

Director: Dr. Miguel Hernández Terán

UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO

Un aporte de la Maestría en Derecho, mención Derecho Procesal

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

**Miguel Hernández Terán • Teresa Nuques Martínez
Juan Carlos Vivar • Johnny de la Pared • Mónica Palencia Núñez
Nuria Pérez Puig-Mir • Vanesa Aguirre Guzmán**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN ■ TERESA NUQUES MARTÍNEZ
JUAN CARLOS VIVAR ■ JOHNNY DE LA PARED ■ MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ
NURIA PÉREZ PUIG-MIR ■ VANESA AGUIRRE GUZMÁN

UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO

Un aporte de la maestría en Derecho, mención Derecho Procesal

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



Quito, 2021

UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO

Miguel Hernández Terán ■ Teresa Nuques Martínez ■ Juan Carlos Vivar ■ Johnny de la Pared
Mónica Palencia Núñez ■ Nuria Pérez Puig-Mir ■ Vanesa Aguirre Guzmán

Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho mención Derecho Procesal,
correo electrónico: mhtjuridico@gmail.com

Primera edición:

ISBN: 978-9942-10-669-8

Derechos de autor: 060386

Depósito legal: 006705

Impreso en Ecuador, agosto de 2021

Tiraje: 500

Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Diseño de portada: Área de Diseño de la Corporación de Estudios y Publicaciones

© Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
Av. Carlos Julio Arosemena Km 1 ½
Apartado postal: 17-12-569 • Guayaquil, Ecuador
Teléfonos: (593 4) 380 4600
www.ucsg.edu.ec

© Corporación de Estudios y Publicaciones
Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama
Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256
www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de los respectivos autores.

Los trabajos contenidos en esta obra pueden ser citados reconociendo la fuente.

Índice

Palabras de introducción.....	9
-------------------------------	---

El desafío de la motivación judicial en materia ambiental.....	11
---	-----------

Dr. Miguel Hernández Terán

a) Introducción: la motivación jurídica y los bienes jurídicos.....	11
b) El ambiente, los problemas ambientales y el papel del juez.....	13
c) Dos ejemplos de creatividad judicial en orden a la protección ambiental.....	18
d) Constitucionalismo contemporáneo y ambiente.....	20
e) El desarrollo sostenible y sus inmensas implicaciones.....	22
f) Conclusiones: el desafío de la protección del ambiente y la naturaleza, y el desafío de la motivación judicial en materia ambiental.....	26
Bibliografía.....	28

La acción de nulidad del laudo arbitral a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	31
--	-----------

Dra. Teresa Nuques Martínez

2. La acción de nulidad del laudo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: consideraciones previas, un poco de historia y jurisprudencia reciente.....	34
2.1. Consideraciones previas.....	34
2.2. Breve recuento histórico.....	35
3. Tensiones.....	41
4. Conclusión.....	45

La controvertida figura jurídica de la “detención” en un Estado penal garantista..... 49

Mgs. Juan Carlos Vivar

Bibliografía..... 60

La reforma y revocatoria en el COGEP y comentarios sobre los recursos de ampliación y/o aclaración de la sentencia y la interrupción del término para apelar en el COGEP y COIP..... 63

Mgs. Johnny de la Pared

I. Introducción..... 63

II. Los recursos horizontales..... 67

III. Comentarios sobre la absolución de consulta de la presidencia de la Corte Nacional de Justicia relacionado con los recursos de ampliación y/o aclaración de la sentencia y la interrupción del término para apelar en el COGEP y COIP..... 72

Bibliografía..... 77

Cultura de la legalidad: su promoción y diversas visiones internacionales..... 79

Ab. Mónica Palencia Núñez, PhD.

La construcción de la legitimidad y la legitimación, en lo nacional y lo internacional..... 86

De la legitimación por respeto a los principios..... 88

Construcción de la cultura de la legalidad, en el derecho internacional privado..... 92

La situación en el Ecuador..... 94

Consideraciones sobre motivación, argumentación y precedentes jurídicos.....97

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir

Sobre la Motivación.....98

Sobre la Argumentación.....101

Sobre los Precedentes Jurídicos.....109

Bibliografía.....110

Conflictos de competencia en fueros concurrentes en el ámbito del Código Orgánico General del Proceso: pautas para su resolución a la luz del derecho a la tutela efectiva.....113

Vanessa Aguirre Guzmán

Resumen.....113

Abstract.....113

Sumario.....114

1. El punto de partida: iniciar un proceso ante un juzgador competente. Importancia en relación al derecho al debido proceso.....114

2. El fuero común determina inicialmente el lugar donde debe citarse al demandado.....117

2.1. Modificaciones de la regla.....119

2.2. Normas sobre fueros concurrentes.....122

2.3. El “fuero común” determina el lugar donde debe, inicialmente, citarse al demandado, pero en caso de fueros concurrentes, la inhibición por una consideración de incompetencia debería ser excepcional.....131

Bibliografía.....135

Palabras de introducción

El compromiso académico es una actitud y una vocación que se construye y fortalece a lo largo de los años. Así lo hemos entendido, sentido y vivido en el curso de nuestra vida universitaria. Ese compromiso debe expresarse de diversas maneras. Una de ellas es a través de la difusión del pensamiento jurídico como profesores.

Esta obra colectiva de los profesores de la maestría es fruto del compromiso universitario de todos y cada uno sus autores. Y también es un mensaje de conciencia cívica respecto de toda la comunidad. Puede ser útil para descubrir o consolidar vocaciones; para afianzar una inclinación hacia la producción jurídica; para animarse a estudiar nuestra maestría en Derecho con mención en Derecho Procesal. Sin duda aportará al fortalecimiento del conocimiento jurídico de quienes la lean.

Agradecemos el esfuerzo de los autores y su compromiso con nuestra maestría. Gracias, pues, Teresa Nuques Martínez, Juan Carlos Vivar, Johnny de la Pared, Mónica Palencia Núñez, Nuria Pérez Puig-Mir y Vanesa Aguirre Guzmán.

Miguel Hernández Terán

Director de la maestría en Derecho mención Derecho Procesal

EL DESAFÍO DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL EN MATERIA AMBIENTAL¹

Dr. Miguel Hernández Terán²

a) Introducción: la motivación jurídica y los bienes jurídicos

El ordenamiento jurídico de todo Estado se construye, desde el punto de vista formal, sobre la base de una multiplicidad de categorías normativas organizadas jerárquicamente, donde cada una tiene la exigencia de ser armónica con la del nivel superior, so pena de ineficacia jurídica, cobijando el ideal de que esa armonía se extienda también en relación con las demás normas del mismo nivel normativo, con la diferencia de que, en este caso, si ocurre contradicción no operará el efecto jurídico de la ineficacia.

En cuanto a lo de fondo, el ordenamiento jurídico se concibe, se configura y desarrolla en función de una misión específica y relevante: tutelar los respectivos bienes jurídicos que explican y justifican la expedición de todas y cada una de las normativas que lo conforman. Es deber primordial del Estado, de sus instituciones, órganos y autoridades cumplir y hacer cumplir ese ordenamiento, pues al hacerlo viabilizan con practicidad la protección de los referidos bienes jurídicos. Como es fácil suponer, no todos los bienes de naturaleza jurídica tienen la misma trascendencia, lo cual no

1 Trabajo publicado en la revista “Novedades Jurídicas”. Número de Junio de 2021. Quito-Ecuador. Ediciones Legales. EDLE.

2 Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Magíster en Derecho Constitucional por la misma Universidad. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España. Egresado de Diplomado en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Director de las Maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho con mención en Derecho Procesal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Autor de 21 obras jurídicas.

quita la imperatividad de su tutela. El ordenamiento jurídico es en sí mismo un bien jurídico. Su cumplimiento efectivo es también un bien de la misma naturaleza, pues hace posible la operatividad del derecho a la seguridad jurídica, y éste viabiliza la efectividad, entre otros, de los derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, el legislador –en la más amplia acepción del vocablo– configura la protección de los bienes jurídicos a través de la expedición de la legislación pertinente, y las autoridades, órganos e instituciones estatales se ocupan de hacer cumplir –y cumplir– dicha normativa, estructurándose así la ecuación que hace posible en la práctica la realización de los derechos.

Ahora bien, el iter hacia la realización indicada puede tener tropiezos cuando los sujetos de Derecho destinados a cumplirlos no asumen su rol voluntariamente, o lo hacen de manera imperfecta, inacabada, insustancial, sin cualificación suficiente, situación ante la cual debe intervenir la administración de justicia, de oficio o a petición de parte interesada (típicamente demandante de un proceso judicial) dependiendo del campo jurídico en que le toque intervenir, a efectos de exigir el cumplimiento de la normativa respectiva. El respeto a la norma, voluntario o forzoso, importa la tutela de los bienes jurídicos que subyacen detrás de ella y la realización del derecho a la seguridad jurídica, como hemos señalado, elementos necesarios para la paz social y para la consolidación de la credibilidad de las instituciones democráticas.

Cuando estamos en el terreno de la administración de justicia le compete al juez definir sobre las situaciones jurídicas y los derechos materia de la litis, sea declarándolos, constituyéndolos u ordenando una prestación sobre los mismos (situaciones jurídicas y derechos). En todos los casos las decisiones judiciales tienen un componente de relato y otro estrictamente justificativo de la determinación de

fondo. La motivación jurídica es un instrumento clave que tiene el Estado, a través de los órganos judiciales, para hacer efectiva la protección de los bienes jurídicos. La motivación hace patente las razones justificativas del juez o la jueza para la decisión de fondo. Es el producto final y determinante del trabajo judicial respecto de cada expediente. La motivación refleja la dedicación y el esfuerzo del juez o la jueza por resolver lo esencial de la controversia. En nuestra obra “SEGURIDAD JURÍDICA”³ la conceptualizamos en los siguientes términos:

... la motivación es la exposición ordenada, razonada, coherente e interrelacionada en sus elementos constitutivos fundamentales, por medio de la cual la autoridad pública justifica racional y jurídicamente la resolución que toma en el caso específico sometido a su conocimiento y definición, facilitando la defensa del administrado en caso de inconformidad con su contenido de fondo y su fiscalización.

Hipótesis: Los jueces cuentan con las herramientas suficientes para motivar sus decisiones en materia ambiental; en alto grado tales herramientas dependen de su esfuerzo y compromiso con el desafío que les impone su papel de administradores de justicia.

b) El ambiente, los problemas ambientales y el papel del juez

Hemos hablado ya de los bienes jurídicos ponderando que constituyen razones subyacentes de las normas de Derecho. Están ahí pero regularmente no se explicitan. *Globalmente considerados son las razones del ordenamiento jurídico y de los derechos.* En nuestro libro sobre el contenido esencial de los derechos precisamos el concepto de BIEN

3 Hernández Terán, Miguel. 2004. *SEGURIDAD JURÍDICA. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial. Edino. Página 65.

JURÍDICO⁴: es “*el elemento o conjunto de elementos materiales e inmateriales, de valor individual o colectivo, que el Derecho protege de forma directa e igualitaria a efectos de que el titular del mismo pueda disfrutarlo efectivamente de forma pacífica, en el entendido de que esa tutela lo habilita para ejercer todas las acciones y plantear todas las defensas legítimas en orden a la conservación de la titularidad y disfrute del bien*”.

El ambiente, obviamente, es un bien jurídico de dimensión extraordinaria por sus alcances en cada comunidad, por los beneficios que genera a ésta, por el carácter primario de la necesidad de su conservación para las generaciones futuras, porque los elementos que lo integran tienen dimensión social, por los servicios que presta para la conservación de la vida, porque su tutela importa una obligación individual y colectiva, porque por su universalidad cobija a todo sujeto de Derecho por el sólo hecho de serlo, porque una alta proporción de los derechos humanos depende de la conservación del ambiente. Por lo demás, el ambiente es también un derecho humano, y por lo mismo está dotado de las características de: indivisibilidad, interdependencia, irrenunciabilidad, intransmisibilidad, etc.

Por la gran significación y alcances del ambiente en relación con la vida en el planeta la disciplina que lo estudia y protege tiene enorme relevancia y goza de un creciente amparo internacional y mundial. El Derecho Ambiental se ha constitucionalizado en muchos países y su consolidación a nivel legislativo también. La responsabilidad por la conservación ambiental es compartida: corresponde tanto al Estado como a la ciudadanía. En este sentido en el caso del Ecuador la Constitución de la República⁵ consagra en el artículo 83 numeral 6 como deber y responsabilidad de las ecuatorianas y ecuatorianos “Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente

4 Hernández Terán, Miguel. 2016. *EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS. Doctrina y Jurisprudencia*. Cevallos Editora Jurídica. Página 129.

5 Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.” Ello mientras el artículo 14 del mismo cuerpo jurídico determina con claridad un muy buen contenido:

Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Cae por su propio peso que los problemas ambientales tienen notable significación, pues regularmente hay “servicios ambientales” de por medio. Así, el recurso agua, el recurso suelo, el recurso aire brindan servicios ambientales. Y superar esos problemas es y debe ser un desafío, particularmente por parte del Estado, que es quien tiene prerrogativas, recursos e institucionalidad para hacerlo (superar los problemas).

Alrededor del ambiente y de problemas que no siendo originalmente ambientales tienen incidencia en dicho campo el Estado tiene mucho trabajo, el cual debe ejecutarse a partir de políticas públicas estables y cualificadas. Cuando las cuestiones ambientales o de repercusión ambiental llegan al campo de la administración de justicia para que sea el Estado quien dirima los conflictos y/o defina las medidas de solución o remediación a corto, mediano o largo plazo, entramos a un terreno muy delicado tanto por la complejidad, como por la especialidad de la materia, y por supuesto por la dimensión de los efectos de esas medidas: económicos, sociales, interdisciplinarios, etc; pueden implicar afectaciones a la forma de vida, a la forma de comportarse con los demás y con el ambiente; pueden incidir en la permanencia de industrias o de la comunidad en un determinado sector; incluso

pueden haber daños que se produzcan en territorio distinto al del país donde se realiza la actividad generadora de daños ambientales, etc.

En todos estos casos debe hacer presencia el Derecho Ambiental con sus normas y principios de ámbito nacional y transnacional.

El Derecho Ambiental tiene sus propios desafíos y la administración pública, la administración de justicia y el Estado en su conjunto, los suyos, dentro de los cuales está también lo relacionado con la protección del ambiente y la naturaleza. En función del tema de este trabajo nos centraremos en el campo judicial. El gran desafío de los jueces en el terreno ambiental es definir soluciones protectoras del ambiente, de la naturaleza y de la comunidad, que sean, entre otros, sobrias, centradas, informadas, equilibradas, eficaces, claras, contundentes, objetivas y posibles de ejecución en cada caso.

La idealidad exagerada no es buena consejera en el mundo judicial ni en ninguno. Las características señaladas de las soluciones judiciales exigen esfuerzos de argumentación que superan los tradicionales, pues se necesita de especial creatividad, pero sin desatender los pilares del ordenamiento jurídico en general ni la legislación aplicable en particular; de muy buena ubicación en el sentido de no enfrenar (hasta donde se pueda) a la economía con el ambiente, y por lo mismo procurar una relación armónica entre tales elementos, que sin impedir el crecimiento económico no sacrifique el ambiente y su preservación, y por lo mismo el derecho de las generaciones futuras al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La opinión consultiva No. 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶ señala que la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible consagró los tres pilares del desarrollo sostenible: *el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental*.

6 Contenida en el portal: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Consultado el 1 de febrero de 2021.

Agregamos también que el juez necesita estar dotado de mucha cultura ambiental, y por ende debe desplegar investigación en la misma disciplina (no solamente en Derecho Ambiental); debe “pisar la tierra” en materia de costos (las soluciones duraderas a problemas ambientales pueden ser muy costosas, e incluso de ejecución inalcanzable), considerando especialmente la progresividad de la ejecución de las medidas judiciales cuando ello es posible; los jueces, sin sacrificar la reparación de los daños ambientales deben tener claro sus frecuentemente altos costos y la situación del condenado a remediarlos, en orden a la flexibilidad en el tiempo de ejecución de la reparación, cuando ello es posible en función de las circunstancias de cada caso; debe huir del sobredimensionamiento demagógico del interés general y su prevalencia sobre el interés particular.⁷

Un elemento que no debemos obviar en estas enunciaciones es el importante porcentaje de supranacionalidad de las normas jurídicas ambientales que deben aplicar los jueces y juezas que conocen cuestiones ambientales o de derivación ambiental, lo cual implica un importante esfuerzo intelectual de actualización jurídica, complementado con investigación técnica de buen nivel. Recuérdese que hay un Derecho Internacional Ambiental. En términos de jurisprudencia

7 La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-622 de 2016 ha llegado a señalar:

“4.16. En cuanto al principio de prevalencia del interés general [62] se ha entendido, por regla general, que permite preferir la consecución de objetivos comunes –en el marco del principio de solidaridad– sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho fundamental. En efecto, de manera reiterada la Corte ha señalado que este principio no implica *per se* que deban preferirse los intereses de la mayoría y el bienestar colectivo, o que en virtud del mismo, se privilegie la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, puesto que este último obra como límite del interés general cuando está vinculado a un derecho fundamental. En ese sentido debe entenderse que el respeto de los derechos fundamentales es un componente que también integra el complejo concepto de interés general.”

Tomado del portal <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>, consultado el 1 de febrero de 2021.

comparada, entre otros, en materia ambiental, son importantes los esfuerzos de la Corte Constitucional de Colombia.

Ricardo Lorenzetti, Ministro de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en el Prefacio de la obra “Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental”⁸ (Módulo V. Papel del Juez) sostuvo:

“El papel de la Justicia en la protección del medio ambiente ha sido demasiadas veces y durante demasiado tiempo ignorado. Los jueces son agentes de cambio, con gran capacidad para crear y promover una ciudadanía ecológica y hacer valer las leyes que sustentan el paradigma que se requiere para lograr un desarrollo sostenible, un desarrollo basado en la justicia, en la equidad y en la búsqueda de la paz como fin último, que no compromete las necesidades ni de las generaciones presentes ni de las futuras. El Estado de derecho al que contribuyen los jueces, es el elemento de unión entre estos elementos y representa la única vía efectiva para lograr la equidad y el equilibrio necesario que pueda asegurar la sostenibilidad ambiental y el bienestar humano.”

c) Dos ejemplos de creatividad judicial en orden a la protección ambiental

1.- La prestigiosa Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-622 reconoció “al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”⁹.

8 Publicación del Departamento de Desarrollo Sostenible de la Organización de Estados Americanos. 2016, páginas 7 y 8, contenido en la siguiente dirección electrónica: http://www.oas.org/es/sedi/dsd/publicaciones/Judicial-Modulo_V.pdf. Consulta realizada el 1 de febrero de 2021.

9 Punto cuarto de la parte dispositiva de la sentencia.

Consecuente con lo antes indicado, en el quinto punto de la parte dispositiva de la sentencia estableció:

ORDENAR al Ministerio de Ambiente, al Ministerio de Hacienda, al Ministerio de Defensa, a Codechocó y Corpourabá, a las Gobernaciones de Chocó y Antioquia, y a los municipios demandados [344] –con el apoyo del Instituto Humboldt, las Universidades de Antioquia y Cartagena, el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, WWF Colombia y las demás organizaciones nacionales e internacionales que determine la Procuraduría General de la Nación– y en conjunto con las comunidades étnicas accionantes, que dentro del año siguiente a la notificación de la sentencia, se diseñe y ponga en marcha un **plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes, los territorios ribereños, recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región**. Este plan incluirá medidas como: (i) el restablecimiento del cauce del río Atrato, (ii) la eliminación de los bancos de área formados por las actividades mineras y (iii) la reforestación de zonas afectadas por minería legal e ilegal.

Adicionalmente, este plan incluirá una serie de indicadores claros que permitan medir su eficacia y deberá diseñarse y ejecutarse de manera concertada con los pobladores de la zona, así como garantizar la participación de las comunidades étnicas que allí se asientan en el marco del Convenio 169 de la OIT.

Es importante destacar que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos tiene ya una importante tradición en la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional de Colombia.

En todo caso el reconocimiento de un río como sujeto de derechos es realmente una positiva expresión jurídica, que envuelve una dosis racional de activismo a favor del ambiente y de la naturaleza.

2.- La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la sentencia STC4360-2018 del 4 de abril de 2018 estableció con total claridad¹⁰ el reconocimiento “a la Amazonía Colombiana como entidad, “*sujeto de derechos*”, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran¹¹”.

Como corolario de lo anterior ordenó:

En consecuencia, se otorgará el auxilio, y se ordenará a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y a la Cartera de Agricultura y Desarrollo Rural para que, en coordinación con los sectores del Sistema Nacional Ambiental, y la participación de los accionantes, las comunidades afectadas y la población interesada en general, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del presente proveído, formulen un plan de acción de corto, mediano y largo plazo, que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía, en donde se haga frente a los efectos del cambio climático...

d) Constitucionalismo contemporáneo y ambiente

La referida sentencia T-622 de la Corte Constitucional de Colombia, luego de señalar diversas decisiones del mismo tribunal en las cuales se reconoce a la naturaleza como *un sujeto con derechos propios*, consigna¹²:

5.10. En este orden de ideas, el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental,

10 Sustentándose en parte en la sentencia T-622 ya nombrada.

11 Constante en la siguiente dirección electrónica: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>. Consulta realizada el 1 de febrero de 2021.

12 Tomado de la siguiente dirección electrónica: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Consulta realizada el 31 de enero de 2021.

consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad [89], no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. En síntesis, *solo a partir de una actitud de profundo respeto y humildad con la naturaleza, sus integrantes y su cultura es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, dejando de lado todo concepto que se limite a lo simplemente utilitario, económico o eficientista.*

Dicho en otras palabras: la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, *entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas.* Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global –biósfera–, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad. Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales.

Esta postura de la Corte Constitucional colombiana deja en claro que el Derecho Ambiental como disciplina tutora no debe abarcar sólo a los sujetos de Derecho tradicionales, sino que también cabe

que proteja, talvez con menor intensidad, “a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, *entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas*”, conforme señala la Corte. En definitiva, el Derecho Ambiental, y por ende sus regulaciones y manifestaciones jurídicas, debe ser el Derecho de los sujetos de Derecho y de los seres vivientes “con quienes se comparte el planeta”; bien entendido que tal protección no cabe respecto de, entre otros, las plagas y bacterias que destruyen o afectan la vida de los seres humanos y de los animales, especialmente de los que son particularmente útiles, desde diversos puntos de vista, para los seres humanos.

e) El desarrollo sostenible y sus inmensas implicaciones

Es conocido y reconocido que el desarrollo sostenible tiene una triple dimensión: *comprende el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente*. Es decir, tiene una dimensión gigantesca nacida de la amplitud de cada uno de sus elementos. Por lo mismo está presente en una serie de acciones, convenciones y políticas públicas tanto nacionales como supranacionales. Todo lo cual no debe ser desoído por parte de la Función Judicial de los diversos Estados involucrados. Veamos algunas expresiones del desarrollo sostenible:

1.- El párrafo 207 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VERSUS ARGENTINA, del 6 de febrero de 2020¹³ estableció que:

En lo que es relevante para el caso, debe hacerse notar que rige respecto al derecho al ambiente sano no solo la obligación de respeto, sino también la obligación de garantía prevista en el

13 Tomado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf el 31 de enero de 2021.

artículo 1.1 de la Convención, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones. Este deber se proyecta a la “esfera privada”, a fin de evitar que “terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos” ...

2.- En el pie de página 196 de la misma sentencia el tribunal interamericano plantea algunas afirmaciones vinculadas con el desarrollo sostenible:

La Corte ha señalado que en virtud de la obligación de respetar los derechos humanos, prevista en el artículo 1.1 de la Convención, los Estados “deben abstenerse” de, entre otras conductas, “contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas estatales en formas que afecten la calidad o el acceso al agua y/o a fuentes de alimentación”.

3.- Partiendo, como dice María Eugenia Di Paola en su artículo “Una década de trabajo constante para la información y el desarrollo sostenible”¹⁴, de que “La información es la piedra angular para la construcción de políticas en materia de ambiente y desarrollo sostenible”, la sanción de la Ley de Acceso a la Información Pública en el año 2016 en la República argentina, según relata la profesora Di Paola.

4.- La aprobación el 4 de marzo de 2018 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe; dato histórico que cita Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el prefacio de la obra del mismo nombre del Acuerdo.¹⁵

14 Material de lectura obligatoria entregado en el marco del Diplomado de Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires, UBA. Año 2020.

15 Publicación de las Naciones Unidas. Año 2018.

5.- La aprobación de la Ley Nacional 2.797 de 1891 en Argentina, por ser la primera ley que regula la temática ambiental, “precursora y monitorea”, según se cita en la obra de autoría múltiple “Ambiente y Residuos Peligrosos”.¹⁶

6.- La incorporación en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador de la Convención Americana de Derechos Humanos, del derecho a un medio ambiente sano: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.¹⁷

7.- La incorporación en la Ley General de Ambiente 25.675 de Argentina, del derecho de toda persona a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (artículo 19).¹⁸

8.- La creación del Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos, con el objeto de compensar a las jurisdicciones que conservan los bosques nativos, por los servicios ambientales que éstos brindan, incluida en el artículo 30 de

16 Extracto de la obra de diversos autores, entre ellos, Silvia Nonna, José María Dentone y Natalia Waitzman, entregado como material de lectura obligatoria en el marco del Diplomado en Derecho Ambiental organizado por la Universidad de Buenos Aires, UBA, en el año 2020.

