

Dr. Miguel Hernández Terán

NEURODERECHOS, SESGOS, DAÑOS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Y otros problemas jurídicos

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN

**NEURODERECHOS, SESGOS,
DAÑOS, INTELIGENCIA
ARTIFICIAL**

Y OTROS PROBLEMAS JURÍDICOS



2024

NEURODERECHOS, SESGOS, DAÑOS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y OTROS PROBLEMAS JURÍDICOS

Dr. Miguel Hernández Terán
mhtjuridico@gmail.com

Primera edición:

ISBN: 978-9942-10-915-6.

Derechos de autor: 066725.

Depósito legal: 007038.

Impreso en Ecuador, diciembre de 2024

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

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

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

A Nicole y Micaela, luces de mi vida,
prolongaciones de mi ser y de mi amor.

PALABRAS DE INTRODUCCIÓN

El Derecho está arraigado en lo más profundo de mi ser. Lo llevo siempre conmigo. Es, pues, parte de mi vida. Somos inseparables. Le rindo todos los honores a causa de su grandeza. Le doy todo el tiempo que puedo, sin afectar lo más profundo: mi familia. En el tiempo que me quede de vida siempre habrá lugar para el Derecho. La pasión por esta ciencia me ha llevado a enseñarlo con amor durante algunas décadas. Ahora los tiempos son difíciles por las distracciones provocadas por la tecnología. Aun así, mi compromiso y vocación siguen incólumes.

Los años han pasado y nunca he dejado de escribir sobre temas jurídicos. Siempre me gustó pensar jurídicamente y compartir mis análisis. Aquí una prueba más de ello.

Esta obra recopila varios artículos muy interesantes, los cuales he desarrollado durante los últimos tres años. En su gran mayoría, han sido publicados. En el precio de esta obra, realizada sin fines de lucro, no están considerados tres trabajos: “Una mirada jurisprudencial a la observancia y a la corrección en la aplicación del Derecho” “Neuroderechos y sesgos algorítmicos”, e “¿Impugnar las expropiaciones?”

Los artículos son: “NEURODERECHOS Y SESGOS ALGORÍTMICOS”, “DERECHO DE DAÑOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL”, “LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO”, “MUERTE CRUZADA Y CONTROL CONSTITUCIONAL”, “EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU RÉGIMEN JURÍDICO”, “UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL A LA OBSERVANCIA Y A LA CORRECCIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO”, “EL VALOR DEL DERECHO, LA JUSTICIA Y EL ERROR JUDICIAL”, “TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y APLICACIÓN DEL DERECHO”, “LA POTESTAD EXPROPIATORIA”, “¿IMPUGNAR LAS EXPROPIACIONES?”, “RESPONSABILIDAD LIMITADA, SEGURIDAD JURÍDICA Y FOMENTO A LA INVERSIÓN”.

Me siento muy feliz por esta nueva realización intelectual.

Dr. Miguel Hernández Terán

ÍNDICE

PRIMERA PARTE NEURODERECHOS Y SESGOS ALGORÍTMICOS

Desarrollo	15
1.- Introducción	15
2.- Inteligencia artificial y algoritmos	16
3.- Los neuroderechos y su construcción jurídica	20
4.- El derecho a la aumentación cognitiva	26
5.- El derecho a la protección ante los sesgos	28
6.- Estandarización de la protección mínima respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos	32
Bibliografía	33

SEGUNDA PARTE DERECHO DE DAÑOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Desarrollo	37
1.- Introducción y generalidades	37
2.- Inteligencia artificial y derechos	39
3.- La formación de los sesgos	50
4.- Derecho de daños y prevención de sesgos	52
5.- Derecho de daños y técnicas de manipulación a través de la inteligencia artificial	60
6.- Inteligencia artificial y justicia	63
Bibliografía	68

TERCERA PARTE
LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
O EL CONTROL DEL SILENCIO

Desarrollo	71
1.- Introducción	71
2.- Las omisiones y la responsabilidad extracontractual del Estado	71
3.- Las omisiones y el sistema carcelario	74
4.- Las omisiones y la justiciabilidad de los derechos	76
5.- Inconstitucionalidad por omisión y justicia constitucional	77
6.- La Corte Constitucional del Ecuador, el derecho al doble conforme y la omisión legislativa relativa en la sentencia No 8-19-IN y acumulado/21	85
7.- El tratamiento jurídico de las omisiones absolutas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	88
8.- La crítica de Néstor Pedro Sagüés al modelo ecuatoriano	89
9.- La obligación de legislar a favor de los derechos es una obligación permanente, sin tiempo específico ni condición	91
10.- La intrascendencia de los plazos para legislar según la justicia constitucional del Ecuador	94
11.- La inconstitucionalidad por omisión como factor de agravamiento en la producción de perjuicios a los particulares	97
Bibliografía	98

CUARTA PARTE
MUERTE CRUZADA Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Desarrollo	101
1.- Introducción	101
2.- Algunas ideas sobre la democracia	103
3.- La racionalidad del control jurídico en el ámbito democrático	106
4.- Actos políticos o de gobierno	110

5.- La conmoción interna	113
6.- La “muerte cruzada”	116
7.- La posición de la Corte Constitucional ante la causal de grave crisis política y conmoción interna como fundamento de la disolución de la Asamblea Nacional	122
8.- La autoridad competente para conocer y resolver sobre las impugnaciones constitucionales respecto de la disolución de la Asamblea Nacional	128
Bibliografía	130

QUINTA PARTE

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

Desarrollo	133
1.- Concepto de Estado de excepción	133
2.- Generalidades y observaciones	134
3.- Características del Estado de excepción	136
4.- Precisiones importantes	138
5.- La Corte Constitucional y la verificación de las causales para decretar el Estado de excepción	141
6.- Supranacionalidad de las limitaciones a los Estados de excepción	147
7.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Estados de excepción	149
8.- EL caso Zambrano Vélez y otros versus Ecuador	155
Bibliografía	158

SEXTA PARTE
UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL
A LA OBSERVANCIA Y A LA CORRECCIÓN
EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Desarrollo	163
1.- Motivación, corrección y Corte Constitucional	163
2.- Algunas contradicciones de la Corte Constitucional del Ecuador	171
3.- Las diversas expresiones de la inobservancia de las normas de Derecho y la correcta o incorrecta aplicación de esas normas	176
4.- Algunos casos de incorrecta aplicación del Derecho	181
5.- Unas notas sobre la seguridad jurídica	187
Bibliografía	190

SÉPTIMA PARTE
EL VALOR DEL DERECHO, LA JUSTICIA
Y EL ERROR JUDICIAL

Desarrollo	195
1.- La aplicación del Derecho y la realización de los derechos	195
2.- El error judicial	198
3.- Tres conceptos relevantes	200
4.- La Corte Constitucional del Ecuador, la garantía de la motivación jurídica y la decisión judicial correcta	201
5.- ¿Hasta dónde se puede llegar invocando el principio de justicia material?	213
Bibliografía	219

OCTAVA PARTE
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Desarrollo	223
1.- Conflicto y tutela judicial efectiva	223
2.- Jurisprudencia constitucional básica sobre la tutela judicial efectiva	226
3.- Independencia judicial, debido proceso y tutela judicial efectiva	231
4.- Un caso para meditar	233
4.1.- Comentarios sobre el auto de inadmisión de la mayoría	241
4.2.- Comentarios al voto salvado	244
5.- La ley, la justicia y la aplicación del Derecho	248
Bibliografía	253

NOVENA PARTE
LA POTESTAD EXPROPIATORIA

Desarrollo	257
1.- Concepto, elementos y aspectos sustanciales	257
2.- Algo de Derecho Comparado	266
3.- La expropiación indirecta	270
4.- El procedimiento expropiatorio	272
5.- La impugnación en materia expropiatoria	276
Bibliografía	280

DÉCIMA PARTE
¿IMPUGNAR LAS EXPROPIACIONES?

Desarrollo	285
1.- El punto de partida: el Estado de Derecho y la Constitución de la República	285
2.- La impugnación de los actos administrativos como derecho constitucional y la impugnación expropiatoria	287
3.- Expropiación regulatoria: el caso chileno	295
4.- El interés público y la justa valoración del bien	297
Bibliografía	299

UNDÉCIMA PARTE
RESPONSABILIDAD LIMITADA, SEGURIDAD JURÍDICA Y FOMENTO A LA INVERSIÓN

Desarrollo	303
1.- Constitución, economía y producción	303
2.- Inconstitucionalidad por omisión relativa	305
3.- La Ley de Compañías y la buena fe	310
4.- Seguridad jurídica, responsabilidad limitada y fomento a la inversión	313
Bibliografía	318

PRIMERA PARTE

NEURODERECHOS Y SESGOS ALGORÍTMICOS

NEURODERECHOS Y SESGOS ALGORÍTMICOS

Sumario: 1.- Introducción; 2.- Inteligencia artificial y algoritmos; 3.- Los neuroderechos y su construcción jurídica; 4.- El derecho a la aumentación cognitiva; 5.- El derecho a la protección ante los sesgos; 6.- Estandarización de la protección mínima respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos. Bibliografía.

Desarrollo

1.- Introducción

En grandes líneas, un derecho es una facultad que tiene un sujeto, persona natural, jurídica o comunidad (o quien a una de estas categorías se asimila) para satisfacer o cubrir una determinada necesidad o situación, pudiendo protegerlo de la interferencia de terceros a través de los mecanismos previstos en los cánones predeterminados por el ordenamiento jurídico. La noción de todo derecho está vinculada necesariamente con el titular del ejercicio del mismo. Con más profundidad en una de nuestras obras¹ hemos conceptualizado al derecho humano como “el atributo que le da a las personas la capacidad para proteger los bienes jurídicos de que es titular –ya por dignidad, ya por conquista institucional– frente a otros titulares de derechos o intereses, como ante el Estado; de tal manera que los bienes jurídicos tutelados queden sin excepción indemnes. Entendiéndose que la tutela propia de todo derecho habilita su materialización plena fundamentalmente ante la administración pública y la administración de justicia.”

La progresividad de los derechos y la necesidad de tutelar determinados bienes jurídicos de beneficio colectivo ha desembocado en la creación de determinadas ficciones de alcance jurídico. Así, en el caso ecuatoriano la Constitución establece en el artículo 71 que “La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Derecho que no queda únicamente como enunciado. En efecto, el mismo artículo dice que “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”. La Constitución asimila, entonces, la naturaleza a

¹ HERNÁNDEZ, Miguel (2016). *El contenido esencial de los derechos*. Guayaquil: Cevallos editora jurídica. Páginas 47 y 48.

un sujeto de Derecho. Se utiliza, pues, la técnica legislativa de la ficción para un asunto de interés general.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, tanto colombiana como ecuatoriana, ha establecido que *el río es un sujeto de derecho*. La explicación esencial es que el río es parte de la naturaleza. En el caso ecuatoriano hay un respaldo constitucional directo, dado que nuestra Ley suprema asimila la naturaleza a un sujeto de Derecho². En concreto, en la sentencia 2167-21-EP/22 del 19 de enero de 2022, en el número 4, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió³:

4. Reconocer que el río Monjas es sujeto y titular de los derechos reconocidos a la naturaleza y tiene derecho a *“que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”*; y declarar que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito vulneró sus derechos.

Ahora bien, ¿es racional que una parte del cuerpo humano sea titular de derechos? Esta pregunta es válida en función de la literalidad de la expresión “neuroderechos”; ¿será esa la idea que quiere transmitir la palabra “neuroderechos”?; ¿o será una exageración lingüística para destacar la necesidad de proteger un órgano tan importante para la funcionalidad de la vida humana?

2.- Inteligencia artificial y algoritmos

El Diccionario de la Lengua Española⁴ dice que *inteligencia* es “Capacidad de entender o comprender”, “Capacidad de resolver problemas”⁵. Y *artificial*: “hecho por mano o arte del hombre”, “No natural, falso”, “Producido por el ingenio humano.”⁶

Enrique Rojas⁷ dice que *“la inteligencia consiste en un conjunto de operaciones para manejar la información remota y reciente que da como resultado un comportamiento positivo, equilibrado, sano.”*

2 El artículo 10 de la Constitución dice en el párrafo segundo que “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”

3 http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/DWL_FL/GUnLCB1dWlkOic5OWVmN2EyZC1kM2I5LTQstorage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic5OWVmN2EyZC1kM2I5LTQwOWQtOWY4ZS1jMDc3YzYxYWQ2ZGMucGRmJ30=

4 <https://dle.rae.es/inteligencia>

5 Dos primeras acepciones.

6 Tres de cuatro acepciones.

7 ROJAS, Enrique (2023). *5 consejos para potenciar la inteligencia*. Barcelona: Espasa. Página 15.

La inteligencia artificial ha sido definida⁸ como «disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico»

Pablo Muñoz Iturrieta expresa⁹, entre otros, sobre la inteligencia artificial:

La inteligencia artificial (IA) es un campo de la ciencia que incluye muchísimas disciplinas, desde la informática, el análisis de datos y estadísticas, la matemática, la ingeniería de *hardware* y *software*, la lingüística, la neurociencia e incluso la filosofía y la psicología, y se la define como **una inteligencia simulada por algoritmos o máquinas**¹⁰.

Técnicamente, los programadores crean uno o varios algoritmos para que un conjunto de computadoras realice una variedad de funciones avanzadas que simulan la capacidad de ver, entender y traducir el lenguaje hablado y escrito, analizar datos, hacer recomendaciones, reconocer rostros, moverse autónomamente, etc...

El anexo de la Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe, proyecto publicado por el PARLATINO, define a la inteligencia artificial¹¹ como “la habilidad que tiene una máquina para presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear”.

