

El *Buen Vivir* se define como “Un paradigma cosmopolita del derecho aún en status nascendi,³³ que parte de la ruptura del paradigma³⁴ unitario del derecho vinculado al dominio jurídico-político del Estado-nación. Esta ruptura ha traído consigo un panorama de pluralismo normativo en el que conviven simultáneamente y en ámbitos coincidentes

³² Pegoraro, Lucio. “Existe un derecho a una buena administración (Algunas consideraciones sobre el (ab)uso de la palabra “derecho”)”, Matilla Correa, Andry/ Prado Maillard, José Luis y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (Coordinadores), Ensayos de Derecho Público en conmemoración del sesquicentenario del natalicio de León Duguit, Lazcano Garza Editores, Monterrey, Nuevo León (México), 2011, pp. 591 y 592.

³³ “Status nascendi es una noción abstracta, refiere a un proceso que se realiza en un lapso de tiempo a veces muy fugaz, casi teórico y es de importancia su localización. La pregunta para arribar al status nascendi de una conducta sería: ¿cómo se originó? refiriéndose al modo en que se generó dicha matriz o respuesta. Lleva implícita la idea de la gestación, entrar desde el hoy a ese proceso de gestación permite entender su ¿para qué? en ese momento y ver si desde el aquí y ahora se podría responder de otra manera para producir un cambio.” Jacob Levy Moreno y la filosofía del momento. Publicación de Psicoanálisis, Sociedad, Subjetividad y Arte. Por Leonel Sicardi.

³⁴ KUHN, T. La estructura de las revoluciones científicas. Fondo de Cultura Económica, México 1975.

de la vida socio política, diferentes órdenes normativos con espacios regulatorios compartidos y frecuentes intersecciones en sus contenidos prescriptivos, normas jurídicas superpuestas y total o parcialmente en sus ámbitos de validez que se entrecruzan de modo constante, creando con ello problemas nuevos y de difícil solución con los recursos que proporcionan los conceptos y categorías jurídicas tradicionales”.³⁵

Esta categorización jurídica no logra determinar el concepto del *Buen Vivir*, centrándolo como un concepto en permanente construcción, como un concepto jurídico indeterminado. Una explicación concreta la define Prieto Sanchís³⁶ “El concepto jurídico indeterminado, cuyo sentido no puede ser fijado a priori, sino que requiere acudir a criterios de valor y de experiencia. No pueden ser dilucidados en abstracto.” De manera similar Sáinz Moreno afirma “no se trata, en efecto, de dar un tratamiento jurídico específico a los conceptos indeterminados, se trata, por el contrario, de exponer las razones por las que todo concepto incorporado a una norma jurídica (...) puede ser interpretado y aplicado de acuerdo con la solución justa que ese concepto (...) lleva implícita.”³⁷

Como hemos visto el concepto jurídico indeterminado se amolda al dinamismo del derecho y al cambio de la concepción social, mencionando a Del Real advierte que entre las causas de indeterminación del lenguaje se encuentra asimismo la distancia en el tiempo entre el acto de creación de la norma y el acto de su aplicación a un contexto dado aduciendo que: “Cuando una normativa incluye un concepto jurídico indeterminado, el paso del tiempo y la evolución social no impiden que aquella normativa creada para una determinada época y para unos determinados supuestos, pueda ser ahora también extendida a los casos nuevos que surgen en épocas sucesivas. El efecto inmediato es que la indeterminación, de una u otra forma, ayuda al derecho a tener continuidad en el tiempo, es decir, aun cuando debe ser precisado en cada momento y cada contexto, le proporciona estabilidad como criterio que guía las conductas de los ciudadanos y de los operadores jurídicos a la hora de aplicarlo”.³⁸ Es indiscutible que cuando hablamos de los derechos del *Buen Vivir* se aplicará el principio de progresividad, con efectos de validez en el tiempo. “Sin duda, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados incorporados como parte de las normas jurídicas nacionales exige una intensa vinculación de los operadores jurídicos a la doctrina, la jurisprudencia, la tradición jurídica, la ciencia jurídica e inclusive a otras ciencias, adquiriendo aquí gran relevancia la tarea interpretativa de los decisores, pues la construcción del significado preciso de un término

³⁵ BELLOSO MARTÍN, NURIA. *Hacia un Paradigma Cosmopolita del Derecho. Pluralismo Jurídico. Ciudadanía y Resolución de Conflictos*. Madrid. 2008 Dykinson.

³⁶ Prieto Sanchís, LUIS. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid. 2014. Editorial Trotta.

³⁷ Sainz Moreno, Fernando. *Revista de Administración Pública*. Madrid. 2013 p. 37-49.

³⁸ Alberto del Real Alcalá, *El derecho es necesariamente vago*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá, en revista *Derechos y libertades*, No. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, 2003.

indeterminado en el caso concreto, tendrá lugar por estos en cada uno de los futuros actos de su aplicación e interpretación”.³⁹ Para complementar este pensamiento García de Enterría afirma “Todavía puede aludirse con la expresión politización de la justicia al hecho de que los numerosos conceptos de valor indeterminados que lucen en la Ley Fundamental (“dignidad del hombre”, “libre desarrollo de la personalidad”, “igualdad”...) no permiten interpretaciones jurídicas y requieren acudir a concepciones políticas. El jurista conoce bien el fenómeno de los conceptos jurídicos indeterminados y aún puede replicar que desde hace mucho valora como una de las más altas tareas del juez llenar su jurisprudencia con la vida y la sustancia de las normas morales y culturales según las cambiantes condiciones sociales y económicas”.⁴⁰

En materia de interpretación constitucional referente a principios y derechos, encontramos normas de textura abierta que según Tron Petit⁴¹ “por razones lingüísticas y conceptuales, en la vaguedad porque la indeterminación intrínseca de su contenido es un factor de adaptación del derecho. Ellos tienen por vocación natural ser indeterminados, resultando así todo el tiempo determinables y redeterminables conforme a las circunstancias y las épocas. Son nociones evolutivas que constituyen, como uno podría decir, los órganos flexibles o blandos del sistema jurídico, -su carne-, por oposición a las nociones determinadas que son -la osamenta-. El derecho tiene, en efecto, necesidad de un cierto número de nociones flexibles o elásticas, de contenido variable, como la falta, la negligencia, la imprudencia, el interés general, la equidad, la urgencia, las buenas costumbres, el buen padre de familia, el orden público...Hablamos de su propósito y oportunidad de -conceptos flexibles o elásticos-, -párrafos de caucho-, de -nociones con contenido variable-, borrosos, opacos o de penumbra, indeterminados”.

Nuestra constitución no determina el concepto de *Buen Vivir*, al ser de textura abierta lo asimila a la cosmovisión andina indigenista del *sumak kawsay* desde la plurinacionalidad y las sociedades colectivas, pero desde la visión del mestizaje lo identifica como un *Buen Vivir* de sociedades individuales, donde la concepción de la realidad parte de una dualidad *sui generis* que se sitúa entre el individuo, la naturaleza y la vida comunitaria, no asimila el componente social de manera individual sino como comunidad, mientras que la concepción de la realidad desde la mayoría mestiza es individualista y no comunitaria, lo que genera una bifurcación en dos sistemas distintos de búsqueda del sentido de lo justo; uno desde la cosmovisión indígena comunitaria y otro desde la justicia ordinaria individualista, imposibilitando su complementariedad, sintetizándolos como lo hace la constitución ecuatoriana en un *Buen Vivir*, un *sumak kawsay*.

³⁹ Núñez Pacheco, Melissa. Los conceptos jurídicos indeterminados. Quito. 2013. Universidad Andina del Ecuador. Corporación Editorial. Quito, junio 2013 ob.cit.

⁴⁰ En *In Memoriam*: Eduardo García De Enterría (1923-2013) por Fernando Saíñz Moreno.

⁴¹ Jean Claude TronPetit. Herramientas Judiciales. Publicado en la obra colectiva: La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas, González M. y Ferrer E., coordinadores, México, Porrúa, 2006.

Estas dos concepciones filosóficas solidifican la diversidad constitucional de manera armónica integrando el principio de pluralidad jurídica, y garantizando la titularidad de los derechos del *Buen Vivir* de forma individual y colectiva. La definición de titularidad colectiva nos es aclarada mediante sentencia específica T-496/96 de la Corte Constitucional Colombiana que aclara que: “El sentido colectivo desarrollado por la noción occidental tiene su punto de partida en el sujeto individual de derechos, quien, de manera voluntaria, individual y espontánea decide integrar una asociación, un gremio, un comité, en la búsqueda del bien común. En cambio, el sentido colectivo en la noción desarrollada por los pueblos indígenas no surge de un acto espontáneo de dos o más personas, sino que está ligado a dos elementos sustanciales, identidad y territorio; dicho esto, su ser - no es una cuestión de una voluntad individual ni espontánea- sino que nace y vive con esa identidad; en consecuencia, un pueblo o nacionalidad indígena no se equipara jurídicamente a una simple asociación en el sentido civilista, sino que son una realidad histórica, dinámica caracterizada por elementos objetivos (elementos materiales que les distingue como el idioma, las instituciones políticas, organizativas y jurídicas, las tradiciones, la memoria histórica, las creencias religiosas o las costumbres) y subjetivos (conciencia étnica) que no se limitan al simple ánimo de asociarse”.⁴²

Uno de los principales elementos del *Buen Vivir* es el sentido de pluralidad,⁴³ conceptualizando el pluralismo como aquella convivencia de cosas muy distintas entre sí. Un sistema plural es aquél que acepta, reconoce y tolera la existencia de diferentes posiciones o pensamientos, que en el contexto constitucional ecuatoriano integran el *Buen Vivir* y el *sumak kawsay*.

Para René Ramírez, el *Buen Vivir* es la “base de información” que provee la Constitución de 2008 para sustentar un enfoque del desarrollo que supera la mera visión del tener, para ampliarlo “al ‘ser’, ‘estar’, ‘hacer’ y ‘sentir’: en el vivir bien, en el vivir a plenitud”. Este giro interpretativo se justifica bajo la idea de que se trata de un concepto complejo y en resignificación; por lo que el autor lo define como una versión renovada del enfoque de satisfacción de necesidades básicas y de calidad de vida.⁴⁴

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-496/96. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

⁴³ Pluralidad.- Calidad de ser más de uno. El sistema democrático se fundamenta en una serie de principios y uno de ellos es la pluralidad. La democracia se basa en la aceptación de las ideas de los otros dentro del marco de la ley. En este sentido, la pluralidad democrática es sinónimo de libertad. En líneas generales, es considerado como un valor democrático que sirve para respetar las ideas de todos. Real Academia de la Lengua Española.1993.España. Editorial Espasa-Calpe. ISBN 84-239-4399-2. Primera Edición

⁴⁴ RAMÍREZ, RENE, La transición ecuatoriana hacia el *Buen Vivir*. En: Senplades, Sumak Kausay/ *Buen vivir* y cambios civilizatorios, 2010, pp. 125-141.

Así mismo la diversidad de interpretaciones del *Buen Vivir* generan verdaderos laberintos conceptuales,⁴⁵ collages y debates; complejizando su comprensión y, peor aún, corriendo el riesgo de desvirtuar sus contenidos, al despojarlo de su episteme ancestral para “racionalizarlo”, negando su otredad, y por tanto, colonizándolo.

CONCLUSIONES

La configuración jurídica del *Buen Vivir* a la luz de la Constitución vigente nos aclara la postura constitucional que posiciona al *Buen Vivir* como principio, derecho fundamental y como regla normativa, siendo ubicado transversalmente como eje constitucional. Es clara la intención del constituyente de consolidar a través del cambio de paradigma al principio del *Buen Vivir* como un supraprincipio o principio paraguas, que comprende y se proyecta en principios de alcances más concretos, en derechos, y en deberes o mandatos, cuya observancia o cumplimiento y realización, en última instancia, lleva a concretar aquel principio mayor, o principio originario con ramificaciones de principios que derivan de él, según se proyecta. El supraprincipio del *Buen Vivir* abarca dos aristas, el *Buen Vivir* individual mestizo y el *sumak kawsay* colectivo indígena.

He analizado también que el *Buen Vivir* como supraprincipio y conjunto de derechos, albergue la posibilidad de configurarse como un concepto indeterminado, que para su determinación flexibilice su noción de forma progresiva y evolutiva, encontrándose en constante adaptación a la necesidad del Estado y sus ciudadanos.

Con claridad puedo afirmar que el *Buen Vivir* en el marco de la Constitución ecuatoriana vigente, se posiciona como un supraprincipio que se desgaja en derechos, y que constantemente son determinables en su aplicación social, y en su interpretación por parte de la Corte Constitucional.

La máxima aproximación por parte de la Corte Constitucional al concepto del *Buen Vivir* como Régimen de desarrollo lo encontramos en la Constitución en el art. 275 y dice: “El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del *Buen Vivir*, del *sumak kawsay*”. Un concepto elástico que se amolda al dinamismo del derecho, que percibe un desarrollo como conjunto organizado de derechos, que delimita un contenido económico, político, socio-cultural y ambiental bajo una estructura mestiza e indígena, como medida inclusiva en un país intercultural.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, A. (2009). Siempre más democracia, nunca menos. A manera de prólogo”. Quito: Abya-Yala.
- ACOSTA, A. (2010). El agua, un derecho humano fundamental. Quito: Abya-Yala.

⁴⁵ HIDALGO-CAPITÁN, A. Y CUBILLO, A. P. (2014). Seis debates abiertos sobre el *Sumak Kawsay*. Iconos. Revista de Ciencias Sociales. 48. (Ecuador): Flacso, pp. 25-40.

- ACOSTA, A. (2012). *Buen Vivir Sumak Kawsay. Una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito: ABYA YALA.
- ACOSTA, A. (2013). *El Buen Vivir, Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. Barcelona: Icaria.
- ACOSTA, A. (2015). *Semana. Mi Espíritu es Rebelde*, 01-11-2015(1110).
- ALEXY, R. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARAUJO, C. (2000). biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100609023007/11cap10. Recuperado el 6 de Octubre de 2016, de biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100609023007/11cap10.
- ASANZA, F. (2009). *Neoconstitucionalismo en el Ecuador y las nuevas estructuras globales de derecho y democracia en la búsqueda de la reforma integral de la justicia, derechos, garantías, políticas públicas y económicas y su impacto en lo social*. Quito: UISEK.
- CAMPBELL, T. (1998). *El Sentido del Positivismo Jurídico*. Alicante: Doxa, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante.
- CEPAL, E. P. (2010). *Cepal*. Cepal.
- CHANCOSA, B. (2014). "El Sumak Kawsay desde la visión de mujer"¹. Primera edición. Congreso. (1998). *Plan Nacional de Derechos Humanos*. Quito: Registro oficial.
- CONSTITUYENTE, A. (2008). *Mesa 1, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Informe de Mayoría*. Quito.
- CORONEL, J. (2012). *Pluralismo Jurídico y Justicia Intercultural*. Quito: Centro de Mediación Comunitaria Intercultural.
- CORONEL, M. J. (2015). *Semana. Mi Espíritu es Rebelde* Alberto Acosta, 1-11-2015(1110).
- CORREA HENAO, M. (2003). *La limitación de los Derechos Fundamentales*. Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlo Restrepo Piedrahita.
- Corte Constitucional, 0008-09-1N (Constitucional 2010).
- Corte Constitucional, 001-10-SIN-CC (Constitucional 2010).
- DWORKIN, R. (1988). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa Editorial.
- FALCONÍ, F. (2013). *Primera Asamblea Ciudadana plurinacional e Intercultural para el Buen Vivir*. Montecristi: Senplades.
- GUDYNAS, E. (2009). *El Mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y Políticas Ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: Abya-Yala.
- GUDYNAS, E. (2010). *La Senda Biocéntrica: Valores Intrínsecos, Derechos de la naturaleza y Justicia Ecológica*. 1(13).
- HAMILTON, L. (1999). *The burdens of equality: Burdens of proof and presumption in Indian and America Civil Rights Law*. *The American Journal of Comparative Law*, vol 47, 93.
- HART, H. (2004). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hidalgo - Capitán, A. (2014). *El Pensamiento Inigenista Ecuatoriano sobre el Sumak Kawsay*. 1ª Edición.