17 Incorporación que destaca María Eugenia di Paola en su trabajo “El Derecho Humano al Ambiente y la Agenda 2030”. Artículo entregado como material de lectura obligatoria en el marco del Diplomado en Derecho Ambiental organizado por la Universidad de Buenos Aires, UBA, en el año 2020.

18 Según cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) en el marco del recurso de hecho CSJ 318/2014 (50-M) /CS1. Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial-Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s recurso.; documento entregado como parte del material de lectura obligatoria en el marco del Diplomado en Derecho Ambiental organizado por la Universidad de Buenos Aires, UBA, en el año 2020.

la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, de la República argentina.¹⁹

9.- La definición de los instrumentos de la política y la gestión ambiental contenida en el artículo 8 de la Ley General del Ambiente de Argentina, signada con el numero 25.675²⁰:

1. El ordenamiento ambiental del territorio.
2. La evaluación de impacto ambiental.
3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas.
4. La educación ambiental.
5. El sistema de diagnóstico e información ambiental.
6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable.

10.- Los cinco objetivos del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020²¹:

(Es importante anotar que “La diversidad biológica o biodiversidad se refiere al grado de variedad de la naturaleza, pudiendo dividirse en tres categorías jerárquicas (genes, especies y ecosistemas)” según precisa Horacio Rosatti.²²

19 Tomado de <https://www.senado.gob.ar/upload/5962.pdf> el 31 de enero de 2021.

20 Tomado de <https://www.senado.gob.ar/upload/5820.pdf> el 31 de enero de 2021.

21 Tomado de https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-la-biodiversidad/plan_estrategico_db_tcm30-156087.pdf el 31 de enero de 2021.

22 En su trabajo “TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA”, incluido en la obra “EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL”. II *Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*”, entregado en el mismo Diplomado como material de lectura obligatoria.

1. *Abordar las causas subyacentes de la pérdida de diversidad biológica mediante la incorporación de la diversidad biológica en todos los ámbitos gubernamentales y de la sociedad.*
2. *Reducir las presiones directas sobre la diversidad biológica y promover la utilización sostenible.*
3. *Mejorar la situación de la diversidad biológica salvaguardando los ecosistemas, las especies y la diversidad genética.*
4. *Aumentar los beneficios de la diversidad biológica y los servicios de los ecosistemas para todos.*
5. *Mejorar la aplicación a través de la planificación participativa, la gestión de los conocimientos y la creación de capacidad.*

f) Conclusiones: el desafío de la protección del ambiente y la naturaleza, y el desafío de la motivación judicial en materia ambiental

Existen diversos tipos de desafío: los hay históricos, transitorios, permanentes, actuales, futuros, sencillos, complejos, ordinarios, extraordinarios, etc. Varios de ellos se transforman, se cualifican, adquieren mayor complejidad, exigen más y mejores herramientas para obtener buenos resultados. De otro lado, siempre surgen desafíos en los más variados campos de la vida y de la sociedad. El mundo actual en el ámbito ambiental tiene múltiples desafíos: la justicia ambiental, la justicia climática, el ecocentrismo (concepción que considera que el hombre es quien pertenece a la tierra, y no la tierra al hombre), la cualificación de las garantías alrededor de la naturaleza y el ambiente, la lucha para que no se dé el fenómeno de los “refugiados ambientales”, también llamados “migrantes ambientales”, etc.

Estos desafíos en el terreno ambiental, que pueden resumirse en el desafío de *la protección del ambiente, la naturaleza y los bienes jurídicos que ellos amparan*, deben ser asumidos por los jueces que conocen sobre asuntos ambientales o que sin ser originalmente ambientales tienen incidencia ambiental o terminan teniéndola, pues los jueces son garantes del ordenamiento jurídico y de la Constitución de la República, son “guardianes de la Constitución”, activistas racionales de los derechos que deben resolver las causas considerando las perspectivas de sus decisiones, el desarrollo sustentable, los precedentes que en su nivel jurisdiccional dejan sentado, etc. Nuestros derechos y bienes jurídicos están y estarán en manos de los jueces y juezas cada vez que ellos deben resolver sobre los mismos. Esto tiene mucha significación. Sus decisiones pueden marcar nuestras vidas, para bien o para mal.

En el caso ecuatoriano tenemos algunas particularidades dignas de destacar: 1) el Estado ecuatoriano es constitucional de derechos y justicia, lo cual implica que el corazón de la gestión estatal es la lucha a favor de los derechos humanos; 2) “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”²³; 3) “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas...”²⁴; 4) “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades...”²⁵; 5) Es deber y responsabilidad ciudadana, entre otros, “Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible”.²⁵

23 Artículo 11 numeral 9, párrafo primero de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

24 Numeral 8 del mismo artículo.

25 Numeral 6 del artículo 83 de la Constitución.

Bibliografía

Hernández Terán, Miguel. 2004. *SEGURIDAD JURÍDICA. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Edino.

Hernández Terán, Miguel. 2016. *EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS. Doctrina y Jurisprudencia*. Cevallos Editora Jurídica.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

Opinión consultiva No. 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia T-622 de 2016 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Prefacio de la obra *Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental* (Módulo V. Papel del Juez). Publicación del Departamento de Desarrollo Sostenible de la Organización de Estados Americanos. 2016.

Sentencia STC4360-2018 del 4 de abril de 2018 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VERSUS ARGENTINA, del 6 de febrero de 2020.

Artículo *Una década de trabajo constante para la información y el desarrollo sostenible*, de María Eugenia Di Paola.

Prefacio de la obra *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Publicación de las Naciones Unidas. Año 2018*.

Extracto de la obra *Ambiente y Residuos Peligrosos*, de diversos autores, entre ellos, Silvia Nonna, José María Dentone y Natalia Waitzman.

Artículo *El Derecho Humano al Ambiente y la Agenda 2030*, de María Eugenia Di Paola.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) en el marco del recurso de hecho CSJ 318/2014 (50-M) /CS1. Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial-Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/recurso.

Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, de la República Argentina.

Ley General del Ambiente de Argentina, signada con el número 25.675.

Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020.

Trabajo de Horacio Rossatti titulado *TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA*, incluido en la obra *EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL. II Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuesto*.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

http://www.oas.org/es/sedi/dsd/publicaciones/Judicial-Modulo_V.pdf

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

<https://www.senado.gob.ar/upload/5962.pdf>

<https://www.senado.gob.ar/upload/5820.pdf>

https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-la-biodiversidad/plan_estrategico_db_tcm30-156087.pdf

LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL²⁶

Dra. Teresa Nuques Martínez²⁷

El arbitraje es un método heterocompositivo de solución de controversias, que descansa en el derecho de libertad, en una de sus manifestaciones, como es la libertad de contratación²⁸. En ejercicio de ese derecho, las partes pueden pactar métodos alternos a la justicia ordinaria para solucionar sus conflictos, siempre que estos se traten de: materia transigible y no sean contrarios al orden público.

El artículo 190 de la Constitución ha reconocido al arbitraje como uno de los métodos alternos de solución de conflictos conforme a la ley.²⁹ Esta, a su vez, refiere a la necesaria existencia de un acuerdo de partes y un convenio arbitral,³⁰ por lo que podemos inferir que este método se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en ejercicio de su derecho de libertad.

26 Este análisis se limitará a la acción de nulidad de laudo arbitral, en el arbitraje doméstico en el Ecuador.

27 Teresa Nuques, abogada por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, doctora en derecho por la Universidad A Coruña-España, docente de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, a la fecha de este artículo se desempeña como juez de la Corte Constitucional.

28 Constitución del Ecuador, artículo 66 numeral 16, entre los derechos reconoce y garantiza a las personas la libertad de contratación.

29 El artículo 190 señala al arbitraje como uno de los métodos de solución de controversia a manera de ejemplo, ya que la construcción de los métodos alternativos de solución de conflictos descansa en la voluntad de las partes conforme a la ley, observando los parámetros establecidos en el inciso primero del artículo 190.

30 Art. 1 y 5 Ley de Arbitraje y Mediación.

El reconocimiento de los métodos alternos de solución de conflictos conlleva también reconocer que, estos sistemas, tienen normas y procedimientos propios que por pacto de las partes, se incorporan al proceso. No obstante, esto no significa que el sistema arbitral no esté sujeto a un control constitucional y judicial de sus decisiones; sino que, este debe efectuarse con las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico vigente.

En este contexto, los árbitros están obligados a observar las garantías constitucionales, precautelando los derechos de las partes en el proceso, siendo su deber velar por el debido proceso.

Si bien como se ha señalado, el sistema arbitral tiene principios, normas y procedimientos propios que lo rigen, distintos a la justicia ordinaria, esto no significa que, entre métodos como el arbitraje y el sistema ordinario de justicia exista un divorcio; por el contrario la complementariedad y asistencia la podemos notar en algunas etapas puntuales, como son: en las medidas cautelares en el arbitraje, llamadas providencias preventivas en justicia ordinaria, en la acción de nulidad del laudo arbitral y en la ejecución de la decisión arbitral.

Para referirnos concretamente al objetivo de este trabajo observaremos a la acción de nulidad del laudo, como la herramienta procesal de control *ex post* sobre el laudo arbitral o la sustanciación del proceso arbitral cuando, una vez que se haya expedido el laudo arbitral, las partes consideren que, al amparo del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”), el árbitro único o el tribunal arbitral, ha incurrido en una de las causales establecidas en ese artículo.

El laudo es inapelable como expresamente lo señala el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación³¹ y no será susceptible de ningún

31 La Corte Constitucional, por medio de la sentencia No. 007-16-SCN-CC, de fecha 28 de septiembre de 2016, estableció que: “(...) existen procesos en los cuales la ley expresamente no prevé la posibilidad de presentar recursos, lo cual no significa una vulneración del derecho

otro recurso que no establezca la presente ley, en concordancia con esta disposición el artículo 31 del mismo cuerpo legal señala la posibilidad de que las partes puedan activar la acción de nulidad de un laudo arbitral cuando se cumplan las causas establecidas en la LAM.

De esta manera y observando dichas causales, se deduce que la acción de nulidad es un mecanismo de impugnación, que examina vicios *in procedendo*. El citado artículo 31 de la LAM prevé una serie de causales taxativas relacionadas a vulneraciones a diferentes elementos del debido proceso en el transcurso del arbitraje, siendo el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del lugar donde se expidió el laudo, el competente para conocer y resolver la acción de nulidad de un laudo arbitral.

Sin embargo, en este punto es necesario considerar que, tanto el laudo arbitral así como la sentencia dictada por el presidente de la Corte Provincial, cuando conoce y resuelve una acción de nulidad, son susceptibles de Acción Extraordinaria de Protección, conforme a lo establecido normativamente, así como interesantes decisiones de la Corte Constitucional, que revisaremos en el transcurso de este trabajo, de tal manera debemos señalar que:

La posibilidad de interponer acción extraordinaria de protección se da porque una eventual vulneración a derechos constitucionales puede producirse, ya sea por el Presidente de Corte provincial, cuando se realiza el control judicial del laudo mediante la acción de nulidad, o por parte del árbitro único o el Tribunal Arbitral, de ser el caso.

En ese sentido siempre es importante recordar “*que la acción extraordinaria de protección no es un mecanismo de impugnación tendiente a corregir*

constitucional a la tutela judicial efectiva, sino por el contrario, implica el acceso a la justicia bajo un marco de certeza jurídica. Siendo así, existen disposiciones expresas que conforme lo manifestado impide la presentación de recursos adicionales a la acción de nulidad respecto de laudos arbitrales”. p. 13.

*errores in iudicando o in procedendo, los laudos arbitrales son impugnables mediante acción extraordinaria de protección siempre que la pretensión se relacione a vulneraciones constitucionales”.*³²

La acción extraordinaria de protección es de carácter excepcional, ya que la jurisdicción ordinaria es la llamada a precautelar los derechos de las partes procesales y corregir los errores que pudieron haberse presentado en otra jurisdicción. En este punto, es trascendente señalar que el carácter residual conlleva el agotamiento de todos los mecanismos de impugnación previstos en la legislación ordinaria, siempre que estos sean adecuados y eficaces.³³

Por lo expuesto, es necesario tener presente, que el laudo está sujeto a dos clases de controles diferentes, un control de legalidad vía acción de nulidad y un control de constitucionalidad que se realiza vía acción extraordinaria de protección, siempre cumpliendo con los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico y teniendo en cuenta la naturaleza distinta de cada uno de ellos.

2. La acción de nulidad del laudo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: consideraciones previas, un poco de historia y jurisprudencia reciente

2.1. Consideraciones previas

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que “*el control judicial del arbitraje debe efectuarse dentro de las limitaciones previstas en la Constitución y la ley, pues la efectividad del sistema arbitral depende de*

32 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019. Párr. 21.

33 Numeral 3 del artículo 61 de la LOGJCC, la demanda de la Acción Extraordinaria de Protección deberá contener “*demonstración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados (...)*”.

un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje".³⁴

De esta manera el primer presupuesto para el análisis de una acción de nulidad del laudo, es su temporalidad, es decir que sea interpuesta dentro del tiempo establecido en la ley; y, el deber de pronunciarse, por parte de la autoridad competente, luego de verificar que se ha presentado una de las causales establecidas en la ley, para de forma posterior analizar y sustanciar el expediente.

Estas afirmaciones que parecen tan lógicas el día de hoy, han sido producto de una evolución jurisprudencial en la cual la Corte Constitucional del Ecuador ha jugado un rol trascendente como se observará a continuación. Para ello haremos un breve recuento de algunos pronunciamientos relevantes que, en algunas ocasiones, contribuyeron a configurar la acción y en otras crearon incertidumbre en su forma de aplicación.

2.2. Breve recuento histórico

Podríamos señalar algunos puntos que se han discutido en la acción de nulidad del laudo arbitral y que ha ido cambiando en el tiempo. Empezaremos por el procedimiento a seguirse en la acción de nulidad del laudo:

2.2.1.- Uno de los principales problemas que se presentaron en relación a la acción de nulidad del laudo, fue su procedimiento. Para ello señalaremos que antes del año 2009, la acción de nulidad del laudo se tramitaba como un juicio ordinario producto de una, a nuestro criterio, equivocada interpretación que partía del presupuesto consistente en que, al no existir un trámite propio para la acción de nulidad del laudo, esta debía sustanciarse como juicio ordinario, en

34 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 308-14-EP/20 de 19 de agosto de 2020. Párr. 61.

atención del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, norma adjetiva vigente a esa fecha.

Las cosas corrieron con esa suerte hasta que, en el año 2008 la Corte Constitucional del período de transición a propósito de una consulta de norma resolvió:³⁵

*“La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez de laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, pues el presidente de la corte superior, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días, **siendo únicamente** este trámite **el que debe** ser observado en estas **causas**, como en efecto ha aplicado el presidente de la corte superior de justicia de Quito, sin que pueda aplicarse el artículo 59 del código de procedimiento civil, ya que este precepto es aplicable aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial”*.³⁶

2.2.2.- Otro aspecto que es necesario comentar, es el establecido en el artículo 30 de la LAM; el cual dispone que los laudos arbitrales dictados por los tribunales arbitrales o el árbitro único, según el caso, son inapelables. No obstante, podrán interponerse los recursos

35 En este punto es importante recordar que conforme a la Constitución del año 1998, el control de constitucionalidad era difuso, en ese sentido, el presidente de la Corte Provincial de Pichincha, al resolver una acción de nulidad de laudo arbitral determinó que era inaplicable el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, para sustanciar la acción de nulidad del laudo al considerar que esto afecta la celeridad los métodos alternativos para la solución de conflictos, entre ellos al arbitraje; sin embargo a la sombra de la Constitución de 1998, el juez podía declarar inaplicable el artículo con efectos inter partes y elevar a consulta al Tribunal Constitucional de esa época a fin de determinar si procedía el efecto erga omnes, en este caso la consulta entra a la Corte en el periodo de transición, quienes al resolver determinaron que no era posible darle el efecto erga omnes al artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, vigente en esa época, porque se afectaría el ordenamiento vigente al dejar sin una vía de sustanciación a otros procesos, sin embargo, señaló que el mencionado artículo no era aplicable para sustanciar la acción de nulidad del laudo, al tener esta acción un procedimiento propio contemplado en el artículo 31 de la LAM.

36 Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 0008-2008-DI, publicado en el Registro Oficial suplemento 605 de 4 de junio de 2009.

de aclaración y ampliación, señalando finalmente que los laudos no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la ley. En ese sentido, si leemos en forma conjunta el artículo 30 con el 31 de la LAM, expresamente señalan que las partes no pueden apelar, pero podrán activar la acción de nulidad del laudo arbitral conforme a las causales señaladas en el mismo artículo.

La inapelabilidad del laudo ha sido uno de los aspectos, que ha generado diversas posturas, ya que podría pensarse que al ser inapelable se contraviene el derecho a recurrir previsto en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución³⁷ o la tutela judicial efectiva protegida en el artículo 75 de la Constitución, sin embargo, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que “(...) *los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente ley*”.³⁸

La Corte Constitucional, en la sentencia No. 007-16-SCN-CC, de fecha 28 de septiembre de 2016, estableció que: “(...), *existen procesos en los cuales la ley expresamente no prevé la posibilidad de presentar recursos, lo cual no significa una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, sino por el contrario, implica el acceso a la justicia bajo un marco de certeza jurídica. siendo así, existen disposiciones expresas que conforme lo manifestado impide la presentación de recursos adicionales a la acción de nulidad respecto de laudos arbitrales*”.³⁹

Ambas sentencias observan el principio de libertad configurativa del legislador, mediante el cual, el legislador al momento de

37 Artículo 76, numeral 7 literal m “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (...) 7) el derecho a las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

38 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 173-14-SEP-CC, caso No. 1114-12-EP de 15 de octubre de 2014. P. 10.

39 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 007-16-SCN-CC, caso No. 0141-14-CN, 28 de septiembre de 2016. P. 13.

desarrollar las distintas figuras procesales estimará de acuerdo a la naturaleza de cada procedimiento, los recursos y acciones de los que éste será susceptible, sin que ello afecte la tutela judicial efectiva y el derecho a recurrir de las partes, al no ser este un derecho absoluto; de ahí que, no todo proceso tiene las mismas instancias ni los mismos recursos.

En ese sentido la Corte Constitucional,⁴⁰ al conceptualizar dicho principio ha sostenido que *“el Legislador cuenta con libertad de configuración legislativa, para que dentro del marco constitucional dado por el establecimiento de condiciones, disposiciones, derechos y principios constitucionales, sin invadir este contenido esencial dado por la Constitución, pueda regular las relaciones y situaciones jurídicas que no involucren el orden fundamental. Es decir, la esfera de la legalidad es amplia, teniendo inclusive facultades discrecionales, mas no ilimitadas, en los aspectos en los cuales no exista expresamente una orden o prohibición en contrario de Norma Suprema, sino que en su lugar le permita establecer reglas, regulaciones, requisitos y procedimientos legales, lo que es evidente sobre todo cuando existe una remisión constitucional a la ley”*.

2.2.3.- Otro punto de interesante análisis que ha sufrido cambios jurisprudenciales importantes, es lo relacionado a la apelación de la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial que resuelve la acción de nulidad del laudo arbitral. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencias No. 081-13-SEP-CC⁴¹ y No. 173-14-SEP-CC,⁴² estableció que, sobre la sentencia que decide la acción de nulidad del laudo arbitral, no cabe el recurso de apelación.

40 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 003-19-DOP-CC, caso No. 0002-19-OP. Párr. 24.

41 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 081-13-SEP-CC, Caso No. 0091-13-EP de 23 de octubre de 2013. P. 9.

42 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 173-14-SEP-CC, Caso No. 1114-12-EP de 15 de octubre de 2014. P. 10.

No obstante, y luego de un año de su pronunciamiento, la Corte Constitucional mediante sentencia No. 325-15-SEP-CC,⁴³ abrió la posibilidad de conocer apelaciones de las sentencias expedidas en el marco de los procesos de nulidad del laudo arbitral, alejándose de los anteriores precedentes de la Corte Constitucional.

Posteriormente mediante sentencia No. 007-16-SCN-CC (CORDESCO)⁴⁴ destaca la inapelabilidad de los laudos arbitrales, manifestando que es una decisión irrevocable y podrá obtenerse la ejecución forzada del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo vía de apremio, reafirmando los pronunciamientos de constitucionalidad del art. 30 y 31 LAM.

Luego de la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos y ante las dudas que habían surgido entre los Presidentes de las distintas Cortes Provinciales del país,⁴⁵ acerca del procedimiento para sustanciar la acción de nulidad del laudo arbitral, el pleno de la Corte Nacional de Justicia en resolución No. 08-2017, estableció que no cabe recurso alguno contra la sentencia que dicte el Presidente de la Corte Provincial en los procesos de nulidad del laudo, salvo los horizontales de aclaración o ampliación.

43 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 325-15-SEP-CC, Caso No. 1139-13-EP de 23 de octubre de 2013. P. 12.

44 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 007-16-SCN-CC, caso No. 0141-14-CN, 28 de septiembre de 2016. P. 14.

45 La duda consistía en establecer cuál era el procedimiento que debía aplicarse para sustanciar una acción de nulidad de laudo arbitral, ya que el COGEP no señalaba procedimiento alguno, en ese sentido es relevante notar dos aspectos: 1) la norma del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, contempla el mismo supuesto jurídico que la norma del artículo 289 del COGEP, por lo tanto la consulta de norma que en su momento absolvió la Corte Constitucional para el periodo de transición era válida y vigente, además solo la Corte Constitucional podría cambiar su precedente ante supuestos debidamente argumentados que hagan posible este cambio; y, 2) el COGEP, es una norma supletoria de las normas específicas que tienen los MASC, donde la autonomía de la voluntad permite pactar a las partes su reglas de procedimiento.

Finalmente, en este recuento señalaremos algunas precisiones acerca de la acción de nulidad y la acción extraordinaria de protección.

2.2.4.- Nos preguntamos si cabe acción extraordinaria de protección contra el laudo arbitral, para ello empezaremos señalando que el laudo arbitral es susceptible de control constitucional al ser una decisión de carácter jurisdiccional que resuelve las pretensiones de fondo de las partes. El control constitucional del arbitraje en esta etapa, puede darse en dos momentos: a) acción extraordinaria de protección contra la sentencia que resuelve la acción de nulidad de un laudo arbitral por parte del Presidente de la Corte Provincial del lugar donde se dictó el laudo, siempre que pueda observarse una posible vulneración de derechos constitucionales como se ha señalado anteriormente en este documento; y, b) directamente contra el laudo arbitral en los supuestos que veremos a continuación.

La Corte Constitucional, mediante sentencia No. 169-12-SEP-CC (CASO EMVIAL), estableció que el laudo arbitral era susceptible de acción extraordinaria de protección y en el desarrollo del segundo problema jurídico de esta sentencia se analizó si es necesario que se agote la acción de nulidad del laudo arbitral previo a interponer una acción extraordinaria de protección.

Sobre este problema jurídico, la Corte Constitucional sostuvo que *“la pregunta se concretiza en la determinación de si la «acción» de nulidad puede ser calificada como un recurso a ser agotado previamente a la interposición de la acción extraordinaria de protección. Para ello, esta Corte considera necesario hacer una interpretación amplia de la palabra recurso, a fin de entenderlo como cualquier forma de solución de un vicio, sea este adjetivo o sustantivo, que afecte la providencia impugnada (...). Por tanto, la acción de nulidad puede considerarse un recurso, para efectos de la aplicación del art. 61, núm. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y, por tanto, debe ser agotada previo a la interposición de una acción extraordinaria*

*de protección, con la única excepción de que dicha acción se muestre inadecuada o ineficaz para la resolución del problema”.*⁴⁶

Ante esta afirmación, podemos preguntarnos ¿cuándo la acción de nulidad del laudo sería inadecuada o ineficaz? Cuando los derechos que se alegan vulnerados en el proceso arbitral (durante su sustanciación o en el laudo) no puedan ser tutelados por las causales establecidas en el artículo 31 de la LAM, para ello hay que tener presente que el control que se realiza vía acción de nulidad no es igual al control que realiza la Corte Constitucional en acciones extraordinarias de protección.

De esta manera la determinación, de las causales de nulidad del laudo arbitral cobra importancia, porque ello estará ligado *prima facie*, con la posibilidad de interponer de manera directa o no la acción extraordinaria de protección contra el laudo arbitral.

3. Tensiones

Luego de este recuento histórico, notamos que la definición de la inapelabilidad del laudo, el procedimiento para sustanciar la acción de nulidad por parte del Presidente de la Corte Provincial del lugar donde se expidió el laudo, y la necesidad de agotar la acción de nulidad del laudo para interponer una acción extraordinaria de protección, son temas que la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado en el tiempo. A continuación, me referiré a ciertos aspectos que la actual conformación de la Corte Constitucional ha estudiado en su jurisprudencia definiendo de esta manera algunas asignaturas pendientes en materia arbitral.