María Belén Clavijo Rey¹² cita una orientadora definición de Andreas Kaplan y Michael Haenlein: es “la capacidad de un sistema para interpretar correctamente datos externos, y así aprender y emplear esos conocimientos para lograr tareas y metas concretas, a través de la adaptación flexible.”

La misma autora dice¹³ que “podemos entenderla como un sistema computacional con algún grado de autonomía que logra resolver problemas humanos, previamente determinados por humanos, pudiendo optimizar, recomendar, predecir cierto tipo de situaciones o necesidades, y la misma que puede tener cambios o

8 GÓMEZ, Asunción (2023). *Inteligencia artificial y lengua española*. Madrid: Real Academia Española. Página 20. https://www.rae.es/sites/default/files/2023-05/Discurso%20Ingreso%20Asuncion%20Gomez-Perez_0.pdf

9 MUÑOZ, Pablo (2023). *Apaga el celular y enciende tu cerebro*. Nashville, Tennessee: HarperEnfoque. Páginas 144 y 145.

10 Las negrillas son mías.

11 <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

12 CLAVIJO, Belén (2023). La inteligencia artificial y el dilema de su uso en la administración de justicia. *Novedades Jurídicas*. Año XX, número 204. De página 6 a 21. Cita constante en página 12.

13 Páginas 12 y 13 del trabajo citado.

contextos diferentes dependiendo el enfoque que se realice, cuándo se lo realice, para qué se lo realice o en qué momento del tiempo nos encontremos, ya que el avance puede ir cambiando lo que hasta hoy conocemos como IA.”

Ahora bien, si la inteligencia artificial supone una *inteligencia simulada* por algoritmos o máquinas, es necesario detenernos en los *algoritmos*. Según el Diccionario de la Lengua Española¹⁴ algoritmo es “Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”. Pablo Muñoz Iturrieta¹⁵ dice que “Los algoritmos son fórmulas matemáticas diseñadas para realizar un proceso determinado y aplicadas al funcionamiento de la tecnología. Es decir, son herramientas alimentadas por una cantidad gigante de información y datos extraídos de las redes sociales, aplicaciones del celular, sitios web, *emails*... vehículos..., relojes..., electrodomésticos... televisores..., termostatos..., conversaciones..., cámaras de seguridad..., los dispositivos intradérmicos (chips) que rastrean todo dato que se pueda obtener de nuestro organismo, y gran cantidad de aparatos conectados a la red (internet de las cosas).”

En un trabajo sobre los algoritmos publicado por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo¹⁶ se precisa: “Es un conjunto de pasos lógicos y estructurados que nos permiten dar solución a un problema. La importancia de un algoritmo radica en desarrollar un razonamiento lógico matemático a través de la comprensión y aplicación de metodologías para la resolución de problemáticas, éstas problemáticas bien pueden ser de la propia asignatura o de otras disciplinas como matemáticas, química y física que implican el seguimiento de algoritmos, apoyando así al razonamiento crítico deductivo e inductivo.”

La misma publicación anota que todo algoritmo tiene tres partes: entrada, proceso y salida:

“**Entrada:** Es la introducción de datos para ser transformados.

Proceso: Es el conjunto de operaciones a realizar para dar solución al problema.

Salida: Son los resultados obtenidos a través del proceso.”

Belén Clavijo cita¹⁷ el siguiente concepto de algoritmos: “*un conjunto de instrucciones informáticas que recibe una máquina para realizar una acción o resolver un problema.*”

¹⁴ <https://dle.rae.es/algoritmo>

¹⁵ Páginas 137 y 138 de la obra citada.

¹⁶ https://www.uaeh.edu.mx/docencia/P_Presentaciones/prepa1/algoritmos.pdf

¹⁷ Página 13 del trabajo citado.

Ahora bien, el señalado autor Muñoz Iturrieta¹⁸ destaca que “Un algoritmo puede funcionar tremendamente bien y ser completamente inmoral, por ejemplo, si se usa para manipular a una persona desesperada y así convencerla de pedir un préstamo con interés altísimo, o los casos de TikTok que mencionábamos, cuyo algoritmo lleva a una joven a desarrollar trastornos alimenticios, un trastorno de identidad de género o incluso los innumerables casos que llevan a niños y adolescentes a intentar retos virales que terminan trágicamente en muerte.”

El mismo autor señala¹⁹:

Como nota Cathy O’Neil, los algoritmos están basados en modelos matemáticos que a su vez se basan en criterios establecidos por seres humanos falibles, por lo que inevitablemente esos modelos codifican prejuicios humanos, malentendidos y sesgos cognitivos que luego se transmiten a los sistemas de *software* que cada vez más administran y controlan nuestras vidas. Esto es un problema por las injusticias que puede implicar, pero hay otro problema mucho más profundo que parece escapar a quienes juzgan todo a partir de criterios como los de igualdad, inclusión o diversidad. Es un hecho que los algoritmos buscan no solo predecir, sino también modelar nuestra conducta de acuerdo con un ideal preestablecido... Es claro que, para poder influir en la conducta, primero hay que influir en el modo de pensar. Este elemento de manipulación de la población a partir del conocimiento obtenido por los datos de los consumidores de tecnología plantea un problema muy serio y que es más que necesario resaltar: los algoritmos también parecen diseñados para imponer no solo una cierta conducta consumista, sino también una cierta ideología y “moral colectiva” que nos encaminen hacia los principios fundamentales del globalismo progresista: la diversidad, la inclusión y la igualdad...

A estas alturas de la convivencia social la inteligencia artificial indudablemente se ha convertido en una herramienta de apoyo al desenvolvimiento de las personas, tanto respecto de ámbitos sencillos en la cotidianidad de la vida, como respecto de asuntos complejos. El progreso de la inteligencia artificial es ostensible. Dicha inteligencia, de alguna manera, es un verdadero “actor” en la dinámica de muchas sociedades. Nos facilita la vida (talvez demasiado) tanto individual como grupalmente. Su capacidad resolutoria o su apoyo al ejercicio de la capacidad resolutoria de los seres humanos, que es uno de los factores de su gran utilidad, se sustenta, entre otros, en la gran cantidad de información que recibe. Información de fuente múltiple, pero que globalmente hablando proviene en una

¹⁸ Página 138 de la obra citada.

¹⁹ Páginas 142 y 143 de la obra citada.

alta proporción de internet. Esa información es la materia prima de los algoritmos, la base del proceso que se deriva de la alimentación de la información, y por ende, es condición necesaria de las respuestas que proveen los algoritmos.

Es ahí, en esa materia prima, donde se encuentra la clave de los resultados, de las respuestas, de las soluciones que proveen los algoritmos como canalizadores de la inteligencia artificial. Ergo, la información que alimenta a los algoritmos debe ser imparcial, objetiva, no inclinada a favor o en contra de ninguna posición, ni de nadie; debe ser información libre de prejuicios; no debe ser un instrumento de comprobación de hipótesis prejuiciadas de quien alimenta al algoritmo ni de quien dispone su alimentación, ni de quien dirige el pertinente proyecto, ni en general de nadie. Los usuarios de la inteligencia artificial confían en ella. Encuentran en la misma una función *predictiva*; esta faceta es posible gracias a la información provista a los algoritmos. Ergo, las predicciones pueden ser prejuiciadas o tergiversadas en función de la información que las sustentan, como también pueden ser predicciones correctas en función de la imparcialidad y objetividad de la información de sustento.

La información viciada por el sesgo es contemporáneamente un tema tan común en el ámbito de la inteligencia artificial, que ahora se habla del derecho a no ser víctima de los sesgos producidos por la inteligencia artificial.²⁰

3.- Los neuroderechos y su construcción jurídica

Como ha quedado claro, la inteligencia artificial se alimenta de grandes cantidades de información. Una de las fuentes de esa información puede ser el cerebro humano. Este, según el Diccionario de la Lengua Española²¹, es “Uno de los centros nerviosos constitutivos del encéfalo, existente en todos los vertebrados y situado en la parte anterior y superior de la cavidad craneal.”

En el portal de Cognifit research²² se conceptualiza: “Podríamos decir que la función del cerebro, como parte del Sistema Nervioso Central (SNC), es la de regular la mayoría de funciones del cuerpo y la mente. Esto incluye desde funciones vitales como respirar o el ritmo cardíaco, pasando por funciones más básicas como el dormir, tener hambre o el instinto sexual, hasta las funciones superiores como pensar, recordar o hablar.”

²⁰ Abordaremos este tópico cuando tratemos de los neuroderechos.

²¹ https://www.google.com/search?q=el+cerebro+segun+el+rae&rlz=1C1VDKB_esEC987EC987&oq=el+cerebro+segun+el+rae&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIGCAEQRRhA0gEINTE2NWowajeoAgCwAgA&sourceid=chrome&ie=UTF-8

²² <https://www.cognifit.com/ec/funciones-cerebrales>

La Fundación Pascual Maragall en su portal publica un trabajo sobre el Alzheimer²³, destacándose en este que “A través de los sentidos, **el cerebro recibe un flujo enorme de información del mundo que nos rodea, la procesa y hace que cobre significado, organiza y controla el movimiento.** Además, entre las **funciones del cerebro** también están las de regular la temperatura corporal, la circulación sanguínea, la respiración y la digestión.”

En el portal de actuamed²⁴ consta una exposición sobre estructura y funciones del cerebro humano. Se indica que “es la más compleja de todas las estructuras vivas, pues procesa información sensorial a la vez que coordina y mantiene las **funciones vitales del organismo**”.

Es, pues, el cerebro, un centro de información que se nutre tanto de la que genera el propio cuerpo humano como el contexto que rodea a la persona. Esa información puede ser expuesta a través de mecanismos que utilicen inteligencia artificial. Así, Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz refiere²⁵:

La empresa *Emotiv* ha diseñado un dispositivo (el MN8) que, en forma de auriculares provistos con sensores de electroencefalografía (EEG), permiten a los empleadores rastrear también las ondas cerebrales de los empleados para detectar niveles de estrés y atención mientras trabajan. El propósito es medir la productividad mientras se está trabajando. El sistema *Focus UX* de la misma compañía lee “los estados cognitivos humanos en tiempo real y comparte comentarios personalizados con los empleados, y sus gerentes que los rastrean, sobre su rendimiento cognitivo (carga, estrés, niveles de atención) mientras están en el trabajo”. La empresa *Lockheed* ha desarrollado una herramienta que permite evaluar la carga de trabajo cognitiva en tiempo real (*CogC2- Cognitive Command and Control*), con múltiples propósitos: “optimizar la distribución de carga en un equipo de empleados”; “comprender los ciclos de rendimiento de individuos y equipos”; mejorar la seguridad en el lugar de trabajo al “identificar indicadores de fatiga o falta de atención antes de que ocurra un accidente”; o monitorear “el estado fisiológico y el bienestar de los empleados”. La fatiga en tiempo real es el factor que mide un dispositivo de detección cerebral diseñado por la empresa *SmartCap*. En concreto, evalúa los niveles de fatiga mediante “el monitoreo de las ondas cerebrales de sus usuarios y así detectar la aparición de microsueños y

23 <https://blog.fpmaragall.org/como-es-y-como-funciona-nuestro-cerebro>

24 <https://www.actuamed.com.mx/informacion-pacientes/cerebro-humano-estructura-y-funciones>

25 BELTRAN, Ignasi (2023) *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*. Navarra: Aranzadi. Página 135.

que crean riesgos de seguridad". Según FARAHANY, los trabajadores de más de 5.000 empresas (en sectores como ferrocarril, aviación, transporte por carretera, construcción o de la administración, entre otras) ya están empleando esta tecnología.

El prestigioso científico español Rafael Yuste, asesor del proyecto BRAIN en el gobierno de Barack Obama²⁶ destacó en una de sus tantas charlas disponibles a través de Google, que hoy existen 22 compañías de neurotecnología que venden tecnología para registrar la actividad cerebral, cuyos contratos dicen que los datos cerebrales de los usuarios quedan en manos de tales compañías, y que si a futuro el usuario quiere esa información tiene que pagar. Las compañías pueden vender, descifrar esa información.

La neurotecnología hace posible, pues, la lectura de la información que consta en nuestro cerebro. Es a todas luces obvio que esa información es personal, muy personal, consta en un lugar de nuestro cuerpo. Si se quiere, es información íntima. Nos pertenece. ¿Podría esa información estar en el comercio jurídico?; ¿podría ser objeto de actos jurídicos válidos?; ¿podría transarse sobre dicha información?; ¿sería una transacción condicionada?. Luce obvio que no tiene sentido celebrar un acto jurídico en forma aislada sobre dicha información contenida en el cerebro, pero sí tiene sentido si la misma es parte de una actividad mayor donde la información cerebral es solo un componente, principal o accesorio.

¿Qué sentido tiene que un ciudadano venda la información que concentra su cerebro?, pues, en principio, ninguno. Pero la pobreza puede llevarlo a hacerlo. ¿Hay objeto lícito en ese posible acto jurídico? ; ¿esa potencial venta afecta el interés general?; ¿es ético celebrar un acto así?; ¿no afecta la dignidad humana?; ¿es posible celebrar un contrato válido que tenga como objeto extraer dicha información cerebral para reformarla y luego reintroducirla, previendo o no los efectos de dicha reforma en el comportamiento de la persona?; ¿los propósitos de dicha reforma en la información cerebral pueden ocupar un papel determinante desde el punto de vista de la validez o de la nulidad del acto jurídico?; ¿corresponde que el Estado regule este tipo de actos?; ¿cuáles serían los parámetros correctos para este tipo de regulaciones?. Hay un campo amplio para la reflexión jurídica.