- HOUTAR, F. (2011). El concepto de sumak kawsai (Buen Vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad.
- KANSKA, K. (2004). Towards Administrative Human Rights in the EU Impaact of the Charter of Fundamental Rights. United Kigdom: European Law Journal.
- KELSEN, H. (2008). La Doctrina del Derecho natural y el Positivismo Jurídico. 6(12).
- KOWII, A. (2014). Sumak Kawsay. Primera Edición.
- LATORRE, S. (2015). América latian en la Valoración Mundial del Capital . (3).
- LINARES, Q. (1953). El Constitucionalismo. Argentina: Abeledo-Perrot.
- MACAS, L. (2014). Sumak Kawsay. La vida en plenitud. Huelva: Centro de Derechos Humanos.
- MALDONADO, L. (2014). "El Sumak Kawsay / Buen Vivir / Vivir Bien. Primera edición.
- MEDINA, J. (2001). Suma Qamaña. La Paz.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, D. H. (2011). Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de los Derechos. Quito: V & M Graficas.
- MUÑOZ, F. (2008). El Buen Vivir objetivo y camino para otro Modelo. Quito: Instituto de Investigación y debate sobre la gobernanza.
- NOGUERA, A. (2011). El Abya Yala. Mexico: Foro Consultivo Cientifico y tecnologico.
- NORIEGA, F. (2012). Los derechos de la Naturalez. Guayaquil: Aba Gana.
- OIT. (1989). Recomendaciones sobre poblaciones Indigenas y Tribales. Convenio 169(169).
- ONU. (1948). Declaracion Universal de Derechos Humanos.
- ORTIZ, PABLO. (s.f.). alteridad.ups.edu.ec/documents/1999102/3557650/v4n6_Ortiz.pdf. Recuperado el 30 de 08 de 2016, de alteridad.ups.edu.ec/documents/1999102/3557650/v4n6_Ortiz.pdf
- PACARI, N. (2009). Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas. Quito: Abya Yala.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1995). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos.
- PNBV. (2009). Plan de Nacional del Buen Vivir, Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo-Senplades. Quito: Senplades.
- PORTERO, C. S. (2008). ¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución? En C. S. Portero, ¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución? V M & Graficas: 978-9978-92-651-2.
- QUIJANO, ANÍBAL. (2010). América Latina: hacia un nuevo sentido histórico. Quito: FEDAEPS.
- QUIROLA, D. (2009). Sumak kawsay hacia un nuevo pactgo social en armonia con la naturaleza. Quito: Abya Yala.
- SÁNCHEZ, S. (2004). Aprender en la Sabiduría y el Buen Vivir. Quito: UIAW.
- SANTOS, B. D. (2006). El Foro Social Global y la Izquierda Global. Londres: Sociedad Civil Global.
- SANTOS, B. D. (2007). La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional. En B. d. Santos, Pensar al Estado y la Sociedad. Bolivia: Grupo Comuna.
- SANTOS, B. D. (2010). Refundación del estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur. . Quito: Abya-Yala.
- Senplades. (2008). Senplades. Plan de Desarrollo del Buen Vivir. Quito.

- Senplades. (2009). Plan Nacional del Buen Vivir. Quito: Senplades.
- Senplades. (2011). Guía para la Formulación de Políticas Públicas. Quito: Senplades.
- SILVA, P. C. (2008). ¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución? Quito: V M & Graficas.
- Simón, Farith, La Noción Derechos Fundamentales en la autodenominada Corte Constitucional Ecuatoriana, *Iuris dictio*, Año 10. Vol 13 p. 27
- WALSH, C. (2002). Interculturalidad. Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico. Quito: Abya-Yala.
- WRAY, N. (2009). Los retos del Régimen de Desarrollo. El Buen Vivir en la Constitución. En el Buen Vivir. Una vía para el Desarrollo. Quito: Abya Yala.
- ZAFFARONI, E. R. (2011). La Naturaleza como Persona: De la Pachamama a la Gaia. Quito: V & M Gáficas.
- ZAMORA, J. (2007). La cultura del Consumo. (114).

EL BINOMIO ECONOMÍA-TECNOLOGÍA Y SU RELACIÓN CON LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA. UNA ESPECIAL REFERENCIA AL GOBIERNO ELECTRÓNICO

THE BINOMIO ECONOMY-TECHNOLOGY AND ITS RELATIONSHIP WITH THE ECONOMIC GLOBALIZATION. A SPECIAL REFERENCE TO THE ELECTRONIC GOVERNMENT

Andrea Moreno

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Este artículo comprende examinar el enfoque multidimensional de la economía con la tecnología en el escenario empresarial dentro de una dimensión normativa que hoy en día se aproxima con más acento a los lineamientos proporcionados por la globalización económica y que admite la construcción de nuevos modelos, tal y como ocurre con el llamado gobierno electrónico. Para su cometido, se procura inicialmente referir algunas nociones básicas respecto de la economía y el comportamiento de los mercados dentro del esquema productivo, para seguidamente, arribar a la revisión de la globalización económica como resultado de un proceso que proporciona entre otros ámbitos instrumentales que moldean institucionalmente el sentido y puesta en práctica de un gobierno electrónico.

PALABRAS CLAVE: economía, mercado, tecnología, globalización, gobierno electrónico.

ABSTRACT

This article examines the multidimensional approach between economy and technology aspects and their effects in business development. Nowadays, the legal aspects approaches this topic by showing new models in this subject, one of them is primarily the phenomenon called "e-government". For understanding purposes, this article shows the importance of regarding basic notions, and market behaviors related to production. Thereupon, it will analyze economic globalization as a result that provides electronic mechanisms in order to improve the handling of procedures.

KEYWORDS: economy, market, technology, globalization, e-government.

RECIBIDO: 19/05/2017
ACEPTADO: 27/05/2017

CORRESPONDENCIA:
andy_moreno@hotmail.com

Los temas tradicionales de estudio, como el derecho tributario, las leyes de represión de prácticas monopolísticas, entre otras afines conservan el interés que siempre han despertado, pero lo que distingue el enfoque actual, no es el abandono de estas cuestiones, sino el hecho cierto de que la difusión de la economía ocurre en todas las áreas del derecho.

(GUESTRIN, S. 2004, P.4)

INTRODUCCIÓN

EL BINOMIO ECONOMÍA-TECNOLOGÍA

LA ECONOMÍA Y EL COMPORTAMIENTO DE LOS MERCADOS

La economía ha sido entendida como la ciencia que estudia la gestión de la escasez, *la adopción de decisiones humanas en situaciones en las que los recursos disponibles para atender diversos fines tienen diferentes usos alternativos y son escasos*. Con una noción más amplia, se llama también economía, *al conjunto de actividades productivas interrelacionadas*, dentro de las cuales se catalogan aquellas acciones económicas emprendidas en una región según los segmentos, en tal sentido es frecuente su asociación a un punto específico, tales como el mercado de automóviles, de flores, de servicios bancarios, entre otros mercados como *bienes y servicios que se intercambian en una economía*.

EN EL MERCADO DE BIENES

Se agrupan los agentes económicos, quienes acuden a comprar (*hogares, empresas o el sector público*), y otros se ocupan de vender (*generalmente empresas*).

EN EL MERCADO DE SERVICIOS

Se agrupan los agentes que intercambian los *bienes o servicios* que a su vez emplean medios económicos y operativos *para producir otros bienes o servicios*.

El análisis del equilibrio general desde el contexto de la economía necesariamente aborda el estudio del comportamiento de los mercados como un sistema, en el cual las ofertas y demandas fluyen en rigor y dependencia de los precios. La aplicación de los principios y leyes pertenecientes a esta disciplina, se enmarcan en pautas vinculadas tradicionalmente al estudio del costo de oportunidad, maximización de utilidad, leyes de oferta y demanda, entre otros que son empleados como estímulos e incentivos en la rama en consecuencia a la influencia de las diferentes ramas en la ejecución, administración y coordinación de las actividades económicas. Lo anterior hace relacionar ciertamente la conexión de la ciencia económica con la ciencia jurídica sobre la base de una premisa, cada una de ellas constituye un cuerpo de conocimientos completo respecto de otro; autosuficientes en el amplio espectro de las ciencias sociales.

Bajo estos enfoques, la valoración del grado de apertura del mercado interno y externo ponen de manifiesto la importancia de medir la competitividad en la economía

y la dinámica de las empresas para entrar a los mercados e incursionar en el régimen de los estímulos, incentivos, deberes, cargas y obligaciones dispuestas en las regulaciones a los empresarios, a quienes les corresponde la consideración y evaluación de los costos y gastos para el ejercicio y comercio en sus actividades.

LA CIENCIA Y TECNOLOGÍA DENTRO DEL ESQUEMA PRODUCTIVO

Una aproximación correcta en la materia nos motiva a separar la tecnología como actividad y sus particularidades como medio que permite la producción, difusión y aplicación de conocimientos en las relaciones informativas, organizativas e institucionales a partir de un trabajo científico. Para clarificar su alcance es importante repasar estas dos dimensiones; la primera, como efecto de un fenómeno socio-cultural requiere maduración y progreso para manifestar sus alcances y la segunda, como una actividad que rinde resultados cuando se la conjuga con decisiones estratégicas para la producción, difusión y aplicación de conocimientos encaminados a mejorar las relaciones informativas, organizativas e institucionales.

Con estas aclaraciones, se distingue la tecnología como un componente que permite la puesta en práctica de la innovación organizacional al ofrecer medios eficaces que pongan solución a problemas de índole industrial, técnico, gestión y actividades comerciales .

La percepción de la tecnología dentro de un esquema productivo sigue el enfoque de eficiencia schumpeteriana que persigue la implementación de un modelo que realza la introducción tecnológica en las políticas públicas adoptadas para la producción de bienes y la generación de valor agregado. Este enfoque evalúa los ajustes que sirven a la producción y productividad sostenible de las organizaciones productivas para superar las dificultades institucional acorde el modelo económico y siguiendo el trazado del proyecto nacional, el cual esencialmente debe contener los lineamientos concretos para el impulso de la productividad y competitividad.

LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

LA GLOBALIZACIÓN COMO RESULTADO DE UN PROCESO

A la globalización económica como fenómeno de transformación social y económica se la he sobrepuesto un cambio radical de tiempo y espacio, frente a lo cual, se torna altamente complejo construir un concepto en la medida en que se impone su carácter multiforme, abierto y polisémico . Para un mejor alcance, se sigue la definición encontrada en el Diccionario Expansión al señalar que es un *“proceso de creciente interdependencia económica del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y de la variedad de las transacciones internacionales de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales y, aunque en menor medida, de la mano de obra, al mismo tiempo que por la difusión acelerada y generalizada de la tecnología”*.

En el plano de la globalización económica, la trascendencia se puede apreciar con más claridad en la propuesta de mejoras institucionales para el avance de la mercantilización y en la apertura de nuevos sucesos económicos y tecnológicos en la gestión de los merca-

dos de bienes y servicios. Su principal aporte se centra en suprimir el excesivo formalismo que impide la fluencia en la administración, manejo y organización de las empresas, mediante la propuesta de medios que tornen las actividades se presentan con rapidez, practicidad y flexibilidad.

Bajo este lineamiento el excesivo formalismo de las instituciones jurídicas impide una visión correcta del carácter social y económico de las relaciones productivas en la economía, en tal orden de ideas, la fórmula ofrecida como resultado de la globalización se presenta así:

LA REFORMULACIÓN DE LA NORMATIVA

actividades menos formales

EL CÁLCULO DEL COSTO-BENEFICIO

Este proceso de globalización se aprecia en estas tendencias primarias:

- a. Mejorar el tiempo que conlleva a los agentes económicos a la apertura, administración, gestión en el manejo de los negocios y otros.
- b. Reducir los costos de transacción¹ en el manejo de sus actividades para crear oportunidades en el mercado.
- c. Superar los caminos congestionados y rituales burocráticos que son camisas de fuerza en los emprendimientos para incorporar fluidez en los negocios.

EL GOBIERNO ELECTRÓNICO

El Gobierno Electrónico asimila y comprende el uso de las tecnologías de la información y comunicación, particularmente la Internet, como una herramienta para alcanzar un mejor gobierno OCDE. Siguiendo este modelo, para organismos internacionales como el Banco Mundial se asocia a este fenómeno, el "...uso de tecnologías de información por parte de las agencias gubernamentales que tienen la habilidad de transformar las relaciones entre los ciudadanos, los negocios y otros brazos del gobierno".² De las defini-

¹ Para el análisis del fenómeno, es preciso mencionar que en la concepción de la Nueva Economía Institucional, este fenómeno se aborda a partir del entendimiento de los llamados "*costos de transacción*". Para North, estos últimos *consisten en los recursos necesarios para medir los atributos tanto legales como físicos que se están intercambiando, los costos de vigilar y hacer cumplir el acuerdo y un descuento por la incertidumbre que refleja el grado de imperfección en la medición y cumplimiento obligatorio de los términos de intercambio*".

² Para una revisión más detenida de los fines públicos en los medios digitales se sugiere revisar lo establecido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) e Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). En dicha presentación se abordan ejemplos de países y el plan estratégico para el desarrollo del (GE). Ese mismo documento incluye una referencia al concepto de "sociedad de la información" como el resultado de un determinado nivel de desarrollo social, económico y tecnológico caracterizado por la participación de diversos agentes (gobierno, empresas, investigadores, centros tecnológicos,

ciones antes remarcadas, se extrae que a este concepto se asocian las ideas de innovación continua de los servicios, la participación de los ciudadanos y la forma de hacer efectivo el ejercicio del gobierno mediante la transformación de las relaciones externas e internas

Bajo estas consideraciones, es necesario puntualizar que el gobierno electrónico (GE) tiene como propósito reformular los procesos en base a los lineamientos que tenga la planificación estratégica, sin que signifique una absoluta automatización de todos los procedimientos que hoy se hacen manualmente, siendo su propósito diseñar medios que erradiquen el acatamiento de los rituales burocráticos, para ofrecer en su reemplazo, mecanismos que concedan las facilidades jurídicas, administrativas e incentivos a los usuarios, a través de soluciones eficaces y ágiles.³

Este modelo de gobierno electrónico conlleva forzosamente de la combinación de la tecnología de información y redes de comunicaciones en todos los ámbitos sociales con roles asociados a los gobiernos dentro de un proceso de elaboración de políticas públicas y teniendo en cuenta las nuevas oportunidades ofrecidas por el uso de las *Tecnologías de la Información y la Comunicación* (TIC) e Internet⁴ junto con los diferentes actores críticos involucrados en el desarrollo de proyectos. A la hora de desarrollar la actividad pública se pone a consideración la necesidad de considerar a las tecnologías como una oportunidad para caminar hacia gobiernos y administraciones públicas con un carácter relacional que origina inclusive una especificidad en tres dimensiones llamadas “*e-Administración, e-Democracia y, finalmente, e-Gobernanza*”.

Este patrón implica en especie de reinención del gobierno apoyada en el concepto “*e-gobierno*” como un instrumento que facilita la consecución de los objetivos de una administración pública moderna y que está centrado en combatir la corrupción, a través de una gestión transparente y responsable, así como la provisión de servicios eficientes. Para una referencia más local, el sistema “*e-Ecuador*” se encuentra en plena marcha con lineamientos y objetivos que si bien enfrentan una serie de desafíos para su diseño, es claro su aporte para como canal de superación de los conductos tradicionales al momento de llevar a cabo los trámites, sin que ello pueda convertirse en un fin en sí mismo, sino como un camino necesario para alcanzar la eficiencia esperada en la gestión pública.

organizaciones sociales y ciudadanos) dispuestos a generar, difundir y usar la información para la producción de conocimiento económicamente útil (innovación) a los fines del desarrollo.

³ Como un concepto aproximado la innovación se define por el uso comercial e incluye la innovación industrial y que incluye el diseño técnico, la manufactura, la gestión y las actividades comerciales comprendidas en el mercadeo de un producto nuevo, o mejorado.

⁴ Según la Organización de las Naciones Unidas, se refiere al uso de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), por parte de las instituciones de Gobierno sirven para mejorar cualitativamente los servicios de información ofrecidos a los ciudadanos, así como por aumentar la eficiencia y eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación ciudadana. Hacia una visión integrada del Gobierno Electrónico.