3.1.- Como se señaló en el último párrafo del acápite anterior, una importante tensión consistió en la necesidad jurídica de determinar si

46 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 169-12-SEP-CC, Caso No. 1568-10-EP de 26 de abril de 2012. Págs. 12-13.

las causales de la acción de nulidad del laudo son o no taxativas, porque de ello depende, la determinación del agotamiento de los medios de impugnación del ordenamiento jurídico, como elemento esencial de configuración de las acciones extraordinarias de protección.

¿Cómo surge este problema? Mediante sentencia No. 302-15-SEP-CC, se estableció que las causales de nulidad del laudo no eran taxativas y que el juez que conoce la acción de nulidad de laudo puede conocer otras no señaladas en el artículo 31 de la LAM, incluyendo la falta de motivación e incompetencia del juez como causal de nulidad, las cuales no estaban contempladas por el art. 31 LAM. Indicando en consecuencia, que el juez que conoce la acción de nulidad del laudo podía resolver sobre causales no previstas en el artículo 31 de la LAM, señalando en dicha sentencia que el *“juez (...) está al servicio de la satisfacción de los derechos constitucionales en un Estado constitucional de derechos y justicia”* y por tanto, se encontraría facultado para revisar el laudo por cuestiones como: (i) la falta de competencia del tribunal arbitral por la violación del derecho establecido en el literal k), numeral 7 del artículo 76 de la CRE; y, (ii) la falta de motivación en el laudo arbitral por la vulneración del derecho previsto en el literal 1), numeral 7 del artículo ibídem.⁴⁷

La Corte Constitucional mediante sentencias 31-14-EP/19, 323-13-EP/19 se apartó del criterio establecido en la sentencia 302-15-SEP-CC y reafirmó la taxatividad de las causales de nulidad de laudo arbitral, precisando que no caben recursos verticales en dichas acciones en el caso 1703-11-EP/19.

En el análisis realizado, el Organismo señaló que la taxatividad de las causales de nulidad brindan certeza *“en torno a las exactas situaciones jurídicas que podrían suponer la anulación de una decisión que, al tener efectos*

47 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP de 16 de septiembre de 2015. Págs. 21-22.

de cosa juzgada, ha generado una legítima confianza en las partes procesales sobre determinada situación jurídica”⁴⁸.

Recordó además que, en materia de nulidades procesales, rige el principio de especificidad, principio que implica que: *‘no hay nulidad sin texto; no hay nulidad sin ley’*.⁴⁹ Estableciendo, además, que es en la ley donde *“deben establecerse expresamente aquellos motivos por los cuales una autoridad judicial está habilitada para nulitar una decisión que goza de cosa juzgada y que, por tanto, ha generado en las partes procesales una certeza sobre determinada situación jurídica”*.⁵⁰

Una de las razones principales que señaló la Corte en su jurisprudencia, es la necesidad de garantizarles a las partes procesales el derecho a la seguridad jurídica, quienes requieren certidumbre sobre las normas jurídicas bajo las cuales se efectuará el control judicial del laudo.

La Corte en la sentencia No. 31-14-EP/19, expresamente señaló:

1) El artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación se traduce en el habilitante del juzgador para ejercer su competencia en razón de la materia dentro de la acción de nulidad y comporta un impedimento para que analice otros asuntos distintos a las causales de nulidad del laudo, por no estar expresamente facultado para ello.⁵¹

2) La nulidad del laudo es una sanción y como sucede con toda sanción, la infracción que la genera debe estar establecida expresamente en la ley, conforme lo establece el numeral 6 del artículo 76 de la CRE⁵².

48 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019. párr. 28.

49 *Ibíd.*

50 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 31-14-EP/19, de 19 de noviembre de 2019. Párr. 42.

51 *Ibíd.* Párr. 44.

52 *Ibíd.* Párr. 45.

La Corte recordó que cuando exista una vulneración de derechos en la sustanciación de un proceso arbitral o en el laudo, que no pueda ser reparada vía acción de nulidad del laudo, la vía para conocer de ésta, será a través de la acción extraordinaria de protección.

3.1.a.- Alejamiento de criterio

La Corte en la sentencia No. 323-13-EP/19⁵³ señaló que *“El hecho de que existan causales taxativas en la ley no constituye una carta abierta para el sistema arbitral, ni un desamparo para los usuarios de este sistema de justicia alternativa, pues como ya lo ha establecido la Corte Constitucional, existe el control constitucional de laudos arbitrales en caso de que estos violen el debido proceso u otros derechos constitucionales y que no exista el remedio procesal en la justicia ordinaria para subsanarlos, cuestión que, como lo ha manifestado este Organismo en múltiples decisiones, no implica que la Corte Constitucional pueda actuar como si fuese una instancia adicional y revise lo correcto o incorrecto de la decisión en relación a los hechos que dieron origen al proceso o el derecho”*.

Señalando que el motivo principal de la disidencia con el criterio de la sentencia No. 302-15-SEP-CC, es que, para activar la acción extraordinaria de protección contra un laudo arbitral, como una garantía constitucional de naturaleza jurisdiccional, se requería el agotamiento de la acción de nulidad únicamente por cinco causales taxativamente establecidos en la ley.

En consecuencia, la Corte reafirmó que, *“para efectos de la aplicación del numeral 3 del artículo 61 de la LOGJCC y del artículo 94 de la CRE, la acción de nulidad debe ser agotada exclusivamente por cuestiones subsumibles en las cinco causales indicadas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación previo a la interposición de la acción extraordinaria de protección contra el laudo, al menos que la vulneración de derechos no esté relacionada a*

53 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019. párr. 37.

*las causales legalmente previstas y por tanto, no pueda ser enmendada a través de tal medio de impugnación”.*⁵⁴

3.2.- Un aspecto interesante que fue desarrollado por la Corte es el que consta en la sentencia No. 308-14-EP/20.

En este punto la Corte analizó, que en el trámite de la acción de nulidad del laudo no se especifica cuál es el legitimado pasivo de la acción a efectos de ser citado con la demanda.

Para ello se consideró que la declaratoria de nulidad de un laudo arbitral puede afectar directamente a la contraparte del arbitraje, a quien ya se le confirió certeza sobre determinada controversia por la autoridad de cosa juzgada del laudo arbitral.⁵⁵

Precisando en esta sentencia, que la titularidad de la legitimación pasiva en la acción de nulidad del laudo arbitral se limita a las partes del arbitraje y no se extiende a los árbitros o a la institución administradora del arbitraje, resaltando que la declaratoria de nulidad es una sanción contra el laudo arbitral como acto procesal y no contra las personas de los árbitros o la institución administradora del arbitraje⁵⁶.

4. Conclusión

Hoy la Corte Constitucional ha puesto reglas claras, y ha señalado el reconocimiento constitucional del arbitraje como un método alternativo a la justicia ordinaria, desarrollado en ejercicio del derecho de libertad de las partes, desplegado en la autonomía de la voluntad;

54 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 31-14-EP/19, de 19 de noviembre de 2019. Párr. 54.

55 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 308-14-EP/20 de 19 de agosto de 2020. Párr. 43.

56 Íbid. Párr. 44.

quienes al acordar someterse a un método alternativo de solución de conflictos como el arbitraje, se obligan a acatar sus reglas.

Ante las distintas tensiones existentes, la conformación actual de la Corte Constitucional, ha establecido:⁵⁷

1. Las controversias sometidas a arbitraje son de competencia exclusiva de los árbitros y tribunales arbitrales.
2. El laudo es inapelable y solo admite los recursos y acciones establecidas en la ley, estos son los recursos de aclaración y ampliación; y, la acción de nulidad del laudo arbitral.
3. La resolución de las acciones de nulidad de laudo arbitral corresponde en única instancia al Presidente de la Corte Provincial del lugar de expedición de laudo, para el análisis de las causales de nulidad expresadas taxativamente en la ley de la materia.
4. En la sustanciación de las acciones de nulidad de laudo arbitral, los Presidentes de las Cortes Provinciales deberán tener un especial cuidado en la citación a los legitimados pasivos y en las notificaciones a las partes en el decurso del proceso, para que estos puedan ejercer a cabalidad su derecho a la defensa y demás derechos relacionados al debido proceso.
5. La Corte Constitucional ha determinado que las causales establecidas expresamente en el artículo 31 de la LAM deben ser agotadas cuando la vulneración que se pretende alegar en la acción extraordinaria de protección se enmarque en una de ellas.

⁵⁷ Estas conclusiones se extraen luego de la lectura de las sentencias 31-14-EP/19, 323-13-EP/19, 1703-11-EP-19 y 308-14-EP/20 previamente citadas.

6. Se establece cuando procede la acción extraordinaria de protección directa contra laudos arbitrales, esto es, en caso de existir otras vulneraciones que no se encuentren tuteladas en la acción de nulidad, pudiendo ser presentadas de forma directa ante la Corte.

LA CONTROVERTIDA FIGURA JURÍDICA DE LA “DETENCIÓN” EN UN ESTADO PENAL GARANTISTA

Mgs. Juan Carlos Vivar⁵⁸

Partamos desde la siguiente premisa “detención con fines investigativos”. En este caso, se manifiesta que se aplica una medida cautelar de privación de libertad hacia un sujeto con el fin de obtener algún tipo de evidencia o prueba en determinado hecho delictivo.

Pero, ¿hasta qué punto debería considerarse aquello como aplicable dentro de nuestro país?

Para analizar este punto debemos pensar en todas las situaciones que se ven implicadas en el marco jurídico del Estado ecuatoriano. En primera, partiendo desde la constitución, al ser como tal, la normativa que nos regula a todos dentro de este territorio como aquella que nos designa las respectivas pautas para la derivación de las continuas leyes, códigos, etc. A su vez, que estipula a los tratados internacionales en materia de derechos humanos al mismo nivel que esta, cuando estos han sido ratificados de acuerdo al procedimiento dispuesto.

Es así que en el artículo 417 de (Constitución de la República del Ecuador, 2008) promulga lo siguiente:

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

58 Catedrático de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Debido a este artículo, se adjunta a la (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969), que en su artículo 7 y numeral 1, señala que: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”*.

En este caso el derecho a la libertad y su seguridad personal se mantiene desde el punto en que no se haya efectuado algún acto que implique el hecho de que esta pueda perderla, sin embargo, se determina un motivo preciso y en el caso que se pueda perder como tal.

Siendo así que, la constitución, en el artículo 77, numeral 2, estatuye que:

Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

He de aquí que parte esta excepción en cuanto a los delitos flagrantes y a los casos donde las personas deban ser privadas de su libertad aún no poseyendo como tal una orden del juez, pero, se cuestiona si sería totalmente cierto pensar que de todas formas en cualquiera caso deba estar ser llevada a un centro de detención. Y aún más si la detención se realiza con fines investigativos y su punto de alcance en cuanto al menoscabo de los derechos que radican en un debido proceso y la defensa del mismo.

Desde el inicio del siglo 21, la corriente garantista y del hecho de que se promueva un Estado de derechos reconocidos y capaces de ser protegidos-garantizados en el país, tomó su fase de desarrollo e incrementó el furor en los juristas ecuatorianos que buscaban también un cambio que pase sobre la consideración de solo ejecutarse lo que se mostrara en una normativa, fuera de un

alcance que poseyera un verdadero miramiento hacia el nuevo garantismo penal.

La Constitución Política de 1998 trajo un cambio por parte del derecho constitucional, hablándose así finalmente de un amplio rango de derechos, ya como tal designando hasta papales que marcaron una búsqueda de la conciencia operativa de los remarcados preceptos a nivel del derecho internacional en materia de derechos humanos.

En palabras del reconocido jurista ecuatoriano, señor doctor Miguel Hernández Terán, siendo él uno de los primeros precursores en dar mayor estudio al nuevo modelo que se presentaba en el país, acota los puntos relevantes sobre el derecho al debido proceso en cuanto a cuatro puntos que consideramos relevantes en este trabajo: En primera, la necesidad de tipicidad legal, no solo enfocada desde el ámbito penal. La necesidad de observancia de cada trámite para que una persona sea juzgada. La existencia de penas que sean alternativas a la privación de libertad y finalmente el derecho a conocer de forma clara por el motivo en que una persona sea detenida, causas, motivos –identidad de quién ordenó la detención, de los agentes que la están realizando, los responsables del interrogatorio, entre otros– que inquieten una nueva serie de observancias para el adecuado proceder dicho en la norma. (Hernández Terán, 1999, págs. 76-79).

Consecuentemente, en el 2008, con la creación de la nueva Constitución, y aún la más implícita idea de concebirnos como un Estado completamente garantista y proderecho, en donde los principios constitucionales no pensaban en solo quedarse como una simple idea del cambio en que podría darse dentro de las reglas, si no ya en cuanto a ser plasmado, es que; como tal, se configuró esta particular rigidez en base a los asuntos en por fin hablarse de manera plena dentro de esta corriente. Tal como se puede ver en los artículos antes mencionados.

En conjunto, todo esto condujo a que incluso se crease un nuevo código penal, en el año 2014, teniendo así al COIP. En el Código Orgánico Integral Penal, complementándose a los antecedentes de las normas procedimentales antes existentes, además de su cambio constante que causaba una inestabilidad y atentado a la Seguridad Jurídica, además que no constituían un análisis general a lo que se entendía por un nuevo sistema penal.

No obstante, dentro de este mismo (Código Orgánico Integral Penal, 2014), existió una disputa con el parágrafo referente en la detención. En la Constitución, se determina que solo puede existir la detención para los delitos flagrantes, como una excepción a la regla, y esto a que se deriva la magnitud del hecho, y que como tal hay pruebas en el entorno que indican el cometimiento del acto delictivo en un específico rango de tiempo.

En cambio, la detención que se genera en el COIP, en el artículo 530, habla sobre que se puede ordenar esta medida con fines investigativos. Claro que también se emana a la motivación como uno de los principales ejes de este estipulado, pero esto podría ser considerado como un defecto en cuanto a la norma que se podría estar yendo en el sentido contrario a lo que se profesa en primer lugar.

Por esto, se efectuó una petición con respecto a cómo debería entenderse, además los motivos por los cuáles se creen conveniente la existencia de este tipo de medidas, con un fin tan único como la investigación de los delitos.

La CNJ, emitió la respuesta a la consulta del oficio 1004-P-CNJ-2019, cinco años después de la publicación del COIP. Apoyándose en el hecho de que es una medida cautelar, cuyo único fin como tal “receptar la versión de quién ha sido detenido, y así completar la información que mantiene la Fiscalía por sobre las circunstancias de una presunta infracción y sobre la identidad y formas de participación

de los involucrados (...) elementos de convicción o de requerir una imputación”. (Corte Nacional de Justicia, 2019).

Con esta explicación se remite entonces a la premisa que nos lleva a la prisión preventiva, que habla sobre la existencia de los elementos de convicción para que se efectúe como tal el hecho de que el Juez ordene que se detenga a la persona. Y es aquí cuando se queda de nuevo en tela de duda con respecto a la aplicación de la detención en nuestro ordenamiento jurídico.

La motivación en este caso, es que exista la certeza de la relación con el hecho cometido. Lo mismo que sucede en flagrancia y que a su vez, para este otro tipo de delitos ya existe la aprehensión, y es que también se hallase el conocimiento de un caso que ha sido percibido dentro de la incuestionable efectuación de lo mencionado.

Es de esta forma que se aplica la certeza o el mayor convencimiento a que se deba privar la libertad de un sujeto, porque sigue siendo de última ratio para que sea aplicada, por lo que ahora decir que se ejecute a la detención por el mero hecho de conseguir una información para ahí partir a lo que el juez necesite para tener mayores elementos de convicción. Esta detención al final se sobrepondría con el concepto de un sospechoso, lo cual tampoco configura en su totalidad ya que la duración varía, siendo un máximo de veinticuatro horas.

Por eso, la perspectiva crea una discrepancia en cuanto a lo que se busca con el nuevo garantismo penal. En este caso no se confirma que la persona que se pretende detener haya cometido algún crimen. Se basa en que no ha efectuado nada como para ser encerrada. Estando en contra de su derecho de libertad, incurriendo en una grave falta a la protección de los ciudadanos.

Es aquí que el poder punitivo del Estado se conlleva a un “camuflado” interés hacia el suceso de colocar como primordial la

investigación de cualquier caso; la balanza fue puesta entre dos principios, en este caso, la verdadera motivación de cuando se incurre en una situación punible y la supuesta celeridad que se vería presente por la necesidad imperante de conseguir más pruebas aún a costa de la integridad física de otros, que al final podría causarle aún más complicaciones al Estado ecuatoriano.

Regresemos de nuevo a lo que esclareció la CNJ, y cuándo es que esta procede. En este caso determina que solo tendría validez en los siguientes aspectos:

- Que sea realizada en la investigación previa: Con esto nos llevaría a un periodo extendido, donde la versión que sea tomada por la persona detenida incluso pudiera ser alterada. Pero, en todo caso, ¿no sería suficiente con las pruebas testimoniales? Esto se resuelve en otros complejos jurídicos que afectarían la integridad de la prueba, y es que en este caso también cambiarían la forma en que la persona interrogada pueda estar bajo una presión psicológica que afectara su percepción al saber que su libertad ha sido coartada.
- Solicitud escrita de la fiscal —en donde se motive para conocer la suficiente necesidad de la medida— dirigida hacia el juez: Esta necesidad está fundada sobre la proporcionalidad y si es de menester que se llevara a cabo, ya que sigue siendo una medida que se busca sea la última en ser empleada.

Mas, por otro lado, se habla que no es necesario que exista una audiencia para solicitar esta medida. Además, que una vez receptada la versión, el fiscal recién establecerá si tiene los suficientes elementos de convección para presentar cargos. De nuevo, cayendo a la contrariedad de la norma constitucional, pero de nuevo, se menciona que no se debe a que exista un delito flagrante, solo a la creencia de que

sea necesario, sin pruebas eficientes, solo bajo el hecho de garantizar el fin de un caso penal, pero recayendo sobre determinada persona.

Con esto, se puede observar que el poder punitivo del Estado se ha visto extendido por el hecho de que ellos, sin realmente la existencia de los elemento de convicción, son capaces detener a una persona sólo por el hecho de considerarlo importante para determinado caso, ya que de forma poco probable, con la versión que se solicite –además del gasto que se causaría al uso de la policía nacional para detener al ciudadano– va a conocer más sobre el caso. Se estaría yendo en contra de las garantías procesales, basadas ya no solo en la seguridad jurídica desde el lado del positivismo, sino desde el lado de un razonamiento adecuado para la causa.

Es aquí cuando las garantías procesales son de trascendental importancia, como dicho en palabras del jurista Ramiro Ávila:

Ya que ellas determinan un establecimiento y consigo el mecanismo a través del cual las garantías normativas, que abordan el delito y la pena, se pueden materializar. Un juicio mal concebido puede hacer imposible la consideración de un delito y el establecimiento de una pena justa. El juicio será siempre, desde la lógica garantista, un instrumento para alcanzar la justicia. También, desde la óptica opuesta, un juicio puede ser el instrumento para fortalecer un estado de policía y autoritario. Las garantías del juicio justo se conforman de dos componentes: las garantías orgánicas y procesales. Las primeras tienen relación con la formación del juez y su colocación frente al estado (independencia) y las partes (imparcialidad); las garantías procesales tienen relación con la concepción y el diseño del juicio. (Ávila Santamaría, 2013, págs. 83, 84)

He de aquí que se prevé que exista un juicio que determine como tal la privación de la libertad de una persona, y su imperante acusación hacia un efecto retroactivo a la idea del nuevo sistema penal. Por el simple hecho de establecer que no se requiere de algún tipo de juicio y solo

una emisión de una orden de captura, que deberá ser basada en que el agente fiscal requiera como tal de otra “prueba” para la continuación del caso, que, en su posibilidad, ni siquiera ha concebido con cargos.

Basados en esto, la inconstitucionalidad del artículo 530 y delante, que se refieran a la detención, nos demuestra que aún en esta nueva visión, se mantiene este poder mayor del Estado contra un particular. Bien pueda ser que, en la versión sostenida ante el fiscal, y aún cuando esté en presencia de un abogado, se busque una confesión por parte del detenido, ya que la presión causada sobre el mismo, podría afectar a su conducta.

A partir de esta explicación, otro punto a aclarar es el derecho a la defensa que posee el detenido. En primera, en el artículo 533 del COIP habla sobre la información de los derechos de la persona detenida y que el juzgador como tal deberá asegurarse de que sean conocidas por el particular que ahora está bajo custodia policial. Entre estos está el derecho a permanecer en silencio. Y tanto así, que deberá incluso contar con su respectiva defensa. Con esto se podría decir que hasta se muestra una práctica innecesaria de la detención, ya que bien la persona podría remitirse a no “cooperar” con la solicitud del fiscal o que el abogado defensor considere que un derecho constitucional está siendo violado, ya que los motivos serían solo para una investigación que podrían bien terminar sin su cometido.

En su compromiso por un cambio, en el cual el Ecuador cambió su rol en miras al desarrollo de los derechos humanos, recordando que no puede haber una retroactividad y menos en ámbitos de derechos, se asumió el deber de otorgar los idóneos mecanismos procesales y entre estos, están los parámetros que se deben seguir en cuanto al derecho de la libertad y cuando se tratan de casos en los que se tengan el deber de compromiso en búsqueda de la justicia, buscando estar acorde a los derechos que estos han emanado en su constitución, y así mismo cuando se quiera disminuir esa

condición de “libertad” de una persona, aunque se piense que por otro lado pueda existir un daño a un tercero, por ende se deben seguir siguiendo los parámetros limitantes para evitar crear mayores conflictos entre las partes o la víctima. El pacto de San José, a su vez expresa que: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Si bien ha sido claro lo establecido en este tratado internacional, aquí se demuestra que esta discordancia generará algún tipo de perjuicio. Añadiendo el hecho que lo que ahora busca el derecho penal ecuatoriano es la reparación integral de la víctima y la rehabilitación del acusado que finalmente se convirtió, tras sentencia, en el culpable que se le atribuye el hecho delictivo.

En la doctrina se habla del momento cuando se deba castigar algún tipo de acción, basados en que exista lo que se buscara como un método de garantizar que cierta actividad no se efectúe en base a un miedo anticipado hacia la ciudadanía y en este caso es de la posible sanción que recibirían.

Basándose en los hechos y que estos estén envueltos dentro de limitantes. Una vez más, traemos a acotación las palabras de (Ávila Santamaría, 2013) especificando que al existir un máximo de sanción y hasta donde el derecho penal pueda abarcarse dentro de una nueva mirada del derecho garantista, incluso teniendo como punto de partida lo estudiado por Luigi Ferrajoli, es que estas penas nunca deben “exceder la violencia del delito”. Y del mismo modo, al tener un mínimo de intervención penal, tampoco se crearían sanciones innecesarias para conductas que no se consideraran delictivas.

Teniendo de nuevo lo que se ha cuestionado en este momento, se establece que finalmente en el caso de esta sección del Código

Orgánico Integral Penal, el Estado se ha extralimitado a lo que se pretender obtener como tal en la actual corriente de derecho penal.

Y es que no solo está limitando la libertad de una persona, sino que no hay pruebas suficientes para que se determine que deba ser “castigada” en base a lo mismo como si ocurriera un delito de flagrancia. La no existencia de un delito que se basa en una investigación que podría ser improductiva, ya que la persona también pueda negarse a responder en la versión y guardar silencio.

Por ello, pese a las aclaraciones que se hicieron por parte de la Corte Nacional de Justicia, considerando que esta también es de carácter no vinculante y que tampoco puede tratar como tales temas constitucionales ya que no es competente para la misma, nos indica que puede existir esta falencia dentro del tinte inconstitucional, afectando no solo el hecho de la persona que posiblemente pueda considerarse presunta de tal acto, si no también en base de investigaciones, y que aunque exista este control por parte del Juez que al terminar será el que apruebe o rechace el presentar una orden de detención, la misma norma solo habla sobre “motivar”, sin especificar que se requiera un método más a profundidad y una cualidad sobre la persona que será detenida.

(Ferrajoli L., 2014) en su libro de “Derecho y Razón”, enfoca un capítulo sobre el estudio de la prueba. En este caso se vuelve a hacer hincapié sobre la importancia de la misma y como es la que debería conllevar que dentro de un Estado de derechos, se considere la privación de libertad de ultima ratio en la ejecución de alguna sentencia y posteriormente lo que se pretende con la reinserción del actor y la protección de la víctima.

He aquí que empiezan los parámetros que deberán ser llevados a cabo: La verificación de lo cometido mediante una prueba que cumpla los elementos de convicción, y de un sentido estricto se somete

cualquier decisión, imputación de cargos o lo que se requiera. Para ejemplificar, hasta en los delitos flagrantes se requiera que exista, un motivo por el cual la persona ha sido detenida; en otras palabras, una presunción respaldada.

Por otro lado, la detención no considera ningún tipo de prueba. La motivación se realiza en base a la necesaria urgencia del fiscal en al fin poseer algún tipo de elemento para generar los cargos en los casos donde no existiere colaboración a la Fiscalía por parte del sospechoso.