Ahora bien, el citado científico Rafael Yuste, artífice del proyecto BRAIN, ha representado en muchas ocasiones su preocupación porque la información que consta en el cerebro pueda ser objeto de manipulación por parte de quienes, con

²⁶ Proyecto al cual nos referiremos más adelante.

ocasión del uso del interfaz cerebro-computador²⁷ (interfaz que se proyecta exista a mediano plazo, entre 10 y 20 años) tengan acceso a la información cerebral. Lo cual pone en riesgo una serie de aspectos gravitantes de las personas: la privacidad mental, la identidad personal, la integridad psicológica, el libre albedrío, la protección ante los sesgos. Estos problemas, que Yuste visualiza como dramáticos en los tiempos del interfaz indicado, generan, según él, *problemas de derechos humanos*, en razón de lo cual postula la necesidad de reformar la declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas, incorporando los *neuroderechos*. Para él los derechos deben ser reconceptualizados, incorporando la protección respecto de los aspectos indicados. Esta preocupación, ampliamente expuesta por Yuste en múltiples foros, no ha pasado desapercibida. Al punto que en Chile se reformó su Constitución protegiendo la *actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*.

Yuste agudiza su preocupación con ocasión del desarrollo del proyecto BRAIN. El propósito de este proyecto, de un valor de seis mil millones de dólares, fue, entre otros, el de desarrollar técnicas para poder alterar la actividad de circuitos neuronales y de esa manera poder corregir los defectos que tienen que ocurrir en las enfermedades mentales o en las enfermedades neurológicas²⁸. Este propósito implica la necesidad de manipular la información cerebral. Las manipulaciones de dicha información son comunes en los experimentos con ratones y en el tratamiento para mejorar los síntomas del Alzheimer. Para Yuste deben, en general, existir límites éticos a la manipulación de la información cerebral de humanos. La manipulación que preocupa especialmente a este científico es la que se podrá realizar cuando funcionen los interfaces cerebro-computadora, los cuales tienen por finalidad mejorar la capacidad cerebral.

27 “Una interfaz cerebro computadora (ICC, o BCI, del inglés brain-computer interface) es un dispositivo que permite establecer una comunicación del cerebro con el mundo externo a partir de la actividad eléctrica cerebral sin la ayuda de los nervios periféricos o de la actividad motora. La actividad eléctrica, producida cuando las neuronas se disparan para comunicarse entre sí, se procesa y decodifica en comandos que se envían a un dispositivo programado para llevar a cabo una acción deseada. Estas acciones cubren diversas aplicaciones, desde rehabilitación de funciones perdidas hasta el aumento de nuestras capacidades.”

Concepto tomado del glosario del proyecto de “LEY MODELO DE NEURODERECHOS PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE”: <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

28 https://www.google.com/search?q=VIDEOS+DE+RAFAEL+YUSTE+Y+NEURODERECHOS&rlz=1C1VDKB_esEC987EC987&oq=VIDEOS+DE+RAFAEL+YUSTE+Y+NEURODERECHOS&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIHCAEQIRigATIHCARigAdIBCDkzMzBqMGo3qAIAAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8#fps_tate=ive&vld=cid:8c37e29b,vid:iVyTEu4FDvw,st:0

El proyecto BRAIN tuvo también como uno de sus fundamentos, según Yuste, la ausencia de una teoría general del funcionamiento del cerebro humano, ante lo cual era necesario profundizar en las investigaciones sobre el cerebro humano. Además, la inversión en dicho proyecto podía producir beneficios económicos, según Yuste.

Un interfaz cerebro-computadora implica una conexión directa entre el cerebro y dicha máquina. Ese vínculo le da a esta el acceso a la información del cerebro de los usuarios, la cual puede llegar a ser manipulada por la correspondiente empresa. Se entiende que el problema del uso de esa información a que ha accedido la herramienta de inteligencia artificial queda superado con el consentimiento del usuario. Para nosotros esta cuestión no es tan sencilla, pues el consentimiento puede ser, de hecho, forzado por la necesidad económica del usuario. Éste, ante su penuria, puede autorizar que sobre la base de dicha autorización se exponga su situación personal, la cual puede ser penosa. Esta autorización es una cuestión que amerita profundizarse pues pueden existir o aparecer aspectos de orden público insuperables por la voluntad de los particulares, que tornan o pueden tornar ineficaz el consentimiento otorgado. ¿A dónde puede ir a parar información íntima de los usuarios constante en el cerebro, y para qué propósito o propósitos?; ¿el consentimiento sobre su uso legitima una finalidad perversa o temeraria de quien utilizará la información cerebral?. Nos parece que no.

Chile le ha dado mucha atención a los problemas que pueden surgir con ocasión del acceso a la información cerebral, hasta el punto que reformó su Constitución. María Isabel Cornejo Plaza²⁹ destaca:

Chile es un país pionero en el mundo en consagrar la protección de los **neuroderechos** en un nivel suprallegal, en la especie, a nivel constitucional, al modificar el artículo 19 N°1 de su Carta Magna. Efectivamente, en el año 2020 los senadores Guido Girardi, Carolina Goic, Francisco Chahuán, Juan Antonio Coloma y Alfonso De Urresti presentaron una moción de proyecto de reforma constitucional y además un proyecto de ley, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional chileno, el cual posee un contenido mucho más detallado al discutirse altamente el impacto de un uso inapropiado de neurotecnologías en aspectos como la responsabilidad, el consentimiento etc. Se trata de dos instrumentos jurídicos con jerarquías diferentes, con objetivos similares, pero con consecuencias jurídicas distintas.

Ambos proyectos fueron denominados coloquialmente “proyectos de **neuroderechos**”. La moción de reforma constitucional fue recientemente sancionada el 25 de octubre de 2021, convirtiéndose en la Ley N° 21.383 que “Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y

²⁹ En su trabajo: “Neuroderechos en Chile: consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías”, disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/neuroderechos-en-chile-consagracion-constitucional-y-regulacion-de-las-neurotecnologias/#:~:text=13%20de%20Diciembre%20de%202021&text=Chile%20es%20el%20primer%20pa%C3%ADs,a%20una%20reforma%20sancionada%20recientemente.>

tecnológico al servicio de las personas”. Tal ley consta de un artículo único que modifica el número 1 del artículo 19 de la **Constitución** Política de la República de **Chile** en la siguiente forma:

...“El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”...

Tanto es el impacto que han generado las preocupaciones alrededor del acceso a la información cerebral (no solamente de Rafael Yuste) que existe ya un proyecto de “LEY MODELO DE NEURODERECHOS PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE” difundido por parte del PARLATINO³⁰ (Parlamento Latinoamericano y Caribeño) en cuyo preámbulo se destaca, entre otros:

La presente ley modelo, por una parte, se basa en el hecho de que con seguridad en el futuro se generarán nuevos y muy variados desarrollos neurotecnológicos que deberán ser objeto de la normatividad correspondiente. “La evolución de la neurociencia así como de las neurotecnologías es imparable. En las décadas por venir habrá dispositivos capaces de decodificar la información de nuestro cerebro, amplificar nuestros sentidos o modificar nuestros recuerdos. La posibilidad de saber cómo controlar las emociones, identificar los pensamientos o acceder a la memoria, puede llegar a ser una amenaza para la salud mental de los seres humanos. Los neuroderechos vienen a ser un nuevo marco jurídico internacional de derechos humanos destinados específicamente a proteger el cerebro y su actividad a medida que se producen avances en la neurotecnología.”

El artículo 5 de dicho proyecto consagra los siguientes neuroderechos³¹:

- a) Derecho a la privacidad mental (los datos cerebrales de las personas)
- b) Derecho a la identidad y autonomía personal
- c) Derecho al libre albedrío y a la autodeterminación
- d) Derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva o al desarrollo cognitivo.

³⁰ <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

³¹ Misma fuente.

- e) Derecho a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones
- f) El derecho inalienable a no ser objeto de cualquier forma de intervención de las conexiones neuronales o cualquier forma de intrusión a nivel cerebral mediante el uso de neurotecnología, interfaz cerebro computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, sin contar con el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas. Aun cuando la neurotecnología posea la capacidad de intervenir en ausencia de la conciencia misma de la persona.
- g) En general, el derecho a no ser sujeto involuntario o no informado, de cualquier proceso o actividad que pueda de alguna manera interferir en los procesos cognitivos del individuo. Esto incluye otras prácticas no necesariamente relacionadas directamente con las neurotecnología, como la hipnosis y la sugestión.

Se destaca en el indicado proyecto la creación de una acción judicial específica orientada a la tutela de la *indemnidad y privacidad cerebro mental*. En efecto, el artículo 9 determina³²:

Artículo 9.- Acción de Protección y Garantía: El Estado Nacional reconocerá a toda persona el derecho a interponer una acción expedita y rápida de protección legal específica, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, en forma antijurídica su indemnidad y privacidad cerebro mental.

4.- El derecho a la aumentación cognitiva

Como hemos señalado líneas atrás, el interfaz cerebro – computador/a permitirá aumentar la capacidad cognitiva de los seres humanos. Según el glosario contenido en el señalado proyecto de Ley Modelo³³ “Cognición es el término empleado para designar el conjunto de acciones y entidades que se relacionan con la actividad intelectual de conocer y razonar. Hace referencia a cada uno de los procesos por los que se llega al conocimiento de las cosas, que son fundamentalmente: la percepción, la memoria, la imaginación, el pensamiento y, frecuentemente,

³² Misma fuente.

³³ <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

el lenguaje. Se refiere a los procesos mentales relacionados con el pensamiento abstracto y permite percibir nuestro entorno, aprender de éste, recordar la información que hemos obtenido y actuar en consecuencia.” En definitiva, potencia la capacidad de conocer y razonar, lo cual no es poca cosa.

En otras palabras, habrá seres humanos que tendrán una mayor capacidad de conocer y razonar, lo cual supone con toda obviedad una ventaja en relación con el resto. Ventaja que dependerá evidentemente de la capacidad económica. Es decir, el interfaz cerebro – computador/a potenciará aún más la desigualdad que lamentablemente vivimos en el mundo. Desigualdad que se sustentará, insistimos, en la mayor capacidad económica de unos. Creemos que este fenómeno planteará la necesidad de la intervención del Estado para atenuar ese desnivel brindando la oportunidad de que el resto de personas o parte de ellas tengan una “aumentación cognitiva” mínima a través de la aplicación del correspondiente subsidio. Por supuesto que ese subsidio podrá ser mayor o menor en función de las particularidades de los sujetos, de sus contextos, de sus necesidades, del segmento de la población a la que pertenezca, de los quintiles de pobreza, de su marginalidad, etc. En todo caso el Derecho y sus principios pertinentes tendrán que hacer una significativa presencia. Este asunto requiere una regulación muy tinaosa y meditada.

Ahora bien, ¿es compatible con la dignidad humana esa aumentación cognitiva para quien no tiene discapacidad intelectual?; ¿debe tener la tecnología algún límite ético respecto de los productos que produce?; ¿cuáles pueden ser esos límites?; ¿qué es lo que hace o podría hacer antiético un producto tecnológico?; ¿son universalizables esos límites?; ¿hasta dónde pueden llegar tales barreras?; ¿será necesario reconstruir y estandarizar los conceptos de progreso y desarrollo para delimitar hasta dónde puede llegar la inteligencia artificial considerando la primacía de la dignidad humana?. La inteligencia artificial es instrumental para el ser humano, no al revés. El proyecto que hemos citado de Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe plantea en el artículo 7 como una de las misiones y funciones de la autoridad competente en el numeral 7.13, lo siguiente³⁴:

7.13. Estimular el desarrollo de la inteligencia artificial (IA) con base en el enfoque humanista de la UNESCO respecto a su utilización “con miras a proteger los derechos humanos y a proporcionar a todas las personas los valores y las competencias necesarios para una colaboración eficaz entre el ser humano y la máquina en la vida, el aprendizaje y el trabajo, y para el desarrollo sostenible,” y dentro del principio de que el desarrollo de la

34 Misma fuente.

inteligencia artificial “debe estar controlado por el ser humano y centrado en las personas; que la implantación de la inteligencia artificial debe estar al servicio de las personas para mejorar las capacidades humanas; que la inteligencia artificial debe concebirse de manera ética, no discriminatoria, equitativa, transparente y verificable; y que el impacto de la inteligencia artificial en las personas y la sociedad debe ser objeto de seguimiento y evaluación a lo largo de las cadenas de valor”

El uso del interfaz señalado provocará, al menos al inicio, importantes problemas derivados de las ventajas de la aumentación cognitiva. Así, habrá personas que: a) podrán acceder a situaciones que sin el interfaz no les serían asequibles; b) podrán resolver problemas que sin el interfaz les serían irresolubles, al menos en el mismo tiempo de análisis; c) podrán asumir riesgos que sin el interfaz no asumirían, o difícilmente asumirían; d) podrán emprender empresas o actividades que sin el interfaz no emprenderían o difícilmente emprenderían; e) podrán concluir empresas o actividades que sin el interfaz no concluirían o difícilmente concluirían; f) podrán alcanzar éxitos que sin el interfaz no alcanzarían o difícilmente lograrían, etc.

Respecto de los subsidios es posible que existan inconformidades. Así, con la política misma de los subsidios, con la concepción adoptada, con el nivel de subsidio asignado, con la calificación para acceder al subsidio, con las exigencias para dicha calificación, con el tiempo para la calificación, con el número de pasos para lograrla, con el procedimiento, con la idoneidad exigida para los calificadores, con la ratificación de la calificación como consecuencia del pertinente reclamo, con la definición de los parámetros para el otorgamiento del subsidio, con los requisitos a cumplirse para la admisión de la reclamación sobre la calificación, con los requisitos a cumplirse para la procedencia de la reclamación, con el tiempo previsto normativamente para la resolución sobre la reclamación respecto de la calificación, con las causales para la extinción del subsidio, con el régimen jurídico aplicable al nivel de subsidio asignado, con los beneficios de que goza el beneficiario según el nivel de subsidio asignado, etc.