Así las cosas, el gobierno electrónico es el medio instrumental que propone la revisión, rediseño y optimización de los procesos a partir de la introducción de la tecnología en las funciones de las organizaciones públicas, y que llevado este modelo al segmento empresarial significa que las iniciativas se aprecien con más notoriedad en el mejor acceso a la información e interacciones más rápidas, así como con la consecuente disminución de los costos de operación al suprimir las barreras burocráticas innecesarias.

De esta manera la implementación del gobierno electrónico pone de relieve la revisión de la dimensión normativa que lo compone y que debe responder a su empleo como una prioridad para disminuir las barreras, bajo el diseño de sistemas - predecibles y coherentes - que permitan la fluidez de nuevas ideas, proyectos y expansiones.⁵

EL GOBIERNO ELECTRÓNICO EN EL CASO ECUATORIANO

Con estas referencias, vale denotar que en el caso ecuatoriano⁶ el gobierno electrónico representa un patrón para aliviar las cargas burocráticas, a partir de la transformación de la matriz productiva reconocida constitucionalmente como un patrón admitido desde la norma constitucional y materializado en el Plan Nacional del Buen Vivir dentro del marco de las estrategias e indicadores de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en sujeción a los principios del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y a las definiciones de gobierno abierto, cercano, eficaz y eficiente.⁷

Con más detenimiento, la Constitución de la República del Ecuador se ocupa del reconocimiento del sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación como el canal apropiado para la generación, adopción y difusión de conocimientos científicos y tecnológicos que eleven la eficiencia, productividad y mejora en la calidad de vida. Para su aplicabilidad, este sistema se asiste de *programas, políticas, recursos, acciones, así como requiere*

⁵ El World Economic Forum. en su informe titulado “*Global Competitiveness*” señala que los cuatro puntos problemáticos en relación al manejo y mantenimientos de negocios son: *la restrictiva regulación en materia laboral, el acceso a la financiación, los tipos impositivos y la ineficiencia de la burocracia gubernamental.*

⁶ Para la revisión de la implementación del gobierno electrónico como modelo sostenible e inclusivo de aporta a los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir y a las estrategias públicas que persiguen la mejora de la calidad de vida de las personas, permite la participación y colaboración ciudadana, a través de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. A través del gobierno electrónico se incrementa los niveles de eficacia y eficiencia en la prestación de servicios y ofrece otro medio para que los ciudadanos ejerzan de manera efectiva el goce de garantías, el ejercicio de derechos, el cumplimiento de deberes sustentado en una gestión pública eficiente y eficaz.

⁷ En lo tocante a la simplificación administrativa, a priori vale decir que dicha locución está asociada a instrumentos de calidad normativa directamente orientados a la reducción de cargas en el contexto de políticas de mejora regulatoria para la ordenación económica con dimensiones amplias, por ejemplo, cuando se trata de una pluralidad de actuaciones, como la simplificación orgánica que conduce a mejorar las estructuras u organizaciones públicas y la simplificación procedimental mediante la cual se revisan las operaciones que conllevan la concreción de un acto, a efectos de hacerlos menos complejos y más eficientes.

consecuentemente que las instituciones del Estado realicen actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación para que trabajen proactivamente en coordinación con los objetivos y políticas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo.

Frente a este régimen, puede comprenderse el deber asumido por el Estado para facilitar e impulsar la incorporación a la sociedad del conocimiento para alcanzar los objetivos del régimen de desarrollo, a la par de destinar los recursos necesarios para dar cumplimiento al salto que comprende el desarrollo tecnológico y la innovación. Tomando como referente el artículo titulado “Ciencia, la tecnología y la innovación en Iberoamérica” escrito por Mario Albornoz, quien menciona el pensamiento de Jorge Sábato y Natalio Botana⁸, es de admitirse entonces que el medio tecnológico es una poderosa herramienta de transformación de una sociedad y que sirve para llevar a cabo la innovación organizacional.

El entusiasmo que ha generado este nuevo modelo se combina con la inserción de la política pública alineada al objetivo décimo de la Política Nacional del Buen Vivir que persigue la tarea de: “... impulsar la transformación de la matriz productiva, el cual tiene como objetivo promover la intensidad tecnológica en la producción primaria, de bienes intermedios y finales”.⁹

Dadas las consideraciones anteriores, la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología ha avanzado con una *Política Pública Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación* (2007-2010), en dicho documento, dentro de los elementos que conforman la noción de *Desarrollo Humano del Ecuador*, se estableció la necesidad de la ciencia y tecnología, como política para dar soluciones a problemas nacionales y sociales relevantes, identificándose en el objetivo undécimo el auspicio para el desarrollo local, la competitividad y la sostenibilidad macroeconómica.

Es entonces con la ayuda de la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología que se ha adecuado la Política Pública Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación con una proyección nacional que hace viable la aplicación de tecnologías innovadoras en las áreas en las que haya demanda y potencial competitivo¹⁰

⁸ Para una definición de la tecnología, es preciso mostrarla desde sus diversas definiciones, lo cual hace relación al pensamiento de Sábato y Mackenzie que considera esto como paquete de conocimientos organizados de distintas clases (científico, técnico, empírico) provenientes de distintas fuentes (ciencias, otras tecnologías) a través de métodos diferentes (investigación, adaptación, desarrollo, copia, espionaje, etc.)

⁹ En este ámbito conviene resaltar la visión de desarrollo como perteneciente a de un mundo homogéneo y universal, donde el modo de vida de las personas y sociedades está articulado por relaciones generadas en el contexto dinámico y, desde ahí, la existencia de una ciudadanía universal conformada por productores y consumidores que, en permanente innovación y competencia, se convierta en el motor de la nueva historia de la humanidad. Ver a Acosta, A. (2010). *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi*. Ed. Fundación Friedrich Eber. Para seguir la referencia, puede consultarse a: Zúñiga, Carlos: *Temas de Economía Política en la carrera de Derecho*, p. 197.

¹⁰ La Política Pública Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación publicada por la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología describe ampliamente las metas, los objetivos, las acciones e inversiones que deben plantearse en las áreas estratégicas. Una de las políticas prioritarias se

En un plano actual, a partir de la simplificación de trámites se muestra un avance en el orden de protección de la seguridad, estabilidad y permanencia de las estructuras organizadas por los agentes económicos tal y como se refirió en el reciente informe del *Doing Business* publicado por el Banco Mundial.¹¹

CONCLUSIONES

1. Es indudable que las normas jurídicas crean condiciones determinantes de conductas, cuyos resultados pueden ser evaluados económicamente, en cuanto a parámetros inequívocos de eficiencia y que repercuten en el bienestar general.
2. La valoración especializada y eficiente en el desempeño de las entidades públicas se enfoca tendencialmente a brindar en beneficio del interés general, lo que pone de manifiesto su necesario apoyo a través de la actividad científica y tecnológica.
3. Las regulaciones se muestran afines a propiciar la creación de nuevas unidades económicas en términos de agilidad, sencillez y fluidez.
4. Un entorno favorable, con facilidades jurídicas, administrativas son elementos estrictamente necesarios para el ejercicio de la vocación empresarial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, A. (2010). El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi. Ed. Fundación Friedrich Heber.
- ARAUJO R. Y CRIADO J (2003). Hacia una visión integrada del gobierno electrónico. *Revista Economías*. 54, 206.-207.
- ARREOLA R. (2008). Una aproximación al gobierno electrónico de los Estados Unidos, Canadá y México en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Revista Investigación de la Universidad Simón Bolívar* 8, 50-51.
- BARRIOS, C. CASTRO, U. ÁLVAREZ, L ET AL. (2015). La relación global-local: sus implicancias prácticas para el diseño de estrategias de desarrollo. Biblioteca virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. Recuperado el 20 de Diciembre del 2015, de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007a/259/36.htm>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL (2016). Recuperado el 23 de Octubre del 2016, de http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/5/39255/gobierno_electronico_anaser.pdf

relaciona con la vinculación, cooperación e integración del Ecuador al desarrollo de soluciones científico-tecnológicas en campos como el gobierno en línea.

¹¹ En el Informe *Doing Business* se efectúa una serie revisiones anuales en el que se consolidan las investigaciones de las regulaciones que favorecen la actividad empresarial y aquellas que la constriñen, con el objeto de brindar indicadores cuantitativos. Su análisis incluye a las regulaciones que influyen en fases de la vida empresarial, como por ejemplo la apertura de una empresa, el manejo de permisos de construcción, la obtención de electricidad, el registro de propiedades, la obtención de crédito, la protección de inversores, el pago de impuestos, entre otros elementos.

- DE LA DEHESA ROMERO, G. (2001). El concepto de globalización desmenuzado: sobre “Comprender la globalización”. España, Alianza Editorial.
- FARIA, J. (2012). La globalización económica y sus consecuencias jurídicas: diez tendencias del derecho contemporáneo. Pérez, A (Coord.). Revista Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente, Valencia. Editorial Tirant La Blanch.
- GUESTRIN, S. (2004). Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho: De las fallas del mercado al sistema jurídico. Argentina, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Láscaris, T (2002). Estructura organizacional para la Innovación Tecnológica. El caso de América Latina. Recuperado el 10 de diciembre del 2015, de www.oei.es/historico/revistactsi/numero3/art02.htm.
- León, M. (2013). COPCI y cambio de la matriz productiva. Recuperado el 31 de Octubre de 2015, de <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/385/File/Mauricio%20Leon.pdf>.
- Núñez J. La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Recuperado el 12 de diciembre del 2015, de <http://www.oei.es/salactsi/nunez02.htm>.
- OCAMPO, H. (2013). Estado, Derecho y Economía: Mercado empresarial, Instituciones y Costos de Transacción. Un análisis del caso ecuatoriano. Quito. Corporación Editora Nacional. Política Pública Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación publicada por la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología. Recuperado el 2 de diciembre del 2015, de https://www.healthresearchweb.org/files/pol_nac_cti.pdf.
- REYES, F (coord.), Archila J, Mendoza A, Polanía N y otros (2015). Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada. Colombia. Universidad Externado de Colombia, 3-4.
- SIQUEIRA, C. (1995). Economía política, globalización y comunicación. Recuperado el 22 de Octubre de 2016, de <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10701656N140-12.pdf>
- ZÚÑIGA, C. (2008). Manual de Derecho Económico. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 197-198.

USO SOCIAL, JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PARA LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS Y LA LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EL ECUADOR

SOCIAL, LEGAL AND POLITICAL USE OF THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE FOR THE CONCRECTION OF THE RIGHTS AND LEGITIMATION OF DEMOCRACY IN ECUADOR

Gonzalo Xavier Rodas Garcés

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

El objetivo general que guía la construcción y sistematización de las ideas que se articulan en este trabajo, apunta a resaltar la necesidad y pertinencia así como identificar factores coadyuvantes y limitantes acerca del uso social, jurídico y político de la jurisprudencia constitucional como instrumento de innovación social y desarrollo a través del sistema de justicia, en el contexto de la institucionalización del conjunto de paradigmas emanados del Texto Fundamental de 2008: el Estado constitucional de derechos y justicia, el neoconstitucionalismo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la constitucionalización de la justicia y la democracia constitucional, y con sujeción a la premisa respecto de la cual el Derecho surgido a partir de la Constitución de Montecristi, que es un Derecho que deviene constitucionalizado en su integralidad, encierra un enorme potencial emancipatorio y es capaz, bajo determinadas condiciones históricas, sociales y políticas, de promover transformaciones fundamentales en la sociedad. En esta línea de pensamiento, se postula como idea central que la jurisprudencia constitucional, elevada a la categoría de fuente directa del ordenamiento jurídico patrio, es un elemento de innovación social y de desarrollo si y sólo si se le da el uso social, jurídico y político que entraña el Texto Fundamental. La jurisprudencia constitucional, en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia diseñado por la Constitución es un potente instrumento social, político y jurídico en manos de los jueces y de la ciudadanía, para favorecer los cambios y las innovaciones sociales en democracia que comporta el proyecto político transformador contenido en la Carta de Montecristi.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia constitucional, innovación social y desarrollo, derechos constitucionales, democracia constitucional, administración de justicia, ciudadanía.

RECIBIDO: 24/05/2017
ACEPTADO: 2/06/2017

CORRESPONDENCIA:
xavrod7@hotmail.com

ABSTRACT

The general objective that guides the construction and systematization of the ideas that are articulated in this work, aims to highlight the need and pertinence as well as identify contributing and limiting factors on the social, legal and political use of constitutional jurisprudence as an instrument of social innovation and development through the justice system, in the context of the institutionalization of the set of paradigms emanating from the 2008 Fundamental Text: the constitutional State of rights and justice, neo-constitutionalism, the constitutionalisation of the legal system, the constitutionalisation of justice and Constitutional democracy, and subject to the premise respect of which the arising law from the Constitution of Montecristi, is a right that becomes constitutionalized in its entirety, contains an enormous emancipatory potential and is capable, under certain historical, social and political conditions, to promote fundamental transformations in society. In this line of thought, it is postulated as the central idea, that constitutional jurisprudence, elevated to the category of direct source of the legal system, is an element of social innovation and of development, if and only if it is given the social, legal and political use that is involved in the fundamental text. Constitutional jurisprudence, in the new State of rights and justice designed by the constitution is a powerful social, political and legal instrument in the hands of judges and citizens, to favor changes and social innovations in democracy, that is involved in the political transformative project contained in the Political transformative contained in the Charter of Montecristi.

PALABRAS CLAVE: Constitutional Jurisprudence, Social Innovation and Development, Constitutional Rights, Constitutional Democracy, Administration of Justice, Citizenship.

“La Constitución es simplemente un papel que ha sido fuente de frustración durante mucho tiempo. Varios derechos han sido incluidos pero los pueblos continúan siendo excluidos, empobrecidos, invisibilizados y oprimidos. Estamos ante un nuevo tipo de constitucionalismo que implica un proyecto político de país diferente, otra forma de cultura, de convivencia, de territorialidad, de institucionalidad del Estado”.

-BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS-

INTRODUCCIÓN

La República del Ecuador experimenta un proceso de hondas transformaciones en su institucionalidad jurídico política a partir del proceso constituyente que hizo posible la entrada en vigencia de la Carta Constitucional de 2008, y con ella, un nuevo modelo de Estado, el Estado constitucional de derechos y justicia, y un nuevo tipo de Derecho, el Derecho constitucionalizado de los valores, los principios, los derechos, las reglas, la ponderación y el pluralismo jurídico.

En efecto, dicha Constitución implicó la entrada del Ecuador al neoconstitucionalismo, que asume un modelo de organización jurídico política denominado Estado constitucional, centrado en el principio de supremacía constitucional, la vigencia de los derechos fundamentales y el principio político democrático de soberanía popular, instituye un tribunal especializado para la interpretación y concreción de los preceptos y postulados superiores, la Corte Constitucional, cuyas decisiones son vinculantes como órgano facultado para la producción de normas jurídicas de obligatoria aplicación.

Las decisiones de la Corte Constitucional, de forzoso e inexorable cumplimiento, manifestadas a través de su jurisprudencia, y concretamente, del precedente constitucional,

transforma la estructura del sistema de fuentes del derecho, tradicionalmente basado en la fuerza monopólica de la ley.¹ El nuevo modelo establece la sujeción de los jueces, a la jurisprudencia constitucional, por lo que éstos deben interpretar, aplicar y argumentar el derecho no sólo con arreglo a la ley, sino fundamentalmente, en consonancia con la Constitución y la jurisprudencia emanada del máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, la Corte Constitucional, órgano de cierre del sistema.²

Bajo la premisa de que el derecho surgido a partir de la Constitución de 2008 entraña un enorme potencial emancipatorio y es capaz, bajo determinadas condiciones históricas, sociales y políticas, de promover transformaciones fundamentales en la sociedad,³ el presente ensayo postula como idea central que la jurisprudencia constitucional, elevada a la categoría de fuente formal y directa del ordenamiento jurídico, es un potente elemento de innovación social y de desarrollo sí y sólo sí se le da el uso social, jurídico y político implícito en el Texto Fundamental.

Sin duda, se trata de cambios cualitativos de gran calado que se están verificando en la cultura jurídica nacional, que hace que los juristas debamos aprender a operar bajo estos nuevos paradigmas y necesitemos, en primer lugar, de un enfoque hermenéutico que dé cuenta, desde la perspectiva descolonizadora del poder⁴ y del potencial emancipatorio del derecho,⁵ la utilización social, jurídica y política de la jurisprudencia constitucional (Ávila, 2013), como elemento de innovación social, en el contexto de la nueva institucionalidad jurídico política que sobrevino como resultado del proceso constituyente que dio lugar a la Carta de 2008.