Siendo que, resaltando los puntos de mayor relevancia, este tipo de detención con fines investigativos, no sólo está siendo contraria a la Constitución, sino que, a su vez, va en contra de este modelo/sistema, olvidándose a la motivación en base a elementos de convección suficientes para acusar a alguien y presentar cargos. Estaría aplicando una máxima sanción que afectarían a las personas que fueron retenidas en contra de su voluntad.

Y el fin investigativo que se respalda, podría terminar sin algún tipo de eficacia con su principal fin que era el de tomar alguna versión para usarlo en a lo largo de las audiencias, etc.

No hay que olvidar que Latinoamérica, por su parte, fue conocido mundialmente por las actividades de extralimitación del poder punitivo, manteniendo a personas detenidas que muchas veces no fueron capaces de defender sus propios derechos.

En conclusión, para responder el comienzo de este trabajo, sobre la aplicabilidad del artículo 530 del COIP, se ha llegado a la conclusión que no deberían establecer si existe la posibilidad de que sea llevada a efecto y sería mejor modificar este pensamiento. La detención con fines investigativos es inconstitucional, ya que la carta magna solo ha permitido algún tipo de privación de libertad a las personas que

fueran encontradas en el cometimiento de un delito flagrante y, de todas formas, deban de manera obligatoria, existir los suficientes elementos de convicción para que el fiscal continuara con el procedimiento, además que exista la defensa del caso, entre otros que ya están establecidos en el código.

El daño que se le pueda causar a la persona detenida, ya que como tal no se considera que esta haya realizado algún tipo de delito, denotando la mera superficialidad de estos artículos, que no solo no fueron considerados en cuanto a la jerarquía normativa de nuestro marco jurídico, ni los preceptos doctrinarios de un Estado garantista que viene más de 20 años buscando marcar un cambio en el Ecuador y posteriormente, incurrir en la malinterpretación de una motivación que no sea fundamentada a base de pruebas, que incurren incluso a la privación de libertad todavía cuando es considerada como uno de los últimos escalones entre las medidas cautelares para asegurar el cumplimiento o cuidado de cierta condena.

Como recomendación, lo que ahora sería dominante es la solicitud a una revisión por parte de la Corte Constitucional y debatir la validez normativa de forma definitiva y resolver estos conflictos generados con la mayor prontitud posible, sin dejar de lado también el respeto a las víctimas y que los delitos no queden en la impunidad.

Bibliografía

Ávila Santamaría, R. (2013). *La Injusticia Penal en la Democracia Constitucional de Derechos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional 2014 de febrero de 2014).

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Pacto San José) (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969).

Corte Nacional de Justicia, 1004-P-CNJ-2019 (Investigación Previa - Parámetros de la Detención con Fines Investigativos 20 de 12 de 2019).

Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Hernández Terán, M. (13 de 02 de 1999). *Revista Jurídica Online*. Obtenido de Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1999/02/13_el_debido_proceso_en_el_marco.pdf

LA REFORMA Y REVOCATORIA EN EL COGEP Y COMENTARIOS SOBRE LOS RECURSOS DE AMPLIACIÓN Y/O ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA Y LA INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO PARA APELAR EN EL COGEP Y COIP

Mgs. Johnny de la Pared

I. Introducción

Desde la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (en adelante “COGEP”), se han venido presentando una serie de dudas o consultas relacionadas con la aplicación de algunas normas procesales con base en este nuevo cuerpo legal que caracteriza a la materia no penal, especialmente en cuanto con relación a la aplicación del principio de la “oralidad”.

En estas líneas pretendo abordar y analizar dos recursos horizontales que se encuentran desarrollados en el artículo 254 del COGEP, esto es, los recursos de revocatoria y de reforma. Los recursos no son otra cosa que un medio a través del cual dentro de un proceso judicial se requiere al juez o al tribunal que examine de nuevo y modifique—total o parcialmente— una determinada decisión judicial que ha sido dictada anteriormente.

Desde el punto de vista etimológico, la palabra “recurso” proviene del latín “recursus”, y recurrere (“regresar”). Es decir, desde una concepción amplia podríamos afirmar que el recurso es volver a recorrer el camino antes recorrido.

Hay que tener presente como sostiene Podetti que el origen de los recursos tiene una doble vertiente: una razón de poder y una de justicia. La razón de poder ha ido variando para dar más lugar y

constancia a la de justicia. Inclusive, en la actualidad la legislación procesal de diversas legislaciones reconoce a los recursos como un derecho. Sin perjuicio de lo antes expuesto, la razón de poder sigue teniendo vigencia y se funda principalmente en: “la necesidad de seguridad jurídica resultante de la estabilidad de las resoluciones judiciales, y en un buen régimen procesal deben equilibrarse y compensarse los fines de justicia, que se buscan o persiguen con los recursos”.⁵⁹

Ramiro Podetti, Derecho procesal civil: Tratado de los recursos (Buenos Aires: 1958), 172.

El juzgador puede incurrir en una serie de equivocaciones de razonamiento lógico, deductivo o inductivo, aplicando erróneamente el derecho o determinando defectuosamente los hechos, y el error se considera de juicio sobre el fondo de la cuestión (error in iudicando); asimismo, el juez puede incurrir en el error en la aplicación de las normas procesales, lo que en otras palabras provoca una equivocación en el procedimiento de elaboración de la sentencia.

La interposición del recurso generalmente detiene de forma transitoria la ejecución de la decisión impugnada. Esto se traduce en que la providencia dictada por el juez y sujeta a revisión no queda en firme o ejecutoriada y, consecuentemente, no provoca efectos hasta que se resuelva el recurso.

Resulta importante recordar que los recursos no son otra cosa que el reconocimiento legal en el sentido de que los jueces pueden equivocarse al dictar una determinada decisión, por lo que es idóneo que los jueces superiores puedan revisar, ratificar o rectificar una resolución. La posibilidad de recurrir de los fallos es una de las

59 (Podetti, 1958)

herramientas mas eficaces del derecho de defensa consagrado en la Constitución de 2008.

En el sistema procesal no penal los recursos son han sido denominados por la doctrina en horizontales atendiendo si son resueltos por el mismo juez que dictó la decisión que se impugna; o, en verticales si son resueltos por jueces superiores. Con relación al marco legal de los recursos horizontales, el COGEP señala que son básicamente los siguientes: aclaración, ampliación, revocatoria y reforma.

Resulta importante conocer qué y cuándo se debe interponer un recurso procesal, ya que cuando estos se emplean de modo deliberado y sin tener en cuenta su naturaleza jurídica, se imposibilita a las autoridades judiciales la protección efectiva de los derechos, deviniendo los recursos en inadecuados e ineficaces para su protección, no porque en sí mismo lo sean, sino por la errónea utilización que muchas veces les dan las partes procesales. La interposición de los recursos no puede ser inadecuada, ya que se incumpliría con lo previsto en el artículo 94 de la Constitución y los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que no basta la existencia formal de recursos, sino que éstos sean adecuados y efectivos. Serán adecuados cuando su función “sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo”; y serán eficaces cuando es “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, página 14, párrafo 64 y 66).⁶⁰

60 (Caso Velásquez vs. Honduras, 1988)

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado en varias sentencias que un recurso inoficioso es aquel que no cabe para el proceso judicial en cuestión; y, aquel que se interpone con el fin de extender o dilatar el proceso. Asimismo, se ha referido a que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley. En este sentido, siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado. Una de las restricciones al derecho a recurrir viene dada por la naturaleza de los diferentes procesos, como también por la propia naturaleza del medio de impugnación que se pretende ejercitar.⁶¹

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en varios pronunciamientos:

“(...) no en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medien otras instancias para su prosecución.

El concepto de recurrir se lo entiende como acudir otra vez ante un administrador de justicia distinto del anterior, con el propósito de que la decisión judicial primigenia, que ha sido contraria a los intereses del vencido, pueda ser revisada en función de argumentos y requisitos especificados por la ley para cada recurso; y carecería de sentido que quien obtuvo lo que quería de la administración de justicia, recurra la sentencia o el fallo; asimismo, cada recurso tiene especificidades propias que deben estar claramente contempladas en la ley de la materia”.⁶²

61 (Caso No. 1012-14EP Acción Extraordinaria de Protección, 2015)

62 (Caso No. 0031-10-CN, 2011)

II. Los recursos horizontales

El tratadista Rubén Morán Sarmiento, al referirse a los remedios procesales llamados recursos horizontales señala que: “...*Aclaración, Ampliación, Reforma, responden al sentido gramatical de estas expresiones: Aclarar lo oscuro, confuso, contradictorio; ampliar lo diminuto, reducido. Reformar, modificar, rehacer, arreglar una disposición judicial, divorciada en alguna de sus partes de normas legales. Hay fallos confusos que merecen la aclaración y fallos diminutos que tiene necesariamente que ampliar su contenido. No es posible reformar un fallo; pues, una vez dictado no se lo puede alterar no así los autos y providencias...*”.⁶³

El citado tratadista con claridad también ha señalado que:

- a) Se aclara, lo oscuro, confuso o contradictorio;
- b) Se amplía, lo diminuto, es decir, aquello que no ha sido resuelto por el juzgador;
- c) Se reforma lo contrario a derecho o a la realidad procesal, lo cual ocurre ya sea de oficio o a petición de parte; y,
- d) Una sentencia no la puede reformar quien la dictó por expresa prohibición legal.

Anteriormente, el Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC”) señalaba que los autos y decretos podían aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse por el mismo juez que los dictó, siempre que la parte que lo presentaba lo interpusiera en el término de tres días.

En la actualidad, el COGEP dispone lo siguiente:

“Art. 253.- *Aclaración y ampliación.- La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto*

63 (Sarmiento, 2007)

alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.

Art. 254.- Revocatoria y reforma.- Por la revocatoria la parte pretende que el mismo órgano jurisdiccional que pronunció un auto de sustanciación lo deje sin efecto y dicte otro en sustitución.

También será admisible la reforma, en cuyo caso se enmendará la providencia en la parte que corresponda.”

Una de las primeras críticas que se pueden realizar a estos artículos del COGEP, es que en esencia no se reformaron ni actualizaron los mismos recursos horizontales que traía el CPC. Lo que sí trajo el COGEP en estos puntos fue disminuir la posibilidad de impugnar, a través de estos recursos con base en que se debía propender a que el proceso sea más ágil, evitando las dilaciones, en aplicación del principio procesal denominada “oralidad”. La realidad es que, bajo esta concepción, la impugnación a través de los recursos horizontales del COGEP ha quedado disminuida.

En este sentido, una de las posibilidades a la hora de analizar esta virtual restricción es que muy probablemente los legisladores pensaron que el nuevo cuerpo normativo procesal debía sustentarse en la oralidad asimilándolo a que el proceso debía ser lo más ágil posible. Sin embargo, la oralidad está pensada en una mejora cualitativa del sistema y no cuantitativo.

Las características particulares que tiene el proceso oral en el que la inmediación juega un rol especial en cuanto al conocimiento que tienen los jueces de todas las pruebas y alegatos que se practican en el transcurso de una audiencia actual. Los jueces no sólo perciben los datos objetivos que las partes ponen en su conocimiento, sino que adicionalmente van estableciendo sus propios criterios generados en la apreciación directa de las pruebas admitidas y practicadas.

Se debe tener presente que el principio de la inmediación significa “presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por ende, la ocasión de expresar sus criterios libres de interferencias. En la Iberoamérica actual el derecho procesal está encaminado a la oralidad, destacando el papel del juzgado como director de las audiencias y diligencias.

En este punto es conveniente recordar el sistema abierto de impugnación que el Código de Procedimiento Civil nos presentaba a través del artículo 321 que disponía lo siguiente:

“Art. 321.- Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede.”

Sistema abierto de impugnación corresponde al sistema dispositivo: impugnar cualquier providencia (excepto aquellas que estén prohibidas), que tiene que ver con el litigio de los derechos privados, es decir una consecuencia general del sistema. Sin embargo, el COGEP optó por la vía del sistema cerrado, es decir, solo puedo impugnar lo que la ley me permite, lo cual es exclusivo del sistema penal y del litigio de los derechos públicos.

En el CPC se permitía interponer revocatoria –por motivos formales– de cualquier tipo de auto y de decreto; así como se permitía interponer reforma –por errores in iudicando– en contra de cualquier tipo de auto o de decretos. La lógica de esta permisividad procesal se basó en la posibilidad de corregir oportunamente los errores de validez que se pudieron haber presentado en el proceso con la finalidad de que posteriormente no se declararan nulidades que ocasionaban dilaciones innecesarias.

En el COGEP se aspiró que tanto la revocatoria como la reforma puedan interponerse en contra de autos interlocutorios y de sustanciación, ya que en ambas providencias pudieron haberse presentado

errores in iudicando e in procedendo. Lastimosamente, el alcance de estos recursos en el COGEP fueron limitados innecesariamente.

Inicialmente, el art. 250 del COGEP dispuso en su segundo inciso lo siguiente:

“Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley”.

Aparentemente, tanto la reforma como la revocatoria podrían ser interpuestas en contra de cualquiera de las providencias existentes, sin embargo hay que considerar que la misma ley dispone que existen limitaciones sobre la impugnación de la sentencias y autos. En efecto, en contra de una sentencia existe prohibición legal para interponer revocatoria y reforma.

Más adelante, el artículo 254 del COGEP dispone lo siguiente:

“Art. 254.- Revocatoria y reforma.- Por la revocatoria la parte pretende que el mismo órgano jurisdiccional que pronunció un auto de sustanciación lo deje sin efecto y dicte otro en sustitución.

También será admisible la reforma, en cuyo caso se enmendará la providencia en la parte que corresponda.”

Tal como lo establece el artículo 254 del COGEP, la revocatoria procede únicamente en contra de un auto de sustanciación, el cual no conlleva la resolución de incidentes que pueden afectar derechos de las partes. Sin embargo, en la práctica es muy usual que

los vicios in iudicando e in procedendo se presenten en los autos interlocutorios en virtud de su propia naturaleza. De esta forma, cuando en un auto interlocutorio se viola el derecho de una de las partes, resultará imposible interponer el recurso de revocatoria y, en consecuencia, podrían producirse nulidades que posteriormente sean declaradas antes de dictar sentencia, lo que le resta eficacia al procedimiento y su celeridad.

Obviamente, existen diferentes vías para que el juez revise si existe alguna causal de nulidad a través de incidentes o solicitudes formales de nulidad, sin embargo la herramienta relacionada con el recurso de revocatoria quedó eliminada en la impugnación a un auto interlocutorio.

Por otra parte, la Ley al referirse al recurso de reforma es más amplia, pues se señala que el recurso de reforma que ataca los vicios in iudicando, lo podríamos interponer de cualquier providencia, con excepción de la sentencia. Estimo que con una mejor redacción, se hubiera previsto que la reforma procede en contra de todo “auto”, ya que con esto nos referiríamos tanto a los autos interlocutorios como los de sustanciación.

Resulta importante determinar si presentado un recurso de revocatoria contra un auto que inadmite a trámite la demanda, se suspende el término y una vez resuelto este, se puede interponer el recurso de apelación.

En materia procesal está prohibido presentar dos o más recursos (horizontales o verticales) en forma sucesiva, es decir, uno después de otro; lo que ocurre en estos casos es que resuelto el primer recurso, la sentencia o auto interlocutorio se ejecutoria, siendo improcedentes todos los demás que se presenten a continuación. Esto ocurre con la sola excepción de la aclaración o ampliación, pues en tales casos, una vez notificadas las partes con lo que se resuelva

sobre esta petición, empieza a correr el término para apelar o casar. Los motivos para la suspensión de los términos están expresamente establecidos en el artículo 76 del COGEP, lo que no ocurre en el caso de la presentación de recursos sucesivos.

En el caso materia de la consulta que se ha analizado, no se suspende el término para apelar del auto que inadmite la demanda, por tanto, si han transcurrido los diez días que se tiene para apelar, desde la fecha en que se notificó el auto, cualquier recurso posterior a ese término sería extemporáneo.

III. Comentarios sobre la absolución de consulta de la presidencia de la Corte Nacional de Justicia relacionado con los recursos de ampliacion y/o aclaracion de la sentencia y la interrupción del término para apelar en el COGEP y COIP

Mediante oficio No. 39-2019-P-CPJP del 7 de febrero de 2019 el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remitió una consulta a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia en los siguientes términos:

“En relación al recurso horizontal de aclaración y ampliación, respecto de la aplicación del Art. 255 del COGEP, la duda es sobre el inciso tercero de ese artículo en cuanto a las peticiones de aclaración o ampliación son presentadas por escrito y se debe correr traslado a la otra parte para que se pronuncie en 48 horas; tal disposición es aplicable a todos los casos; demás la situación de si la presentación de este tipo de recurso sobre la sentencia o resolución escrita, interrumpe o no el término para luego presentar la fundamentación del recurso de apelación.”

Al respecto, mediante Oficio No. 0505-AJ-CNJ-2020 del 29 de junio de 2020, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia,

absolvió —con criterio no vinculante— dicha consulta de la siguiente manera:

“... El Art. 255 del COGEP establece la forma, trámite y resolución de los recursos horizontales de aclaración y ampliación. En cuanto a la oportunidad procesal para interponer esta clase de recursos existen dos posibilidades: La primera, cuando la decisión, ya sea un auto interlocutorio definitivo que resuelva alguno aspecto del proceso o una sentencia, dictado dentro de la audiencia oral, la petición de aclaración o ampliación deberá formularse en la misma audiencia, la o el juzgador escuchará a la otra parte y resolverá en ese momento; la segunda es cuando se trate de una resolución emita fuera de una audiencia o diligencia, es decir de lo que se haya resuelto por escrito sin audiencia, en este caso la petición de aclaración o ampliación deberá ser presentada por escrito dentro de los tres días siguientes a la notificación, y la jueza o juez deberá correr traslado a la otra parte para que se pronuncie por el término de cuarenta y ocho horas, vencido dicho término deberá resolver lo solicitado en veinticuatro horas. Para este segundo evento, es decir de la petición por escrito, el inciso final de este artículo establece que los términos para interponer otros recursos (apelación, casación) correrán a partir del día siguiente al de la notificación con el auto que ha resuelto sobre la petición de aclaración y ampliación; es decir que este inciso es exclusivamente aplicable en los casos en que la ley permite se pueda solicitar aclaración o ampliación por escrito.

En el supuesto de que se trate de un auto interlocutorio definitivo o la sentencia se hubieren dictado dentro de una audiencia, en ese momento se debe solicitar la aclaración o ampliación, pero si se lo hace cuando es notificado con la decisión escrita, es ilegal e improcedente; en tales casos la jueza o juez debe negarlo de plano, sin necesidad de correr traslado a la otra parte e incluso sancionar al peticionario de existir mala fe procesal. Pero además, y lo fundamental, el hecho de haber presentado esta ilegal petición no interrumpe los términos para interponer el recurso de apelación o fundamentar ese recurso, o para interponer el recurso de casación, toda vez que una petición improcedente e ilegal no tiene que interrumpir los recursos.

La Resolución No. 15-2017 si admite la aclaración o ampliación cuando exista contradicción entre la resolución oral y la escrita.

Las normas procesales deben interpretarse en su contexto y no en forma aislada, por ello en este caso se debe entender que el Art. 255 del COGEP regla la forma de interposición de los recursos de aclaración y ampliación; y en cuanto a la suspensión de términos, este se aplica exclusivamente para los casos de las decisiones adoptadas fuera de audiencia, en forma escrita.”

En este sentido, hay que recordar que históricamente los recursos de aclaración y/o ampliación suspendían el término para interponer el recurso de apelación de la sentencia hasta tanto no se resolvían aquellos.

Una de las críticas que se pueden realizar a la conclusión a la que llegó la Presidencia de la Corte Nacional adoleció de varias impresiones, y pese a que como lo he indicado dicha absolución no era ni es vinculante, sí podría llegar a ser perjudicial para alguna de las partes que se encuentre en similar situación procesal, pues algunos jueces podrían sustentar su criterio en los mismos términos.

La resolución oral que dictan los jueces en la audiencia de juicio o única, es eminentemente telegráfica, y muchas veces no ameritan la interposición en la misma audiencia de los recursos de aclaración y/o ampliación. Al contrario, las sentencias o resoluciones escritas y motivadas, pueden generar y de hecho generan dudas (aclaración) o porque se incurre en el vicio de *citra pita* (ampliación).

Si bien es cierto que las absoluciones de consulta de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, no son vinculantes ni obligatorias, habrá más de un juez que la acoja fulminando así el derecho de defensa de las partes. El artículo 255 del COGEP que trata sobre el procedimiento a seguir al pedido de aclaración o ampliación, es sumamente claro, y señala dos escenarios posibles DENTRO DE

AUDIENCIA y otra, fuera de ella; una de forma oral; y, otra de forma escrita.

El inconveniente práctico se da si el juez acoge dicho criterio de la absolución a la consulta expuesta, por lo que el recurso de apelación se lo presentaría de forma extemporánea. En otras palabras, de acuerdo a la citada absolución si no se interponen los recursos de ampliación y/o aclaración de la sentencia oral en la misma audiencia oral, habría precluido tal posibilidad y siguiendo esa línea de pensamiento no se podría interponerlos de la sentencia escrita y tan sólo limitarse a recurrir en apelación y dentro de la fundamentación, poner el cargo o inconformidad sobre las dudas o de citra o mínima petita.

Esta situación particular podría conllevar una afectación al derecho de defensa, pues la resolución oral –por lo general– es diminuta, telegráfica, y no abarca todos los puntos controvertidos. De esta manera, en el evento de que no se interpongan los recursos de ampliación y/o aclaración de la sentencia oral en la audiencia, no se los podría interponer de la sentencia escrita una vez que esta haya sido notificada, por lo que se deberá apelar o fundamentar el recurso de apelación de forma directa, en donde se expondrán las inconformidades o cargos en contra de la sentencia del juez a quo.

En materia penal, si bien es cierto, por un lado, resulta válidamente procedente la interposición de los recursos de ampliación y aclaración –en los términos previstos en el artículo 255 del COGEP; no es menos cierto que el mismo cuerpo de leyes al ser norma supletoria en lo no previsto en el Código Orgánico Intengral Penal (en adelante “COIP”), en lo que respecta a la oportunidad de interposición de los recursos, imperiosamente, nos debemos remitir a la norma del COIP. Así también lo ha indicado la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia el pasado 6 de noviembre de 2019 a través del Oficio No. 858-P-CNJ-2019 en la absolución de la consulta

relacionada con la impugnación denominada cómo interponer los recursos de aclaración y ampliación en materia penal de la siguiente forma:

- a) A las reglas generales de impugnación (artículo 652.1 del COIP) que señala que “Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código”;
- b) Toda vez que el auto del que se interponen los recursos de aclaración y ampliación ha sido dictado, a su vez, dentro de un recurso de apelación, hay que remitirse al trámite de dicho medio de impugnación (artículo 654 del COIP), en donde los numerales 6 y 7 disponen que: “Finalizado el debate, la sala procederá a la deliberación y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas, anuncia su resolución en la misma audiencia”; y, “La resolución motivada deberá expresarse y reducirse a escrito ...”; y,
- c) Finalmente, si bien, el sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad, y aquello así lo recoge el artículo 4.11; y el artículo 534 —del Libro II, Título VI, denominados Procedimiento—, del COIP; empero, nos es menos cierto que también este cuerpo legal en la mismas determina, por un lado, que “... los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previsto en este Código” [art. 4.11, parte final del COIP]; y, por otro, que “... Deberán constar y reducir a escrito: (...) 4.- Los autos definitivos siempre que no se dicten en audiencias y las sentencias.” [art. 560.4 del COIP]”.

Es por ello que ha venido siendo aplicado por todos los sujetos del proceso penal que, en tratándose de la interposición de los recursos de ampliación y aclaración, aquellos se los presenta dentro del

término de los tres días de haberse notificado por escrito el auto o sentencia de la cual se solicita tales medios de impugnación. En este punto en particular, dicha absolución de consulta reiteró que este pronunciamiento sólo involucró a la materia penal, no así en materias no penales, como ha quedado expuesto en el presente artículo.

Aspiro con el presente trabajo a contribuir en la discusión de estos temas eminentemente procesales y que pudieran ser mejorados en nuestra legislación, con la finalidad de que protejan los derechos de las partes.

Bibliografía

Podetti, R. (1958). Derecho Procesal Civil: Tratado de los Recursos. En R. Podetti, *Derecho Procesal Civil: Tratado de los Recursos* (pág. 172). Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.

Caso Velázquez vs. Honduras, Serie C No. 4 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Julio de 1988).

Caso No. 1012-14EP Acción Extraordinaria de Protección, Caso No. 1012-14EP (Corte Constitucional del Ecuador 5 de Agosto de 2015).

Caso No. 0031-10-CN, Caso No. 0031-10-CN (Corte Constitucional del Ecuador 11 de Enero de 2011).

Sarmiento, R. M. (2007). *Derecho Procesal Civil Práctico* (Vol. II). (E. S.A., Ed.) Guayaquil, Guayas, Ecuador: Universidad de Guayaquil.