5.- El derecho a la protección ante los sesgos

Sesgar significa, según el Diccionario de la Lengua Española,³⁵ “Torcer algo a un lado”. Y torcer es, según la misma fuente, entre otros, “Alterar la posición recta, perpendicular o paralela que algo tiene con respecto a otra cosa”; “Desviar algo de su posición o dirección habitual”; “tergiversar”.

³⁵ <https://dle.rae.es/sesgar>

El algoritmo es un producto humano, y la información que lo alimenta la introduce uno o varios seres humanos, o por disposición de seres humanos. Por consiguiente, el algoritmo es solo receptáculo de esa información.

El ser humano es “beneficiario” o “víctima” de ella. Esa información da lugar a un proceso, y luego a un resultado. Información tergiversada producirá respuesta tergiversada. La sociedad, parte de ella, un grupo de la misma, un sector de ella es la sesgada. Y ese sesgo puede reflejarse en una serie de campos: el diseño de ropa, la educación, obras de teatro, películas, medios de comunicación, etc. Su control es difícil porque el sesgo regularmente no se presenta como sesgo. Al revés, con frecuencia tiene expresiones contextualizadas en el marco de la legitimidad: tal el caso de los medios de comunicación, que pueden estar inclinados a favor de determinada posición política, pero en rigor jurídico materializan la libertad de expresión, que es un derecho constitucional. O el caso de las obras teatrales, reflejo de la creatividad de sus productores y artistas.

Los efectos dañosos de los sesgos y la consiguiente reparación es cuestión profunda que amerita mucho análisis jurídico, pues las consecuencias perjudiciales de los mismos, regularmente, no se visualizan materialmente ni a corto plazo. En términos constitucionales en la medida en que sus efectos provoquen la vulneración de derechos reconocidos por la Constitución es procedente la acción de protección. Globalmente hablando, donde hay daño cabe la pertinente reparación. Es esencial, a efectos de esta, concentrarse en los bienes jurídicos afectados por los sesgos.

Los sesgos son una realidad causada por ciertos seres humanos que tienen la oportunidad y capacidad de generarlos. Mike Mullane destaca³⁶ que “El sesgo algorítmico es lo que sucede cuando un sistema de aprendizaje automático refleja los valores de las personas que lo desarrollaron o entrenaron.”

El mismo autor destaca³⁷:

El sesgo es una realidad en el aprendizaje automático. En la ciencia de los datos se refiere por lo general a una desviación de la expectativa o a un error en los datos; pero el sesgo es más que eso. Todos estamos condicionados por nuestros entornos y experiencias, “nadie es totalmente imparcial”, y llevamos con nosotros diferentes tipos de bagaje social, político o basado en valores. A veces nuestros horizontes no son tan amplios como nos gustaría creer y, como resultado, los grandes volúmenes de datos que

³⁶ En su trabajo: “La eliminación de los sesgos en los algoritmos”, disponible en Revista UNE. “LA REVISTA DE LA NORMALIZACIÓN ESPAÑOLA”: <https://revista.une.org/11/la-eliminacion-de-los-sesgos-en-los-algoritmos.html>

³⁷ Misma fuente.

se utilizan para entrenar los algoritmos no siempre son lo suficientemente diversos o variados. Es frecuente que en los datos o algoritmos haya un sesgo humano real.

Sus razones y propósitos pueden ser múltiples. Cualquiera que ellos sean son intrascendentes a los ojos del Derecho y del Estado en el sentido de que tanto el Derecho como el Estado deben conjuntamente y en forma objetiva proteger a los ciudadanos de los sesgos y sus efectos dañosos. La prevención de los sesgos es algo ciertamente difícil, pues los mismos regularmente se “descubren” con el paso del tiempo, con la materialización de sus efectos. Piénsese que los sesgos no se presentan como tales. Sus antecedentes pueden no dar lugar a ninguna sospecha. Puede haber un grado de maquiavelismo en su concepción, en su instrumentación, etc. El control preventivo, objetivamente hablando, es de difícil realización.

Lo expuesto representa que la protección jurídica ante los sesgos no es cuestión sencilla.

A continuación, algunas precisiones:

- 1.- El sesgo es obra humana, no per sé de los algoritmos o de la inteligencia artificial en general.
- 2.- Puede ser voluntario, involuntario o fortuito. Así, los sesgos pueden ser la derivación de información falsa pero que recoge objetivamente “tendencias” que constan en el internet; o reflejar información descontextualizada, lo cual evidentemente puede dar lugar a señalamientos errados.
- 3.- Puede llegar a ser medible con parámetros objetivos.
- 4.- Puede tener antecedentes remotos o recientes por parte de quien o de quienes lo generan.
- 5.- Puede obedecer a razones ideológicas, políticas, sociales, personales, de grupo o mixtas.
- 6.- Puede tener propósitos ideológicos, políticos, sociales, personales, de grupo o mixtos.
- 7.- Puede ser evaluado periódicamente para verificar el cumplimiento de sus propósitos, y según el resultado realizar el correspondiente “ajuste”.
- 8.- Puede tener razones aparentes de nobleza, pero en realidad obedecer a razones maquiavélicas.

9.- Puede tener razones maquiavélicas aparentes, y en realidad obedecer a razones nobles.

10.- En todos los casos constituye una tergiversación de la neutralidad propia de toda tecnología (el algoritmo es una conquista tecnológica).

11.- Puede basarse en información incompleta o desactualizada respecto de sujetos, grupos o comunidades; o respecto de algún objeto. Así, puede reputar culpables a quienes son inocentes, por el hecho de haber sido sujetos a una orden de prisión, pero luego absueltos en sentencia definitiva.

12.- Su eliminación, en términos de racionalidad, regularmente ha de constituir un proceso complejo, difícilmente de corto plazo, particularmente por el volumen de la información que produce el sesgo.

13.- El sesgo pudiera ser el resultado de la acción de quien lo instrumenta a través de la alimentación del algoritmo porque incumplió las instrucciones pertinentes.

14.- En términos jurídicos lo más trascendente son los efectos que provocan los sesgos. En ello radica la esencia de las preocupaciones jurídicas. Típicamente los sesgos provocan discriminación, tratos desiguales, sentimientos de condena social, de rechazo, y pueden dar lugar a políticas públicas erradas. Los sesgos pueden obedecer a razones raciales, socioeconómicas, etc; pueden fundarse en el origen de nacimiento, en el lugar de residencia, en el lugar de educación, en el tipo de educación recibida, etc.

15.- Los sesgos pueden afectar a la comunidad, a un sector de ella, a grupos determinados o a individuos específicos.

16.- Pueden sustentar decisiones administrativas (y hasta judiciales) sesgadas, erradas. En línea con lo anterior la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales del Ecuador, publicada en el quinto suplemento del Registro Oficial No.459 del 26 de Mayo de 2021 establece en los artículos 20 y 21, respectivamente, *el derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas; y el derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas.*³⁸

³⁸ El texto de dichos artículos es el siguiente:

“Art. 20.- Derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas.- El titular tiene derecho a no ser sometido a una decisión basada única o parcialmente en valoraciones que sean producto de procesos automatizados, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos en el o que atenten contra sus derechos y libertades fundamentales, para lo cual podrá:

17.- Pudiera ocurrir que un sesgo haya sido concebido como un instrumento transitorio para generar discriminación positiva, esto es, como un instrumento para igualar situaciones injustamente desiguales. Así, ciertas situaciones laborales, situaciones provocadas por la migración, por la pobreza extrema, etc.

Muchas son las reflexiones que pueden plantearse alrededor de los sesgos. ¿Se justifican para cambiar un comportamiento social que se considera equivocado?; ¿se justifican en razón del interés general?; ¿pueden ser una política pública?; ¿pueden ser una política permanente?; ¿transitoria?; ¿es condenable que sea una política pública?; ¿está justificado que constituyan un camino para el enriquecimiento de unas cuántas personas o grupos?

6.- Estandarización de la protección mínima respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos

En el fondo la protección es a seres humanos por la actuación de otros seres humanos con poder respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos. Sería ideal

a. Solicitar al responsable del tratamiento una explicación motivada sobre la decisión tomada por el responsable o encargado del tratamiento de datos personales;

b. Presentar observaciones;

c. Solicitar los criterios de valoración sobre el programa automatizado; o,

d. Solicitar al responsable información sobre los tipos de datos utilizados y la fuente de la cual han sido obtenidos los mismos; e impugnar la decisión ante el responsable o encargado del tratamiento
No se aplicará este derecho cuando

1. La decisión es necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable o encargado del tratamiento de datos personales;

2. Está autorizada por la normativa aplicable, orden judicial, resolución o mandato motivado de autoridad técnica competente para lo cual se deberá establecer medidas adecuadas para salvaguardar los derechos fundamentales y libertades del titular; o,

3. Se base en el consentimiento explícito del titular.

4. La decisión no conlleve impactos graves o riesgos verificables para el titular.

No se podrá exigir la renuncia a este derecho en forma adelantada a través de contratos de adhesión masivos. A más tardar en el momento de la primera comunicación con el titular de los datos personales, para informar una decisión basada únicamente en valoraciones automatizadas, este derecho le será informado explícitamente por cualquier medio idóneo.

Art. 21.- Derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas.- Además de los presupuestos establecidos en el derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas, no se podrán tratar datos sensibles o datos de niñas, niños y adolescentes a menos que se cuente con la autorización expresa del titular o de su representante legal; o, cuando, dicho tratamiento esté destinado a salvaguardar un interés público esencial, el cual se evalúe en atención a los estándares internacionales de derechos humanos, y como mínimo satisfaga los criterios de legalidad, proporcionalidad y necesidad, y además incluya salvaguardas específicas para proteger los derechos fundamentales de los interesados. Los adolescentes, en ejercicio progresivo de sus derechos, a partir de los 15 años, podrán otorgar, en calidad de titulares, su consentimiento explícito para el tratamiento de sus datos personales, siempre que se les especifique con claridad sus fines.”

la universalización de la protección y de mecanismos eficaces, sencillos, prontos y eficientes para lograrla. Urge:

- 1.- Estandarizar internacionalmente un mínimo de protección respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos
- 2.- Definir estandarizadamente los grados o intensidad mínimos de la protección.

Sin perjuicio de ello procede:

- 1.- Definir la temporalidad de la protección.
- 2.- Definir su carácter abierto, cerrado o mixto. Cuándo abierto, cuándo cerrado, cuándo mixto.
- 3.- Determinar el tipo de medidas cautelares o provisionales posibles y sus causales.
- 4.- Precisar las particularidades de la protección en función de los bienes jurídicos afectados o potencialmente afectados, de la gravedad de su afectación o de su potencial afectación, de la temporalidad de la afectación o de la potencial afectación, de las características de los sujetos afectados o potencialmente afectados, de los efectos cuantitativos y cualitativos de la afectación o de la potencial afectación, de la potencialidad de las derivaciones de la afectación hacia otras personas, además del afectado directo, de las características del instrumento que produce la afectación, etc.

Bibliografía

Libros

El contenido esencial de los derechos. Miguel Hernández Terán.

Diccionario de la Lengua Española.

5 consejos para potenciar la inteligencia. Enrique Rojas.

Inteligencia artificial y lengua española. Asunción Gómez.

Apaga el celular y enciende tu cerebro. Pablo Muñoz Iturrieta.

Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona.
Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz.

Artículos

La inteligencia artificial y el dilema de su uso en la administración de justicia. María Belén Clavijo Rey.

Algoritmos. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Yesenia Baños García y Aracely Hernández Nájera.

Neuroderechos en Chile: consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías. *María Isabel Cornejo Plaza.*

La eliminación de los sesgos en los algoritmos. Mike Mullane.

Portal de Cognifit research.

Portal de la Fundación Pascual Maragall.

Portal de actuamed.

Varios

Ley Orgánica de Protección de Datos Personales del Ecuador.

Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe.

SEGUNDA PARTE

**DERECHO DE DAÑOS
E INTELIGENCIA ARTIFICIAL**

DERECHO DE DAÑOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Sumario: 1.- Introducción y generalidades; 2.- Inteligencia artificial y derechos; 3.- La formación de los sesgos; 4.- Derecho de daños y prevención de sesgos; 5.- Derecho de daños y técnicas de manipulación a través de la inteligencia artificial; 6.- Inteligencia artificial y justicia. Bibliografía.

Desarrollo

1.- Introducción y generalidades

Por razones domésticas, de placer, de vanidad, de productividad, de competitividad, o por cualquier otra, los seres humanos procuran mejorar sus condiciones, sus aptitudes, sus contextos y en función de ello emprenden efectivamente en algunas actividades. Así, desarrollan ciertos inventos o creaciones orientadas a su utilidad. En sus análisis han llegado a considerar incluso que cabe superar la capacidad intelectual de las personas, su productividad, la calidad de sus trabajos y creaciones. A ello ha contribuido la globalización de la economía, que presiona a las sociedades a ser mejores desde diversos puntos de vista, y en especial desde la perspectiva de la calidad de la producción y de su competitividad. Calidad y competitividad son elementos de supervivencia. La producción necesita llegar al mercado, y si su calidad no es buena y su precio no es competitivo, el fracaso está garantizado.

Así fuimos llegando a los tiempos de la inteligencia artificial, creación intelectual al servicio del hombre, y que con el devenir del tiempo y ciertas desviaciones lamentablemente se ha convertido en un instrumento de potencial manipulación de la sociedad, cuyos beneficiarios verdaderos pueden no visualizarse con facilidad. El poder de manipulación y la mala utilización de la información obtenida gracias a mecanismos de inteligencia artificial actualmente preocupan al mundo. El Parlamento Europeo expidió recientemente (el 13 de marzo de 2024) una compleja normativa orientada a regular y poner límites al desarrollo y gestión de la inteligencia artificial. Clasificó a esta en función de sus riesgos. Los grandes desarrolladores de la inteligencia artificial tienen un enorme poder en el mundo.