Mediante el uso social de la jurisprudencia constitucional, es posible conservar las conquistas sociales y asegurar las transformaciones estructurales en una sociedad profundamente inequitativa, aumentar los niveles de exigibilidad de los derechos y una ciudadanía volcada a vivir realmente los derechos constitucionales, en un pro-

¹ El legicentrismo ha imperado en el Ecuador durante más de 150 años, desde su fundación como República, lo que ha degenerado en un sistema jurídico caracterizado por el formalismo ético y normativo.

² La jurisprudencia ha asumido la altísima tarea de adecuar el Derecho a las exigencias de la nueva sociedad en transformación. La función de los jueces, más que defender una legalidad decrépita, es crear gradualmente la nueva legalidad prometida por la Constitución.

³ El ordenamiento jurídico expresa un producto social al tiempo que actúa como factor social incidiendo sobre la misma sociedad que lo manifiesta.

⁴ Tesis que plantea, desde la perspectiva del análisis de la colonialidad del poder, la necesidad de superar la dominación neocolonial que ha construido subjetividades, mentalidades, discursos e imaginarios desde los centros del poder hegemónico en el mundo, lo que ha conllevado a su peditar las formas de pensar y actuar, a los intereses de las potencias centrales y a sus modelos culturales.

⁵ Permite entender al derecho no solo como instrumento de legitimación del estado de cosas, sino como praxis de la vida de los pueblos y herramienta fundamental para promover y viabilizar profundas transformaciones sociales y culturales.

ceso permanente de transformación social basado en una política constitucional y una justicia progresista, que materialice los principios y valores de la Constitución, procurando superar la brecha entre las promesas constitucionales y las vivencias cotidianas.

Mediante el *uso jurídico*, la jurisprudencia constitucional es una herramienta valiosa para garantizar la igualdad procesal, predictibilidad, uniformidad de la actuación de la justicia, la seguridad jurídica, y procurar acercar a la justicia a los problemas concretos e intereses sociales de la población.

Mediante el, los jueces podrán otorgar legitimidad a la democracia, convirtiendo a la justicia en una herramienta dinámica para la materialización de la Constitución, la expansión del contenido esencial de los derechos y las limitaciones al poder.

La pregunta problema sobre la cual giran las reflexiones de este trabajo alude a ¿cuáles son los factores coadyuvantes y limitantes para que la jurisprudencia constitucional, como instrumento de innovación social y desarrollo sea utilizada en la concreción de los derechos y en la legitimación de la democracia a través del sistema de justicia en el Ecuador?.

La idea a defender parte de la consideración respecto a que, en el marco de las transformaciones sustanciales del ordenamiento jurídico que alienta la Constitución de 2008 y la asunción de la jurisprudencia constitucional como fuente formal y directa del derecho y su uso social, jurídico y político, es posible promover procesos de innovación social y desarrollo, para favorecer la plasmación en la práctica de los derechos y el modelo de democracia inclusiva y participativa consagrados en el proyecto histórico reivindicatorio contenido en la Carta Constitucional, si y solo si, el sistema de justicia⁶ y la ciudadanía⁷ logran empoderarse de las virtualidades de esta herramienta jurídico política y la hacen suya en la cotidianidad de las relaciones jurídicas y de los procesos sociales de la Nación.

El objetivo general que guía la construcción de las ideas que se articulan en este ensayo, apunta a identificar factores coadyuvantes y limitantes para el uso social, jurídico y político de la jurisprudencia constitucional como instrumento pertinente y necesario para la innovación social y el desarrollo⁸, a través del sistema de justicia, en el contexto de la institucionalización del conjunto de paradigmas emanados de la Constitución de 2008: el Estado constitucional de derechos y justicia, el neoconstitu-

⁶ Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 se alude a la “constitucionalización de la justicia”, para significar la subordinación del quehacer de la administración de justicia al servicio de los postulados, principios, valores, derechos, garantías y libertades prescritos en el Texto Fundamental.

⁷ Se invoca también el concepto de “ciudadanización de la Constitución”, como metodología orientada a institucionalizar y legitimar socialmente el proyecto jurídico político insito en la Constitución de 2008.

⁸ Se trata de conectar los cambios en el orden jurídico político emanados de la Constitución de 2008, con las consecuentes mutaciones sociales e institucionales mediante el involucramiento de todo el tejido de la sociedad, en dirección a la atención de las necesidades humanas básicas de la población nacional y la participación pública en el proceso de transformaciones del derecho como praxis de vida del pueblo ecuatoriano.

cionalismo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la constitucionalización de la justicia.

El enfoque metodológico se fundamenta en la teoría crítica del derecho⁹ que hace posible efectuar el análisis de las bases culturales y el contexto histórico, social y político de las transformaciones jurídicas operadas en el Ecuador a partir del proceso constituyente que puso en vigencia al Texto Fundamental de 2008,¹⁰ factores que han influido paulatinamente en las nuevas orientaciones acerca de la forma de ver y practicar el derecho y en la configuración de la nueva cultura jurídica nacional.

La metodología de investigación aplicada a este ensayo sobre la jurisprudencia constitucional como elemento de innovación social y desarrollo, se aparta de la reducción normativista del positivismo que ha colonizado el estudio del derecho en nuestro país (Salamanca, 2015), para incursionar en el ámbito de la fundamentación del nuevo paradigma constitucional y el análisis de la realidad jurídica actual del Ecuador, desde perspectivas epistemológicas, gnoseológicas y ontológicas de ese fenómeno cultural que entraña el posicionamiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho y su uso social, jurídico y político, concebida en la Carta para materializar los principios y valores del constitucionalismo y de la justicia sustancial, haciendo énfasis en el potencial emancipatorio del Derecho, según la concepción del proyecto político gestado en el Ecuador a partir de 2007.¹¹

El carácter complejo y dialéctico de la realidad jurídica producto de las transformaciones que comporta la institucionalización de la jurisprudencia constitucional, su

⁹ La Teoría Crítica del Derecho es el conjunto de ideas que explican los efectos sociales y los entramados políticos de la praxis jurídica; se orienta a la aprehensión de las condiciones históricas y las estructuras político sociales que confluyen en el estudio del derecho. Hace uso de categorías materialistas con el fin de penetrar en la comprensión profunda de la naturaleza y del rol del derecho. Pretende demostrar que son las condiciones histórico materiales de la vida social las que explican las formas y funciones de las instituciones jurídicas. Para esta corriente de pensamiento, el derecho es una práctica social específica que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto de los grupos sociales que operan al interior de una formación económica social determinada, práctica de naturaleza discursiva, discurso ideológico y discurso del poder.

¹⁰ El día 15 de abril de 2007, mediante Consulta Popular, el pueblo ecuatoriano expresó su voluntad de convocar a una Asamblea Constituyente, con el propósito de elaborar una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado. El día 28 de septiembre de 2008, mediante referéndum, se aprobó la Constitución. El día 20 de octubre de 2008 entró en vigencia a través de su publicación en el Registro Oficial 451 la Constitución aprobada por el pueblo ecuatoriano.

¹¹ La Constitución surgida y legitimada por el proceso constituyente iniciado en el 2007, plantea como objetivo estratégico de Nación, el “buen vivir”. Para el efecto, consagra un conjunto de “derechos del buen vivir”. Y para que éstos tengan cumplida realización, instituye el denominado “régimen del buen vivir” (conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran los derechos) y como medio de viabilización, el llamado “régimen de desarrollo para el buen vivir” (conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir).

incidencia en la estructura del sistema de fuentes del derecho y el rol de los jueces en la concreción de los derechos y la legitimación de la democracia, es analizado desde dimensiones históricas, sociológicas, ideológicas, axiológicas y normativas, bajo una concepción del derecho como relación social histórico-jurídica.¹²

La metodología aplicada se despliega desde perspectivas dogmático jurídicas, socio-histórico jurídicas, axiológico jurídicas e ideológico jurídicas, es decir, a través de un enfoque sistémico, multidimensional, e interdisciplinario, que supera la reducción normativista del positivismo y la tradicional exégesis que le acompaña,¹³ y da cuenta, en cambio, de la realidad del derecho en el Ecuador en el contexto histórico político del proyecto constitucional del 2008, su dinamismo histórico y su potencial emancipatorio. El enfoque metodológico es integrador y holístico, se orienta al conocimiento dialéctico de la totalidad del fenómeno en estudio, aplica el paradigma de la complejidad y de la articulación sistémica, y siempre bajo una concepción del derecho como praxis social compleja (acción) de la vida de los pueblos y el reconocimiento de su potencial transformador.

El trabajo se orienta a señalar pautas para fortalecer la política pública de promoción de la jurisprudencia constitucional como elemento de innovación social y desarrollo, identificando actores y roles que hagan posible materializar su uso social, jurídico y político, a través del sistema de justicia, en el marco de las profundas transformaciones del Estado y del Derecho que alienta la Constitución de Montecristi.

NUEVOS PARADIGMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

La Constitución de 2008 con su fuerza normativa y eficacia directa, el Estado constitucional de derechos y justicia, la constitucionalización integral del ordenamiento jurídico en su conjunto, el neoconstitucionalismo, la constitucionalización de la justicia, así como el rol protagónico de la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, cuyas decisiones a través de dictámenes y sentencias tienen carácter vinculante y modifican sustancialmente la estructura del sistema de fuentes, son los nuevos paradigmas que han venido a provocar transformaciones radicales en el derecho ecuatoriano, en su concepción y praxis, aspectos esenciales sobre los cuales, y en primer lugar, este ensayo se propone reflexionar, analizar, sistematizar y evaluar con el auxilio de los diversos lentes o enfoques de la doctrina.

¹² Superación de la tradicional concepción normativista a que nos redujo el positivismo jurídico, para plantear la ineludible expresión jurídica de la praxis político moral y el dinamismo revolucionario de la praxis jurídica.

¹³ El problema del formalismo jurídico ha sido una constante en la cultura del constitucionalismo ecuatoriano. La ciencia jurídica y los juristas han generado muy poca producción analítica y crítica para ampliar las fronteras del conocimiento jurídico. Poco se ha reflexionado, desde perspectivas multidimensionales, sobre las implicaciones del cambio constitucional operado a partir del 2008. Los estudios se contraen, por lo general, a la sola realización de exégesis normativas del Texto constitucional.

El neoconstitucionalismo es la concepción jurídica que orienta al nuevo Derecho, pues según la propia Corte Constitucional, con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, se operó en el Ecuador “la adopción del neoconstitucionalismo como ideología de Estado”.¹⁴ Esta corriente del pensamiento iusfilosófico comporta un modelo de organización jurídico política denominado Estado Constitucional, cuyas características esenciales se centran en el principio de supremacía constitucional, la vigencia de los derechos fundamentales y el principio democrático de soberanía popular. El modelo creado instituye un tribunal especializado para la interpretación y concreción de los principios y valores de la Constitución, la Corte Constitucional, cuyas decisiones son vinculantes, erigiéndose en órgano facultado para la producción de normas jurídicas de obligatoria aplicación. Y al definir el Texto Fundamental al Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, se provoca en criterio de la Corte, un tránsito institucional que ubica al país dentro del “paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano”,¹⁵ implicando “*toda una revolución conceptual y doctrinaria*”. El Estado constitucional de derechos implica –para esta misma tesis– una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia.¹⁶

Dada esta realidad que innova radicalmente al sistema jurídico nacional, puesto que una fue la concepción y la práctica del derecho antes de la Constitución de 2008, y otra, desde la vigencia de la nueva Carta,¹⁷ es necesario auxiliarnos en los posicionamientos

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, R.O 479, de 02-10-2008, p. 15.

¹⁵ El nuevo constitucionalismo latinoamericano expresado en las nuevas constituciones de América Latina defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y los económicos, establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que pueden ser activados por la ciudadanía y generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía. Se caracteriza por ser un proceso de renovación y fortalecimiento del constitucionalismo, de dinamismo creativo y de autenticidad democrática de los supuestos constituyentes; acentuación progresiva de la normatividad, especialmente significativa en un ámbito propenso al desorden constitucional del poder y de la vida política que autorizaba a considerarlo como constitucionalismo semántico; eficacia y fuerza creciente de la defensa de la Constitución, potenciada por la conciencia generalizada de su relevancia para realizar el programa social de las mayorías.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, R.O 479, de 02-10-2008, p. 12.

¹⁷ El ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde sus orígenes, fue influenciado por el paradigma del legicentrismo, de origen romano francés, al amparo de dos conceptos básicos: el Estado de derecho y la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos. Todo ha girado alrededor de la ley como acto supremo e irresistible, al que no se le opone un derecho más fuerte, cualquiera sea su forma o fundamento y la fuente principal de producción de

teóricos más relevantes de la doctrina, para caracterizar y explicar los rasgos que definen y fundamentan el perfil neoconstitucionalista del nuevo ordenamiento jurídico surgido con la nueva Constitución.

Así, Carbonell (2010) plantea tres distintos niveles de análisis en torno al tema; primero: el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX; se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos alrededor de amplios catálogos de derechos fundamentales; segundo: la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante; los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo, puesto que entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etc.; los jueces tienen que trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos; tercero: los desarrollos teóricos novedosos que parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial marcadamente activista, pero también aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no sólo a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo: son importantes a este respecto, los desarrollos teóricos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, entre otros.

Por su parte Luis Prieto Sanchís, citado por Bernal (2008), caracteriza al neoconstitucionalismo a partir de la defensa simultánea de las siguientes tesis atinentes a la Constitución y a su interpretación: la Constitución es material, garantizada, omnipresente, establece una regulación principialista, se aplica mediante la ponderación y presupone un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación. Analiza al neoconstitucionalismo a través de tres dimensiones: como filosofía política o doctrina del Estado justo, como una profunda renovación de la teoría del derecho positivista, y como una propuesta de posible conexión entre derecho y moral. Y en esa misma línea de pensamiento Bernal (2008) precisa como núcleo de aquello que se presenta como neoconstitucionalismo: que los derechos fundamentales de la Constitución son principios que se aplican judicialmente mediante la ponderación.

derecho ha sido el parlamento, a través del procedimiento legislativo, y la ley como encarnación paradigmática de la voluntad general, la manifestación de la normativa por antonomasia.

Comanducci (2009) el neoconstitucionalismo es el modelo constitucional que recoge un conjunto de mecanismos normativos e institucionales integrados en un sistema jurídico político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y protegen los derechos fundamentales. Es concebido como teoría del derecho, ideología del derecho y método de análisis del derecho. Como teoría del derecho, preconiza un modelo de sistema jurídico caracterizado por una Constitución invasora (“constitucionalización del derecho”), la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la Ley; representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional basada en el legiscentrismo y el formalismo interpretativo y destaca la fuerza normativa de la Constitución; los rasgos sobresalientes del neoconstitucionalismo como teoría del derecho son: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y coexistencia de una constelación plural de valores. Como ideología, el neoconstitucionalismo pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, a diferencia de la ideología del constitucionalismo clásico que perseguía como objetivo la limitación del poder estatal; subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales exigiendo que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminados a concretar, actuar y garantizar los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Como metodología sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y justificativa entre derecho y moral; considera los principios constitucionales como puente entre el derecho y la moral; y, en este sentido, cualquier decisión jurídica y en particular la decisión judicial, estará justificada si se deriva, en última instancia, de una norma moral.

Gil (2009) construye su visión sobre el neoconstitucionalismo como teoría, dogmática, ideología y estilo de vida, al tiempo que presenta una serie de elementos estructurales que lo configuran como paradigma que explican su funcionamiento. Lo define como cierto modelo de Estado de Derecho que concibe institucionalmente una determinada forma de organización política. El neoconstitucionalismo se caracteriza por una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediabilmente la última palabra se encomienda a los jueces.