CULTURA DE LA LEGALIDAD: SU PROMOCIÓN Y DIVERSAS VISIONES INTERNACIONALES

Ab. Mónica Palencia Núñez, PhD.⁶⁴

*“(...) He intentado comprobar que el sujeto es un intertexto que ha moldeado históricamente al cuerpo en los escenarios del sistema cultural y de la legalidad”*⁶⁵

*“El sentir del pueblo lo es todo. Con él, nada puede fracasar; en su contra, nada puede prosperar. Quien moldea el sentir del público, va más allá que quien promulga leyes o pronuncia decisiones judiciales”*⁶⁶

Resumen: Los principios generales del derecho son los grandes traductores de la ley, en vida jurídica efectiva y es a partir de su respeto como razón de ser del consentimiento colectivo, que es doble la legitimidad de los contenidos legales. Adquirir la legalidad como forma de vida, implica acceder a la convivencia social, a base del respeto a los principios generales del derecho, a los principios

64 Licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Benito Juárez (México), Licenciada en Ciencias Políticas y Abogada, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador), Diplomada en Criminología y Ciencias Penales, Universidad de Salamanca (España), Especialista en Derecho Penal y Criminalidad Organizada, Universidad de Castilla La Mancha-Toledo (España), Magister en Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia) Doctora en Ciencias Jurídicas con énfasis en Derecho Penal, Universidad de La Habana (Cuba). Profesora titular de Derecho Internacional, docente en grado y postgrado en la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador) y docente de Derecho Penal y Procesal Penal, en la misma casa de estudios. Docente de negocios internacionales en Maestría en Negocios Internacionales, postgrado de la Universidad Casa Grande.

65 Véase Falconí Trávez, Diego, *Las entrañas del sujeto jurídico, un diálogo comparatista entre la Literatura y el Derecho*, Cevallos, editora, Quito, 2013, p. 209.

66 Tomado de Lilla, Mark, *El regreso liberal*, editorial Liberal, Madrid, 2018, p. 15-16. Pensamiento de Lincoln, Abraham.

jurídicos, y a las reglas básicas que conlleven la optimización de los derechos fundamentales, pero también la concreción de la legitimidad, tanto en el ámbito interno como internacional. La cultura de la legalidad requiere para el fomento internacional, de la gestación de normativa y conceptos a partir de tales principios, como mínimo; de la revisión del funcionamiento de las normas de origen privado que han incursionado en el derecho internacional; y en el ámbito interno, de coherencia con la cultura política y el desenvolvimiento democrático.

Palabras claves: cultura, legalidad, legitimación, principios generales.

Abstract: General principles of Law are the great translators of written Law in an effective juridical life. It is due to the respect towards these principles as a collective consensus' *reason of being* that the legitimacy of its legal contents becomes feasible. Acquiring legality as a form of life involves accessing social coexistence based on respect towards general principles of Law, juridical precepts, and the basic rules that entail the optimization of Fundamental Rights; also the materialization of legitimacy, both in the internal scope (domestic) and international. A culture of legality thus requires for its international promotion, the birth of normative and concepts from the aforementioned principles, as a minimum; and from the revision of the functioning of norms born within the private sphere that have developed into International Law; and in the internal realm, of coherence with the political culture and democratic performance.

El congresista estadounidense Jim McGovern, quien dio voto de confianza a las políticas en pro de respeto a los derechos humanos y en pro de un mayor y profundo apoyo al combate a la corrupción por parte del gobierno del presidente Biden, apunta cómo en la década de los ochenta en que le tocó analizar el caso salvadoreño—incluso el asesinato de sacerdotes jesuitas acontecido en 1989— fue crítico con la política de apoyo estadounidense sin restricción alguna

al país centroamericano, y sin haber enseñado sobre altos estándares de respeto a los derechos humanos.⁶⁷

McGovern, en sus palabras confiere a los EE.UU. una responsabilidad ética en el ejercicio de labores de acompañamiento a las democracias latinoamericanas. Tales expresiones adquieren relevancia a la luz de las decisiones adoptadas por Biden al asumir la Presidencia en 2021. México y Colombia, fundamentalmente y asimismo el resto de los países de la región, dada la influencia de la política exterior norteamericana, permanecen expectantes a los rumbos que decida Biden con respecto a las relaciones con Latinoamérica. Importante en lo que parecería ser un retorno al *réspicepolum* (*réspice pollum*) como doctrina en el ámbito internacional,⁶⁸ en rescate de las democracias que pretenden situarse en un centro humanista⁶⁹, y en donde el mirar al norte vuelve a tener fuerza determinante⁷⁰, porque opera un resurgimiento del proyecto civilizador del derecho internacional estadounidense en el continente, y que depende “fundamentalmente de la negación y opacamiento de las diferentes historias y tradiciones

67 Véase Revista electrónica AA 100 years. “Congresista McGovern: Biden sabe cómo usar todo el poder que tiene la diplomacia estadounidense”. Documento localizable en <https://www.aa.com.tr/es/mundo/congresista-jim-mcgovern-biden-sabe-c%C3%B3mo-usar-todo-el-poder-que-tiene-la-diplomacia-estadounidense/2063647> Recuperado el 27/02/2021 a las 15H12.

68 Sobre críticas al sistema, véase Tickner, Arlene y Borda, Sandra, “Las Relaciones Internacionales en Colombia. Creación, consolidación y producción disciplinar.” En *Relaciones Internacionales y política exterior en Colombia*, Bogotá: Uniandes, 2011. Pp. 21-48.

69 Sobre el *réspicepolum* como doctrina de cuño colombiano, puede verse: Bermudez Torres, César Augusto, “La doctrina *réspicepolum* (“Mirar hacia el norte”) en la práctica de las relaciones internacionales de Colombia durante el siglo XX”, *Memorias* 12, 2010. Documento localizable en <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/memorias/article/viewArticle/721/5142/> Recuperado el 01/02/2021 a las 15H00.

70 Con respecto a la doctrina “*réspice pollum*” y su impacto internacional, véase Colmenares Castro, Carlos Armando, “El rol de las creencias de los cancilleres innovadores en la formulación de las prioridades geográficas de la política exterior colombiana”. Documento localizable en: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13434/ColmenaresCastro-Carlos-2016.pdf?sequence=4> Recuperado el 26/02/2021 a las 18H30.

locales”, bajo la mirada de Scarfi.⁷¹ Mas el actual es un neo-*Respice Pollum* y de diverso contenido, pues parecería reacción a las pretensiones de los modelos socialistas, y no producto de la admiración acrítica al sistema estadounidense.⁷²

Mas la mirada al norte parecería entrecruzarse con la mirada desde éste hacia el sur. Lejos ha quedado –hasta ahora– el tiempo en el que Brown Scott insistía en un proyecto de derecho internacional liderado desde los Estados Unidos para América Latina. Corría la segunda década del siglo pasado y bajo el énfasis de la Doctrina Monroe se justificaba la intromisión en la vida cubana y el pretendido establecimiento de principios unificadores, buscando la creación de una corte internacional que administrara la justicia entre las naciones.⁷³ La cultura de la legalidad era entonces, sinónimo de cultura de legalidad estadounidense. Era el Estado, con su poder central, el legitimado para la producción de contenidos normativos y para la posibilidad de un relacionamiento internacional con pretensión de invitar a adscribirse a las lógicas de su sistema jurídico. Se dejaba en claro que la cara única y visible del poder aglutinado, era la de competencia para los vínculos internacionales, en el sistema federal.

El panamericanismo se quiso imponer a través de una *realpolitik*, y fracasó, pues se quedó tal visión en las élites comprometidas con intereses norteamericanos por razones políticas o mercantiles, y no fue sino hasta tiempos de Kennedy en que hubo otro intento que incluía estrategias propias del *soft power*, reconociendo los múltiples

71 Como apunta Scarfi, Juan Pablo, “Educar y monitorear a los vecinos”, en *El imperio de la ley: James Brown Scott y la construcción de un orden jurídico interamericano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, pp. 148-149.

72 Véase Bermudez Torres, César Augusto, “Origen y repercusión de la doctrina *Respice Polum* (*Mirar hacia el norte*) en la práctica de las relaciones internacionales de Colombia”, en el que explica la pérdida de independencia de la política colombiana. Localizable en bitstream/handle/20.500.12277/8046/origen_repercusion_pre_til_23.pdf?sequence=1&isAllowed=y Recueprado el 1/3/2021, a las 13H00.

73 *Ídem*, pp. 146-150.

canales comunicacionales –no necesariamente los estatales– y tratando de concertar alianzas –como la Alianza para el progreso– entre sectores de sociedad civil y no solo intergubernamentales, bajo la doctrina para la acción de la interdependencia compleja, con Robert Keohane y Joseph Nye⁷⁴ como teóricos que fueron dejando huella por escrito, luego, de sus ideas, y se convirtieron en el paradigma de la explicación sobre la transición mundial.

Después vinieron tiempos de visiones diversas: la seguridad americana estuvo basada en la época de George W. Bush, en la supremacía militar y en la disposición a la utilizar la fuerza⁷⁵, quedando en evidencia que el *soft power* ha tenido paréntesis.

Biden parece tributar a las políticas exteriores basadas en el *soft power*. A pocas horas de empezar en el ejercicio de su cargo el recién inaugurado presidente de los Estados Unidos, marca el 2021 con algo más que la referencia a la pandemia de la COVID-19 y sus respuestas al respecto, pues firmó diecisiete decretos y directivas en su voluntad de cumplir con revertir los efectos del periodo Trump. Relevante, entre otras, la decisión de volver al Acuerdo de París contra el cambio climático; al retorno a la Organización Mundial de la Salud; y a revisar las políticas migratorias.

El contexto en el que actúa Biden aparece signado por una crisis en salud, a nivel mundial; económica y ética, con América Latina, su vecina del sur, agotada por el *déficit* de democracia, corrupción e inseguridad jurídica. De Latinoamérica, solo Uruguay, Chile y Costa Rica han calificado como democracias plenas en los estudios de 2020, que realiza dentro de la Unidad de Inteligencia de *The Economist*, entre otros, la investigadora Joan Hoey, bajo el título

74 Keohane, Robert y Nye, Joseph, *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*. Grupo editor latinoamericano. Buenos Aires, 1997.

75 Brotóns, Ramiro, “Naciones Unidas o naciones a la orden?” *Revista Ius et Veritas* 30, 2005, pp. 321-332.

Índice de Democracia.⁷⁶ El Informe califica a ciento sesenta y siete países entre democracias plenas, imperfectas, regímenes híbridos y finalmente, autoritarios. Los indicadores están referidos esencialmente a procesos electorales y pluralismo; funcionamiento del gobierno; participación política, cultura política y libertades civiles. Estados Unidos de Norteamérica y Francia, se ubican dentro de las llamadas democracias imperfectas, pero a la cabeza en un puntaje próximo a las perfectas. El Ecuador evidencia escasa participación y cultura política, aunado lo anterior a la existencia de crisis en la administración de justicia, y junto con el *déficit* de atención a la cultura política, el referido a la cultura jurídica; todo ello empañado por constantes dudas sobre el respeto a la voluntad de los electores.

En qué podrían aportar los diversos sistemas jurídicos en mejorar la democracia, cabe preguntar. Más allá de sistemas jurídicos, se considera indispensable tener en cuenta que, de lo que se trata finalmente, es de encontrar los mínimos que bajo los diversos sistemas, aseguren estados que garanticen el crecimiento de una ciudadanía en libertad. Entendiendo que no hay cultura de la legalidad posible sin amplia cultura democrática, lo que significa participación de los electores en la vida nacional, más allá de solo asistir a votar cada vez que se los convoca.

Se trata de captar que —en definitiva— el sistema jurídico como construcción es incapaz de proporcionar legitimidad y legitimación, requisitos esenciales de la cultura de la legalidad, tanto desde una perspectiva jurídica como política. Como un todo, la cultura de la legalidad es un concepto, un movimiento y un proyecto inclusive, en palabras de Wences y Sauca⁷⁷, puede ser mirada además, como discurso

76 Véase The Economist. Democracy Index 2020. Documento localizable en <https://fundacionsistema.com/wp-content/uploads/2021/02/democracy-index-2020.pdf> Recuperado el 28/02/2021 a las 14H14.

77 Véase Wences, Isabel y Sauca, José María, “Cultura de la legalidad: proyecto y movimiento”, en *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*, Wences, Isabel; Conde, Rosa y Bonilla, Adrián (eds.), FLACSO, Quito, 2014, pp. 17-47.

académico y como práctica política. Por ende, escapa al sistema jurídico y sus posibilidades, la promoción de la cultura de legalidad, mas ésta no puede darse al margen de un sistema jurídico respetable.

La cultura de la legalidad está íntimamente vinculada a la democracia, pues conlleva una forma de vida en el ejercicio cívico de una actuación apegada a derecho y con respecto a los servidores públicos, involucra la conciencia de una gestión abierta al escrutinio público y con responsabilidad social. Esa cultura ha tratado de ser fomentada a través de la educación, pero también a través de la legislación que permita el acceso a la información, y nuevas formas de participación ciudadana, no solo en proceso de rendición de cuentas, sino en la nominación de representantes ante órganos de relevancia en el funcionamiento democrático. Lamentablemente también el *déficit* en la capacidad de los partidos políticos, pasa factura en el fomento de tal cultura de legalidad.

Si lucen difíciles los caminos a recorrer en el fuero interno de un Estado débil, en pro de la promoción de la legalidad, no menos fáciles resultan si captamos el derrumbe de las barreras fronterizas a partir de las comunicaciones telemáticas en tiempo real y la existencia de economías transnacionales con ánimo de lucro, de las lícitas y de las otras, con ingresos anuales superiores al producto interno bruto de algunos países latinoamericanos. Ya decía García Márquez, a propósito del tráfico de drogas, que así la ley se convierte en el mayor obstáculo para la felicidad; que se vive mejor y más seguro “como delincuente que como gente de bien.”⁷⁸ Es en este punto que toma fuerza el compromiso de rescate de la legitimidad desde el origen;

78 Véase García Márquez, Gabriel, *Noticia de un secuestro*, Bogotá, Editorial Norma, 1996; y Méndez María, *El impacto del narcotráfico en la cultura. La contracultura narco*, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f. Documento localizable en http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39934/5_impacto_cultura.pdf?sequence=5 Recuperado el 1/3/2021, a las 20:40; en él se transcriben estrofas de hombres de campo, cantando a la actividad ilegal de la siempre de estupefacientes, en testimonios receptados el 21/07/2009.

desde la sensación de lo correcto a la que hacían referencia los romanos para dar fuerza a lo jurídico, desde los principios generales del derecho, los principios jurídicos y las reglas mínimas y esenciales para el impulso de la cooperación internacional.⁷⁹

La construcción de la legitimidad y la legitimación, en lo nacional y lo internacional

Estando de acuerdo con Wences y Sauca⁸⁰ en dotar de contenido a la cultura de la legalidad, a partir de la legitimidad y la legitimación, toca analizar cuál sería el contenido y límites de la dimensión de legitimidad, en el ámbito de lo jurídico.

Max Weber insistió en que los derechos modernos racionalizados, incluyen legalidad que implica o conlleva legitimidad, según lo explica Vernengo⁸¹, entendiendo por tal la obligatoriedad moral de los súbditos de acatar las normas promulgadas por sus autoridades. Ese poder racional-legal de Weber, es al que hace referencia Bobbio bajo el entendimiento de que la legalidad implica siempre el ejercicio del poder a base de ley previamente constituida⁸², y en ello radica la esencia de la legitimidad de la actuación.

79 Al respecto véase Mansilla y Mejía, María Elena, “Los principios jurídicos en la cooperación procesal internacional”, Ponencia presentada en el XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado, Colegio Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, Cd. De México, 22-23 de octubre de 2015. Localizable en [http:// https://www.corteidh.or.cr/tablas/30824.pdf](http://https://www.corteidh.or.cr/tablas/30824.pdf), pp. 13-30. Recuperado el 26/01/2021 a las 14H30.

80 *Ídem*.

81 Véase Vernengo, Roberto, La legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del Derecho. Revista de Estudios Políticos Nueva Época, No. 77, 1992. Documento localizable en Dialnet-LegalidadYLegitimidad-27178.pdf Recuperado el 27/01/2021, a las 15H30, p. 267.

82 Véase al respecto a Bobbio, Norberto, Legalitá, en *Dizionario di Política*, Torino, 1ª. Ed. TEA-UTET, 1990, pp. 554-555; y Bergalli, Roberto, Principio de legalidad: fundamento de la Modernidad, versión en español de la contribución de Bergalli al

Ahora bien, bajo la realidad de construcciones jurídicas dadas desde el imperio de la ley, pero carentes de un arraigo o aceptación social, ha surgido la necesidad de una separación entre la legitimidad y lo legal, en el discurso de la justificación de la obligatoriedad en los actos dados desde el poder público, y que se confronta con la actualidad: momento en que las vinculaciones internacionales en lo jurídico, se caracterizan por el reclamo a una vuelta a la conexión entre principios y normas éticas, con normas jurídicas.

El fundamento esencial de toda legitimidad luce asentado en la aceptación de principios validados por el conglomerado social. Los principios y reglas deben de estar históricamente afincados y gozar de un mayoritario consentimiento; consentimiento tácito reconocible en el quehacer ciudadano y de ejercicio del poder en todas sus expresiones; también en las legislativas y de administración de justicia. Así, la legitimidad queda fundada en principios que vienen de un “antes” que da sentido histórico a la obligatoriedad.

Mas esos principios lucen cruzados por las desigualdades que acarrea el origen de los pueblos institucionalizados como estados, y desde los inicios de la conquista española. La desigualdad es congénita y la cultura de la legalidad no logra tomar asiento en pueblos acostumbrados por tradición, a reproducir la cultura de la ilegalidad, en un se acata pero no se cumple; y también de desigualdad, pues las estructuras de dominación, y por ende de violencia que aniquila la libertad, se transmiten en virtud de la costumbre, como afirman Acemoglu y Robinson.⁸³ La legitimación parte entonces de volver al génesis de la justificación para la estructuración de los deberes.

homenaje a G. Kaiser de Freiburg (Alemania), s/f. pp. 58-62 Documento localizable en Dialnet-PrincipioDeLegalidad-174749.pdf Recuperado el 03/02/2021, a las 11H30.

83 Véase Acemoglu Daron y Robinson, James, *El pasillo estrecho, estado, sociedades y cómo alcanzar la libertad*, Deusto, 2019, p. 19.

Es entonces que podemos aseverar que los principios de la legitimidad política, son indispensables para la legitimidad como contenido de la cultura jurídica.⁸⁴ La legitimidad es un acuerdo tácito entre gobernantes y gobernados, explica Martínez Ferro, luego de un recorrido por el tema.⁸⁵

De la legitimación por respeto a los principios

Ahora bien, no resulta fácil la diferenciación entre principios y reglas. Situándonos en Alexy, él considera –por ejemplo– que los derechos fundamentales tienen necesariamente la estructura de principios, y hace un llamado a entender éstos, como mandatos de optimización. Sieckmann le critica respondiendo que *“entender a los principios como mandatos de optimización no resulta compatible con un modelo que los conciba como razones para los juicios de ponderación, en virtud de que el mandato de optimización es en sí mismo, un regla; y si se distingue entre el mandato de optimización y objeto a ser ponderado, se sostiene que los principios son estrictamente estos últimos y entonces ya no existiría ninguna diferencia estructural entre principios y reglas”*, en síntesis de De Fazio.⁸⁶

Por ende, en construcción de lo jurídico desde lo único posible, el lenguaje, Sieckmann prefiere denominar a los principios como “argumentos normativos” –cuya estructura lógica es la de un mandato de validez reiterado, siendo las reglas “aserciones normativas”, como

84 Véase Martínez Ferro, Hernán, Los principios de la legitimidad política (Ferrero y los genios invisibles de la ciudad), Revista Diálogos de saberes, julio-diciembre 2009, pp. 201-211. De él, cabe destacar el análisis que hace sobre los cuatro principios de legitimación del poder y sus acciones, Ferrero, y el que en su momento, hay en ellos una racionalidad práctica pero accidental.

85 *Ídem*.

86 Véase De Fazio, Federico, *Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica de Jan R. Sieckmann*, Revista Isonomía, No. 44, México, abril 2016. Y Sieckmann, Jan R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 392-399.

mandato de validez definitivo, recalca en su resumen De Fazio,⁸⁷ reiterando que la legitimidad de toda interpretación normativa debe partir de una fundamentación normativa –y no interpretativa– de los principios.

Por su parte Del Hierro explica que: “(...) la legitimidad frecuentemente se ha planteado y se plantea en oposición a la legalidad, lo que supone contraponer la validez de órdenes políticos o de normas jurídicas y su justicia. Según Carl Schmitt, el origen de esta oposición se encuentra en la Francia monárquica de la Restauración, a partir de 1815, en la que se manifiesta de modo agudo la oposición entre la legitimidad histórica de la dinastía restaurada y la legalidad del Código napoleónico todavía vigente”.⁸⁸

El dato histórico anterior, resulta relevante para la comprensión de las dicotomías existentes en la actualidad Latinoamericana, dignas herederas de una tradición romano-germánica, en donde el formalismo ha dejado huella en la prevalencia del derecho positivo y en la legalidad formal, haciendo de difícil encuentro la legitimidad material en tal entorno, y entendiendo como legitimidad material, el consenso del pueblo con lo promulgado.

En el modelo anglosajón la cultura de la legalidad, con su componente de legitimación, aparece vinculada a la posibilidad de desarticular la política pública –incluso la que tiene impacto en la actividad legislativa– de la labor de gestión a favor del ciudadano en el otorgamiento de servicios públicos, de forma tal que la legitimación luce garantizada en la medida en que resulte factible identificar un fin social en la toma de decisiones legislativas. Por lo anterior fue de buen recibo en Inglaterra la iniciativa *Next Steps*, de finales de la década de los ochenta, dirigida a aumentar la autonomía de gestión, y

87 *Ídem.*

88 Véase Del Hierro, José Luis, “Legitimidad y legalidad” Revista Economía, en Cultura de la Legalidad. Madrid. No. 4 marzo-agosto 2013, pp. 179-186.

claro, ello fue posible porque a la par se garantizaba la toma racional y razonada de decisiones del poder político, alejando la gestión de la capacidad de influir en las políticas públicas.⁸⁹ Además Inglaterra tiene un sistema jurídico respetable.

En los Estados Unidos ha imperado una racionalidad en la que las pautas de legitimidad son determinantes para aprecio de la legalidad; siendo ello una característica del sistema consuetudinario de actuación a base de precedentes. Esa legitimidad norteamericana, obedece no a la bondad universal de un principio de gobierno, sino a la fidelidad a su continuidad histórica; a los precedentes, conforme lo explica Bermudez.⁹⁰

Y por mencionar a un vecino del norte, cabe resaltar que en el caso canadiense coexisten dos familias diversas, en cuanto a sistemas jurídicos. La del *common law* en lo relativo al derecho público, y la de tradición romano germánica en cuanto al derecho privado. Desde que Canadá fue cedido por Francia a Inglaterra en 1763, se acrecentaron las diversas influencias, relevantes en su ordenamiento jurídico, y es tal antecedente el que justifica que Inglaterra decida a finales del siglo XVIII, establecer dos sistemas diversos, según primase la cultura francesa o la inglesa, en los habitantes.

No es éste el espacio para revisar con detenimiento la historia jurídica de Quebec, mas baste para resaltar que es un caso singular en donde el federalismo se adoptó como fórmula de convivencia pacífica con la penetración al grupo social, de las lógicas de solución de controversias

89 Al respecto véase Hogwood, Brian, y Gunn, L.A., *The Policy Orientation*, Centre for the Study of Public Policy, University of Strathclyde, 1981; y Asensio, María, “La evolución de los modelos de Estado y administración”. Documento localizable en <https://core.ac.uk/download/pdf/47236389.pdf> Recuperado el 26/02/2021, Recuperado el 21/12/2020 a las 14H15.

90 Véase Bermudez, Jaime, *La legitimidad del poder político*, p. 178. Documento localizable en: [LaLegitimidadDelPoderPolitico-5527095.pdf](#) Recuperado el 02/01/2021 a las 03H15.

en el ámbito civil bajo el esquema del Código Napoleónico. La legitimidad pasó a estar vinculada al reconocimiento y respeto a la diversidad en cuanto a identidad,⁹¹ y la cultura de legalidad tuvo como asiento la legitimidad fundada en el respeto a la diversidad. De Canadá vale resaltar que inclusive en el afán de una vida bajo la cultura de la legalidad, se ha llegado a promulgar una Ley de la Claridad (2000), que es histórica por cuanto regula como posibilidad libre, la secesión; pero con condiciones tales que niega la alternativa de imponerla unilateralmente, hecho que sin duda ha sido de especial relevancia como derecho comparado, a la mirada del País Vasco.⁹²

Vivir bajo el espectro de la cultura de la legalidad es tener como forma de vida un conjunto de valores y acciones que genera un compromiso de defensa de un Estado de derecho o de derechos –según el paradigma del que se trate– de forma tal que hay una autorregulación ciudadana, con creencias compartidas en virtud de las cuales se articulan acciones con respeto democrático.