La inteligencia artificial sin ser inteligencia humana tiene en ciertos casos capacidad resolutoria, la misma que puede ser de grandes dimensiones. Algunos han llegado a plantear que pueda reemplazar a la inteligencia humana. Se habla incluso de una "justicia robotizada". La inteligencia artificial es ampliamente beneficiosa

para la sociedad. Es una creación del ser humano que debe estar al servicio del mismo, y por ende de la protección de sus derechos, de su dignidad, de sus legítimos intereses, de sus bienes jurídicos; para que esto se cumpla es necesario el surgimiento y aplicación de cánones delimitadores de sus fronteras, que salvaguarden la esencia humana, que sean proveedores de mínimos éticos y de racionalidad, que señalen líneas de gobernanza, que castiguen las aberraciones de que puede ser objeto la inteligencia artificial tanto desde el punto de vista de su creación como de su operación. Ciertamente hay un espacio en el cual no puede penetrar el Derecho: la intención velada u oculta (y hasta perversa) del creador de una herramienta o mecanismo de inteligencia artificial, sus posibles afanes de conquistar el mundo a través de dicha herramienta o mecanismo, etc. De ahí la importancia de los conceptos de supremacía humana, rendición de cuentas, supervisión humana permanente, seguimiento respecto de los resultados, etc.

La inteligencia artificial no puede escapar al contenido ético. La ética debe estar presente y ser exigible al momento de su creación. La intención del desarrollador no debe estar en conflicto con la ética. La manipulación del usuario no debe estar entre los fines ni medios del desarrollador. El Estado no debe dar rienda suelta al desarrollo tecnológico en términos absolutos: la creación, el desarrollo, el progreso y la ejecución u operación de la inteligencia artificial debe tener límites racionales y éticos. Así, a título de autonomía o de desarrollo empresarial no debe permitirse la vulneración de los derechos humanos de los usuarios y de terceros. El carácter “neutro” de la tecnología no debe servir para ocultar malignas o discutibles intenciones de los desarrolladores.

Respecto de la manipulación es pertinente citar el considerando 28 del Reglamento de Inteligencia Artificial aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024³⁹:

Al margen de los múltiples usos beneficiosos de la IA, dicha tecnología también puede utilizarse indebidamente y proporcionar nuevas y poderosas herramientas para llevar a cabo prácticas de manipulación, explotación y control social. Dichas prácticas son sumamente perjudiciales e *incorrectas*⁴⁰ y deben estar prohibidas, pues van en contra de los valores de la Unión de respeto de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado de Derecho y de los derechos fundamentales consagrados en la Carta, como el derecho a la no discriminación, a la protección de datos y a la intimidad y los derechos del niño.

³⁹ Tomado de:
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf

⁴⁰ Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

2.- Inteligencia artificial y derechos

La inteligencia artificial es una valiosa conquista, claro está. Pero no es un fin sino un medio para satisfacer necesidades humanas, no galácticas. La protección de la dignidad humana, de los derechos humanos, de la naturaleza, del ambiente; la consecución de la justicia y la paz social son bienes jurídicos superiores a los cuales debe condicionarse la creación, el desarrollo, el progreso y la operación de la inteligencia artificial. En este sentido destaco que el considerando 6 del “Reglamento de Inteligencia Artificial” aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024⁴¹ puntualiza:

“Como requisito previo, la IA debe ser una tecnología centrada en el ser humano. Además, debe ser una herramienta para las personas y tener por objetivo último aumentar el bienestar humano⁴².”

En armonía con lo anterior el considerando 8 precisa⁴³:

En consecuencia, se necesita un marco jurídico de la Unión que establezca unas normas armonizadas en materia de IA para impulsar el desarrollo, la utilización y la adopción en el mercado interior de la IA y que, al mismo tiempo, ofrezca un nivel elevado de protección de los intereses públicos, como la salud y la seguridad y la protección de los derechos fundamentales, en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, reconocidos y protegidos por el Derecho de la Unión. Para alcanzar dicho objetivo, conviene establecer normas que regulen la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de determinados sistemas de IA, lo que garantizará el buen funcionamiento del mercado interior y permitirá que dichos sistemas se beneficien del principio de libre circulación de mercancías y servicios. Estas normas deben ser claras y firmes por lo que respecta a proteger los derechos fundamentales, apoyar nuevas soluciones innovadoras, posibilitar un ecosistema europeo de agentes públicos y privados que creen sistemas de IA en consonancia con los valores de la Unión y liberar el potencial de la transformación digital en todas las regiones de la Unión...⁴⁴

Es fácil en medio de tanto progreso tecnológico y de servicios asombrosos de inteligencia artificial llegar a perder de vista los grandes valores que deben inspirar

⁴¹ Tomado de:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf

⁴² Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

⁴³ Misma fuente.

⁴⁴ Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

la acción de la sociedad. La ciencia y la tecnología no deben hacer abstracción de dichos valores. Esto de los valores y de los principios no es una entelequia. Su trascendencia ha llevado a su inclusión constitucional. En efecto, por citar un ejemplo, el párrafo primero del artículo 2 de la Constitución Política de Colombia define: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios**, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”⁴⁵

En línea con lo expuesto, los considerandos 4 y 5 del citado Reglamento de Inteligencia Artificial destacan con claridad⁴⁶:

“(4) La IA es un conjunto de tecnologías en rápida evolución que *contribuye* a generar beneficios económicos, *medioambientales* y sociales muy diversos en todos los sectores económicos y las actividades sociales. El uso de la IA puede proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y facilitar la obtención de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la agricultura, *la seguridad alimentaria*, la educación y la formación, *los medios de comunicación, el deporte, la cultura*, la gestión de infraestructuras, la energía, el transporte y la logística, los servicios públicos, la seguridad, la justicia, la eficiencia de los recursos y la energía, *el seguimiento ambiental, la conservación y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas*, y la mitigación del cambio climático y la adaptación a él, entre otros, al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de los recursos, y personalizar las soluciones digitales que se encuentran a disposición de la población y las organizaciones⁴⁷.

(5) Al mismo tiempo, dependiendo de las circunstancias relativas a su aplicación, *utilización y nivel de desarrollo tecnológico* concretos, la IA puede generar riesgos y menoscabar los intereses públicos y los derechos *fundamentales* que protege el Derecho de la Unión. Dicho menoscabo puede ser tangible o intangible *y abarca los perjuicios físicos, psíquicos, sociales o económicos*⁴⁸.”

⁴⁵ Tomado de: <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>
Las negrillas son nuestras.

⁴⁶ Misma fuente.

⁴⁷ Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

⁴⁸ Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

Ahora bien, es posible que por el propósito de lograr la consecución de los bienes jurídicos antes señalados (la protección de los derechos humanos, el logro de la justicia y la paz social, etc) en el camino se lleguen a vulnerar derechos humanos. Así, a través de instrumentos, mecanismos, herramientas, interfaces o sistemas de inteligencia artificial se pueden dar, entre otros, los siguientes escenarios:

- 1.- En función de información histórica se puede presumir la potencialidad de delinquir o de reincidir en la comisión de delitos;
- 2.- Se puede llegar a sustituir la facultad resolutoria de ciertos jueces por la facultad resolutoria de instrumentos, herramientas o sistemas de inteligencia artificial (IA);
- 3.- Se puede preparar la resolución de ciertos órganos de la administración pública o de la administración de justicia por parte de instrumentos, herramientas o sistemas de IA para que tales órganos la viabilicen;
- 4.- El apoyo a recibirse o recibido de la IA puede ser tan sustancial, voluminoso y representativo, que para “desarmarlo” se necesitaría de mucho tiempo y trabajo, ante lo cual la autoridad competente puede aceptar la proyección de la IA a sabiendas del error o de los errores contenidos en el respectivo apoyo;
- 5.- La desesperación causada por la congestión judicial o de la administración pública puede ser tan grande que “veladamente” la carga de trabajo se puede, en parte, trasladar o “delegar” a alguna herramienta o mecanismo de inteligencia artificial para que proyecte los resultados de la pertinente etapa del procedimiento judicial o administrativo;
- 6.- Se puede llegar a discriminar en los más variados ámbitos, aspectos o espacios a los usuarios de servicios o a ciudadanos en general: por sus antecedentes, por sus inclinaciones, por sus preferencias, por su sentir, por sus relaciones, por la constancia de sus reclamos, por el fracaso de sus pretensiones, etc, con efectos más o menos graves respecto de sus derechos e intereses legítimos;
- 7.- Se puede vulnerar la privacidad de la información por el afán de perfilar a los usuarios o a un sector de ellos, con propósitos desconocidos, discutibles, diferentes a los declarados, u originalmente legítimos pero ilegítimos con el devenir del tiempo y la operación de la inteligencia artificial;
- 8.- Por estandarizar las respuestas se puede desatender específicas pretensiones de los administrados o justiciables, vulnerando con ello el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva;

9.-Las herramientas, instrumentos, mecanismos o sistemas de inteligencia artificial se pueden presentar como medios para lograr determinados propósitos legítimos, pero en el fondo los verdaderos propósitos son difíciles de identificar por diversas razones, o sencillamente son falsos, con lo cual los usuarios son víctimas de falsedad, de violación del principio de transparencia; sin descartar perjuicios derivados del engaño. Recuérdese que la voluntad humana puede ser objeto de manipulación por parte de la inteligencia artificial;

10.- Se puede guardar silencio sobre los efectos adversos de una herramienta, instrumento, mecanismo o sistema de inteligencia artificial, lo cual es una fuente de perjuicios para los usuarios, y potencialmente para terceros.

Respecto de lo señalado en el numeral 1 (En función de información histórica se puede presumir la potencialidad de delinquir o de reincidir en la comisión de delito) debemos citar a José Ignacio Solar Cayón⁴⁹, quien claramente explica:

En ocasiones la tarea judicial no consiste en determinar hechos ya acaecidos sino en evaluar la probabilidad de que se produzcan determinados acontecimientos futuros. Así sucede fundamentalmente en relación a la adopción de algunas medidas cautelares, como la prisión provisional, cuya determinación requiere, entre otras consideraciones, una apreciación judicial acerca del riesgo de reincidencia criminal del acusado. Para auxiliar al juez en dicha tarea, en la justicia penal estadounidense se ha generalizado el empleo de los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos. Se trata de herramientas que inicialmente fueron diseñadas para ser utilizadas en el ámbito de la administración penitenciaria, con el objetivo de ayudar a las comisiones competentes a diseñar programas de tratamiento y de rehabilitación que contemplen las necesidades individuales de cada preso (adicciones, necesidades psicológicas y psiquiátricas, orientación laboral, contexto familiar, etc.), así como a tomar las decisiones adecuadas sobre la concesión o no de la libertad condicional y, en su caso, la determinación del grado adecuado de supervisión de dicho régimen. Sin embargo, en los últimos años su empleo se ha extendido también al proceso judicial. En la actualidad son ya habitualmente empleadas en la mayoría de jurisdicciones estatales durante la fase del *pre-trial* para informar las decisiones judiciales relativas a la adopción de medidas cautelares, particularmente la concesión o no de libertad provisional. Y algunas han ido incluso más

⁴⁹ En su trabajo *Inteligencia Artificial y Justicia Digital*, incluido en la obra *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, dirigida por Fernando H. Llano Alonso. (2022). Páginas 403 y 404. Ediciones Laborum, S.L. Murcia.

allá, permitiendo que sus resultados puedan ser tenidos en cuenta en la fase del *trial* como un elemento más para la determinación y graduación de la sentencia condenatoria. De este modo, la aplicación de estas herramientas predictivas ha ido progresivamente permeando todas las áreas y etapas del sistema penal.

Los sistemas de evaluación de riesgos de reincidencia criminal se basan en modelos estadísticos generados automáticamente mediante técnicas de *machine learning* que, a partir del análisis de grandes volúmenes de datos correspondientes a casos pretéritos, son capaces de detectar una serie de correlaciones entre determinados factores personales y sociales y el riesgo de comisión de futuros delitos. Normalmente, estos modelos suelen tomar en cuenta indicadores relativos a las circunstancias personales del acusado (edad y sexo, nivel de estudios, contexto familiar, situación socio-laboral, consumo de drogas...), elementos socio-demográficos (lugar de residencia, contexto socioeconómico, relaciones sociales...) y su historial judicial (detenciones y delitos previos, historial de violencia, precedentes de incomparecencia ante el tribunal...) como factores predictores del riesgo de reincidencia, asignando a cada uno de ellos un peso relativo en función del análisis de los casos pretéritos. De manera que, ante un caso determinado, estas herramientas proporcionan al juez una evaluación del riesgo de reincidencia del acusado, cuantificando la probabilidad de que vuelva a cometer un delito y determinando, en función de dicha probabilidad, el nivel de riesgo que ha de atribuirse al individuo (bajo, moderado o alto).

El empleo de estos sistemas ha suscitado objeciones importantes por parte de algunos sectores legales y académicos estadounidenses, que han cuestionado su compatibilidad con el derecho del acusado al debido proceso judicial. Como he analizado con mayor profundidad en otro trabajo, al hilo de la polémica sentencia del Tribunal Supremo de Winsconsin en el caso *State v Loomis* (2016), en el que se cuestionaba la constitucionalidad del empleo de COMPAS – el sistema de evaluación de riesgos de reincidencia más utilizado por los tribunales estadounidenses –, los aspectos potencialmente más problemáticos de estas aplicaciones tienen que ver con tres cuestiones: la falta de transparencia de los algoritmos, que puede menoscabar el derecho de defensa del acusado; el uso de “perfiles” para tomar decisiones que recaen sobre personas individualizadas, que puede afectar a la presunción de inocencia; y la existencia de posibles sesgos, que podría vulnerar el derecho del acusado a un juicio imparcial y el principio de igualdad (Solar Cayón, 2020 b).