A partir de los referentes y estándares invocados, recogidos de la doctrina, se precisa discernir si efectivamente el canon neoconstitucional se ha instaurado en el derecho ecuatoriano desde la vigencia de la Constitución de 2008, y a este respecto, debe examinarse las siguientes evidencias relativas al nuevo Texto Fundamental: i) no se limita a la diagramación del poder sino que contiene un ambicioso catálogo de principios y derechos a los que se reviste del carácter de inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdepen-

dientes y de igual jerarquía, al tiempo que sistematiza y articula un amplio espectro de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado hacia el objetivo estratégico del buen vivir, los derechos del buen vivir, el régimen del buen vivir y el régimen de desarrollo para hacerlos posible, así como establece como el más alto deber del Estado, el de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; ii) establece un conjunto de garantías para asegurar su supremacía y los derechos en ella consagrados: garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales; iii) define al Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, por lo que se adhiere a la corriente filosófica, jurídica y política del Estado justo, la tutela fuerte de los derechos, la fuerza normativa de la Constitución y el principio democrático de soberanía popular; iv) está dotado de un conjunto amplio de principios así como de reglas, que articulan valores jurídicos y éticos, en perspectiva identificativa y justificativa entre derecho y moral.

Al juzgar, pues, por estos rasgos distintivos de la Constitución, puede concluirse que efectivamente, el ordenamiento jurídico del Ecuador se ha alineado en la matriz ideológica del neoconstitucionalismo, y que se ha operado, por tanto, la recepción de sus principios por parte del sistema jurídico nacional, abriendo cauces diferentes para estudiar, comprender, interpretar y vivir el derecho, superando la tradición positivista.

El Estado constitucional es el modelo jurídico político que adopta la Constitución para el Ecuador. Corresponde también, en este punto, con auxilio de la doctrina, desentrañar los rasgos fundamentales que comporta esta organización estadual. Según Peña (1997) podemos definir inicialmente al estado constitucional de derecho a partir de tres factores relevantes: la supremacía constitucional y la prevalencia de los derechos fundamentales; la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo al derecho de todos los poderes públicos; y, la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute y a la efectividad de los derechos. El paso del Estado legislativo (sometimiento del poder público a la ley) al Estado constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes -de modo que queda definitivamente superada la imagen débil de la juridicidad constitucional característica del período liberal- al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política.

Häberle (2009), por su parte, sostiene como elementos constitutivos del Estado constitucional, antes que nada, a los derechos de igualdad y de libertad que se derivan de la dignidad de la persona: garantizan la apertura del ordenamiento y del proceso político desde el ciudadano.

Sanchís (2013) señala como rasgos singulares del Estado constitucional de derecho y como novedades que aporta este modelo: el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución; la rematerialización constitucional; la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución; y, la rigidez constitucional.

Para Gil (2009), en el modelo de Estado constitucional de derecho se propone un paradigma distinto al del Estado liberal del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, a partir de la reafirmación -mediante la Constitución- del principio de la soberanía popular y la eliminación del principio de la soberanía del Estado, expandiendo su esfera hacia los derechos económicos, sociales y culturales, como así también hacia los derechos colectivos. En este paradigma la Constitución se concibe como un mecanismo dirigido a la protección de los derechos y también se proyecta como una gran norma directiva que compromete solidariamente a todos en la obra dinámica de la eficaz realización de los objetivos constitucionales.

Ávila (2009), postula que el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia instituido por la Constitución ecuatoriana, permite visualizar las innovaciones en dos áreas: la teoría del derecho y el modelo político de Estado. El Estado constitucional nos ayuda a responder quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener éstas. El Estado de derechos nos da luces para responder dónde encontramos las normas y para qué se las expide. El Estado de justicia nos resuelve el problema del por qué el Estado.

Andrade (2009), al referirse a la caracterización del Estado constitucional de derechos y justicia que consagra la Constitución del Ecuador, señala que se ha transitado del principio de legalidad al de constitucionalidad; ha concluido el monopolio del sistema jurídico de ley escrita estructurado bajo el modelo continental puesto que junto a este sistema existen otros que tienen igual reconocimiento y validez; el Estado se organiza y funciona a fin de realizar la justicia social, que en definitiva es la justicia para todas y todos; y, se debe garantizar en todo momento la vigencia de los derechos humanos: esto último constituye el eje central del actuar íntegro del Estado.

La Corte Constitucional del Ecuador sistematiza los siguientes *rasgos característicos* del Estado constitucional de derechos y justicia que proclama el Art. 1 de la Constitución de Montecristi: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional”.¹⁸

Para la Corte, tres *efectos esenciales* entraña el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia: el reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales; el tránsito de un juez mecánico aplicador de

¹⁸ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, p. 14.

reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; la existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales. El Estado Constitucional supone¹⁹ “la aproximación máxima a la que ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental, esto es, el ejercicio de los derechos que se imponen a la voluntad de quienes tienen el poder”, ha dicho con especial énfasis la Corte Constitucional del Ecuador.²⁰

En resumen, son elementos básicos que configuran al Estado Constitucional diseñado por el Texto Fundamental de 2008: i) la supremacía de la Constitución o reconocimiento de su carácter normativo superior; ii) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; iii) la garantía reforzada de los derechos; iv) el funcionamiento de una justicia especializada para los conflictos de orden constitucional; y, v) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

En el caso de las vivencias del modelo de Estado constitucional se concluye que la Constitución ha dejado de ser un programa político y se ha convertido en una norma jurídica de aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y sus garantías. Los derechos son enfocados como sinónimo de pluralismo jurídico y centralidad del ordenamiento jurídico y del sistema de justicia. Se ha operado el tránsito del principio de legalidad al principio de constitucionalidad, del monopolio jurídico al pluralismo jurídico. El Estado se encuentra organizado y funcionando, según el diseño constitucional, para la realización de los derechos humanos, con el específico deber de garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales cumpliendo con su más alto deber, el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.²¹ El rol del juez es el de creador de derecho y garante de los derechos. La justicia es la plasmación en la práctica de los derechos fundamentales.²²

La constitucionalización del ordenamiento jurídico es inherente al neoconstitucionalismo y a su modelo de organización jurídico política, el Estado Constitucional, fenómeno que según Guastini (2010) opera como el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales. Para Guastini, las principales condiciones

¹⁹ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia de jurisprudencia vinculante* 001-10-PJO-CC., R.O.No.351-S de 29-XII-2010, p. 4.

²⁰ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa* 001-08-SI-CC, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, p. 12.

²¹ Constitución de la República, art. 3 num.1; art. 11 num. 9.

²² Al definir la Constitución al Ecuador como “Estado constitucional de derechos y justicia” (art.1), asume el concepto de justicia como sinónimo de plena vigencia práctica de los derechos, que se operativiza a través del aparato de administración de justicia, por lo que los jueces son tenidos como instrumento para este propósito constitucional.

de constitucionalización son: existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; garantía jurisdiccional de la Constitución; fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”); “sobreinterpretación” de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; interpretación adecuada de las leyes.

Un ordenamiento jurídico se encuentra constitucionalizado en circunstancias que la Ley Fundamental resulta extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales, por lo que son rasgos característicos del ordenamiento jurídico constitucionalizado: la rigidez y la garantía jurisdiccional de la Constitución, su fuerza vinculante, la sobreinterpretación constitucional, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

En este mismo sentido destaca Prieto (2005), bajo la categoría de constitucionalismo fuerte, cuatro rasgos básicos: la Constitución es considerada como norma jurídica y no un catecismo moral o político, que vincula a sus destinatarios; además de norma formal o procedimental, la Constitución incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices, etc., esto es, que la Constitución no sólo establece quién manda y cómo se manda, sino que pretende condicionar también en una amplia medida qué puede o debe mandarse; la tutela de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos corresponde a la justicia como institución encargada de brindar las correspondientes garantías secundarias para la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos realizados en violación de cualquier norma primaria; y, la Constitución habla de demasiadas cosas, lo hace en ocasiones con poca imprecisión, se dirige a todos y no solo a las instituciones.

Con sujeción a los estándares reseñados, puede afirmarse que efectivamente el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir de la Carta Fundamental de 2008 se encuentra constitucionalizado, en refuerzo de cuyo planteamiento cabe señalar: i) la normativa infraconstitucional emanada tanto del órgano parlamentario como de otros órganos de la institucionalidad estatal, durante la vigencia de la Constitución de 2008, recogen por lo general, de manera sistemática y profusa los postulados esenciales de la Norma Suprema; ii) la invocación de preceptos constitucionales es por regla común, el modo argumentativo y justificativo de todo acto normativo, administrativo o jurisdiccional de los competentes órganos del poder público; iii) se establece procedimientos especiales para la producción de innovaciones del texto constitucional (enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente), por lo que el sistema dota a la Constitución de una rigidez reforzada para garantizar la estabilidad y permanencia de los objetivos esenciales del poder constituyente; iv) la Constitución se halla jurisdiccionalmente garantizada, y al efecto se ha diagramado todo un complejo orgánico procesal para la justicia constitucional, orientado a precautar

tanto el principio de supremacía constitucional como la vigencia plena de los derechos fundamentales, otorgando a todo ciudadano la potestad para que, de manera individual o colectiva, ejerza las acciones de inconstitucionalidad o de garantía de los derechos; v) se proclama de manera expresa, la fuerza vinculante y la aplicación directa de la Constitución, cuyos preceptos obligan a toda persona, autoridad e institución y exigen de jueces y agentes de la administración pública, su inmediata e incondicional ejecución; v) el ámbito dispositivo y normativo de la Constitución alcanza también a las relaciones entre particulares, por lo que cabe hablar también de la constitucionalización de derecho privado; vi) la Constitución está poblada de regulaciones que condicionan de uno u otro modo, la actuación de la legislación, la jurisprudencia, los desarrollos doctrinales, la acción de los actores políticos y de las relaciones sociales; toda actuación tanto del poder público como de los particulares es evaluada bajo el prisma de los preceptos constitucionales; y vi) se trata de una Constitución actuante y viviente, a diferencia de la vigencia precaria y condicionada que tuvieron las Cartas Políticas anteriores al 2008.

La fuerza normativa y la eficacia directa de la Constitución es el signo distintivo del neoconstitucionalismo; la eficacia normativa y la aplicación directa de la Constitución son pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional. En el neoconstitucionalismo, la Constitución tiene verdadero carácter de norma, por lo que su aplicación directa por parte de legisladores, jueces y administradores, es obligatoria. La eficacia directa significa que todos los llamados a aplicar el derecho deberán tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión. La Constitución no sólo es norma sobre las normas sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho sin más. La Constitución será directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad de ningún procedimiento previo de recepción por otra fuente del Derecho, y puede ser directamente invocada o alegada por cualquier persona, sin necesidad de hacerla acompañar de precepto legal alguno. Los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos.²³

La Corte Constitucional, refiriéndose a la consecuencia jurídica de la transformación a sistema normativo de la Constitución, señala que:

“... Esta transformación progresiva de la Constitución hasta llegar a ser una norma, implica, por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma. Lo anterior, como bien señala Ignacio de Otto (Derecho Constitucional, sistema de fuentes), trae sustanciales secuelas frente a la interpretación de la Constitución, a saber: a) habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico conforme

²³ El Art. 424 de la Constitución de la República establece que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia”.

*al texto constitucional; b) habrán de examinarse, a la luz del texto constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conforme con el texto constitucional y con el llamado doctrinariamente bloque de constitucionalidad; c) en la aplicación concreta del derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de extraer de ella la solución a cualquier litigio o problema jurídico; y sólo si ésta no dice nada, se aplicarán las normas secundaria; y, d) la condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas preconstitucionales (ipso constitutione) y en general, previa petición de parte para las normas infraconstitucionales posteriores a la Constitución”.*²⁴

La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional es que *todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional*”.²⁵ Congruente con ese desarrollo doctrinal, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, como precedente vinculante, que *“la Constitución de la República del Ecuador, para su validez y eficacia, no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno. Sus disposiciones disfrutan de eficacia directa e inmediata”*.²⁶

La constitucionalización de la justicia es el fenómeno que pone de manifiesto el rol esencial del sistema de justicia como instrumento para alcanzar los propósitos constitucionales, en cuya virtud la misión que los jueces están llamados a cumplir en la democracia constitucional, con arreglo a los principios del neoconstitucionalismo y del Estado constitucional, consiste en la defensa tenaz, eficaz, activa y operante de los derechos humanos, a fin de materializar su plena vigencia práctica.

A este respecto, Ávila (2009) considera que el Estado constitucional de derechos y justicia abre en el Ecuador un espacio para la pluralidad de sistemas jurídicos, estatales y no estatales, y al reconocimiento sustancial de los derechos, por tanto, a la “constitucionalización de la administración de justicia” y, a través de ella, a la ampliación de las potencialidades democratizadoras de la sociedad ecuatoriana, y hace notar que el énfasis en la justicia posiciona a “los jueces como garantes de los derechos” frente a la decisión prioritaria de conflictos socialmente relevantes y en la materialización de los derechos en los casos concretos, y permite fundamentar la reforma judicial y las políticas judiciales sobre la base de un “acceso a la justicia sustancial”; puntualiza que la constitucionalización de la administración de justicia “supera la formalidad” y apunta hacia la “creación de una nueva institucionalidad judicial al servicio de la gente que asegure el acceso sustancial a la justicia: la constitucionalización material”.

²⁴ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479, suplemento, 2-XII-2008, pág. 14.

²⁵ *Ibidem*, pág. 14.

²⁶ *Ibidem*, Decisión 1, pág. 18.

El Estado Constitucional instituido por el Texto Fundamental del Ecuador, a criterio de Andrade (2009) precisa de un nuevo papel para el juez como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre la materia. En el Estado legalista, la función judicial se limita a una tarea exclusivamente aplicativa de la ley; el derecho una vez creado por el legislador, debe ser aplicado de un modo mecánico por el juez (subsunción). En el Estado constitucional, en cambio, los jueces asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho; las prácticas de los tribunales y los principios y reglas no son una operación de subsunción lógica, sino un proceso de interpretación y argumentación racional de las decisiones sobre la base del sentido común, de los valores, del balance de los intereses políticos y de la idea de justicia imperante en la sociedad. Así, el Estado constitucional de derechos y justicia implica la superación del Estado legalista o de legalidad. La Constitución deja de ser un mero programa político y se convierte en una verdadera norma, no cualquier norma sino en la “norma suprema” del ordenamiento y a partir de allí, disciplina a todos los poderes públicos y a los particulares.

La práctica judicial, a la luz de los principios y valores de la Constitución de 2008 deja de ser una operación de subsunción lógica para convertirse en una operación de argumentación y de interpretación. Se establecen garantías reales de los derechos de las personas a través de un sistema de justicia eficaz, independiente, especializada. Los jueces asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho.

La Constitución, al definir al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y justicia y consagrar como deber primordial del Estado garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos humanos, ha constitucionalizado a la administración de justicia y a la justicia, y ha trazado un nuevo diseño del sistema judicial, donde los jueces son creadores de derecho y garantes de los derechos a través de una justicia restaurativa y distributiva. La actual Constitución prescribe un modelo de poder judicial activista que tutele eficazmente los derechos humanos y como instrumento para materializar el ideal de la justicia.

La jurisprudencia constitucional es fuente directa y formal del derecho, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008.²⁷ La exigencia de respetar la jurisprudencia constitucional es global para todo el sistema jurídico; genera un efecto irradiación respecto a las demás materias. El máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia en materia constitucional produce precedentes obligatorios y vinculantes.

²⁷ Con la Constitución de 2008 la estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico ecuatoriano ha experimentado un giro de 180 grados: la ley ha dejado lugar a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos y comparte espacio normativo con la jurisprudencia constitucional que ha pasado a ser fuente formal y directa del Derecho. Con esta innovación, ha cambiado también la estructura institucional del Estado: la legislatura ya no es el único centro o núcleo del sistema jurídico estatal; los jueces dejan de ser la boca muda de la ley y pasan a ser protagonistas del nuevo Estado de justicia y el sistema judicial en su conjunto, instrumento para hacer realidad el modelo constitucional.

En el análisis del nuevo rol instrumental de la jurisprudencia constitucional y su incidencia en la estructura del sistema de fuentes, Montaña (2012) puntualiza que la Corte Constitucional tiene un papel definitivo en la transformación de las fuentes del derecho, en razón de que la jurisprudencia constitucional está llamada a convertirse en la fuente fundamental de la resolución de los conflictos sociales del país.