Orlando indica en su obra *Hacia una cultura de legalidad. La experiencia siciliana*⁹³, que el crimen organizado italiano (la mafia siciliana especialmente) sometió a la ciudad a un ambiente de terror, de inseguridad, de drogas. Y cómo el grupo fue extendiendo sus tentáculos a la cultura (del narco) en la política y en diversas instituciones, no estando en posibilidad el Estado de reaccionar. De tal manera que al no estar la administración de justicia en posibilidad de proteger, se acudía a grupos paralegales para tal efecto (*uomini di rispetto*), reemplazando

91 Para profundizar en el tema de los Sistemas Jurídicos del Mundo, se recomienda la lectura de los múltiples trabajos especializados de González Martín, Nuria.

92 Al respecto véase López Basaguren, Alberto, Stéphane Dion y las verdades silenciadas de la experiencia canadiense, Universidad del País Vasco, 2005, p. 10 Documento localizable en Dialnet-StephaneDionYLasVerdadesSilenciadasDeLaExperiencia-5771343.pdf Recuperado el 25/01/2021, a las 4H30.

93 Véase Orlando, Leoluca, Hacia una cultura de la legalidad. La experiencia siciliana. Universidad Autónoma Metropolitana, Cd. De México, 2003, pp. 16-19.

en sus funciones a un gobierno burocrático, de reacción. América Latina no ha estado al margen de la actuación de grupos paramilitares dispuestos a poner orden, “su” orden. Ése es el riesgo. Esto es, cuando se han deslegitimado las instituciones, viene la destrucción de la legalidad posible, siendo su fundamento la necesidad de supervivencia. Por ello, la debilidad de un estado aislado, puede encontrar en la ayuda regional, en el contexto colaboracionista, la posibilidad de vincularse con una red que construye más allá de la militar posible; la de los sólidos vínculos de la cultura de la legalidad.

Construcción de la cultura de la legalidad, en el derecho internacional privado

El objeto natural del derecho internacional privado, es la resolución de conflictos sobre competencia cuando existe un vínculo jurídico que compromete intereses extranjeros, y ese elemento extranjero, lleva a una revisión de la legislación aplicable a fin de garantizar la legalidad de lo actuado. Es por ello que en el ámbito del derecho internacional privado, la interrogante sobre cómo conservar el principio de legalidad, toma un protagonismo digno de resaltar, mas aún cuando ha existido la emergencia en los procesos de globalización, de una nueva producción normativa, dada al margen de la jerarquía normativa interna de los Estados y de sus potestades regulatorias. Es un concepto de antaño pero con renovado impacto en lo jurídico, y que da marco a una nueva cultura de la legalidad: es la normativa de la *lex mercatoria*. Es un entramado de ideas con sentido y normas.

En el espacio de lo jurídico toca revisar conceptos a partir de normas, lo que no significa —en palabras de Capella⁹⁴— trabajar únicamente con material normativo, pues en derecho se emplean naturalmente

94 Véase Capella Juan Ramón, “La especificidad de las normas jurídicas” en Elementos de análisis jurídico, Editorial Trotta, Madrid, 3ª edición, 2004, pp. 97-98.

conceptos no específicamente normativos. Sin embargo, los conceptos que el saber jurídico tiene como propios, como específicos suyos, comparten la característica común de tratarse de una alusión a entes cualificados por normas. Explica Capella que se trata de conceptos relativos a hechos del mundo vistos desde una perspectiva particular: la de aparecer como cualificables por las normas del derecho; esto es, ser satisfactorios de descripciones que figuran como contenido o condición de aplicación de las normas jurídicas.

De una manera general y más allá del sistema jurídico de Estados que se vinculan para la resolución de conflictos de competencia, cabe considerar que parte de la soberanía de cada uno está reflejada en la autodeterminación interna sobre sus propias leyes y en su manera de vivirlas, legitimarlas y de legalizar las acciones de particulares y servidores públicos. En general, los grandes criterios organizativos de los sistemas jurídicos contemporáneos, pasan por criterios que se encuentran incorporados en normas jurídicas, como son los de jerarquía, especialidad y cronología. En el ámbito internacional, la cultura de la legalidad cruza por un denominador común, el reconocimiento de la comunidad internacional, de la fuerza de los principios, siendo uno de los más relevantes, el de funcionamiento del pluralismo jurídico.⁹⁵

En el ámbito interno, el fomento de la cultura de la legalidad se da trabajando por el respeto a decisiones previas y por el combate de las antinomias. En el ámbito del derecho internacional privado, justo por las potenciales antinomias es que surge la necesidad de contar con bases sólidas para la solución de conflictos, y esas bases encuentran aceptación en la validación de los principios —en especial de los generales del derecho— y en el reconocimiento de los tratados o convenios internacionales en donde se contemplan o reconocen. Además, y como

95 Véase Clerc, Carlos, *El derecho internacional privado y los procesos globalizadores*. Porlegómenos. Derechos y valores. Volumen XVI, No. 32, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, julio-diciembre 2013, pp. 15-30.

basamento para la resolución de conflictos de carácter comercial, cada vez toma mayor relevancia la *lex mercatoria*⁹⁶, expresión de la autorregulación posible proveniente como razón primera, de particulares y a partir de ir sentando precedentes en el ámbito privado. El gran desafío es que, justamente al provenir de práctica de un sector (comercial), y de relaciones empresariales, sociedad civil en parte, es indudable que normas de tal tipo estarían afectadas por un déficit de legitimidad, obedeciendo potencialmente, a intereses de transnacionales o locales, más que a intereses estatales de países en vías de desarrollo.

La *lex mercatoria* viene a ser un derecho comercial global, y como tal, en consecuencia, protector de los intereses económicos que les dan paso: el de las empresas.

En todo caso, cada vez toma más peso la gestación de un derecho basado en tales prácticas.⁹⁷ El desafío es lograr que la cultura de la legalidad penetre a los ciudadanos a fin de que la autorregulación de los grupos se dé en un ambiente de legitimidad con respeto al fin social, y no sean las mafias o los grupos de poder económico, los que desbaraten con sus intereses la posibilidad del fin social.

La situación en el Ecuador

En su libro: Ecuador: entre la inserción y el aislamiento (Política Exterior 2000-2015), Fernando Carrión se pregunta: “vivimos ya

96 Entendiendo por tal al conjunto de normas derivadas como consecuencias de los usos de comercio internacional, elevadas al rango de sistema. Al respecto véase Ruiz Catellanos, Gerardo, *La nueva lex mercatoria*, Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, No. 21 Santa Cruz de la Sierra, enero 2016.

97 Sobre este tema véase Carrascosa González, Javier, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, No. 8 Universidad de Murcia, 200, pp. 7-40. Rodríguez Fernández, Maximiliano, Reconocimiento de la *lex mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional. 2019. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3333/3340>.

bajo un nuevo orden internacional o estamos en una etapa de transición de uno desgastado por la historia hacia otro con valores y referentes jurídicos y de convivencia humana diferentes” y añade otro interrogante “¿prima ya un nuevo orden internacional?”, concluyendo al respecto, primero que: “resulta penoso constatar como representante democráticamente electos para gobernar sus países no son capaces de reflejar el sentimiento legítimo de una mayoría de sus representados, que aspira a que sus decisiones atiendan la inequidad socioeconómica del mundo y que, como consecuencia de ello, deban reunirse, por razones de seguridad, en sitios inexpugnables. (p.a) Esos movimientos sociales no son únicamente contestatarios, críticos y cuestionadores del sistema y de la injusta realidad en que vivimos. También hacen propuestas alternativas a aquellos que implementan los poderes tradicionales; tienen mecanismos para hacer oír su voz y sus opiniones, sólidas y bien argumentadas desde una óptica alternativa.”⁹⁸

Por otra parte, añade Carrión, “de cualquier modo y cualquiera que fuera la interpretación que se dé a la situación en que vivimos, lo que sí se puede constatar es que el ordenamiento internacional que imperó durante la década de los noventa, ya no rige en este momento del siglo. Por tanto hay la necesidad de replantearse el análisis del escenario en que se mueven actualmente los estados; hay que examinar dentro de esas nuevas perspectivas los intereses y potencialidades de los demás actores de la política internacional; hay que considerar que esos actores ya no son solamente los Estados y los organismos internacionales, sino varias corporaciones transnacionales, ong’s, medios planetarios de comunicación, eventos académicos, entre otros. Es imperativo tener presentes estas consideraciones para intentar redefinir el comportamiento exterior de cualquier

98 Véase Carrión Mena, Fernando, Ecuador: entre la inserción y el aislamiento. Política Exterior 2000-2015. Editorial FLACSO-Ecuador, Universidad Central del Ecuador, Fundación Esquel, Quito, 2017, pp. 18-22.

Estado, en este caso, la inserción internacional del Ecuador.”⁹⁹ La cita precedente recuerda una crítica frecuente —no necesariamente justa— que se hace a la educación superior, respecto a contenidos del siglo XIX, dictados por profesores del siglo XX a estudiantes del siglo XXI. Igual podría decirse que muchos países están viviendo criterios de política exterior del siglo XIX, ejecutados por funcionarios del siglo XX en pleno siglo XXI.

En todo caso, como explica Carrión, ha existido un cambio de tiempo y circunstancia que amerita nuevas directrices a la política exterior. Las dimensiones jurídicas de la legitimidad, son siempre dimensiones propias del terreno de lo axiológico, aludiendo a la idea de justificación y por ende, de valoraciones propias del tiempo en el que toca reaccionar. El Ecuador requiere entonces sumarse a la cultura de la legalidad, de fomento de los principios generales del derecho como fuente de resolución de los conflictos de competencia; de generación de límites claros a la aplicabilidad de la *lex mercatoria* y reforzamiento de la institucionalidad para legitimación en el seno interno. La estructuración de los sistemas jurídicos contemporáneos, requiere de mucho más que formulaciones jurídicas, pues en el momento actual se hace necesaria la construcción de parámetros relativos a previsibilidad posible; evitabilidad de daños, generalidad, y distribución de funciones públicas: entre otros. Requiere el Estado, entonces, no desatender a las fuentes primeras de lo jurídico.

99 Véase Carrión Mena, Fernando, Ecuador: entre la inserción y el aislamiento. Política Exterior 2000-2015. Editorial FLACSO-Ecuador, Universidad Central del Ecuador, Fundación Esquel, Quito, 2017, pp. 18-22.

CONSIDERACIONES SOBRE MOTIVACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y PRECEDENTES JURÍDICOS

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir¹⁰⁰

En relación a las normas constitucionales, especialmente la primera en que el Ecuador declara su forma de Estado como constitucional de derecho y justicia, se abre campo al periplo de las consideraciones sobre la motivación, argumentación y precedentes jurídicos; relativos al principio constitucional de motivación y pertinencia¹⁰¹, que intuye que en todo proceso concerniente a derechos y obligaciones se garantiza el núcleo procesal y de administración de justicia que recae en la motivación como elemento principal de la decisión judicial, y en la correcta aplicación de normas y principios como deber y obligación para consagrar el derecho al debido proceso, a una fundamentación válida y a criterios unificados que permitan la predictibilidad del razonamiento jurídico en el Ecuador.

A criterio de la Corte Constitucional del Ecuador¹⁰², la obligación de motivar desde la perspectiva de un principio constitucional, debe

100 Phd. Catedrática de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

101 Constitución del Ecuador Art. 76.7.I: “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 considerarán nulos”.

102 Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de Transición, en la sentencia No. 066-12-SEP-CC dictada en el caso No. 0437-10-EP: “En este sentido la motivación jurídica como principio integrante del derecho a la defensa, elevado a garantía del debido proceso, tiene como rol obligar a los órganos judiciales a explicar las razones por las cuales han aplicado un principio o norma jurídica a un antecedente de hecho, es decir, permite explicitar si en la práctica judicial está cumpliendo su

servir como instrumento esencial para explicar las razones por las cuáles se ha llegado a la decisión. Esto no constituye una mera afirmación, va más allá en relación a la técnica jurídica que se deberá aplicar para solucionar los casos concretos.

Partiremos de las formas de administrar justicia en el Ecuador, centrándonos en las que se estructuran a través de la formulación de un problema jurídico como son la administración de la justicia ordinaria y la constitucional; ya que la tercera forma de administrar justicia no configura un problema jurídico *per se* sino un problema social comunitario referido a la justicia indígena, que resuelve la solución de sus conflictos mediante la aplicación de costumbres ancestrales, llegando de esa manera a restablecer la armonía en la comunidad.

Pero, para ubicarnos en nuestro análisis inicial, motivar los fallos, jurídicamente, significa que las sentencias contengan buenas razones, o argumentos que permitan justificar la decisión.¹⁰³

Sobre la Motivación

Los elementos esenciales de la motivación que configuran la administración de justicia ordinaria se asientan en las normas como principal elemento del Derecho, de la razón y de su ámbito de validez, que recaen en la concordancia de contenido con la norma superior (Constitución), y se afianzan en una técnica argumentativa para buscar su justificación, constituyendo la motivación de la sentencia la vía de legitimación de la decisión.

deber constitucional de tutela judicial, que prohíbe la indefensión, en concordancia con la inviolabilidad del derecho a la defensa en cualquier etapa del procedimiento, en especial en la impugnatoria derivada del derecho a recurrir.”

103 Atienza, Manuel, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2013, p. 152.

Referente a la motivación la Corte Constitucional en Sentencia No. 139-14-SEP-CC, desarrolla el concepto:

“Derecho a la motivación: De conformidad con el texto constitucional citado, no hay motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se justifica la adopción de la decisión, si no se explica la pertinencia de aplicación de las normas a los antecedentes de hecho.; De allí que la garantía de la motivación opera como: i) El derecho de las personas a tener pleno conocimiento de porqué se ha tomado una decisión que les afecta directa o indirectamente y ii) Como deber de los funcionarios públicos, cuya finalidad es principalmente limitar la discrecionalidad y excluir la arbitrariedad.; Por esta razón, todas las servidoras y servidores públicos, entre ellos, las autoridades jurisdiccionales, están obligadas a motivar sus resoluciones.; Como se puede apreciar, la garantía de la motivación es muy importante pues permite a las partes de un proceso, estar seguro de que el juzgador consideró sus argumentos y realizó el adecuado ejercicio de razonamiento para decidir en derecho y justicia, situación que se cumple cuando la jueza o juez plasma de forma expresa en su fallo, la operación mental a través de la cual relaciona los hechos del proceso con las disposiciones y principios legales y jurídicos que cree pertinentes.”

La motivación funciona también como un mecanismo de control ante decisiones arbitrarias o abusivas, ya que permite conocer las razones de la decisión fijada en la *ratio decidendi*, y deja en evidencia los criterios aplicados por el juez.

La fundamentación utilizada en la motivación, debe expresarse en forma clara, completa, legítima y lógica para que cumpla con el elemento de validez, siendo imprescindible que las razones sobre las que se basa la decisión se encuentren afianzadas en las fuentes del derecho, como son: la norma fundamental, las normas derivadas,

la jurisprudencia y la doctrina, manteniendo la coherencia con el caso concreto.

Con el objeto de cumplir con una fundamentación clara y completa, se incluyen proposiciones comprensibles, para que su apreciación no genere duda o motivo de interpretación, dejando a un lado la utilización de palabras ambiguas e intentando utilizar, en la menor medida, aforismos jurídicos; incorporando la evaluación crítica y la calificación de las pruebas acorde con la aplicación de la norma para que la motivación cumpla con los elementos de legitimación y lógica.¹⁰⁴

La práctica de la argumentación judicial (motivación), y específicamente la explicación de los elementos que estructuran la justificación de la sentencia¹⁰⁵, se configuran en tres secciones básicas:

Primera: la parte introductoria, siendo la que incluye el petitorio, fundamentación de hecho y derecho, enunciado de actos y pruebas.

Segunda: la parte motiva, que contiene la interpretación de hechos y normas aplicables, el problema jurídico y el razonamiento constituido por el argumento principal o *ratio decidendi* y, el argumento secundario, también conocido como *obiter dicta*.

Tercera: la parte resolutive que contiene la decisión del juez o *decisum*.

Lo que interesa determinar, es la importancia de la naturaleza de la argumentación jurídica que identifica los resultados de esa motivación, siendo indispensable que exista una coherencia lógica entre las premisas y las conclusiones del fallo y, por tanto, éste debe ser

104 De la Rúa, Fernando, Teoría general del proceso, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, p. 151.

105 Instructivo al Reglamento de procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 135-2016).

motivado alcanzando parámetros de validez del razonamiento de acuerdo con el ordenamiento jurídico, dejando a un lado factores morales o políticos. Un elemento de análisis se centra en la identificación del problema de la calificación jurídica de los hechos, partiendo que sean probables y ciertos, ya que al ser calificados por el juzgador se convertirán en verdaderos. Esta decisión fáctica utiliza reglas y enunciados normativos que deben ser justificados, y deben partir de un constitutivo lógico contenido en un argumento de autoridad.¹⁰⁶

Sobre la Argumentación

El estudio de la argumentación jurídica, identifica patrones que determinan la estructura del razonamiento, específicamente sobre la fundamentación del argumento principal y el argumento secundario; fijándose diferencias que otorgan al argumento principal la calificación sobre los hechos y la formulación de la regla, estableciendo la justificación interna de los datos que consigue la conclusión.

El argumento principal es considerado el núcleo que motiva la decisión normativa de una sentencia; el elemento esencial para la comprensión y fundamentación del fallo, resultando ser el que otorga sentido y razón a la decisión. Lo más importante es que los fundamentos de la *ratio decidendi* dan lugar a la regla, como resultante de la interpretación legal y la norma debatida. La regla constituye la solución al problema jurídico planteado.

Criterio de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre la *ratio decidendi*:

“Al verter todas estas reflexiones en el contexto de las decisiones jurisdiccionales, las razones que el juez utilice para decidir sobre un supuesto fáctico determinado –conocidas en la doctrina del Derecho

106 De Asís Roig, Rafael, Sobre el razonamiento judicial, Madrid, Mc Graw Hill, 1998.

Jurisprudencial como *ratio decidendi*—, deberán ser aplicadas por este en un caso posterior con el mismo supuesto; (...)”¹⁰⁷

Mientras que el argumento secundario, de respaldo o apoyo, pretende justificar la regla utilizada en el argumento principal, presentando razones en favor de la regla, formulando la justificación externa.¹⁰⁸ El *obiter dicta* ratifica la decisión principal pero no tiene poder para vincular, y se ubica en la parte considerativa de la sentencia, en ocasiones cuando se incluye de manera errónea o equivocada no afecta a la decisión. Para Cross y Harris¹⁰⁹, el *obiter dicta* de mayor nivel persuasivo puede llegar a confundirse con la *ratio decidendi*, inclusive considerándose tan relevante que se los nombra por separado, pero su particularidad es que se lo considere como la exposición de un argumento intranscendente.

Todo este proceso lógico argumentativo concluye con la *decisum*, siendo la razón de ser de toda causa, nunca podrá suprimirse de una sentencia y es la que obliga de forma absoluta a las partes. Los derechos constitucionales de seguridad jurídica y defensa en juicio imponen al juzgador la obligación de motivar y fundamentar sus providencias.

Pero, el proceso de argumentación tiene diferentes connotaciones como lo plantea Atienza¹¹⁰, centrando su complejidad en la diferencia que se le otorga al concepto. Se detalla la argumentación, desde una perspectiva muy abstracta, que tiene elementos comunes; siendo siempre una acción relativa a un lenguaje que presupone un problema o cuestión; que puede considerarse como un proceso y

107 Corte Constitucional ecuatoriana, Sentencia No. 010-14-SEP-CC, de 15 de enero de 2014.

108 Toulmin, Stph, *The Uses of Arguments*, Cambridge University, Press, 1969, p. 103.

109 Cross, Rupert - Harris J.W., *El Precedente en el Derecho inglés. Proceso y Derecho*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2012.

110 Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2007, pp. 61-67.

adicionalmente como el producto o resultado de ese proceso; siendo una actividad racional dirigida a un fin.

Las formas de contemplar la argumentación y sus dimensiones, pueden ser interpretadas de distintas maneras, fijando la importancia de los argumentos de manera superpuesta, encaminándonos a tres formas distintas de entender la argumentación: desde una concepción formal, desde una concepción material y desde una concepción pragmática.¹¹¹

La concepción formal, plantea la argumentación como un cúmulo de enunciados, que desde la lógica, sin ser interpretados, se abstraen en lo formalmente correcto, lo más cercano a la verdad, principalmente de la estructura del razonamiento y su resultado, concluyendo en un juicio de validez. Estos criterios de valor se dan por las reglas de la inferencia que significa pasar de un enunciado a otro, no interesa el argumento como tal, sino el esquema de los argumentos.

La concepción material, plantea la argumentación desde la parte principal del enunciado, no desde la forma, sino desde lo esencial que los hace verdaderos o correctos. Es necesario que las premisas que el argumento anuncia sean verdaderas y que contengan razones acreditadas para la conclusión.

La concepción pragmática, plantea la argumentación como una actividad lingüística práctica, que se logra compaginar con la realidad del mundo, intentando persuadir a través de premisas y conclusiones generadas a partir de enunciados aceptados, que establecen acuerdos a cualquier problema teórico o práctico, correspondiendo a esta corriente, la retórica en que la argumentación adquiere un rol estático persuasivo para el auditorio y, la dialéctica, que por su interacción

111 Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 72-76 y 76-79; ídem, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 109-110.

adquiere un rol dinámico que respeta reglas y logra acuerdos argumentativos entre el auditorio.

La argumentación jurídica cumple el propósito en el momento de presentar una motivación sólida, sea que se haya escogido cualquiera de las concepciones para confirmar los enunciados de los que se nutre y de su resultado al problema jurídico. La motivación tiene su génesis en aquellos supuestos argumentativos, en que el juez como arquitecto jurídico construye arquetipos de enunciados razonados. En la administración de justicia ordinaria, nos referimos al análisis de problemas jurídicos en materia de obligaciones (entiéndase de dar, hacer y no hacer), la argumentación se inicia a partir de un problema de legalidad, en que la solución es generada a través de un proceso silogístico y subsuntivo.

El concepto de subsunción opera bajo la forma de un silogismo, donde la premisa mayor es el supuesto de hecho de la norma jurídica, la premisa menor es el caso concreto sometido a decisión, y la conclusión es la consecuencia jurídica prevista en la norma.¹¹² La sentencia, desde el punto de vista de su estructura, constituye un silogismo, en el que la premisa mayor está dada por la norma abstracta, la menor por el caso concreto y la conclusión por la parte dispositiva.

En los casos judiciales, el juez procede en orden inverso, porque primero analiza los hechos y luego hace su confrontación con la norma legal, para llegar a la conclusión, no en base a un hecho único, ni a una única norma abstracta, sino después de una serie complicada de deducciones recíprocamente vinculadas (la operación consistente en el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética, contenida en la ley).¹¹³

112 Calamandrei, Piero, La génesis lógica de la sentencia, en Estudios sobre el proceso civil, tr. S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 367.

113 Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, t. IV, p. 58 y ss.

La aplicación del método del silogismo y la subsunción, se enmarca en los casos conocidos como fáciles, donde la norma contempla la situación fáctica que determina el problema jurídico, pero el porcentaje minoritario de casos en los que no se enmarca la situación fáctica a la normativa vigente, dificulta la aplicación del método, dejándonos un horizonte de casos considerados difíciles, trágicos o problemáticos que se resolverán mediante la aplicación de la construcción normativa determinando que la actividad de aplicación del derecho es valorativa y no exclusivamente lógica¹¹⁴. Como expresa muy acertadamente Legaz:

“El juez no es una máquina automática de subsumir, ni un legislador, es decir, un creador de normas generales: el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un plus al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos.”

El criterio lógico de subsunción deductiva no es aplicable en los casos de contradicción normativa, el juez deberá escoger a través de una selección y valoración entre normas, la propia para el caso concreto, esto nos ilustra que la sentencia no corresponde solo a la aplicación de un silogismo, sino al proceso de formular un argumento que sustente la decisión.¹¹⁵

114 Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 421.

115 Kaufmann, *Filosofía del derecho*, traducción L. Villar Borda y A. M. Montoya, ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 56, 99-100 y 182-183.

En la administración de justicia constitucional, nos referimos al análisis de problemas jurídicos en materia de derechos, la argumentación inicia a partir de un problema de constitucionalidad donde se encuentran en colisión y vulneración principios constitucionales, de igual jerarquía¹¹⁶, logrando solucionar el problema mediante la aplicación de la teoría del peso, también llamada ponderación.

Respecto del razonamiento aplicado en la solución de los distintos problemas jurídicos de legalidad, como de constitucionalidad, en la administración de justicia ecuatoriana, encontramos lo siguiente:

En el problema de legalidad, la estructura argumentativa no contempla solamente a aquel juez que ciñe sus actuaciones a lo que la ley ordena, sino que también las valora e interpreta en cada caso concreto, dando solución al problema jurídico con la formulación de la *ratio decidendi*, generando un precedente jurisprudencial.