Respecto de lo indicado en los numerales 2, 3 y 5 destacamos el considerando 61 del citado Reglamento de Inteligencia artificial⁵⁰:

Deben clasificarse como de alto riesgo determinados sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos, dado que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. En particular, a fin de hacer frente al riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades, procede clasificar como de alto riesgo aquellos sistemas de IA destinados *a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para* ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos. *También deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA destinados a ser utilizados por los organismos de resolución alternativa de litigios con esos fines, cuando los resultados de los procedimientos de resolución alternativa de litigios surtan efectos jurídicos para las partes. La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana.* No obstante, *la clasificación de los sistemas de IA como de alto riesgo* no debe hacerse extensiva a los sistemas de IA destinados a actividades administrativas meramente accesorias que no afectan a la administración de justicia propiamente dicha en casos concretos, como la anonimización o seudonimización de resoluciones judiciales, documentos o datos, la comunicación entre los miembros del personal o las tareas administrativas⁵¹."

Respecto a lo señalado en el numeral 6 (Se puede llegar a **discriminar** en los más variados ámbitos, aspectos o espacios a los usuarios de servicios o a ciudadanos en general: por sus antecedentes, por sus inclinaciones, por sus preferencias, por sus relaciones, por la constancia de sus reclamos, por el fracaso de sus pretensiones, etc, con efectos más o menos graves respecto de sus derechos e intereses legítimos) destacamos la opinión de Laura Gómez Abeja, quien en su trabajo titulado *Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales* señala⁵²:

Otra consecuencia del uso del *big data* y los algoritmos es la posible lesión del derecho a no ser discriminado. Concretamente, en términos del

⁵⁰ Misma fuente.

⁵¹ Las negrillas y cursivas son del texto original.

⁵² Incluido en la obra *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, dirigida por Fernando H. Llano Alonso. (2022). Páginas 95 y 96. Ediciones Laborum, S.L. Murcia.

Parlamento Europeo, los macrodatos pueden resultar en un tratamiento diferenciado injustificado “y en una discriminación indirecta de grupos de personas con características similares, en particular en lo que se refiere a la justicia e igualdad de oportunidades en relación con el acceso a la educación y al empleo, al contratar o evaluar a las personas o al determinar los nuevos hábitos de consumo de los usuarios de los medios sociales” (Parlamento Europeo, 2017, consideración general décimonovena). La discriminación se puede producir en distintas fases del proceso de toma de decisiones mediante el uso de datos: desde el momento en que estos son recogidos hasta el de la aplicación del algoritmo por el que se toma la decisión de que se trate.

En un primer momento podría pensarse que estas técnicas presentan una objetividad intachable, pero no es así, o al menos no siempre lo es. Son personas las que fijan las reglas sobre qué datos se van a utilizar y cómo, por lo que estas decisiones inevitablemente tienen una vertiente subjetiva. Las creencias o los valores de quienes deciden qué datos recabar y cómo utilizarlos podrían quedar reflejados en su recogida y tratamiento. En muchas ocasiones el sesgo no será evidente, e incluso puede ocurrir que la persona que trabaja con el sistema en cuestión no esté reflejando en el proceso ideas o valores discriminatorios, pero que el resultado finalmente sí lo sea. Siguiendo el ejemplo de Zuiderveen Borgesius (2018:17), una empresa podría utilizar un algoritmo para la contratación de su personal en el que la “variable objetivo” (que define lo que se quiere encontrar) sea “ser un buen profesional”, y usar para su determinación una “etiqueta de clase” (que divide los datos en categorías) relativa a la puntualidad, en la que se indique que “rara vez llega tarde”. Las personas más pobres suelen vivir en el extrarradio y deben viajar más lejos que otros trabajadores para llegar al centro de trabajo. En consecuencia, la gente más pobre suele llegar tarde al trabajo más habitualmente que otros, por los atascos y problemas con el transporte público. Además, estos grupos humanos están integrados muy a menudo por inmigrantes. Si la empresa utiliza la etiqueta “raramente llega tarde” para determinar si un empleado es un buen profesional, se estaría poniendo en desventaja a la población inmigrante y más pobre, aunque sean mejores en otros aspectos (contemplados o no en otras etiquetas).

Puede suceder también, claro está, que el sesgo se introduzca de forma deliberada. Siguiendo con el ejemplo de Zuiderveen (2018:22), una empresa podría servirse de un algoritmo que permite predecir el embarazo (que utilizan algunas compañías con fines de marketing) para evitar

contratar a mujeres embarazadas, discriminándolas deliberadamente. O podrían introducirse sesgos para dirigir determinados comportamientos y—o—crear opiniones políticas...

También conectado con lo señalado en el numeral 6, los considerandos 44, 42, 31, 32 y 33 del Reglamento de la Unión Europea⁵³ destacan:

*(44) Existe una gran preocupación respecto a la base científica de los sistemas de IA que procuran detectar o deducir las emociones, especialmente porque la expresión de las emociones varía de forma considerable entre culturas y situaciones, e incluso en una misma persona. Algunas de las deficiencias principales de estos sistemas son la fiabilidad limitada, la falta de especificidad y la limitada posibilidad de generalizar. Por consiguiente, los sistemas de IA que detectan o deducen las emociones o las intenciones de las personas físicas a partir de sus datos biométricos pueden tener resultados discriminatorios y pueden invadir los derechos y las libertades de las personas afectadas. Teniendo en cuenta el desequilibrio de poder en el contexto laboral o educativo, unido al carácter intrusivo de estos sistemas, dichos sistemas podrían dar lugar a un trato perjudicial o desfavorable de determinadas personas físicas o colectivos enteros. Por tanto, debe prohibirse la introducción en el mercado, la puesta en servicio y el uso de sistemas de IA destinados a ser utilizados para detectar el estado emocional de las personas en situaciones relacionadas con el lugar de trabajo y el ámbito educativo. Dicha prohibición no debe aplicarse a los sistemas de IA introducidos en el mercado estrictamente con fines médicos o de seguridad, como los sistemas destinados a un uso terapéutico.*⁵⁴

(42) En consonancia con la presunción de inocencia, las personas físicas de la Unión siempre deben ser juzgadas basándose en su comportamiento real. Las personas físicas nunca deben ser juzgadas a partir de comportamientos predichos por una IA basados únicamente en la elaboración de sus perfiles, en los rasgos o características de su personalidad, como la nacionalidad, el lugar de nacimiento, el lugar de residencia, el número de hijos, el nivel de endeudamiento o el tipo de vehículo, sin una evaluación humana y sin que exista una sospecha razonable, basada en hechos objetivos comprobables, de que dicha persona está implicada en una actividad delictiva. Por lo tanto, deben prohibirse las evaluaciones de riesgos realizadas con respecto a personas físicas para evaluar el riesgo de que cometan una infracción o para predecir la comisión de una infracción

⁵³ Misma fuente.

⁵⁴ Las cursivas y negrillas son del texto original.

*penal real o potencial basándose únicamente en la elaboración de perfiles de esas personas físicas o la evaluación de los rasgos y características de su personalidad. En cualquier caso, dicha prohibición no se refiere o atañe a los análisis de riesgos que no estén basados en la elaboración de perfiles de personas o en los rasgos y características de la personalidad de las personas, como los sistemas de IA que utilizan los análisis de riesgos para evaluar el riesgo de fraude financiero por parte de empresas sobre la base de transacciones sospechosas o las herramientas de análisis de riesgo para predecir la probabilidad de localización de estupefacientes y mercancías ilícitas por parte de las autoridades aduaneras, por ejemplo basándose en las rutas de tráfico conocidas.*⁵⁵

(31) Los sistemas de IA que permiten a *agentes públicos o privados* llevar a cabo una puntuación ciudadana de las personas físicas pueden tener resultados discriminatorios y abocar a la exclusión a determinados grupos. Pueden menoscabar el derecho a la dignidad y a la no discriminación y los valores de igualdad y justicia. Dichos sistemas de IA evalúan o clasifican a las personas físicas *o a grupos de estas sobre la base de varios puntos de datos relacionados con* su comportamiento social en múltiples contextos o de características personales o de su personalidad conocidas, *inferidas* o predichas *durante determinados períodos de tiempo*. La puntuación ciudadana resultante de dichos sistemas de IA puede dar lugar a un trato perjudicial o desfavorable de determinadas personas físicas o grupos enteros en contextos sociales que no guardan relación con el contexto donde se generaron o recabaron los datos originalmente, o a un trato perjudicial desproporcionado o injustificado en relación con la gravedad de su comportamiento social. Por lo tanto, deben prohibirse *los sistemas de IA que impliquen esas prácticas inaceptables de puntuación y den lugar a esos resultados perjudiciales o desfavorables. Esta prohibición no debe afectar a las prácticas legales de evaluación de las personas físicas que se efectúen para un fin específico de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión.*⁵⁶

(32) El uso de sistemas de IA para la identificación biométrica remota «en tiempo real» de personas físicas en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley invade de forma especialmente grave los derechos y las libertades de las personas afectadas, en la medida en que puede afectar a la vida privada de una gran parte de la población, provocar la sensación de estar bajo una vigilancia constante y disuadir indirectamente

55 Las cursivas y negrillas son del texto original.

56 Las cursivas y negrillas son del texto original.

a los ciudadanos de ejercer su libertad de reunión y otros derechos fundamentales. *Las imprecisiones técnicas de los sistemas de IA destinados a la identificación biométrica remota de las personas físicas pueden dar lugar a resultados sesgados y tener un efecto discriminatorio. Estos posibles resultados sesgados y efectos discriminatorios son especialmente pertinentes por lo que respecta a la edad, la etnia, la raza, el sexo o la discapacidad.* Además, la inmediatez de las consecuencias y las escasas oportunidades para realizar comprobaciones o correcciones adicionales en relación con el uso de sistemas que operan «en tiempo real» acrecientan el riesgo que estos conllevan para los derechos y las libertades de las personas afectadas por las actividades de aplicación de la ley⁵⁷.

(33) En consecuencia, debe prohibirse el uso de dichos sistemas con fines de aplicación de la ley, salvo en situaciones enumeradas de manera limitativa y definidas con precisión en las que su utilización sea estrictamente necesaria para lograr un interés público esencial cuya importancia compense los riesgos. Estas situaciones son la búsqueda de *determinadas* víctimas de un delito, incluidas *personas* desaparecidas; determinadas amenazas para la vida o para la seguridad física de las personas físicas o amenazas de atentado terrorista; y la localización o identificación de los autores o sospechosos de las infracciones penales *enumeradas en un anexo del presente Reglamento, cuando* dichas infracciones se castiguen con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos *cuatro* años en el Estado miembro de que se trate de conformidad con el Derecho de dicho Estado miembro. Fijar ese umbral para la pena o la medida de seguridad privativas de libertad con arreglo al Derecho nacional contribuye a garantizar que la infracción sea lo suficientemente grave como para llegar a justificar el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real⁵⁸».

También respecto de lo indicado en el número 6, debemos expresar que, sobre la *discriminación a la mujer*, Nuria Belloso Martín en su trabajo *La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?* destaca⁵⁹:

En una cultura de la imagen como en la que nos encontramos, el papel de los datos audiovisuales es el que prima, y contribuye a profundizar y

⁵⁷ Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

⁵⁸ Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

⁵⁹ Incluido en la obra *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, dirigida por Fernando H. Llano Alonso. (2022). Páginas 59 y 60. Ediciones Laborum, S.L. Murcia.

a perpetuar la discriminación hacia la mujer. Los datos audiovisuales así lo confirman, y ello tanto con respecto a la imagen como al sonido.

Los softwares de reconocimiento facial usan bases de datos con etiquetas para identificar el color de la piel, la forma del rostro, el grosor y color del pelo, entre otras características faciales, con distintos objetivos tales como desde diagnósticos y tratamientos médicos, hasta desbloqueo de dispositivos móviles y cajeros automáticos. Además de que su uso afecta a los derechos de privacidad e intimidad—lo que obliga a adoptar cautelas al respecto—, también hay evidencias de que los softwares de reconocimiento facial resultan problemáticos para las mujeres, y ello porque trabajan con bancos de datos de imágenes sesgados. Así, dichos bancos de imágenes ofrecen, mayoritariamente imágenes que reflejan la cultura occidental (y, más concretamente, la anglosajona). De hecho, según ha expuesto un trabajo publicado en la revista *Nature*, especializada en temas de tecnología e IA, más del 45% de los datos de ImageNet —una de las principales referencias en la investigación de visión artificial— proviene de los Estados Unidos. A pesar de que China y la India representen por sí mismas más de un tercio de la humanidad, ambas naciones aportan solo el 3% de los datos de ImageNet (Schiebinger, 2018; Doshi, 2018; Collet/Dillon, 2019). Además, suele haber una sobrerrepresentación de varones de piel clara y una subrepresentación de personas de piel oscura en general y, concretamente, de mujeres.