La Corte Constitucional del Ecuador ha enfatizado que “*todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional*”.²⁸ Sin embargo, J. Montaña pone de manifiesto algunas dificultades para convertir los fallos de los jueces constitucionales en fuente directa del derecho: las sentencias no consiguen resumir y sintetizar los hechos adecuadamente; no existen criterios claros y homogéneos para el manejo del precedente horizontal; no hay un lenguaje técnico normalizado de cada una de las acciones; no existe doctrina judicial propia para identificar el pensamiento y el enfoque doctrinario que ha desarrollado la Corte; las sentencias abusan de citas doctrinarias extranjeras; existen fallas de argumentación; no hay cadena de argumentos deductivos ni esfuerzos suficientes para indicar las razones de las decisiones; subsisten problemas de registro de las sentencias que hacen muy difícil encontrarlas y utilizarlas... todo lo cual constituye, entre otros factores, verdaderas limitantes para el adecuado uso de la jurisprudencia y la institucionalización de la cultura del precedente como herramienta para favorecer cambios cualitativos fundamentales en los órdenes sociales, jurídicos y políticos.

Ávila (2013), por su parte, enfatiza en los tres usos que la jurisprudencia constitucional debe tener: político, social y jurídico. Mediante el *uso político*, los jueces otorgan legitimidad a la democracia y hace posible convertir a la justicia en una herramienta dinámica para la materialización de la Constitución y los límites del poder. El *uso social*, permite conservar las conquistas sociales y asegurar las transformaciones estructurales en una sociedad profundamente inequitativa, posibilita aumentar los niveles de exigibilidad y una ciudadanía volcada a vivir realmente los derechos constitucionales, en un proceso permanente de transformación social basado en una política constitucional y una justicia progresista, que materialice los principios y valores de la Constitución. El *uso jurídico* convierte a la jurisprudencia constitucional en una herramienta valiosa para garantizar la igualdad procesal, predictibilidad, uniformidad de la actuación de la justicia, la seguridad jurídica, y procura acercar a la justicia a los problemas concretos e intereses sociales de la población.

CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes de la Corte Constitucional tienen incidencia fundamental en los ámbitos sociales, jurídicos y políticos, como instrumento de innovación social y desarrollo, en el marco de los

²⁸ Corte Constitucional de Transición: Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, p. 14.

nuevos paradigmas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, atento el potencial emancipatorio del derecho y su papel en el proceso de institucionalización del proyecto de transformaciones diseñado por la Constitución de 2008.

2. La Corte Constitucional tiene un rol protagónico en el proceso de constitucionalización de la cultura jurídica y de la vida cotidiana del país, mediante la creación de un sólido acervo jurisprudencial que consolide la transformación del sistema de fuentes del derecho y la resolución de los conflictos sociales más relevantes del país.
3. Los jueces (la judicatura), abogados (el foro) y docentes del derecho (la academia), que son también actores principales en la consolidación del nuevo orden jurídico político que consagra la Constitución, deben asignar mayor protagonismo a la jurisprudencia constitucional, a fin de materializar los paradigmas del Estado constitucional, el neoconstitucionalismo, la constitucionalización del derecho y la constitucionalización de la justicia, instituidos por el Texto Fundamental.
4. En razón de que la conversión de la jurisprudencia constitucional en fuente de derecho pasa por el proceso previo de conocimiento de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de los operadores jurídicos, es necesaria su profusa difusión en los diferentes contextos de la práctica del derecho: la judicatura, el foro y la academia.
5. Los jueces deben ser formados en la nueva cultura de la constitucionalización de la justicia y la Corte Constitucional debe desplegar una labor de difusión de sus decisiones en todos los despachos judiciales del país, a fin de lograr que los operadores judiciales motiven más y mejor sus sentencias invocando la jurisprudencia y los precedentes emanados del máximo órgano de interpretación y control de la Constitución.
6. Los abogados deben diseñar sus estrategias de defensa en función de precedentes constitucionales, a cuyo efecto, es necesario que tanto la academia como el gremio profesional promuevan la formación compatible con el nuevo sistema de manejo de las fuentes del ordenamiento jurídico.
7. Los docentes del derecho deben enfocar su enseñanza a la luz de la jurisprudencia constitucional y los precedentes vinculantes, a fin de lograr que la formación jurídica sea más metodológica y argumentativa con base en la jurisprudencia y en los precedentes emanados de la Corte Constitucional.
8. Es necesario diseñar y aplicar políticas públicas concertadas entre Corte Constitucional, Consejo de la Judicatura, Universidades y Gremios de Abogados, a fin de promover la nueva cultura jurídica basada en la jurisprudencia constitucional y su uso social, político y jurídico, en el proceso de las transformaciones orientadas por el Texto Constitucional.
9. Los derechos humanos, llamados también derechos fundamentales, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales, que traducen en el fondo, ideales de dignidad, de justicia y de libertad, encuentran en la jurisprudencia constitucional, su más adecuada vía de plasmación.
10. La notable innovación clasificatoria en *derechos del buen vivir* (agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat

y vivienda, salud, trabajo y seguridad social), *derechos de las personas y grupos de atención prioritaria* (adultas y adultos mayores, jóvenes, movilidad, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras), *derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades* (indígenas, afroecuatorianos, montubios), *derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección*, traduce la tendencia emancipatoria del Derecho y de la administración de justicia, donde la jurisprudencia constitucional constituye estrategia clave para el desarrollo progresivo del contenido y la materialización de los derechos consagrados en la Constitución.

11. El modelo de democracia directa, inclusiva, participativa, que nació como producto de la Asamblea Constituyente de Montecristi sólo es posible sostenerse por el involucramiento de todos los miembros de la sociedad en los procesos de decisión, diagnóstico, priorización e identificación de los problemas y de cómo asignar los recursos para resolver esos problemas. En este sentido, la jurisprudencia constitucional y su uso por parte de los jueces, se convierte en factor coadyuvante para materializar los derechos constitucionales, dando contenido sustancial a la democracia inclusiva y de oportunidades concebida en la Carta Fundamental.
12. La democracia, que debe construirse según los postulados constitucionales vigentes, es una democracia que debe promover el desarrollo integral, integrador y participativo, y en ese orden, la jurisprudencia constitucional es factor de innovación social y de desarrollo, porque involucra, a partir de su utilización por parte de los jueces, a todo los estamentos de la sociedad y del Estado, en la gran tarea de superar la brecha entre las promesas constitucionales y las vivencias cotidianas de la gente.
13. Existen grandes posibilidades y al mismo tiempo grandes barreras, limitaciones o restricciones para los mecanismos de democracia directa garantizados en la Constitución de 2008. Para acortar la brecha entre el deber ser de la participación y el ser y el quehacer de la participación real, es necesario propiciar espacios para la aplicación cotidiana de las herramientas que reconoce la Constitución en los diferentes espacios públicos. Se requiere liderazgo y voluntad política, por una parte; y, adecuada organización del proceso participativo, por otra.
14. La legitimidad del proceso democrático se basa en la transparencia, la rendición de cuentas y sobre todo, en la participación ciudadana. La implementación de los instrumentos y los procesos participativos previstos en la Constitución constituyen un enorme reto en el Ecuador. No es suficiente la diagramación constitucional de los mecanismos de participación ciudadana que diseña el Texto Constitucional, es necesario superar las barreras estructurales que impiden que esos mecanismos de participación ciudadana se viabilicen en la práctica, y en este objetivo, la jurisprudencia constitucional juega un rol fundamental para la concreción de los derechos, y en especial, los derechos de participación.
15. Mediante el uso social, jurídico y político de la jurisprudencia constitucional, es posible institucionalizar los mecanismos de participación ciudadana en y durante todo el ciclo

de la política pública, a fin de garantizar adecuados niveles de estabilidad política y la construcción de una cultura política participativa que se arraigue en la conciencia social. El éxito del modelo de democracia participativa y de la eficacia de las herramientas de participación ciudadana depende de la cultura política, la acción de los movimientos sociales, la voluntad política de los gobernantes y el sentido de compromiso colectivo frente a la democracia participativa.

16. Es necesario institucionalizar espacios que permitan a la ciudadanía acceso a las instancias de gobierno nacional y local. Las organizaciones políticas y los líderes de todos los niveles de gobierno deben desplegar todo esfuerzo para que la sociedad recupere la confianza en la política y sean factor coadyuvante de la gobernabilidad y de la gobernanza, la sostenibilidad de los gobiernos y la participación profunda de la sociedad civil organizada, haciendo posible la democratización de la democracia, es decir, la construcción de una democracia de “alta intensidad”, posibilitando, de este modo, reducir los riesgos de crisis del sistema político. Y en este ámbito, la jurisprudencia constitucional y la labor de los jueces, tienen un rol decisivo como garantes de los derechos de participación.
17. La jurisprudencia constitucional, en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia diseñado por la Constitución de 2008 es un potente instrumento social, político y jurídico en manos de los jueces y de la ciudadanía, para favorecer los cambios y las innovaciones sociales en democracia que entraña el proyecto político contenido en la Constitución de 2008.
18. Mediante el uso social de la jurisprudencia constitucional, es posible conservar las conquistas sociales y asegurar las transformaciones estructurales en una sociedad profundamente inequitativa, aumentar los niveles de exigibilidad de los derechos y una ciudadanía volcada a vivir realmente los derechos constitucionales, en un proceso permanente de transformación social basado en una política constitucional y una justicia progresista, que materialice los principios y valores de la Constitución. Mediante el *uso jurídico*, la jurisprudencia constitucional es una herramienta valiosa para garantizar la igualdad procesal, predictibilidad, uniformidad de la actuación de la justicia, la seguridad jurídica, y procurar acercar a la justicia a los problemas concretos e intereses sociales de la población. Mediante el *uso político*, los jueces otorgan legitimidad a la democracia y hace posible convertir a la justicia en una herramienta dinámica para la materialización de la Constitución y los límites del poder.
19. La ciencia jurídica, los procesos tecnológicos e institucionales y la innovación, conectados al potencial emancipatorio del Derecho, enfocado éste como praxis social compleja de la vida de los pueblos y el reconocimiento de su potencial transformador para satisfacer las demandas sociales reivindicatorias, y en particular las necesidades humanas básicas del buen vivir, fundamentan los contornos de la dialéctica interrelación ciencia-tecnología-innovación, al servicio integral de la sociedad y la naturaleza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (2009) *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta.
- ANDRADE, S. (2009). La Función Judicial en la vigente Constitución de la República. En *La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- ÁVILA, L. (2009). La constitucionalización de la administración de justicia. En la Constitución de 2008 en *Constitución de 2008 en el contexto andino*. Quito: Corte Constitucional.
- ÁVILA, L. (2013). *El precedente constitucional: teoría y praxis*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- ÁVILA, L.F. (2013). *Usos de la jurisprudencia constitucional desde el derecho y la justicia del siglo XXI*. Bogotá, Colombia: Edit. Ibáñez.
- ÁVILA, R. (2009). Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- BERNAL, C. (2008). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BONETTO, M & PIÑERO, M.(s.f.). *Teoría crítica del Derecho*. Dialnet
- CARBONELL, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Editorial Trotta.
- CARBONELL, M. (2009) *Neoconstitucionalismo* (s), Madrid: Editorial Trotta.
- CHINCHILLA, T. (2009) *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Ara Editores.
- COMANDUCCI, P. (2009) *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico*, en Neoconstitucionalismo (s). Ed. Carbonell. Madrid: Editorial Trotta.
- DE SOUSA, B. (2004) *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- DE SOUSA, B. (2005) *Democratizar la democracia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- DE SOUSA, B. (2009) *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- DE SOUSA, B. (2012) *Derecho y emancipación*. Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador.
- Del Cabo Martín, C., 2010, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, pág. 142, Madrid: Editorial Trotta
- DWORKIN, R. (2008) *La democracia posible. La democracia para un nuevo debate político*. Buenos Aires: Paidós.
- FERRAJOLI, L. (2008) *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2009) *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*. (Sexta Ed.) Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011) *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2014) *La democracia a través de los derechos*. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta.
- FIORAVANTI, M. (2009) *Los derechos fundamentales*, Madrid: Editorial.
- GIL, A. (2009) *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires: Ediar.
- GUASTINI, R. (2010) *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima: Ara Editores.

- HÄBERLE, P. (1994). El concepto de los derechos fundamentales, en “Problemas actuales de los derechos fundamentales”, Madrid: Ed. de José Ma. Sauca, Universidad Carlos III.
- Montaña, J., 2012, *El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Apuntes del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo 1. pág. 91, Quito: Corte Constitucional.
- NOGUEIRA, H. (2009). *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima: Ediciones Legales.
- PEÑA, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid: Editorial Trotta.
- POLO, J. (2016) *Teoría de la dependencia y colonialidad del poder*. Dos ángulos de una misma dominación, en *Revista San Gregorio* No. 11, volumen 1, enero-junio 2016.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta.
- ROLLA, G. (2011). *La garantía de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo*, en “Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional”, tomo 1, coord. Eto Cruz, Gerardo, Lima: Editorial Adrus.
- SAGÜÉS, N. (2004). *La interpretación judicial de la Constitución*, segunda edición, Buenos Aires: LexisNexis.
- SALAMANCA, A. (2015) *La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar*. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología, IAEN: Quito.
- SALAZAR, P. (2011) *La democracia constitucional una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica-UNAM.
- SENPLADES (2013) *Plan Nacional de Desarrollo/Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- STARCK, C. (2011). *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Dykinson.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008). *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (2007), *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Memorias del Taller Internacional, Quito.
- VICIANO R. Y MARTÍNEZ R (2010). *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Dialnet. p.19.
- ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*, Madrid: Editorial Trotta.
- ZAGREBELSKY, G. (2009). *Una atormentada apología de la ley*. En P.Calamandrei. (Ed), *Fe en el Derecho* (pág. 42) España, Madrid: Marcial Pons.

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

THE JUDICIAL IMPARTIALITY

IVANNA ABAD¹, JAMILET CAMACHO¹, GISELLA CAPELO¹, DIANA CHILQUINGA¹, SARAY OLALLA¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

RESUMEN

Este artículo analiza esencialmente las implicaciones del derecho a un Juez imparcial, las clases de imparcialidad: objetiva y subjetiva y su relación con la independencia judicial. También se examina el principio de imparcialidad como derecho fundamental y rector del debido proceso, y las consecuencias de la parcialidad, no solo en el juez ni en las partes comprometidas sino para la totalidad del sistema judicial. Por último, se expone la imparcialidad dentro de las diferentes legislaciones.

PALABRAS CLAVE: imparcialidad, juez, independencia, sistema judicial, debido proceso.

ABSTRACT

This article analyzes essentially the implications of the law to a impartial judge, the types of impartiality: objective and subjective and their relation with the judicial independence. It also examines the beginning of the impartiality like a fundamental law and rector of the due process, also the consequences of the bias, not just on the judge nor the committed parts but for the entire judicial system. Lastly, exposing the impartiality within the different legislations.

KEYWORDS: impartiality, judge, independence, justice system, due process at law.

RECIBIDO: 15/8/2017
ACEPTADO: 17/10/2017

CORRESPONDENCIA:
ernesto.salcedo01@cu.ucsg.edu.ec

La inercia es en el juez garantía de su equilibrio, esto es, imparcialidad, actuar significará adoptar un partido. Corresponde al abogado, que no teme aparecer como parcial, ser el órgano propulsor del proceso: tomar todas las iniciativas, agitar todas las dudas, romper todas las rémoras, (...) imparcial debe ser el juez, que es uno, por encima de los contendientes, pero los abogados están hechos para ser parciales, no solo porque la verdad se alcanza más fácilmente escalándola desde dos partes, sino porque la parcialidad de uno es el impulso que engendra el contra impulsó del adversario, (...) permite al juez hallar lo justa en el punto de equilibrio. (Calamandrei, 2001, p. 24-25, 54-55).

INTRODUCCIÓN

Para brindar una aproximación al concepto de imparcialidad, podemos tomar en cuenta la definición de la Real Academia de la Lengua Española la cual define a imparcialidad como “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

Cuando hablamos de imparcialidad judicial, lo hacemos desde una perspectiva constitucional como parte del debido proceso y seguridad jurídica, así también, como un elemento que legitima la toma de decisiones de los jueces y de la fiabilidad del sistema judicial en su totalidad. Pues, si algo legitima al juez en una causa es, precisamente, esa falta de interés en el proceso.