En relación al problema jurídico que atañe a la justicia constitucional, se inicia con un proceso argumentado, racional, retrospectivo y complejo, mediante el que se construye el pensamiento jurídico que el juez constitucional desarrollará de manera progresiva, en relación al contenido de los derechos a través de la jurisprudencia constitucional.¹¹⁷

El criterio de la Corte Constitucional recalcó en la sentencia No. 175-14-SEP-CC, caso No. 1826-12-EP, que:

“Siendo así, es preciso señalar que si bien en el ordenamiento jurídico existe una protección de orden constitucional y una protección de orden legal para ciertos contenidos de los derechos, corresponde a los jueces, en un ejercicio de razonabilidad y fundamentación, determinar, caso a caso, en qué circunstancias

116 Constitución del Ecuador, Art. 10 numeral 6.

117 Constitución del Ecuador, Art. 10 numeral 8.

se encuentran ante una vulneración de derechos como tal, por existir una afectación de su contenido; y en qué circunstancias, el caso puesto a su conocimiento se refiere a un tema de legalidad, que tiene otras vías idóneas para ser resuelto. De esta forma, la acción de protección es una garantía idónea y eficaz que procede, únicamente, cuando se verifique por parte del operador de justicia la existencia de vulneración de derechos constitucionales, es decir, los jueces constitucionales “tienen la obligación de verificar la vulneración de derechos bajo una argumentación a partir de la cual se determine si un caso concreto corresponde conocer a la justicia constitucional o caso contrario se encasilla en un tema de legalidad”.

Esto nos lleva a analizar las diferencias entre el precedente constitucional y el jurisdiccional, porque los dos albergan los presupuestos argumentativos que fijan la motivación por parte de los juzgadores, generando criterios que servirán de directrices en la unificación de las líneas argumentativas de pensamiento para el Ecuador, correspondiéndole a la Corte Nacional de Justicia, mediante la aplicación de la primacía de la ley, la elaboración de precedente jurisdiccionales en la distintas ramas del derecho y a la Corte Constitucional la elaboración de jurisprudencia relativa a derechos fundamentales.

Es importante distinguir lo anterior, tal como lo determina el Protocolo para la elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios, estableciendo que:

“No se debe confundir el precedente constitucional con el fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia, pues se diferencian principalmente por tres cuestiones: Primero, por el proceso de razonamiento, pues mientras el fallo de triple reiteración alude a la formación de una ratio a partir de un problema de legalidad, el precedente constitucional parte de un problema de constitucionalidad donde se encuentran en colisión y/o vulneración principios

constitucionales, ante lo cual la aplicación de las normas infraconstitucionales es insuficiente o genera una situación injusta, arbitraria y/o discriminatoria respecto de personas, colectividades o la naturaleza”.¹¹⁸

Hay que tener claros los elementos que integran una sentencia y un precedente. La sentencia se fórmula en base a contenidos correspondientes a las competencias de la Corte y constituye el género; mientras que el precedente estructura la construcción argumentada del pensamiento judicial y contiene la regla y los efectos.

El proceso argumentativo, en relación a las sentencias, difiere exponencialmente, fijándonos en el problema de legalidad del fallo de triple reiteración, que responde a un análisis silogístico, desde la afirmación de “a hechos iguales - igual solución”, forjando una sensación de aplicación justa, de igualdad, pilares sobre los que reposa el principio de seguridad jurídica¹¹⁹, y sobre los que recae la creación de reglas vinculantes.

Atendiendo el problema de constitucionalidad, encontramos que el precedente constitucional tiene un doble efecto, por un lado se aplica de manera inductiva analizando los criterios de interpretación de la *ratio decidendi*, de un caso particular concreto, con el fin de compararlo respecto de fallos anteriores para crear un criterio o ratificarlo. Pero también opera de manera deductiva en relación al problema del precedente, empleando las fuentes del derecho para construir, de manera argumentada, reglas concretas que se presentan como solución a los problemas jurídicos. Adicionalmente desarrollando el contenido de los derechos plasmados en las normas constitucionales e interpretándolos.

118 Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO) 2014.

119 Constitución del Ecuador, Art. 82.

Cabe indicar que las normas constitucionales tienen una estructura de norma de textura abierta¹²⁰, de concepto jurídico indeterminado¹²¹ con el objeto que la jurisprudencia constitucional mediante su interpretación constante las llene de contenido de manera progresiva y dinámica.

Sobre los Precedentes Jurídicos

Revisaremos la forma como se estructuran los precedentes tanto el jurisprudencial como el constitucional:

Analizando la formulación del fallo de triple reiteración o precedente jurisprudencia, encontramos que lo que prevalece es la regla generada por el criterio reiteradamente argumentado a través de la ratio. Al constituirse en un precedente jurisprudencial, su aplicación es obligatoria para la jurisdicción ordinaria, y los efectos que genera son interpartes.

Analizando el precedente constitucional, encontramos que se puede generar por dos vertientes. La primera, como un precedente de origen cuando el pensamiento se construye sin que existan elementos de argumentación jurídica anterior, y también se lo conoce como precedente *exnovo*; y, la segunda, se puede generar, como precedente derivado, cuando existiendo un precedente anterior se toma la ratio y los elementos argumentativos para formar un nuevo criterio, alejándose del preexistente (se construye un precedente derivado constructivo), o modificándolo parcialmente (se construye un precedente derivado correctivo) o manteniéndolo (se construye un

120 Tron Petit, Jean Claude, Herramientas Judiciales. Publicado en la obra colectiva: La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas, González M. y Ferrer E., coordinadores, México, Porrúa, 2006, p. 28.

121 Del Real Alcalá, Alberto, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. Revista de derecho, No. 2, segundo semestre 2003/I semestre 2004, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, pp. 127-229, 2004.

precedente derivado de permanencia). Al constituirse en un precedente constitucional genera un efecto *erga omnes* y *res indicata* (cosa juzgada). Se concreta en un precedente constitucional obligatorio, y los efectos que genera son en unos casos de vinculación *erga omnes*, inter partes, inter pares, inter comunes. Efecto de cosa juzgada, de situación de vulnerabilidad y de inmovilidad *ex nunc* y *ex tunc*.

La operación de interpretación de la *ratio* se realiza en las sentencias de la justicia ordinaria y de la constitucional, puesto que como hemos explicado, la *ratio* fija el pensamiento de la Corte, y constituye el núcleo del precedente, simbolizando la esencia del fallo y el argumento razonado. Sería de utilidad que en las sentencias, de forma clara, se puede identificar la *ratio*, lo que no sucede en la mayoría de los casos, dificultando la comprensión del pensamiento unificado del precedente.

A medida de cierre de ideas, la obligación de motivar, constituye una garantía y control contra los excesos y arbitrariedades emitidos por los órganos encargados de impartir justicia. Las resoluciones deben estar fundamentadas de manera lógica y argumentada, construyendo al juez la justificación razonada de las sentencias, sin caer en una argumentación extensa y detallada, identificando que la *ratio decidendi* cumpla como nexo causal, con lo resuelto.

El objeto que se persigue, es argumentar desde los hechos relevantes ya no desde la norma, la unificación de criterios jurídicos que otorguen validez al razonamiento y a la línea de pensamiento en el Ecuador.

Bibliografía

Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961.

Atienza, Manuel, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2013.

Atienza, Manuel, El Derecho como argumentación, Barcelona, Ariel, 2007.

Calamandrei, Piero, La génesis lógica de la sentencia, en Estudios sobre el proceso civil, tr. S. Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, 1962.

Constitución de la República del Ecuador, Art. 76.7.I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2018.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 010-14-SEP-CC, de 15 de enero de 2014.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 139-14-SEP-CC, caso No. 0156-14-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 175-14-SEP-CC, caso No. 1826-12-EP, en Sentencia No. 303-15-SEP-CC, caso No. 0518-14-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, para el período de Transición, en la sentencia No. 066-12-SEP-CC dictada en el caso No. 0437-10-EP.

Cross, Rupert - Harris J.W., (2012), El Precedente en el Derecho inglés. Proceso y Derecho. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.

De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas, Mc Graw, Hill, Madrid, 1995.

De la Rúa, Fernando, Teoría general del proceso, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.

Del Real Alcalá, Alberto, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El término «nacionalidades» como concepto jurídico indeterminado, en Foro: revista de derecho, No. 2, segundo semestre 2003/I semestre 2004, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004.

Instructivo al Reglamento de procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 135-2016).

Kaufmann, Filosofía del derecho, traducción L. Villar Borda y A. M. Montoya, ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

Legaz y Lacambra, Luis, Filosofía del derecho, Bosch, Barcelona, 1953.

Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO) 2014, Resolución Administrativa 0004-10-AD-CC: 20-ago-2010.

Toulmin, Stph, The Uses of Arguments, Cambridge University, Press, 1969.

Tron Petit, Jean Claude, Herramientas Judiciales. Publicado en la obra colectiva: La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas, González M. y Ferrer E., coordinadores, Méxi

CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN FUEROS CONCURRENTES EN EL ÁMBITO DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DEL PROCESO: PAUTAS PARA SU RESOLUCIÓN A LA LUZ DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA

Vanessa Aguirre Guzmán¹²²

Resumen

El presente artículo sugiere diversas pautas para la resolución de conflictos de competencia que puedan surgir con ocasión de los fueros concurrentes en el marco del Código Orgánico General de Procesos. Propone una lectura desde el artículo 75 de la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, en especial del derecho a la tutela efectiva. En esta línea, se establece que una inhibición por incompetencia debe ser *excepcional*.

Abstract

This article suggests several guidelines for the resolution of conflicts of competence, especially within the framework of the General Organic Code of Proceedings. It proposes a view from article 75 of the Constitution of the Republic and the Organic Code of the

122 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior en Derecho Procesal y en Docencia Universitaria por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Diploma de Estudios Avanzados y Doctora en Derecho, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Árbitra del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Docente de la Maestría en Derecho (mención Derecho Procesal) de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Abogada en libre ejercicio especializada en casación y acciones constitucionales.

Judicial Function, especially upon the right of access to justice. Therefore, an inhibition due to incompetence on concurrent forums must be *exceptional*.

Sumario

1. El punto de partida: iniciar un proceso ante un juzgador competente. Importancia en relación al derecho al debido proceso. 2. El fuero común determina *inicialmente* el lugar donde debe citarse al demandado. 2.1. Modificaciones de la regla. 2.2. Normas sobre fueros concurrentes. 2.3. El “fuero común” determina el lugar donde debe, *inicialmente*, citarse al demandado, pero en caso de fueros concurrentes, la inhibición por una consideración de incompetencia debería ser excepcional.

1. El punto de partida: iniciar un proceso ante un juzgador competente. Importancia en relación al derecho al debido proceso

La proposición de una demanda implica verificar una serie de elementos entre los cuales está la competencia del juzgador que conocerá el caso. Desde una perspectiva netamente “utilitaria”, que implica garantizar el normal funcionamiento del proceso, si se quiere, se trata en primer lugar de evitar una inhibición por incompetencia o que el demandado proponga la excepción del mismo nombre; pero la mirada también debe orientarse desde la experiencia del demandado, quien tiene el derecho fundamental a no serlo sino ante un juez competente. Se comprende que mientras el actor cuenta con todo el tiempo necesario para preparar su demanda, este elemento es más restringido para el demandado.

Aunque en principio es una cuestión netamente procesal, su raíz tiene raigambre constitucional. Según el artículo 76.3 de la Constitución

de la República, el derecho al debido proceso incluye el derecho a ser juzgado ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Más adelante, el número 7, relativo al derecho a la defensa, establece a su vez en la letra k que este derecho de carácter complejo incluye el “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.” La anterior codificación constitucional establecía, en fórmula más sintética, que “Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto” (artículo 24.11).

En esta línea, la doctrina recuerda que la competencia del juzgador es un presupuesto procesal que debe ser garantizado durante todo el proceso, pues es el que define cuál será el juez o tribunal que conocerá y resolverá el caso¹²³. Además, el principio de legalidad señala que los factores de competencia deben estar predeterminados en la norma¹²⁴, a lo cual se suma, en fórmula inescindible para garantizar el derecho a la defensa y por ende el debido proceso, que los justiciables lo sean de conformidad con los procedimientos legalmente establecidos. Estas son, igualmente, las razones por las cuales la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, al glosar el artículo 8.2 del Pacto de San José, que el Estado no puede alterar a capricho las reglas procesales¹²⁵ ni, peor aún, alterar *ad hoc* la jurisdicción y competencia de los tribunales ordinarios¹²⁶.

123 Elizabeth Salmón y Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte IDH*, Lima, PUCP/IDEHPUCP/GIZ, 2012, p. 122.

124 Artículo 157 Código Orgánico de la Función Judicial: “LEGALIDAD DE LA COMPETENCIA.- La competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley.”

125 Elizabeth Salmón y Cristina Blanco, *op. cit.*, p. 122.

126 Por “juez ordinario” se entiende, pues, el “juez natural”, o el predeterminado por la norma jurídica, por lo cual debe proscribirse la posibilidad de constituir tribunales de excepción: *vid.* Juan Montero Aroca, “La jurisdicción”, en Juan Montero Aroca *et*

Esta es una condición que no puede variar durante el transcurso del proceso, a menos de que la ley procesal respectiva sea modificada por el legislador –corolario del principio de legalidad¹²⁷ y se afecte también a la competencia del juzgador que conocía el caso: el artículo 163.2 *in fine* del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) señala que “La ley posterior mediante disposición expresa podrá alterar la competencia ya fijada”, cuestión sobre la cual el mismo artículo previene que en caso de suprimirse una judicatura, la ley determinará el tribunal o juzgado que deberá continuar con la sustanciación de los procesos que se hallaban en conocimiento de la judicatura suprimida; en caso de que el legislador omita tal previsión, el Consejo de la Judicatura designará jueces temporales para que concluyan con la tramitación de las causas pendientes.

El precepto constitucional es reiterado por el artículo 166 COFJ (“Toda persona tiene derecho a ser demandada ante la jueza o el juez de su domicilio”); en los procesos regulados por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el artículo 9 dispone que “Por regla general será competente, en razón del territorio y conforme con la especialización respectiva, la o el juzgador del lugar donde tenga su domicilio la persona demandada.”

Sin duda, la visión desde la posición del demandado es la que predomina en la normativa y las razones se han expuesto de manera breve; no obstante, como se verá enseguida, una visión simplista o

al., Derecho jurisdiccional, tomo I, *parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 18ª. ed., 2010, pp. 85-87.

127 Artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial: “PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones [...]”

literal del principio *actor sequitur forum rei* podría conducir a resoluciones que, en lugar de proteger el derecho a la tutela efectiva, en su vertiente derecho de acceso a la justicia, pueden terminar por conculcarlo a extremos verdaderamente inadmisibles.

Se aboga, pues, por una visión equilibrada, que parte también de recordar que el debido proceso en esencia es un derecho que persigue trazar reglas básicas que permitan a las partes actuar en un plano de igualdad o, en otras palabras, que ejerzan su derecho a la acción y a la contradicción en las mismas condiciones.

A continuación, se analizarán las diversas reglas que, sobre la materia, trae el COGEP, en conjunto con el COFJ, y se realizará un brevísimo estudio sobre las reglas aplicables a fueros concurrentes, para establecer, a la luz del derecho a la tutela efectiva, cómo deberían resolverse posibles conflictos de competencia, para de esta manera armonizar la vertiente *acceso a la justicia* con *derecho a la defensa*, elemento esencial del debido proceso.

2. El fuero común determina inicialmente el lugar donde debe citarse al demandado

Como se ha visto, el COFJ determina que es derecho del demandado a no serlo sino ante el juzgador de su domicilio. La palabra *fuero*, en este ámbito, se refiere a una de las reglas que determinan la competencia de los jueces.

Sabido que la competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, en razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados, puede distinguirse el factor *fuero* como aquel que permite determinar la competencia de un juez, sea en razón de la situación jurídica de las partes procesales, bien de la naturaleza de la acción propuesta, ora de la ubicación de los bienes sobre los cuales se litiga,

la clase de proceso que se tramita, o bien atendiendo a las estipulaciones contractuales de las partes.¹²⁸

En consecuencia, por *fuero territorial* se entiende a la circunscripción donde debe tramitarse el proceso, en razón del territorio, y por *fuero personal* al lugar donde una persona puede ser demandada en razón de su domicilio; *fuero real*, es el término que refiere al lugar donde se puede proponer la demanda en razón de la ubicación del objeto de la controversia¹²⁹.

Para Véscovi, la distribución de la competencia debe seguir dos criterios: el *fuero real* y el *fuero personal*. El primero constituye una relación de carácter territorial, en virtud de la cual uno de los elementos de la pretensión determina el ámbito de acción del órgano jurisdiccional¹³⁰, mientras el segundo, como su nombre lo indica, tiene correspondencia con los sujetos procesales¹³¹. Una noción que es imprescindible en este estudio es la del *domicilio*, pues como anota Guarderas Izquierdo, sin este concepto de teoría general del derecho no puede comprenderse la norma procesal¹³².

128 Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, tomo II, Guayaquil, Edino, 2ª. ed., 2001, p. 108.

129 *Id.*, Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 4ª. reimp., 2019, pp. 116-118.

130 Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 2ª. edición, 1999, p. 137.

131 No estamos refiriendo al factor fuero en el ámbito de los procesos penales, donde la competencia del juzgador es absoluta y se ha mirado inclusive como una garantía para que tribunales de jerarquía puedan actuar con imparcialidad. *Id.*, Hugo Pereira Anabalón, *Curso de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, Santiago de Chile, Conosur, 1996, pp. 184-185.

132 Santiago Guarderas Izquierdo, *Comentarios al Código Orgánico General de Procesos, artículos del 1 al 111*, Quito, CEP, 2017, pp. 33-34. El artículo 45 del Código Civil dice que “El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella./ Divídese en político y civil.” Por su parte los artículos 47 y 48 establecen, respectivamente: “El domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado”, “El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”.

2.1. Modificaciones de la regla.

En efecto, el COGEP parte de las nociones derivadas del domicilio para incorporar diversas reglas para determinar la competencia, sobre todo en su artículo 9 que contiene la *regla general*. Es perfectamente posible identificar a este artículo como el que establece, entonces, el “fuero común”: el que se identifica con el lugar del domicilio del demandado.

De conformidad con esta última norma, el demandado lo será en el lugar de su domicilio y este es un derecho que puede invocarlo siempre, ya que puede considerarse que mientras el actor ha gozado de la oportunidad de preparar con suficiencia sus pretensiones para presentarlas en contra del reo ante el órgano jurisdiccional, en cambio el demandado dispone de un término perentorio para contestar a esas pretensiones, por lo que se ha estimado conveniente que el fuero común sea dado por el domicilio del demandado.¹³³

El principio también conocido como *actor sequitur forum rei* quiere decir entonces que el actor debe seguir el fuero del demandado, en este caso, demandarle en su domicilio. Esta es la regla general en el ámbito del derecho de raíz continental: toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante el juez de su fuero, y el fuero en este caso está determinado por el domicilio del demandado.

Se ha discutido hasta qué punto esta regla debe permanecer inmutable y motivar, además, excepciones o inhibiciones por razón de competencia territorial. Ciertamente, sería una necesidad afirmar que los conflictos presentan únicamente una perspectiva local, y peor aún, negar la existencia de controversias transnacionales en las cuales el principio *actor sequitur forum rei* deviene en un peso inútil —como

133 Es, como señalaba desde antiguo Víctor M. Peñaherrera, una forme de compensación de esa “desigualdad” que se genera porque el actor ha tenido todo el tiempo necesario para preparar su demanda (*op. cit.*, p. 135).

ilustra con salero Carrascosa González, a pesar de ser una regla “indubitada, conspicua y venerable” debe ser totalmente repensada¹³⁴—. Por ello es que la doctrina y la legislación han previsto ciertas situaciones en las cuales esta regla puede modificarse por diversos factores, que, no obstante, deben estar expresamente señalados; inclusive, las modificaciones que las partes pudieran hacer de la regla deben estar previstas en la normativa (es el caso, p. ej., del “domicilio contractual”, cuestión a la que se hará referencia más adelante).

V.gr., el que tiene domicilio en dos o más lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos excepto si el asunto litigioso hace relación exclusiva a uno de esos domicilios; quien no tiene domicilio fijo puede ser demandado donde se lo encuentre¹³⁵; una persona jurídica puede ser demandada ante el juez del lugar donde tenga su establecimiento, agencia, sucursal u oficinas, cuestión que da para la imaginación y que lamentablemente no se corrigió en las reformas que el COGEP experimentó en junio de 2019¹³⁶.

Aun cuando las razones del principio *actor sequitur forum rei* se ligan a la idea de apoyar la posición del demandado en razón del poco

134 Javier Carrascosa González, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-BIS 1215/2012”. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*, en Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2019), Vol. 11, No. 1, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4616>, p. 114 (acceso: 19 de febrero de 2021).

135 Artículo 9 COGEP, incisos segundo y tercero.

136 Ya Santiago Guarderas advirtió en 2017 que la redacción del inciso cuarto del artículo 9 COGEP era imprecisa e inconveniente porque puede dar lugar a que el actor demande a la persona jurídica en “cualquier lugar donde esta tenga establecimientos, agencias, sucursales u oficinas, por lo cual sugería, y apoyamos esa línea, que la competencia sea fijada en el lugar que tenga relación directa con el conflicto aunque no constituya el domicilio principal de la demandada (*Op. cit.*, p. 35).

En otras legislaciones, como la chilena, se precisa que la demanda debe presentarse ante el juez del lugar “donde exista el establecimiento, comisión u oficina *que celebró el contrato o que intervino en el hecho* que da origen al juicio” (*Vid.*, Hugo Pereira Anabalón, *op. cit.*, p. 189).

tiempo del que dispone, en teoría, para preparar su defensa, es claro que el proceso debe mirarse siempre desde la perspectiva del principio dispositivo: al final de cuentas, todo proceso nace por la iniciativa de un actor. Así, debe insistirse en que una visión unilateral o no ponderada puede perjudicar a la debida marcha del proceso, institución cuya base o centro es la dualidad de posiciones.

Quizá con esta mirada, aunque no aparezca explicitada, la legislación procesal ecuatoriana empieza finalmente a incorporar ciertos enfoques que eran reclamados y con toda razón desde el foro. Es un error considerar que la autonomía de la voluntad y derecho público son una especie de opuestos irreconciliables, pues es deber del legislador facilitar el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, y no se diga, de una compleja como es el proceso. Por ello, es de aplaudir que al fin se haya incorporado en el artículo 9 COGEP un inciso que establece que es posible fijar un *domicilio contractual*, por lo cual cualquier cambio en la dirección debe ser notificado a la contraparte. Si esta comunicación no se da, será competente el juez del domicilio fijado originalmente en el contrato.

Por razones de espacio, no es posible tratar en detalle sobre los *fueros excluyentes*, aunque como el término patentiza, únicamente será competente el juez indicado por la norma, con lo cual el ámbito de interpretación se circunscribe sin dificultad alguna a una aplicación *ad pedem litterae*.

Como puede apreciarse, la regla de que “el actor debe seguir el fuero del demandado” no es absoluta. A continuación, se hará una breve relación sobre los *fueros concurrentes*, con la finalidad de establecer que no deberían considerarse como excepciones al principio, como fluye sin dificultad con la sola alusión al término concurrente, y se formula esta advertencia con la finalidad de sustentar la idea de que una discusión por una posible incompetencia debería solventarse sobre la base de *cuál sería el foro más conveniente para la resolución de la controversia*.

2.2. Normas sobre fueros concurrentes

El artículo 10 COGEP hace relación a los llamados *fueros concurrentes* o *alternativos*. No se excluye la posibilidad de que el demandado lo sea en el lugar de su domicilio: la norma emplea el adverbio *además*, lo que denota claramente que el actor tiene derecho a escoger entre una de estas posibilidades y el lugar del domicilio de la persona demandada.

La competencia *alternativa*, como precisa Cruz Bahamonde¹³⁷, o los denominados *fueros concurrentes*, hacen relación no al domicilio del demandado, sino a otros aspectos reales o materiales; pero en todos ellos está clara una “opción” distinta a la del domicilio del demandado para el actor, que bien puede identificarse como un *derecho a escoger el fuero*.¹³⁸ De ninguna manera se trata de una especie de *forum shopping*, pues esta es una figura propia de los litigios con elementos transfronterizos, en donde entran en juego cuestiones tales como costos de litigio y ordenamientos procesales ajenos¹³⁹, que explican por sí solos aquella institución cuyo análisis, por su extensión, no puede ser abordado aquí.

En el ámbito local, la idea de encontrar un equilibrio explica de mejor manera la concurrencia de fueros. Aunque el fuero común puede sustentarse en una idea de repartir “con proporción aproximada” las fuerzas entre actor y demandado, ya desde antiguo Chiovenda advertía la necesidad de modernizar el principio *actor sequitur forum rei* (que denomina “fuero general”) para contemplar otros fueros a elección¹⁴⁰ y —añadimos— porque el juez también debería analizar

137 Armando Cruz Bahamonde, *op. cit.*, p. 117.

138 Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. de E. Gómez Orbaneja), Serie Clásicos del derecho procesal civil, México D.F., Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 354.

139 *Vid.*, Javier Carrascosa González, *op. cit.*, p. 113.