Con respecto al contenido visual y fallos en herramientas de reconocimiento facial, se han llevado a cabo varios estudios. Uno de ellos ha versado sobre una comparativa de la distribución de género en las fotos recuperadas por Bing (motor de búsqueda) para la consulta “persona” con respecto a diferentes cualidades. Este estudio concluye que las imágenes de mujeres se vinculan con mayor frecuencia con rasgos cálidos y emocionales, mientras que los rasgos que indican acción e inteligencia están vinculados preferentemente con fotos de hombres. La imagen del género femenino que ha pervivido durante mucho tiempo ha sido la de empatía, compasión, servilismo y cuidado, y se proyecta en los estereotipos que también asumen los algoritmos. Otro estudio, denominado *Gender Shades*, se ha llevado a cabo sobre tres clasificadores comerciales— Face API de Microsoft, Watson Visual Recognition API de IBM, y Face++, una compañía con sede en China—y ha puesto de relieve que las mujeres, especialmente las de piel más oscura, son el grupo peor reconocido (Ortiz de Zárate Alcarazo/Guevara Gómez, 2021). Asimismo, los conjuntos de datos pueden exhibir espacios ciegos

(ausencia) o puntos críticos (exceso) que terminen en sesgos de género. Por ejemplo, los primeros 112 hallazgos cuando se busca “CEO” (director/a ejecutivo/a) en *Google Images* son, en su mayoría, imágenes de hombres.

3.- La formación de los sesgos

Uno de los problemas más conocidos y criticados respecto de la inteligencia artificial es el relativo a los sesgos. ¿Cuándo se producen? ¿por qué se producen? ¿quién los genera? Son estas algunas de las preguntas más comunes. Revisemos el tema.

Se entiende que existen cuatro etapas en el proceso de formación de un algoritmo: a) de diseño y entrenamiento; b) de uso y aplicación; c) de validación; y, d) de presentación.

Nuria Belloso Martín dice⁶⁰ que en la etapa de entrenamiento “en la mayor parte de las ocasiones, tales sesgos no obedecen a un propósito definido por el programador o por quien ha desarrollado el sistema sino precisamente a un defectuoso entrenamiento del aprendizaje de los algoritmos, ya que se entrenan con modelos estándar...si se trata de un algoritmo de voz, el algoritmo deberá entrenarse con todo tipo de voces (graves, agudas) para que pueda reconocerlas y asistir verbalmente a lo que se le solicite.”

Sobre la segunda etapa (de uso y aplicación) destaca la autora citada⁶¹:

Los algoritmos trabajan principalmente buscando correlaciones que maximicen la capacidad de predicción, lo cual puede provocar, en ocasiones, resultados basados en relaciones espurias y acabar desembocando en conclusiones sesgadas. La importancia de estos sesgos dependerá, lógicamente, del contexto en el que se produzcan. A modo de ejemplo, no es lo mismo incurrir en sesgos en la traducción de un texto que en la concesión de un crédito. En esta fase se pueden presentar sesgos de distinto tipo: estadísticos, tecnológicos, errores de medida, culturales, estereotipos de lenguaje, cognitivos (los que identifican nuestros gustos), conscientes/inconscientes, implícitos/explicitos, deseables/ no deseables, de exclusión (al coger la muestra, se ha dejado fuera a una parte importante de la población).

⁶⁰ En el trabajo citado, página 51.

⁶¹ Página 52 del estudio citado.

Como explica Fernández, la posible existencia de sesgos no intencionados puede tener su origen en los datos, en el modo en el que se entrena el algoritmo o en la fase de creación o de ajustes por parte del programador. Es decir, por una parte, los algoritmos necesitan entrenarse con una gran cantidad de datos y, además, deben ser de calidad, esto es, representativos de toda la población. De lo contrario, se pueden producir situaciones en las que el sesgo de la muestra de entrenamiento se incorpora como un criterio que se ha de cumplir, lo que dificulta que se avance en la igualdad de oportunidades (por ejemplo, casos como la selección de *curricula* para puestos de trabajo o la concesión de créditos) (Fernández, 2019,5); o también, en motores de búsqueda de imagen, si el algoritmo ha entrenado con rostros de hombres, apenas conseguiría identificar imágenes de mujeres).

Por otra parte, pueden producirse sesgos no deseados por el modo en que se diseña o funciona el algoritmo (por ejemplo, en el etiquetado de los datos de entrenamiento o en el modo en que evoluciona el algoritmo a medida que incorpora nueva información)...

Belloso Martín expresa sobre la tercera etapa (de validación), así como sobre la cuarta (de presentación)⁶²:

Una tercera fase es la de validación, en la que el programador hace de observador para comprobar el funcionamiento del algoritmo; la cuarta y última fase es la de presentación cuando, una vez finalizado el algoritmo, el programador lo presenta a los promotores del producto. Aquí también se pueden introducir sesgos de diverso tipo, como los financieros (si los promotores consideran que es muy caro, por ejemplo, solicitarán que se abaraten los costes, lo que puede derivar en la introducción de algún sesgo), culturales, aptos para unos fines de marketing o publicidad, o de otro tipo. Resulta necesaria una auditoría final del algoritmo para controlar esos sesgos y verificar su buen funcionamiento- tanto jurídico como ético.

Una máquina no comete errores, sino que funciona mal. Y este mal funcionamiento puede derivar bien sea de una de las fases señaladas o de un conjunto de ellas. Para evitar que se produzcan tales sesgos (discriminaciones, parcialidad) proponen algunas medidas que deberían de implementarse conjuntamente...

⁶² Páginas 52 y 53 del estudio citado.

4.- Derecho de daños y prevención de sesgos

El Derecho de Daños se ocupa del estudio de la responsabilidad civil, y por ende de sus elementos constitutivos, los cuales, por cierto, con la dinámica de la tecnología y la modernidad, deben ser analizados con particular cuidado.

En el resumen de la obra *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, de diversos autores,⁶³ se indica con buen criterio, entre otros, lo siguiente:

Una de las disciplinas jurídicas más sensibles a los cambios sociales es, sin duda, el Derecho de daños que se ve afectado no sólo por los cambios legislativos sino también por los cambios tecnológicos y por los cambios en las sensibilidades sociales. Los cambios tecnológicos influyen en la aparición de nuevas formas de dañar, o de nuevos bienes o facetas de la persona que las nuevas tecnologías permiten dañar de manera más eficaz; porque un mundo cada vez más tecnológico, con una tecnología que cada vez maneja fuerzas más impresionantes, es también, sin duda, un mundo en el que anidan más peligros para la persona que, cuando se convierten en daños efectivos, deben ser reparados. Pero no sólo los cambios tecnológicos inciden en el Derecho de daños. También lo hacen los cambios en la sensibilidad social en virtud de los cuales ciertos bienes, como por ejemplo el medio ambiente, van tomando una importancia que lleva a la jurisprudencia (o al legislador) a buscar mecanismos para su defensa.

Cae por su propio peso que los sesgos pueden producir daños; esos daños pueden ser indemnizables; para la procedencia de la correspondiente indemnización es irrelevante la existencia o no de la intención de dañar, la temeridad con que se alimentó al algoritmo, los antecedentes que produjeron la “aptitud” del algoritmo para causar daños, como por ejemplo: 1) la mala calidad de la información con que se “entrenó” el algoritmo; 2) la o las omisiones en el control de las diversas etapas del proceso de formación del algoritmo; 3) la mala calidad o el carácter incompleto de dicho control; 4) La insuficiencia de tiempo en el ejercicio de tal control, a pesar de la buena calidad del mismo.

El considerando quinto del Reglamento de Inteligencia Artificial ya citado dice con total claridad que⁶⁴ “...dependiendo de las circunstancias relativas a su aplicación, *utilización y nivel de desarrollo tecnológico* concretos, la

⁶³ Tomado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=793119>

⁶⁴ Misma fuente.

IA puede generar riesgos y menoscabar los intereses públicos y los derechos *fundamentales* que protege el Derecho de la Unión. Dicho menoscabo puede ser tangible o intangible *y abarca los perjuicios físicos, psíquicos, sociales o económicos*⁶⁵”

El considerando setenta y dos del indicado Reglamento dice⁶⁶, entre otros, que “Los sistemas de IA de alto riesgo deben diseñarse de modo que permitan a los responsables del despliegue comprender la manera en que el sistema de IA funciona, evaluar su funcionalidad y comprender sus fortalezas y limitaciones. Los sistemas de IA de alto riesgo deben ir acompañados de la información adecuada en forma de instrucciones de uso. Dicha información debe incluir las características, las capacidades y las limitaciones del funcionamiento del sistema de IA. Estos elementos abarcarían la información sobre las posibles circunstancias conocidas o previsibles relacionadas con el uso del sistema de IA de alto riesgo, incluida la actuación del responsable del despliegue capaz de influir en el comportamiento y el funcionamiento del sistema, en cuyo marco el sistema de IA puede dar lugar a riesgos para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, sobre los cambios que el proveedor haya predeterminado y evaluado para comprobar su conformidad y sobre las medidas pertinentes de supervisión humana, incluidas las medidas para facilitar la interpretación de la información de salida del sistema de IA por parte de los responsables del despliegue. La transparencia, incluidas las instrucciones de uso que acompañan a los sistemas de IA, debe ayudar a los responsables del despliegue a utilizar el sistema y tomar decisiones con conocimiento de causa”⁶⁷

Para efectos de responsabilidad indemnizatoria, será muy importante conocer, entre otros: 1) si el sistema, la herramienta o el mecanismo de inteligencia artificial se utiliza como lo previó su desarrollador; 2) si su utilización no desnaturaliza el propósito del sistema, herramienta o mecanismo; 3) si se han atendido las advertencias del desarrollador; 4) si al hacerlo se cumplió fielmente con las instrucciones previamente desarrolladas por el inventor del sistema, herramienta o mecanismo; 5) si, en lo que fuera procedente, la operación del sistema, herramienta o mecanismo estuvo sujeta a supervisión humana oportuna, suficiente e idónea;

La funcionalidad de la responsabilidad civil (cuestión vital en el Derecho de Daños) tiene dificultades en el campo de la inteligencia artificial. José Carlos

65 Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

66 Misma fuente.

67 Hemos eliminado las cursivas y las negrillas del texto original.

Hernández Zuluaga en su trabajo *Can machines think? Inteligencia artificial y derecho de daños* nos dice:⁶⁸

1. La imputación de responsabilidad implica individualizar el agente del daño y según se explicó, el hermético y complejo sistema de la IA entorpece este proceso. Si se opta por un sistema de responsabilidad objetiva, la víctima encontrará un régimen con diferentes desafíos probatorios como el del defecto del producto. Si se acude a un régimen de culpa probada, habrá de probar la negligencia del productor u operador en un sistema sellado o con múltiples actores. Incluso el hallado responsable al pagar afrontará las mismas condiciones frente a quien contractual o extracontractualmente tenga derecho a reclamar. En este sentido si un productor pretende probar que el adquirente le ha dado un mal uso al producto, encontrará barreras tecnológicas que eliminan de facto este tipo de eximentes.

Como se advierte, el disperso escenario fáctico y jurídico propiciado por los rasgos característicos de la tecnología emergente promete retos a todas las partes involucradas. Si por ejemplo una víctima demanda al operador de un dron defectuoso por un daño en su propiedad y éste paga, la repetición al productor dependerá de la información recuperada. Si en otro caso un robot difama a un enemigo de su propietario, para probar el ilícito de este último hace falta más que conocer al demandado. A mi parecer, existirán casos en que la asimetría que justifica la protección del consumidor no existe, con el posible efecto de tener que reexaminar el principio *pro consumatore*.

Para alivianar la carga tecnológica, se plantea con polémica la *e-personality* como opción jurídica para imputar responsabilidad cuando no sea posible asignar el deber de indemnizar. A pesar de lo creativa, esta idea se repele por las dificultades prácticas y jurídicas que conlleva. Se buscan políticas indemnizatorias acordes a las características de la IA que no generen más enredos. Esto no parece sencillo.

Si se impone al productor una responsabilidad objetiva subsiste el injusto: éste podría ignorar quién o que determinó el resultado, además que la atribución sin culpa se justifica como incentivo para evitar al límite la causación del daño. Si desaparece el estímulo, lo hará

⁶⁸ Tomado de:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/7246/10123Revist@E-Mercatoria>,
vol. 19, n.º 1, enero-junio, 2020. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v19n1.01>

también parte del argumento para sostenerla. El posible efecto de esa responsabilidad estricta: ralentizar la innovación y aumentar costos en la producción de tecnología.

Adicionalmente la responsabilidad objetiva impone que el *propietario* indemnice los daños causados por sus cosas, pero si el fabricante sigue controlando el producto después de su entrega, situación por demás frecuente en el tráfico mercantil moderno -fenómeno denominado: “la digitalización de las ventas” por el *European Law Institute*, la imposición exclusiva al usuario no parece equitativa ni lógica.

De otro lado, la responsabilidad por productos defectuosos exime al operador de daños derivados del bien si no pudo evitar el resultado, cuando el Marco Común de Referencia (DCFR) adopta la teoría del *control* sobre el dependiente para asignarle responsabilidad.

Por consiguiente, cuando se emplea una persona, el contratante responde objetivamente del hecho imputable a sus dependientes. Si esa persona se sustituye por IA y esta causa daño, el usuario puede alegar que le era imprevisible, lo que no sucede con auxiliares humanos aun si el riesgo en este caso fuera mayor.

En otros casos, dada la atribución objetiva del riesgo, el gasto en IA será económicamente ineficiente. Contrario a una máquina, si un empleado causa un daño, su empleador será juzgado con culpa probada. Esto genera incentivos de contratación humana para minimizar riesgos de operación, por lo menos, mientras la IA se negocie como un producto cualquiera. Este costo se traslada al usuario final o a la adquisición de un seguro, encareciendo el acceso a productos de base tecnológica en déficit del progreso, la ciencia y la innovación.

Si por el contrario se establece una responsabilidad basada en culpa, los problemas probatorios de identificación van a la víctima: recuerde las múltiples fuentes del ecosistema digital y la complejidad técnica que entraña. La víctima puede verse tentada a no reclamar ya que debe probar que el empresario ha quebrantado un deber, lo que puede suponer interpretar un lenguaje cifrado o acceder a propiedad intelectual. De no demostrarse, sigue siendo responsable solo quien pueda considerar los riesgos técnicos y axiológicos del efecto dañoso *ex ante*.