La imparcialidad es un criterio propio de la justicia (no puedo esperar sentencia justa si no cumplí con el debido proceso y dentro del debido proceso se encuentra la imparcialidad), alude a que las decisiones deben tomarse siguiendo criterios objetivos sin dejarse llevar por influencias, opiniones, perjuicios, a no ponerse de lado de ninguna de las partes porque tal “parcialidad” le corresponde al abogado.

La finalidad de la función judicial es dirimir y controlar el desarrollo del proceso de acuerdo con las garantías constitucionales, la imparcialidad debe ser atendida como la imposibilidad del juez de realizar tareas propias de las partes. De acuerdo con lo anteriormente mencionado, es inconcebible sostener la posibilidad de un juez que realice actividades que les correspondan a las partes, estos casos en la doctrina se denominan “conducta procesal indebida”, un juez parcializado es un juez arbitrario y un juez arbitrario es un juez injusto, en definitiva, no es juez (Picado, 2014).

Un juez parcial conlleva consecuencias más graves que una sentencia injusta, conlleva a que las partes y la sociedad ya no se sientan seguros con su aplicación de justicia por lo que la necesidad de recurrir a un tercero imparcial (juez) para que sea el encargado de dirimir, ya no se vería justificado, lo que pone en riesgo no solamente su integridad como juez sino también la credibilidad y desnaturalización del sistema judicial entero.

Esto se da ya que la hétéro-composición de los procesos contenciosos implica la necesidad de que sean resueltos por un tercero imparcial, si el “tercero imparcial” favorece a una de las partes, ¿para qué acudo a ellos?

En relación con la independencia, se le impide al juez depender en su decisión de criterios o intereses de personas externas o instituciones ajenas al proceso. Esta independencia no alude únicamente al juez sino a todo el sistema judicial de manera que se conduzca el proceso para que las partes tengan la posibilidad de realizar todos los pasos en todo a sus derechos y garantías y que se pueda cumplir el debido proceso.

En la función judicial se manifiesta también en el poder de independencia:

1. Frente a los otros órganos estatales y particulares (independencia externa).
2. Frente a otros jueces dentro del mismo poder judicial (independencia interna).

La independencia externa se basa en la división de poderes de Montesquieu y la teoría de pesos y contrapesos que manifiesta la independencia de los 3 poderes principales y que ellos no pueden delegar sus funciones al otro, de ser este el caso, estaríamos hablando de una arbitrariedad donde los afectados (que se encontrarían en indefensión ante el estado) fuera el pueblo. En cuanto a la independencia interna, se refiere a la necesidad de que exista independencia en relación a los demás tribunales para garantizar la competencia propia de cada uno para resolver los asuntos sometidos a su decisión sin interferencia de otros tribunales u órganos judiciales.

Cuando el juez actúa de manera imparcial, actúa también de manera neutral y objetiva por lo que es importante recalcar que la imparcialidad e independencia tiene un carácter “erga omnes” y debe aplicarse a todos, sin excepción, ya que es un derecho constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva y expedita y es parte del debido proceso.

Muchos autores explican que se puede distinguir dos concepciones de imparcialidad, que son la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva.

1. La imparcialidad subjetiva que hace referencia a la convicción personal de un juez respecto del caso y a las partes, es decir garantiza que el juez no haya mantenido relaciones indebidas con las partes.
2. La imparcialidad objetiva se asegura de que el juez no ha tenido contacto previo con el “*thema decidendi*” es decir, no haber conocido con anterioridad el objeto del proceso. Se refiere a las garantías que son necesarias para que el juzgador reúna antes de su actuación respecto al proceso.

Se establece esta división con la finalidad de que el juez no tenga impedimento con respecto a las partes en razón a sus relaciones con los sujetos procesales (imparcialidad subjetiva) ni tampoco tenga impedimento con respecto a la pretensión de la demanda al haber intervenido de alguna forma con anterioridad. (Alude también a que el juez de primera instancia, no puede conocer la causa en la segunda instancia).

En definitiva, la imparcialidad del juez no es ni más ni menos que el mantenimiento de la igualdad de las partes durante el proceso que constituye un elemento esencial de las garantías al debido proceso.

JUEZ IMPARCIAL

Si algo diferencia a los jueces con los demás funcionarios públicos cuyas facultades podrían llegar a ser indebidamente confundidas con las jurisdiccionales, es la imparcialidad que se ve reflejada en el propio ejercicio de la jurisdicción, cuya esencia implica la activación de un mecanismo de heterocomposición de litigios, en la cual, la solución de la controversia se deja en manos de un tercero imparcial, es decir un ajeno a la contienda (Oyarte, 2016).

La imparcialidad del juzgador, que es concebida tanto en instrumentos internacionales de derechos humanos como en nuestra legislación, presupone uno de los principios fundamentales para la obtención del derecho justo, exigiendo que el tercero imparcial se abstenga de dirimir un proceso y tome una decisión en el mismo cuando falte la ajenidad, como lo precisa Montero (2006):

La ausencia de designio o prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir reamente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes. (p.69)

Dado que la imparcialidad, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho proveniente dentro del propio proceso jurisdiccional, podemos llegar a la conclusión que solo un juez imparcial asegura que la igualdad de las partes esté presente en el desarrollo del proceso, mediante el cumplimiento correcto del Derecho, de una manera más clara actuando conforme al deber. Cabe recalcar que el cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones que toma y que estas coincidan, es decir, que la explicación de la decisión coincida con la motivación, la justificación y la decisión.

Entendido, su trascendencia, su alcance y las clases, podemos visualizar a la imparcialidad como la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa, ya que el juez juzga en nombre del pueblo y no de la mayoría, contando con la confianza de los sujetos concretos que juzga, sin tener ningún interés personal, ni público o institucional

El juez al ser el titular de la potestad jurisdiccional tiene el deber de ser imparcial cuando realiza actos jurisdiccionales y a su vez, no puede ser al mismo tiempo parte del conflicto que se somete a su decisión. No obstante, no solo se puede suponer que el titular de dicha potestad jurisdiccional no sea parte, sino que también implica que su juicio y las decisiones que tome deben de estar determinadas por la aplicación de criterios objetivos, sin dejarse llevar por influencias de otras opiniones, perjuicios o bien por razones que de

alguna manera se caractericen por no ser apropiadas, así lo explica Picado (2014), al hacer alusión a las virtudes que deben poseer los juzgadores:

- a. Ausencia de prejuicios de todo tipo, ya sea raciales, religiosos o de cualquier otra índole,
- b. Independencia de cualquier opinión y, consecuentemente tener oídos sordos ante sugerencias o persuasión de parte interesada que pueda influir su ánimo,
- c. No identificación con alguna ideología determinada,
- d. Completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etc.
- e. Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto.
- f. Tampoco debe tener temor al qué dirán ni a separarse fundadamente de los precedentes jurisprudenciales, etc. (p. 35-36)

Sin embargo, la tarea de ser imparcial es asaz difícil puesto que exige completa y absoluta neutralidad, que debe ser puesta en práctica en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el principio involucra. Es muy fácil decir “el juez debe ser imparcial” y aún más fácil explicar el por qué si está reconocida legislativamente su necesidad; lo difícil es lograr jueces imparciales y aquí es donde deben concentrarse las teorizaciones de los autores. Así, Sharman (1996) entiende que el principio de imparcialidad judicial llama a que la ley pueda ser aplicada por los jueces sin inclinaciones personales o prejuicios hacia los individuos. Los jueces deberían aplicar la ley en forma uniforme y consistente a todas las personas. En otras palabras, la imparcialidad judicial debería ser semejante a la protección ecuaníme de la ley. (p.16)

¿En qué momento el juez debe ser imparcial? La respuesta es durante el proceso, así lo reconoce la Constitución a través de la incorporación de pactos internacionales que, de manera expresa, disponen la imparcialidad judicial como nota esencial del debido proceso.

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL COMO DERECHO

Según Ferrajoli, podríamos afirmar que la resolución de conflictos, en un principio fue regida por la venganza privada, en la cual usando la razón de la fuerza se intentaba llegar al final de la discusión. La desigualdad dentro de un conglomerado social es algo natural, por ende, sin norma tipificada, ni entes reguladores tendía a la arbitrariedad y desproporcionalidad. Con el pasar de los años, surge la necesidad de materializar las normas, y esta situación cambia radicalmente del uso de la razón de la fuerza, al uso de la fuerza de la razón, como pilar para la resolución de conflictos.

Resulta importante destacar que la imparcialidad judicial debe de tomarse como un criterio propio de la justicia ya que, si nos encontramos en busca de la misma dentro de un juicio no podemos dejar de exigirla. Según la concepción hobbesiana, debido a la naturaleza conflictiva del hombre, su comportamiento tiende a ser corrupto y siempre estar en busca de su beneficio.

La ley no escrita de naturaleza, aunque sea fácil de reconocer para aquellos que, sin parcialidad ni pasión, hacen uso de su razón natural, y, por tanto, priva de toda excusa a quienes la violan, si se tiene en cuenta que son pocos, acaso ninguno, quienes en tales ocasiones no están cegados por su egoísmo o por otra pasión, la ley de naturaleza se convierte en la más oscura de todas las leyes, y es, por consiguiente, la más necesitada de intérpretes capaces. (Hobbes, 1651, p.112)

La historia se encarga de demostrar que el poder, le abre la puerta a la tiranía y abuso, evitando así que las resoluciones de conflictos desemboquen en un final adecuado y justo para las partes. Es por ese motivo que, la imparcialidad es un conducto único y necesario para el ejercicio efectivo de los derechos dentro de un proceso judicial, siendo un deber para aquellos que administran justicia y un derecho para quienes necesitan de ella.

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL COMO DEBER DEL EJERCIENTE DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Este principio jurídico, no es únicamente un beneficio para las partes; es tan importante y fundamental que, sobrepasando la barrera del beneficio, llega a ser un derecho de relevancia sustancial para el debido proceso de los ciudadanos que ejercen su derecho de acción. Como consecuencia, la imparcialidad es tanto un derecho para los ciudadanos, como un deber para los jueces. “El principio de imparcialidad llama a que la ley pueda ser aplicada por los jueces sin inclinaciones personales o prejuicios hacia los individuos. Los jueces deberían aplicar la ley en forma uniforme y consistente a todas las personas” (Sharman, 1966). La imparcialidad judicial es un derecho administrado por los jueces y juezas que administran justicia, y es una manera de legitimar su accionar, le otorga certeza a la parte actora y a los ciudadanos de que el proceso existente y los procesos futuros, se desarrollarán con transparencia y el pertinente ejercicio de garantías impuestas por la Constitución y las leyes vigentes.

LA IMPARCIALIDAD COMO DEBER DEL JUEZ EN CUANTO TITULAR DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

La imparcialidad judicial le permite al juez ejercer un papel regulador entre las partes de un litigio y de la misma manera, hacer efectiva la garantía de igualdad en la contienda judicial. Su finalidad es proteger el derecho humano a tener un proceso justo con las garantías previstas en las leyes vigentes y tratados internacionales de Derechos Humanos. Sánchez, (1998) indica que:

En el sistema acusatorio puro las tareas de investigar, acusar y juzgar se asignan a funcionarios diferentes. Se garantiza de esta manera la imparcialidad del juez, quien

no tiene la más mínima contaminación ni con la investigación ni con la acusación, ya que convoca a audiencia pública a petición del fiscal, cumpliéndose en dicha vista el juzgamiento, para dictar luego la sentencia. Solo el fiscal investiga y acusa. De manera que el tribunal popular o jurado de conciencia, en la audiencia pública celebrada bajo la dirección del juez, se limita a percibir de modo directo la forma como se practican las pruebas y a enterarse de su contenido y del de las distintas intervenciones de los sujetos procesales. (p. 194)

A su vez, Esparza Leibar (1995) explica que:

La imparcialidad que debe de caracterizar al juzgador aparece inequívocamente recogida en la Decimocuarta Enmienda de la USC. Aquella impone al juzgador el deber ético de abstenerse cuando la imparcialidad puede ser razonablemente cuestionada, y ello puede ocurrir por la concurrencia de factores tanto extra como intra procesales, por lo que deberá mantenerse activamente a todo lo largo del mismo. En caso de que no se cumpla lo anteriormente afirmado se producirá una violación del derecho a un proceso debido y será motivo suficiente como para impugnar el proceso en el que no se haya respetado la imparcialidad. (p. 108)

Solarte (1996) afirma que, este principio se refiere a que el funcionario, por expresa disposición legal, está obligado a buscar y hallar la verdad verdadera o verdad real.

La imparcialidad significa la ausencia de todo interés en la decisión de los jueces, distinto del de la recta aplicación de la justicia. Al juez le está vedado ser juez y parte a un mismo tiempo, y de ahí las causales de recusación y de impedimento que se han establecido en nuestros códigos (Acosta 1988).

FUENTES DE RIESGO PARA LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL PREJUICIOS

En la hermenéutica al prejuicio se lo define como aquella evaluación provisional que permite ulteriormente emitir un juicio de valor definitivo, por ello aquel concepto desprovisto de su connotación negativa constituye un necesario punto de partida o punto de soporte del intérprete para luego confrontarlo y convalidarlo con el flujo de información que vaya adquiriendo en orden a proferir la interpretación final (López, 2016).

SESGO COGNITIVO

Este sesgo consta en un rasgo o predisposición de un sujeto que marca la manera como procesa la información y por ende la forma como juzga los hechos, a pesar de que son varios los sesgos cognitivos que se han sido materia de análisis en la psicología basten a presentar a manera de ejemplo tres de ellos que pueden tener un vínculo o nexo con la imparcialidad judicial.

SESGO DE CONFIRMACIÓN

El individuo tiene una inclinación a tratar la información que recibe de manera que confirme sus preconcepciones que apoyen en su esquema mental pre existente, esto implica que desecha las posturas o ideas que no lleguen a enmarcarse a su preconcepción o a que frente a datos ambiguos les dé una interpretación acorde a su modelo mental; esto se debe entre otras razones a que el ser humano primero de manera emocional a los estímulos externos y luego de esto trata de darles una explicación racional, es lo que ocurre cuando ya se ha tomado una decisión y sólo se aceptan los argumentos que lo corroboren.

EL SESGO DE LA OBSERVACIÓN SELECTIVA

Por otro lado, el sesgo de la observación selectiva, implica la propensión del sujeto a filtrar la realidad a través de sus experiencias personales previas de manera que la mayoría de los datos que en adelante aparezcan no le parecerán neutros sino condicionados a lo que él ha vivido.

EL SESGO DE LA FABULACIÓN

Es la tendencia a confundir las afirmaciones de otras personas con la propia imaginación o nuestros recuerdos de manera que alguien puede llegar a creer que está recordando hechos cuando en realidad nunca los vivió, en razón de que añadió a su imaginación o recuerdo determinados cuentos de otras personas.

DÁDIVA O SOBORNO O COHECHO

Delito que consiste en el soborno de un juez, empleado, asesor, árbitro, arbitrador, o perito que acepta dádivas o promesas para hacer algo en su oficio. Conviene no confundir cohecho con la prevaricación (Mellado, 1851)

PODER POLÍTICO

En los últimos años comenzó a hablarse de la judicialización de la política y de politización de la justicia como expresiones de un fenómeno de relaciones mutuas en los que los poderes políticos se inmiscuyen en el ámbito de lo judicial y, viceversa, la justicia exhibe un marcado activismo hacia el control de los problemas propios de la política. Expresiones de esos fenómenos han sido, por ejemplo, el llamado operativo “mani pulite” (manos limpias) en Italia, donde una fuerte actuación de los jueces logró desbaratar importantes redes de corrupción; tema que también se verificó en otros países (Via, 2005)

PODER ECONÓMICO

Uno de los problemas actuales en cuanto al acceso a la justicia y la capacidad de obtener una respuesta de jueces en el sistema judicial a un problema determinado de un ciudadano ordinario, es que entra en juego el poder económico. En distintas instancias, a través de de-

nuncias y comentarios de personas, tenemos esa visión que el poder económico en materia civil puede ser en última instancia, lo que determina la solución o no de un problema y la persona que no tiene recursos económicos está seriamente en desventaja (Luksic, 2011)

OPINIÓN PÚBLICA

Desde la época en que la noción de independencia del Poder Judicial ha sido consagrada constitucionalmente como un principio de la función jurisdiccional hasta nuestros días, la sociedad ha ido cambiando. Precisamente, uno de los cambios más notables que se han dado como consecuencia de la globalización y del avance tecnológico, ha sido la creciente influencia y participación de la ciudadanía y de los medios de comunicación en el debate y escrutinio de los asuntos públicos. No podemos dejar de señalar que, una parte de la mala percepción y desconfianza que tiene la población del Poder Judicial se explica por la poca información que tienen los ciudadanos sobre la administración de justicia, la misma que es compleja inclusive para los especialistas.