140 Giuseppe Chiovenda, *op. cit.*, p. 354: “Así como el demandado tiene interés legítimo en ser perturbado sino lo estrictamente preciso en su vida y en sus negocios, disponiendo que se le cite ante el juez que para él resulte menos oneroso [...] por otra parte la ley tiene en consideración la libertad de acción del demandante, cuando le concede

hasta qué punto una controversia debe o no ser sustanciada ante una determinada sede.

Enseguida, efectuaremos una brevísima relación sobre los fueros concurrentes contemplados en el artículo 10 del COGEP¹⁴¹. Se advierte desde ya que el último inciso de este artículo en realidad no contempla un caso de fuero concurrente y que, con bastante desacierto, el legislador introdujo en junio de 2019 la regla de que “la citación de la entidad pública demandada se practicará en el lugar donde tenga su sede principal”, sin reflexionar en que este tipo de

opción entre varios fueros... De este modo, la ley evita aparecer como parcial a favor del demandado, y al mismo tiempo consigue que los asuntos sean distribuidos de la mejor manera entre los distintos tribunales del territorio del Estado.”

141 “Competencia concurrente. Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador:

1. Del lugar donde deba hacerse el pago o cumplirse la obligación respectiva.
2. Del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está presente la persona demandada o su procurador general o especial para el asunto que se trata.
3. Del lugar donde la persona demandada se haya sometido expresamente en el contrato.
4. Del lugar donde esté la cosa inmueble materia de la demanda.
Si la demanda se refiere solamente a una parte del inmueble, la o el juzgador del lugar donde esté la parte disputada y si esta pertenece a diversas circunscripciones, la persona demandante podrá elegir la o al juzgador de cualquiera de ellas.
5. Del lugar donde esté ubicada la casa de habitación, si la cosa materia de la demanda está en dos o más cantones o provincias.
6. Del lugar donde estén situados los inmuebles, si una misma demanda tiene por objeto reclamar cosas muebles e inmuebles.
7. Del lugar donde se causaron los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos.
8. Del lugar donde se produzca el evento que generó el daño ambiental.
9. Del lugar donde se haya administrado bienes ajenos, cuando la demanda verse sobre las cuentas de la administración.
10. Del domicilio de la persona titular del derecho en las demandas sobre reclamación de alimentos o de filiación.

Cuando se trate de demandas en contra del Estado, la competencia se radicará en el domicilio de la o del actor, pero la citación de la entidad pública demandada se practicará en el lugar donde tenga su sede principal.”

normas terminan por acentuar el centralismo, dado que la mayoría de las entidades públicas tienen su sede en la capital de la República.

a) El lugar del pago (*forum solutionis*, No. 1):

Por regla general, según dispone el artículo 1603 del Código Civil (CC), el pago debe hacerse en el lugar designado por la convención de las partes. Pero si no se ha estipulado lugar para el pago y se trata de un cuerpo cierto, el artículo 1604 prescribe que el pago se hará en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación, y si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor. Por su parte, el artículo 1605 precisa que “Si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor, entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa.”¹⁴²

La regla es entonces perfectamente válida: en principio, el pago debe realizarse en el lugar designado por la convención de las partes (conforme dispone el artículo 1561 CC, todo contrato celebrado válidamente se constituye en ley para los contratantes, y les obliga a las estipulaciones que en él se hayan determinado); mas, a falta de dicha estipulación y si se trata de la entrega de un cuerpo cierto (excepto en el caso de inmuebles y derechos afincados en ellos, como se verá enseguida), se hará en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación. Así, si A y B celebran un contrato de compraventa de un automóvil, y acuerdan que dicho auto será entregado en Guayaquil, de surgir alguna controversia, la demanda ha de ser propuesta necesariamente en dicha ciudad.

142 Como bien señala Juan Isaac Lovato, en caso de producirse subrogación en la persona del acreedor, el deudor que ha mudado domicilio no tiene derecho para oponer la excepción de incompetencia del juez del lugar del pago (*Programa analítico de derecho procesal civil*, tomo II, Quito, CCE, 1957, p. 348).

b) El lugar donde se celebró el contrato o *forum contractus*, si al tiempo de la demanda el reo se encuentra en ese lugar (No. 2):

Cruz Bahamonde sostiene que este fuero concurrente no es trascendente, ya que el lugar de celebración del contrato no siempre tiene importancia en la contratación, excepto si a esta condición se une otra: que allí se encuentre el demandado o su procurador general o especial al momento de la presentación de la demanda, argumento que hacemos propio¹⁴³, a lo cual añadiremos que eventualmente esta sería una opción muy valedera en caso de que se ignoren otros elementos para ubicar al demandado.

Guarderas anota por su parte que el legislador debió actualizar la norma, para precisar que el momento debe enlazarse con la citación con la demanda¹⁴⁴, cuestión que, de todas formas, no siempre puede acontecer, conocida la demora con la que se procede en el ámbito de estas diligencias.

c) El juez al que el demandado se ha sometido en el contrato (No. 3):

Esta regla tiene relación, sin duda, con la enunciada en la letra a). Las estipulaciones contractuales, válidamente celebradas y según lo prevenido en el artículo 11 CC, pueden perfectamente modificar la regla general (el derecho a no ser demandado sino ante el juez del domicilio del reo) y así lo ratifica el artículo 55 CC cuando señala que “Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato.” A esta evidencia, añádase la comentada a propósito del inciso añadido en junio de 2019 al artículo 9.

¹⁴³ Armando Cruz Bahamonde, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁴ Santiago Guarderas Izquierdo, *op. cit.*, p. 38.

El hecho frecuente de que en muchos contratos se incorporen cláusulas de renuncia de domicilio y que se complementen con otras en las cuales las partes inclusive se acogen a los jueces de otra localidad, o inclusive, a la jurisdicción arbitral, son perfectamente válidas, pues atañen a la autonomía de la voluntad privada, excepto si la ley determina lo contrario.

d) El lugar donde se encuentre la cosa inmueble materia de la demanda/si la demanda tiene por objeto reclamar cosas muebles e inmuebles (Nos. 4 y 6):

Estos fueros se identifican con las acciones de carácter personal que tienen relación con el inmueble; para Cruz Bahamonde, la explicación se halla en la suposición de que el demandado puede defenderse de mejor manera en el lugar donde deberían encontrarse los elementos probatorios relativos al bien, tales como certificados del registro de la propiedad o documentos semejantes, y añade que es de suponer que en este lugar igualmente podría encontrarse al demandado.

Estas razones, consideramos, no resultan satisfactorias en la actualidad, con las facilidades de acceso a registros públicos y el hecho de que no siempre el demandado puede residir o trabajar en el lugar. En todo caso, siempre es necesario recordar la diferencia que existe entre estas acciones y aquellas de carácter real, que son las que se fundan en la cosa¹⁴⁵, y que identifican a uno de los fueros excluyentes contemplados en el artículo 11 COGEP. No coincidimos, por tanto, con Santiago Guarderas, en el hecho de que la inclusión en el artículo 10 del caso No. 6 producirá

145 Recuerda José Quezada Meléndez: “Como muy bien lo expresa Marcadé, hay que distinguir las acciones en la cosa (in re) de aquellas a la cosa (ad rem); las reales, como la reivindicatoria, de las personales, como la nulidad, rescisión de actos sobre inmuebles. Todos los derechos ad rem immobilem son inmuebles” (*Derecho Procesal Chileno. La competencia*, Santiago de Chile, Conosur, 1985, pp. 80-81).

confusiones¹⁴⁶, pues la lectura de los artículos 596 y 597 CC aclara perfectamente la diferencia¹⁴⁷.

e) El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos (*forum maleficii*) / el del lugar donde se produzca el evento que generó el daño ambiental (Nos. 7 y 8):

Cruz Bahamonde precisa que este fuero se originó en la institución romana que mandaba al causante del daño a repararlo en el mismo lugar en que había sido ocasionado, advirtiendo que sin duda se buscó proteger al que sufrió el daño, para que no se trasladase hasta el domicilio de quien le causó el mal para demandarle su reparación. Pero también advierte que las causas del origen del daño pueden ser varias, lo que podría llegar a complicar el análisis para definir la competencia¹⁴⁸.

A priori, puede concluirse que en el ámbito civil es necesario distinguir entre obligaciones contractuales y extracontractuales, y en el primer caso, entre obligaciones de dar, hacer o no hacer. En efecto, si se trata de la infracción de obligaciones de dar o hacer, el perjudicado tiene la opción de demandar el cumplimiento del contrato o bien su resolución, en ambos casos con la correspondiente

¹⁴⁶ Cfr. op. cit., p. 39.

¹⁴⁷ Artículo 596 CC: “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”

Artículo 597 CC: “Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble”.

¹⁴⁸ Op. cit., p. 120.

indemnización de daños y perjuicios (artículo 1505 CC); como esta pretensión no resulta autónoma, cabe concluir que no tiene sentido aplicar esta regla para determinar la competencia del juzgador sobre la base de la indemnización de daños y perjuicios. En el caso de la infracción de una obligación de no hacer, la demanda podría plantearse ante el juez del lugar en donde se produjeron los daños ocasionados por la conducta que se buscaba evitar justamente en virtud de esta clase de obligación.

Para el caso de las acciones de resarcimiento “autónomas” —como califica Cruz Bahamonde a aquellas cuya fuente es extracontractual, como un delito o cuasidelito civiles—, resulta natural concluir que el juez del lugar donde se produjo el daño puede igualmente ser competente y, añadimos, convendría plantear la demanda en el lugar donde los medios probatorios podrán recopilarse y actuarse con mayor facilidad¹⁴⁹.

f) El del lugar en donde se administran bienes ajenos, sobre las cuentas de la administración (No. 9).

La explicación a este foro es semejante a la del No. 6 del artículo 10 COGEP, al tratar del lugar donde están situadas las cosas: se supone que la documentación que sustenta los actos de administración de bienes ajenos se encuentra en el lugar donde se realiza la administración, y ello facilitaría el litigio.

g) El del domicilio de la persona titular del derecho en las demandas sobre reclamación de alimentos o de filiación.

La introducción de este fuero concurrente obedece, consideramos, a la necesidad de facilitar al alimentario o al demandante la selección del lugar en el cual ha de proponer la demanda. Guarderas recuerda

149 Ibidem.

que en la Ley Reformativa al Título V del Libro II del Código de Niñez y Adolescencia se contemplaba este fuero, pero como de carácter *excluyente*¹⁵⁰.

h) Fueros concurrentes internacionales

Finalmente, es precisa una referencia somera al caso de los *fueros concurrentes internacionales*¹⁵¹.

Resalta el hecho de que el artículo 167 COFJ sea el que incorpore esta norma, pero ello tiene una explicación de naturaleza histórica: el COFJ se expidió en el 2009 y pretendió solventar una inquietud que la normativa procedimental no pudo sino con un resultado que merece calificarse de desastroso.

En el caso conocido como *CAMASINUE S.A. y otros* en contra de *DEL MONTE FRESH PRODUCE N.A. INC., DEL MONTE FRESH PRODUCE COMPANY, NOVARTIS A.G., BASF AKTIENGESSELLSCHAFT, e INTERNATIONAL FERTILIZER LTD.*, la parte actora inició un proceso de daños y perjuicios en el estado de Florida (conocido como *Ecuadorian Shrimp Litigation*); el

150 Santiago Guarderas Izquierdo, *op. cit.*, p. 40.

151 “REGLAS GENERALES PARA EL FUERO FUNCIONAL COMÚN Y EXCEPCIONES. - Por regla general será competente, en razón del territorio y de conformidad con la especialización respectiva, la jueza o el juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado.

Se exceptúan aquellos casos en los que las leyes procesales respectivas dispongan lo contrario.

Los casos de competencia concurrente y de competencia excluyente en el territorio nacional, se arreglarán de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales respectivas.

Para el caso de fueros concurrentes internacionales, el actor podrá elegir entre presentar su demanda en el Ecuador o en el extranjero, con excepción de los casos que por ley expresa el asunto deba ser resuelto exclusivamente en el Ecuador. Si se inadmite la demanda presentada en el extranjero, o se la rechaza por razón de competencia territorial, se podrá presentar la demanda ante una jueza o juez en el Ecuador”.

juez estadounidense se inhibió y dispuso a la parte actora que debía presentar la demanda en Ecuador, ofreciendo reasumir competencia si la Corte Suprema ecuatoriana ratificase un pronunciamiento por incompetencia¹⁵². El tribunal de casación llegó a conocer el caso, pero no expidió un pronunciamiento de fondo al considerar que jurídicamente no había iniciado un proceso, porque la demanda ni siquiera fue calificada y admitida a trámite por el juez de primera instancia, que se inhibió de conocerla¹⁵³.

Los demandantes plantearon nuevamente la demanda ante el juez estadounidense y éste finalmente la rechazó, aplicando la doctrina del *forum non conveniens*¹⁵⁴, al estimar que en Ecuador se encontraban los elementos probatorios necesarios, y que la normativa a aplicar era diferente a la realidad del *common law*, pero además porque la normativa procesal ecuatoriana estaba viciando el derecho de Florida al pretender obligarle a asumir competencia y que la norma invocada por los actores fue producto de un lobby ilegítimo ante el Congreso Nacional ecuatoriano para modificar el Código de Procedimiento Civil (CPC) entonces vigente.

Esa modificación al CPC en efecto ocurrió en virtud de la *Ley No. 55* “interpretativa” de los artículos 27,28,29 y 30¹⁵⁵ y aunque fue una

152 *Ecuadorian Shrimp Litigation*, Caso No. 94-10139 (27), *Circuit Court of the 17th Judicial Circuit, in and for Broward County*, Florida, decisión de 24 de septiembre de 1999.

153 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 3 de 14 de enero de 1999, Registro Oficial No. 142 de 5 de marzo del mismo año, también en *Gaceta Judicial* XVI, No. 14, pp. 3954-3958.

154 Para un análisis completo sobre el denominado *forum non conveniens*, *vid.* Michael Wallace Gordon, “Forum Non Conveniens Misconstrued: A Response to Henry Saint Dahl”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 38, No. 1 (Fall, 2006), pp. 141-184.

155 En realidad esta norma modificó el sentido de estos artículos, al señalar que el actor puede escoger entre proponer su demanda ante los jueces ecuatorianos o ante jueces extranjeros, pero en tal caso, fenecería definitivamente la competencia de los jueces nacionales (Ley No. 55 interpretativa de los artículos 27, 28, 29 y 30 del Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial -s 247 de 30 de enero de 1998).

efímera (menos de seis meses de vigencia) al declararse su inconstitucionalidad por limitar el derecho de acceso a la justicia¹⁵⁶, motivó a que se incluyese en el COFJ el artículo 167, no solo para evitar la multiplicación de litigios, sino también el que la parte actora abuse de su derecho, sea proponiendo demandas donde pretende contar con ventajas significativas, donde le sería más lucrativo proponerla, o visto desde la perspectiva del demandado, que este, a través de una excepción de incompetencia infundada, obligase al actor a buscar una jurisdicción que sí acepte conocer el caso.

La existencia de fueros concurrentes internacionales supone necesariamente la existencia de elementos de carácter internacional, pero al igual que los casos contemplados en el artículo 10 COGEP, parte de una misma noción: el actor puede elegir entre el fuero del domicilio del demandado y otros.

2.3. El “fuero común” determina el lugar donde debe, *inicialmente*, citarse al demandado, pero en caso de fueros concurrentes, la inhibición por una consideración de incompetencia debería ser excepcional.

Si bien la concurrencia de fueros impone al juez la necesidad de analizar cuál es el “mejor fuero” para que una causa sea conocida en determinada sede, el sistema procesal ecuatoriano no contempla de entrada la posibilidad de que un juez se inhíba sin más, por el principio de tutela efectiva contemplado en el artículo 23 COFJ.

156 *Vid.*, Resolución 037-2001-TC (Registro Oficial -s 572 de 9 de mayo de 2002), en la cual el Tribunal Constitucional señaló: “[...] tal como está redactada [la norma interpretativa] se llegaría al extremo de determinar que si un Juez extranjero, con fundamento o sin él, resuelve que no es competente para conocer una demanda planteada por un ecuatoriano o un extranjero, esta persona se encontraría en una absoluta indefensión, ya que se vería imposibilitada de exigir el cumplimiento de sus derechos ante Juez ecuatoriano, pese a que este Juez ecuatoriano podría tener competencia para conocer la acción, en función, precisamente, de las leyes ecuatorianas”.

Al referirnos a los casos planteados por los artículos 10 COGEP y 167 inciso tercero COFJ, se evidencian dos aspectos: 1) el actor puede escoger entre el fuero común y el concurrente para proponer su demanda; 2) el demandado conserva su derecho para declinar la competencia¹⁵⁷, pero al resolver esta cuestión —sea que se plantee como excepción o en un juicio de competencia—¹⁵⁸, el juez debería partir de una pregunta: ¿qué tan conveniente resulta para la mejor resolución del caso que el juez 1 o el juez 2 sea quien lo conozca?

Debemos advertir que no estamos abogando por la introducción de una especie de *forum conveniens*. Basta con remitirnos al artículo 75 de la Constitución de la República¹⁵⁹, cuyo primer contenido es el *derecho de acceso a la justicia*, así como al artículo 23 COFJ, que desarrolla el derecho a la tutela efectiva contemplado en la Norma Fundamental en esta específica vertiente.

En efecto, el artículo 23 COFJ empieza por recordar que todo juez “tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos...” y que “Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso”; por ello, una desestimación por vicios de forma solo es posible “cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.”

157 Artículo 166 inciso segundo COFJ: “Cuando una persona considere que ha sido demandada ante juzgador incompetente, podrá declinar o prorrogar la competencia en la forma y casos establecidos en las leyes procesales respectivas.”

158 *Vid.*, artículo 14 COGEP.

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

El inciso tercero de esta norma determina que, para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, “y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.”

En otras palabras: una declaratoria de incompetencia que no sea debidamente sustentada obligaría al actor a proponer una demanda ante otra sede, a pesar de que es posible que el caso sea conocido por el primer juzgador ante el cual se lo planteó, precisamente porque ese primer juez puede ser tan competente como un segundo o como un tercero.

Hemos señalado que el artículo 23 COFJ bien puede identificarse como una aplicación procesal del artículo 75 de la Constitución de la República, cuyo primer contenido es el *derecho de acceso a la justicia*, del cual se deriva que es obligación del juzgador dar respuesta motivada y congruente a los requerimientos que, expresados a través de los cauces respectivos, sean formulados por los justiciables. Estas normas expresan el anhelo de evitar declaratorias de incompetencia o nulidades procesales para evitar decisiones sobre el fondo, por la razón que fuere (especialmente porque el caso reviste complejidad).

Conocida la tendencia de muchos jueces en nuestro país de decantarse sin más por declaratorias de incompetencia para no tener que resolver el fondo de la controversia, es que el legislador desarrolla el primer contenido del derecho a la tutela efectiva en el inciso tercero del artículo 23 COFJ. O, en otras palabras: *se motiva al juzgador a conocer el caso y resolverlo*, por lo cual *una declaratoria de incompetencia debería ser excepcional*.

Por esta razón, el artículo 23 COFJ debe interpretarse en conjunto con el artículo 28 *ibídem*, que contiene el principio de la obligatoriedad de administrar justicia.

Ahora bien, ¿cómo interpretar estas disposiciones con el artículo 129.9 COFJ¹⁶⁰? ¿Es que, acaso, el juez o tribunal debe forzosamente asumir competencia? ¿Existe una aparente dicotomía?

Cierto es que debe tenerse en cuenta que todo juez o tribunal está obligado a verificar la concurrencia de presupuestos procesales para que el proceso sea válido, y si la *competencia* es un presupuesto procesal, la verificación de la concurrencia de los factores que la delimitan debe ser efectuada por el juzgador. No obstante, ello no significa que el juzgador deba optar de primera mano por la interpretación que le conduzca inevitablemente a no conocer el caso, o inclusive a declarar una nulidad por incompetencia, pues este efecto solo procede, como dice el artículo 129.9 COFJ, *cuando se trata de incompetencia por razón de la materia*.

En suma: una aplicación práctica del artículo 75 de la Constitución, en la interpretación de conjunto que surge de los artículos 23 y 28 COFJ, evitaría la tendencia de muchos juzgadores ecuatorianos a inhibirse del conocimiento de los casos ante ellos planteados, sin otorgar mayores explicaciones al justiciable, que se ve forzado a emprender una especie de peregrinación por las judicaturas hasta encontrar aquella que sí esté dispuesta a conocer su caso.

160 “FACULTADES Y DEBERES GENÉRICOS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos:

[...] En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva.

Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción.”

Estas razones, además, se ven especialmente reforzadas en el caso de los fueros concurrentes. Una declaratoria de incompetencia debería ser realmente excepcional en estos casos, si el demandado invocase el fuero común, y diremos especial y específicamente cuando se haya pactado un domicilio contractual, cuando exista una cláusula de sujeción a una competencia territorial distinta a la de su domicilio, o cláusula arbitral. También diremos que esta razón será especialmente útil en procesos que versen sobre indemnización de daños y perjuicios: es casi indiscutible que el caso se resolverá con mayor acierto, porque los elementos probatorios estarán disponibles en esa sede, por lo cual no debería prosperar una excepción de incompetencia o una inhibición porque también es competente el juez del domicilio del demandado.

En conclusión, el hecho de que existan fueros concurrentes indica claramente que es derecho del actor el elegir éste o aquél. Mirar el problema desde la sola óptica del *actor sequitur forum rei* conduce a extremos forzados.

El juzgador es quien finalmente decidirá de manera fundada sobre su competencia; pero resolver de manera –añadiremos– racional, implica decantarse por aquella opción que presente más puntos de conexión con la controversia, así como por el foro en el cual se le permita al actor hacer realidad su derecho a la tutela efectiva, que implica no solo la posibilidad real de acceder a ser escuchado por un tribunal, sino a contar con una decisión congruente y motivada y que esta se cumpla, tal como dispone el artículo 75 de la Norma Fundamental.

Bibliografía

Carrascosa González, Javier, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘I-BIS 1215/2012’. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*, en Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2019),

Vol. 11, No. 1, pp. 112-138 ISSN 1989-4570, en www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4616>

Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. de E. Gómez Orbaneja), Serie Clásicos del derecho procesal civil, México D.F., Editorial Jurídica Universitaria, 2001.

Cruz Bahamonde, Armando, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, tomo II, Guayaquil, Edino, 2ª. ed., 2001.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 4ª. reimp., 2019.

Gordon, Michael Wallace, "Forum Non Conveniens Misconstrued: A Response to Henry Saint Dahl", *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 38, No. 1 (Fall, 2006), pp. 141-184, en <https://www.jstor.org/stable/40176784?seq=1>

Guarderas Izquierdo, Santiago, *Comentarios al Código Orgánico General de Procesos, artículos del 1 al 111*, Quito, CEP, 2017.

Lovato, Juan Isaac, *Programa analítico de derecho procesal civil*, tomo II, Quito, CCE, 1957.

Montero Aroca, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional*, tomo I, *parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 18ª. ed., 2010.

Pereira Anabalón, Hugo, *Curso de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, Santiago de Chile, Conosur, 1996.

Quezada Meléndez, José, *Derecho Procesal Chileno. La competencia*, Santiago de Chile, Conosur, 1985.

Salmón, Elizabeth, y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte IDH*, Lima, PUCP/IDEHPUCP/GIZ, 2012.

Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 2ª. edición, 1999.

Ecuadorian Shrimp Litigation, Caso No. 94-10139 (27), *Circuit Court of the 17th Judicial Circuit, in and for Broward County*, Florida, decisión de 24 de septiembre de 1999.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 3 de 14 de enero de 1999, Registro Oficial No. 142 de 5 de marzo de 1999 y *Gaceta Judicial* XVI, No. 14, pp. 3954-3958.

Tribunal Constitucional, Resolución 037-2001-TC, Registro Oficial -s 572 de 9 de mayo de 2002.

El compromiso académico es una actitud y una vocación que se construye y fortalece a lo largo de los años. Así lo hemos entendido, sentido y vivido en el curso de nuestra vida universitaria. Ese compromiso debe expresarse de diversas maneras. Una de ellas es a través de la difusión del pensamiento jurídico como profesores.

Esta obra colectiva de los profesores de la maestría es fruto del compromiso universitario de todos y cada uno sus autores. Y también es un mensaje de conciencia cívica respecto de toda la comunidad.

Puede ser útil para descubrir o consolidar vocaciones; para afianzar una inclinación hacia la producción jurídica; para animarse a estudiar nuestra maestría en Derecho con mención en Derecho Procesal. Sin duda aportará al fortalecimiento del conocimiento jurídico de quienes la lean.

Agradecemos el esfuerzo de los autores y su compromiso con nuestra maestría. Gracias, pues, Teresa Nuques Martínez, Juan Carlos Vivar, Johnny de la Pared, Mónica Palencia Núñez, Nuria Pérez Puig-Mir y Vanesa Aguirre Guzmán.

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil



UIO Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
WhatsApp: 099 726 5160 - 099 274 7594
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

GYE Telf. (593-4) 2133-705 / Cel.: 0981 928 173

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec ▪ actualizacionvirtual@hotmail.com

P.V.P.: USD 15.00

ISBN: 978-9942-10-669-8



9789942106698