En una sociedad como la nuestra, donde las tecnologías de la información están al alcance de muchos, el Poder Judicial, tienen el deber de informar a los ciudadanos, de la manera más sencilla, a cerca del cumplimiento de sus funciones, a fin de evitar que éstos tomen una lectura equivocada de las decisiones que los jueces adopten. Son los magistrados quienes tienen que defender su labor, informando y explicando al público la forma cómo administran justicia, las razones del atraso en la emisión de sus fallos, los efectos de sus decisiones y el impacto que generan en la comunidad. Para cumplir esta meta, el Poder Judicial requiere un sistema de comunicaciones que permita enfrentar los ataques e imputaciones que vengan de cualquier sector y anticipar los conflictos a fin de reaccionar en forma oportuna.

Nuestro sistema judicial ha sido diseñado para administrar justicia al margen de cualquier presión o influencia; sin embargo, esto no significa que el Poder Judicial se encuentre libre de la opinión pública. La libertad de expresión es esencial para el funcionamiento de la democracia y de la participación pública en la toma de decisiones, no obstante, en un Estado Constitucional de Derecho, dicha libertad se halla sometida a la Constitución y a la ley (Mendoza, 2014)

LEGISLACIÓN COMPARADA: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Con lo anteriormente establecido, es claro que “el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso” que todas las autoridades judiciales o administrativas llamadas a garantizar los derechos de los individuos, están sometidos al cumplimiento de la misma.

Nuestra Carta Política lo consagra en su artículo 76.7.k y este hace concordancia con el artículo 8.1 de la Convención Americana de derechos Humanos, que reza lo siguiente:

8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La Convención al igual que nuestra Constitución, constriñe en una misma disposición la imparcialidad con la independencia que, aunque son términos relacionados entre sí, cada uno tiene un fondo jurídico distinto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* aclara que:

La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.

En el Ecuador, este principio además de estar en la Constitución, se materializa a través de las instituciones de recusación y excusa, cuyas doce causales se encuentran expresamente establecidas en el artículo 22 del Código Orgánico General de Procesos, y su procedencia, admisión y competencia, en los siguientes artículos del Capítulo III.

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto de este principio afirmó:

La garantía del derecho a la defensa, contenida en el artículo 76 numeral 7 literal k constituye, sin duda, el pilar fundamental de la acción jurisdiccional. Las decisiones adoptadas dentro de un proceso deben contar con la decisión de un juez que no esté invadido por presiones, sea a través del ejercicio del poder político o económico, sea el atinente a los afectos o desafectos nacidos de la interacción humana.

En Constitución de Colombia, la imparcialidad se ve reflejada en las siguientes disposiciones:

Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...

Art.29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...

Además, la Corte Constitucional colombiana asegura que a través de los impedimentos y las recusaciones se “se pretende garantizar condiciones de imparcialidad y transparencia de quien tiene a su cargo el trámite y decisión de un asunto”.

En Estados Unidos el principio de imparcialidad está expresamente estipulado en la Enmienda VI, la misma que pretende proteger a los ciudadanos de las aprehensiones arbitrarias.

ENMIENDA IV

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.

La Suprema Corte de los Estados Unidos al respecto, afirma que la Cláusula del Debido Proceso, incorpora todas las circunstancias, la regla del common-law que permite la recusación cuando un juez tiene un “interés directo, personal, sustancial y pecuniario en un caso” y cuando la “probabilidad de parcialidad es demasiado alta para ser constitucionalmente tolerable”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CABRERA, B. (1988). *Teoría General del Proceso y de la Prueba*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- ESPARZA, I. (1995). *El principio del proceso debido*. Barcelona: EDITOR J.M. BOSCH.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Derecho Penal Mínimo*. Italia: Universidad de Camerino.
- GARCÍA, S. (2012). *El debido proceso, Criterios de la jurisprudencia interamericana*. México: Editorial Porrúa.
- HOBBS, T. (1651). *Leviatán*. Inglaterra.
- LÓPEZ, F. (2016). *La Imparcialidad Judicial en la Etapa Probatoria*. XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (pp. 493 - 495).
- LUKSIC, A. (27 de Marzo de 2011). *Poder Económico Influye en Fallos Judiciales*. El País.
- MELLADO, F. D. (1851). *Enciclopedia Moderna - Diccionario Universal*. Establecimiento Tipográfico de Mellado.
- MENDOZA, J. J. (2 de Diciembre de 2014). *El Poder Judicial y la Opinión Pública*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/

as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2014/cs_n_opub_02122014

OYARTE, R. (2016). Debido Proceso. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

PICADO, A. (Agosto de 2014). Derecho a un Juez imparcial. Revista IUDEX (N°2).

SÁNCHEZ, A. (1998). El debido proceso penal. Colombia: U. E. Colombia

SHARMAN, J. M. (1966). Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad. Washington, D.C. Obtenido de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3912/bid-etica-judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SOLARTE, C. (1996). Lecciones del procedimiento penal. Colombia: Jurídica Radar.

VÍA, A. D. (2005). Los Jueces Frente a la Política . Buenos Aires.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA JURÍDICA

TRAYECTORIA, COBERTURA Y CONTENIDO

La Revista Jurídica es uno de los órganos de difusión científica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Tiene una periodicidad semestral. Fundada en el año 1990, publica principalmente producciones inéditas relacionadas con las más importantes áreas del Derecho. Su objetivo es difundir el conocimiento especializado que permita promover la discusión crítica en temas jurídicos relevantes. Su distribución es gratuita a nivel nacional e internacional.

El Consejo Científico de la Revista se reserva el derecho de efectuar correcciones de forma, con el propósito de asegurar una presentación uniforme. La publicación de los artículos no tiene ningún costo.

I. RECEPCIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos se recibirán en formato Microsoft Word, y en el documento deberán constar los datos personales de los autores. Como archivo complementario, deberá presentar una carta declaratoria de responsabilidad de autoría, dirigida al director de la revista, que en lo principal manifieste que es un artículo original, que no ha sido publicado en otra revista; así mismo se manifieste los posibles conflictos de interés, y esté firmada por todos los autores.

II. PRESENTACIÓN

En cuanto a los datos, contenido, estructura y estilo de los originales; los autores observarán las siguientes normas para lograr una mayor eficacia en la gestión editorial:

FORMATO

CONSIDERACIONES GENERALES

Tipografía: Times New Roman tamaño 12

Interlineado: sencillo, no habrá espacios en blanco entre párrafos.

Márgenes: 2.5 cm. de margen en todos sus lados.

Extensión: máximo 20 páginas.

TABLAS Y FIGURAS

Todas las tablas o figuras deberán enumerarse en función del tipo, según su aparición en el artículo.

El texto que aparece en el interior ha de leerse con claridad.

Los títulos deben ser lo suficientemente claros y concisos y se situarán en la parte inferior de la figura.

Las tablas deben entregarse en formato editable, no como imagen

En las tablas, cada columna debe ir encabezada por un título breve.

Las figuras deben estar en formato de imagen de alta calidad y con todo legible, y se incluirán un máximo de seis.

En caso de ser necesario, las explicaciones del contenido se incluyen en notas al pie de la tabla o figura.

ABREVIATURAS

Usar solamente abreviaturas estándares; la primera vez que se usa una abreviatura debe ir precedida por el término sin abreviar, seguido de la abreviatura entre paréntesis, a menos que sea una unidad de medida internacional.

TÍTULO

Será lo más ilustrativo y conciso posible, y no debe tener más de 15 palabras.

RESUMEN

Todos los artículos se deben acompañar de un resumen que no exceda las 250 palabras, y que debe estar redactado en tiempo pasado y en tercera persona. En él deberán consignarse los procedimientos metodológicos básicos: alcance o repercusión del estudio, métodos, objetivos, población, muestras, técnicas empleadas. También los aspectos esenciales de la discusión y los principales resultados; así como unas breves conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Tras el resumen, se deben incluir de tres a cinco palabras clave o descriptores, escritas en español e inglés.

REVISIÓN DE PARES

Los artículos serán sometidos al análisis de Par(es) doble ciego afines al tema que propone el autor; el arbitraje se centrará en analizar el contenido, la coherencia, y la pertinencia de su publicación.

ESTRUCTURA

La estructura del artículo de investigación deberá corresponderse con lo establecido al respecto: introducción, materiales y métodos, discusión de resultados, conclusiones, recomendaciones (de ser necesarias estas), referencias bibliográficas.

Los artículos de revisión, comunicaciones cortas o de carácter reflexivo y ensayístico, no necesariamente se estructurarán como los anteriormente descritos, aunque

sí deberán mantener las siguientes partes: introducción, desarrollo por secciones (según el tema o los contenidos), conclusiones y referencias bibliográficas.

CONFLICTO DE INTERESES

Se hace referencia a los hechos o circunstancias que pueden influir en el juicio y la integridad de las acciones de los autores, revisores y miembros del Comité Editorial y, en consecuencia, afectar a la credibilidad de un artículo científico. Hay un potencial conflicto de intereses con independencia de que las personas consideren que dichas circunstancias no han afectado a su juicio o integridad, y en consecuencia deben declararse siempre.

Los conflictos de intereses pueden ser de diversa índole:

Laborales (persona editora o revisora que trabaja en el mismo centro donde se ha realizado el estudio),

De investigación (tener un proyecto similar a punto de ser finalizado, una colaboración cercana o un antagonismo con alguno de los autores).

Económicos (acciones o derechos sobre acciones en compañías, financiación de estudios por entidades comerciales, *sponsor*; recepción de pagos por consultoría, ponencias o pertenencia a consejos de dirección).

Morales (reparos religiosos con el aborto, la sexualidad y el fin de la vida); en general, cuestionar el pluralismo moral.

La Revista Jurídica es firme defensora de la declaración de los conflictos de intereses y diferencia tres niveles relacionados con el proceso editorial en cuanto a tales conflictos: uno relacionado con los autores; otro con los miembros del Comité

editorial, y finalmente el relacionado con los revisores de los manuscritos.

Todos los artículos que se envíen a la revista Jurídica deben ir acompañados de una declaración de los posibles conflictos de intereses de cada uno de los autores en el que deben indicar por escrito si existe alguno de estos conflictos, o si no los hubiera. Los editores podrán requerir a los autores que esta declaración de conflictos se amplíe o detalle cuando lo consideren oportuno.

PLAGIO

El plagio es un fraude científico que supone el uso de ideas, publicadas o no, de otros sin atribución de autoría, cita bibliográfica, ni permiso, presentando el trabajo como nuevo y original, más que derivado de otra fuente. Con el plagio se intenta y se consigue (si no se detecta) confundir a los lectores, y que acepten a la persona plagiadora como autora. El autoplagio es la práctica de usar partes de trabajos ya publicados por el propio autor, sin especificarlo con una referencia bibliográfica. Si los editores de la revista Jurídica detectan plagio o autoplagio, rechazarán el artículo en cuestión. Si se llegara a publicar, la dirección de la revista debe informar a las partes interesadas y publicar una retracción, facilitando todo lo posible la investigación judicial si la hubiera.

Se aplicarán los mecanismos técnicos para la detección del plagio, mediante la utilización de *software* especializado.

RESPUESTA A LOS CASOS DE FRAUDE CIENTÍFICO

La revista Jurídica se manifiesta en contra del fraude en las publicaciones científicas y está dispuesta a actuar con pertinencia, para lo cual necesita de la colaboración de

los autores y lectores. Dependiendo de la gravedad de cada caso, la revista Jurídica actuará con una gradación de acciones que pueden ir desde la advertencia a las personas autoras, la denuncia a las personas responsables legales de la institución donde trabajan los autores investigados y finalmente hasta la retractación pública del artículo, dando a conocer toda la información relevante en una nota editorial.

Los hechos potencialmente fraudulentos pueden ser deliberados, o producidos por ignorancia o premeditación. Sólo se considerará fraude los casos en que se documente acción deliberada, mala fe e intención de engañar a las personas lectoras de la revista Jurídica, incluyendo: falsificación de datos, plagio, autoría inapropiada, manipulación en el análisis de los datos, actuación inapropiada y sesgada como revisor o editor, violación de las regulaciones sobre investigación.

FE DE ERRATAS Y RETRACTACIÓN

En sección se publican correcciones tras haber detectar errores en los artículos ya impresos o retractaciones cuando se haya advertido algún tipo de fraude en la preparación o en los resultados de una investigación incluida. En este último caso, será comunicada a los autores y a las autoridades o directivos de la institución a que pertenezcan.

Las opiniones expresadas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores y no comprometen la opinión y política científica de la Revista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las referencias bibliográficas del manuscrito deben seguir las normas de publicación

de la APA (Publication Manual of the American Psychological Association, 5ª ó 6ª edición). Todas las referencias se insertarán en el texto (nunca a pie de página) e irán en minúscula (salvo la primera letra).

Las citas bibliográficas en el texto se harán con el apellido del autor y año de publicación (ambos entre paréntesis y separados por una coma). Si el autor forma parte de la narración se pone entre paréntesis sólo el año. Si se trata de dos autores, siempre se citan ambos. Cuando el trabajo tiene más de dos y menos de seis autores, se citan todos la primera vez, en las siguientes citas se pone sólo el apellido del primero seguido de “*et al.*” y el año, excepto que haya otro apellido igual y del mismo año, en cuyo caso se pondrá la cita completa. Para más de seis autores se cita el primero seguido de “*et al.*” y en caso de confusión se añaden los autores subsiguientes hasta que resulten bien identificados. Cuando se citan distintos autores dentro del mismo paréntesis, se ordenan alfabéticamente. Para citar trabajos del mismo autor o autores, de la misma fecha, se añaden al año las letras a, b, c, hasta donde sea necesario, repitiendo el año.

Las referencias bibliográficas alfabéticamente se ordenarán al final y atendiendo a la siguiente normativa:

Para libros: Autor (apellido, coma e iniciales de nombre y punto, en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con un “&”); año (entre paréntesis) y punto; título completo en cursiva y punto; ciudad y dos puntos y editorial. Ejemplo:

Lezak, M., Howieson, D. B., & Loring, D. W. (2004). *Neuropsychological Assessment* (4th ed.). New York: Oxford University Press.

Para capítulos de libros colectivos o de actas: Autor(es); año; título del trabajo que se cita y, a continuación introducido con “In”, el o los directores, editores o compiladores (iniciales del nombre y apellido) seguido entre paréntesis de Ed., añadiendo una “s” en el caso del plural; el título del libro en cursiva y entre paréntesis la paginación del capítulo citado; la ciudad y la editorial. Ejemplo:

de Wit, H., & Mitchell, S. H. (2009). *Drug Effects on Delay Discounting*. In G. J. Madden & W. K. Bickel (Eds.), *Impulsivity: The Behavioral and Neurological Science of Discounting* (pp. 213-241). Washington, DC: American Psychological Association.

Para revistas: Autor(es); año; título del artículo; nombre completo de la revista en cursiva; Vol. en cursiva; N° entre paréntesis sin estar separado del Vol.; y, página inicial y final. Ejemplo:

Byrne, B. M. (2008). *Testing for multigroup equivalence of a measuring instrument: A walk through the process*. *Psicothema*, 20, 872-882.

Para páginas web: Formato básico: Autor de la página. (Fecha de publicación o revisión de la página, si está disponible). Título de la página o lugar. Recuperado (Fecha de acceso), de (URL- dirección). Ejemplo:

Suñol, J. (2001). *Rejuvenecimiento facial*. Recuperado el 12 de junio de 2001 de <http://drsuno.com>.

CONTACTO E INFORMACIÓN

Casilla postal N° 09-01-4671 Guayaquil-Ecuador

Teléfonos: +593 (4) 2209210 – 2200804 - Ext. 2634 – 2635

Correo elect.: revista.juridica@cu.ucsg.edu.ec