Abbott defiende esta teoría incluso para juzgar actuaciones de las máquinas. Expresa que cuando se produzca mayor seguridad con IA que

con humanos, surge un nuevo nivel de exigencia: *The reasonable computer*. Esta máquina se convierte en el parámetro de diligencia. Así, la omisión imprudente en su empleo por el nivel de seguridad que ofrezca comparado con un humano genera responsabilidad para el operador. En este supuesto la persona es insuficiente, la máquina puede hacerlo mejor. Esto supone una fe ciega en algo que no se entiende.

2. En clave de la responsabilidad por *productos defectuosos*, es opacidad es determinante para el consumidor que carga con la prueba del defecto del bien. El defecto parte de la transgresión de una norma o de una razonable expectativa de seguridad que para la IA aún no existe. Para el afectado, la prueba de ese defecto se desvanece en directa proporción al hermetismo del sistema. En el año 2017, Facebook desconectó un *chatbot* que creó su propio lenguaje: la compañía admitió ser incapaz de interpretarla.

Ahora bien, con la prueba del defecto del producto el demandante actualmente hace esfuerzos ingentes del quebranto de la norma o de la razonable expectativa de seguridad, que podría esperarse en estos casos. De no existir la norma que parametrice esa seguridad, a la difusa IA ha de sumársele el conflicto de determinar que era seguro para la víctima en un entorno algorítmico. Lo anterior sin contar con que el productor es libre de imponer condiciones contractuales de operación, mantenimiento o control. Sin estándares de seguridad el producto, estructurado sobre fórmulas matemáticas exactas, ha de juzgarse según la intuitiva creencia de un juez inexperto y lo que creyó seguro. ¡Nuevamente un acto de fe!

Para mitigar estos efectos, la claridad de la IA es prioridad legislativa. *The Economist* expresa que la forma de “abrir la caja” es equiparando el lenguaje humano y el digital mediante *software* de pares que explique su proceso decisional, *ie*. La máquina analiza la máquina. Burrell recomienda *socializar* el lenguaje digital algorítmico o *auditar* la programación para revisar los procesos de control en cada etapa de la IA. Estas etapas que propone dividir las en tres fases: *datos, seguimiento de resultados y modelos de decisión*. Evaluando cada etapa puede entenderse su operación.

Si los datos son el fundamento de la IA, la *vulnerabilidad* a consecuencia de las fallas provocadas por su diseño debe asumirlas el empresario, quien frente a un daño en el que no sea posible probar el defecto, debe reconducir los indicios a su favor. Asumo en contra de la consideración del GENTRC que la inversión de la carga probatoria sea la salida

procesal para salir del conflicto. Esto puede resultar perjudicial de los intereses del progreso científico por lo que un tratamiento a partir de indicios parece ser más equitativo. No me refiero a eliminar la inversión frente a cualquier defecto, solo por afectaciones digitales a causa de la vulnerabilidad del robot.

Sin embargo, la opacidad característica del sistema no es la única relevante en el contexto de la IA. Actualmente, uno de los principales retos regulatorios son los sistemas creados por sujetos aislados entre sí, sin contacto directo, incluso extraños, que con intención o sin proponérselo crean a partir de *open source software*, productos que luego son comercializados. La forma de operar incluye diferentes jurisdicciones, sin infraestructura visible y con independencia entre unos y otros, donde los componentes del producto llegan de diferentes proveedores, ignorantes de la finalidad concurrente.

En este caso la causalidad es tan difusa que la imposición de responsabilidad a un programador cuya creación ha sido en tal nivel modificada hará dudar hasta el juez más exegetico.

3. Además del problema de la causalidad fáctica y su complejidad técnica, la imputación objetiva del daño supone otro asunto complejo de analizar.

Considero que algunas causales de imputación objetiva del daño resultarán imposibles de demostrar por el doliente. Es el caso de la prohibición de regreso cuando el demandado intente aclarar, mediante códigos y programaciones indescifrables, que no era garante del hecho generador del perjuicio. En estos eventos, a más de una responsabilidad objetiva existe presunción de causalidad que puede llevar a una presunción de responsabilidad. Esta situación se replica en otras situaciones de imputación objetiva como el que emana de la *provocación* por uso inadecuado de la víctima.

Lo ideal sería que el análisis *ex post* de la causa permita que *todas las partes* obtengan información relevante. El productor se supone tiene acceso al *modus operandi* del robot y sus datos, pero esto no es siempre cierto. Como se verá, el GENTRC para justificar la asignación del nexo de causalidad, reversa a la teoría de la causalidad adecuada planteada por Trager, donde la imputación deriva de un juicio probabilístico de que el ilícito pueda anticiparse por un observador experto, en este caso, el fabricante.

Ahora bien, al Derecho de Daños le interesa sobremanera la prevención de los daños; a la sociedad en su conjunto también; considérese respecto de esto último la relevancia que actualmente tiene la gestión de riesgos tanto en el ámbito público como en el privado a nivel internacional. El riesgo tiene entre sus consideraciones fundamentales la potencialidad del daño. Víctor Climent Sanjuán, de la Universidad de Barcelona, escribía en el 2006 sobre la *sociedad del riesgo*, entre otros, en el siguiente sentido⁶⁹:

El concepto *sociedad del riesgo*, ampliamente definido por Beck, se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por una creciente producción social del riesgo. En las sociedades contemporáneas, una proporción bastante elevada de estos «*riesgos*» está directamente relacionada con la tecnología y el sistema productivo, y se caracteriza porque trata de riesgos difícilmente detectables por los sentidos humanos. La contaminación química, la modificación genética de organismos o los efectos del cambio climático son algunos ejemplos de nuevos riesgos ambientales que se vienen a sumar a las terribles consecuencias provocadas por la contaminación industrial en las últimas décadas del siglo XX. Sin embargo, el análisis no sería completo si no añadiéramos a la lista de riesgos, el peligro latente de ruptura social que la globalización y los nuevos procesos de transformación económica están provocando en el seno de nuestra sociedad.

Así las cosas, la prevención de los daños a causa de los algoritmos y en general de la inteligencia artificial es una cuestión ciertamente relevante. Por lo mismo, la prevención de los sesgos ocupa un papel estelar.

Cabe destacar que el citado Reglamento de Inteligencia Artificial aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024⁷⁰ establece respecto de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, en el considerando 7, que:

Conviene establecer normas comunes para los sistemas de IA de alto riesgo al objeto de garantizar un nivel elevado y coherente de protección de los intereses públicos en lo que respecta a la salud, la seguridad y los derechos fundamentales. Estas normas deben ser coherentes con la Carta, no deben ser discriminatorias y deben estar en consonancia con los compromisos de la Unión en materia de comercio internacional. También

⁶⁹ Tomado de:
file:///C:/Users/Dr.%20Miguel%20Hern%C3%A1ndez/Downloads/2052-Texto%20del%20art%C3%ADculo-6507-1-10-20140107.pdf

⁷⁰ Tomado de:
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf

*deben tener en cuenta la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital y las Directrices éticas para una IA fiable del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre la Inteligencia Artificial.*⁷¹

Es fundamental la transparencia tanto en la prevención como en la corrección de los sesgos. A título de prevención o de corrección se podrían introducir veladamente otros sesgos o la semilla de otros sesgos, o incluso revivir viejos sesgos o la semilla de viejos sesgos. Los intereses y la maldad no tienen límites.

Obviamente, es posible que existan medidas uniformes para prevenir algunos sesgos, y medidas especiales para prevenir otros sesgos. Por lo demás, es claro que no todo sesgo produce efectos indemnizatorios. Cada caso debe analizarse meticulosamente. No se debe hacer de los problemas generados por la inteligencia artificial una fuente de enriquecimiento ilegítimo.

A continuación algunas observaciones, esencialmente sobre la prevención de sesgos:

- 1.- La prevención del sesgo exige conocer sus características, sus niveles de intensidad, sus efectos, su campo de acción y de irradiación, sus consecuencias en las personas, en las instituciones, en el patrimonio, en la psiquis, los sectores donde puede incursionar, los remedios aplicados con anterioridad para prevenirlos, para erradicarlos, para enervarlos;
- 2.- Hay que conocer dónde, en qué sectores, en qué ámbitos, en qué tipo de derechos, en qué tipo de institucionalidad, en qué tipo de usuarios ha impactado más, ha impactado menos, ha impactado en un nivel intermedio;
- 3.- Hay que contar con la opinión de los verdaderos usuarios; decimos verdaderos porque siempre es posible que existan “infiltrados” con propósitos no transparentes; por ejemplo, asociaciones de consumidores politizadas, delegados de la competencia;
- 4.- Hay que investigar y profundizar en el proceso de producción de los algoritmos para identificar las flaquezas que produjeron el o los sesgos, y así, tomando medidas correctivas, evitar su reiteración;
- 5.- Esa investigación y profundización puede operar a través de una auditoría integral, es decir, a todas las etapas de “construcción” del algoritmo;

⁷¹ Las negrillas y cursivas son del texto original.

6.- Es imprescindible que esa auditoría sea concebida, desarrollada, ejecutada y concluida con la mayor responsabilidad y con suma diligencia y cuidado. Una auditoría equivocada puede llegar a validar el o los respectivos sesgos generados; y más aún, una auditoría sin transparencia podría convertirse en una excusa para introducir sesgos, de acuerdo con la perspectiva del auditor. La ética siempre debe estar presente en las acciones humanas.

7.- Las políticas y acciones para prevenir los sesgos deben ejecutarse con suma diligencia y cuidado, y obedecer a patrones previamente definidos. Tales acciones deben obedecer a un plan previo, sin perjuicio de que los patrones referidos puedan ajustarse en función de la realidad;

8.- Es menester una intensa y calificada supervisión en todas y cada una de las etapas de formación de los algoritmos;

9.- La prevención de los sesgos debe considerar tanto la perspectiva del productor del algoritmo como de los usuarios; pero debe hacer énfasis en la protección de los usuarios a efectos de tutelar sus derechos y evitar que sean víctimas de daños;

10.- Se debe considerar la ampliación del respectivo periodo de prueba, dependiendo del tipo de algoritmo y de sus funciones;

11.- En el proceso de producción de los algoritmos debe emplearse suma diligencia y cuidado, y el más alto nivel de asesoría posible;

12.- Es imprescindible el máximo nivel y calidad de análisis y valoración en la etapa de validación, la cual es, en el fondo, la etapa de cierre en lo cualitativo en el proceso de construcción de los algoritmos;

13.- Es necesario considerar y evaluar las medidas de corrección tomadas en casos específicos de sesgos, como un insumo para la prevención de sesgos. La idea es no caer en los mismos sesgos o en alguno o algunos de sus elementos relevantes.

5.- Derecho de daños y técnicas de manipulación a través de la inteligencia artificial

El Derecho de Daños se ocupa de la responsabilidad civil como sinónimo de obligación jurídica de indemnizar. Y se indemniza cuando el daño causado no tiene por qué ser soportado por el sujeto o la entidad dañada. La manipulación de que pueden ser objeto las personas puede dar lugar a indemnizaciones en tanto sus efectos sean efectivamente dañosos o perjudiciales. Obviamente deben

configurarse los elementos de la responsabilidad civil exigibles para que la indemnización sea efectivamente procedente. Bien entendido que tales elementos deben considerarse bajo la óptica y el contexto de la tecnología y de la modernidad. Nos parece claro que las mayores dificultades para la viabilidad jurídica de la indemnización serán las relativas a la relación de causalidad y a las *concausas* que puedan presentarse en cada caso. El Derecho de Daños clásico concibe que el daño es causado por una persona. Luis Diez-Picazo lo explica así⁷²:

El concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad civil, para tratar, básicamente, de dar respuesta a dos tipos de problemas: el primero es encontrar alguna razón por la cual el daño pueda ligarse con una determinada persona, de manera que se pongan a cargo de ésta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias, para lo cual utiliza el concepto de causa el artículo 1.902 CC al imponer el deber de indemnizar a “el que *causa* daño a otro”; en segundo lugar, se trata de relacionar, a la inversa de lo que hacíamos anteriormente, al daño con la persona, pues el precepto, remarcando el uso de la palabra *causa*, dice que se indemniza “el daño causado”.

El Reglamento de Inteligencia Artificial varias veces referido aborda el tema de las técnicas de manipulación por medio de inteligencia artificial en el considerando 29, en los siguientes términos⁷³:

(29) Las técnicas de manipulación que posibilita la IA pueden utilizarse para persuadir a las personas de que adopten comportamientos no deseados o para engañarlas empujándolas a tomar decisiones de una manera que socava y perjudica su autonomía, su toma de decisiones y su capacidad de elegir libremente. Son especialmente peligrosos y, por tanto, deben prohibirse la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de determinados sistemas de IA con el objetivo o al efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento humano, con la consiguiente probabilidad de que se produzcan perjuicios considerables, en particular perjuicios con efectos adversos suficientemente importantes en la salud física o mental o en los intereses financieros. Estos sistemas de IA utilizan componentes subliminales, como estímulos de audio, imagen o vídeo que las personas no pueden percibir –ya que dichos estímulos trascienden la percepción humana–, u otras técnicas manipulativas o engañosas que socavan o perjudican la autonomía, la toma de decisiones o la capacidad de elegir libremente de las personas de maneras de las

⁷² DIEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de Daños*, Madrid :CIVITAS. Página 331.

⁷³ Misma fuente.

que estas no son realmente conscientes o, cuando lo son, sin que puedan evitar caer en el engaño, controlarlas u oponer resistencia. Esto podría facilitarse, por ejemplo, mediante interfaces cerebro-máquina o realidad virtual, dado que permiten un mayor grado de control acerca de qué estímulos se presentan a las personas, en la medida en que pueden alterar sustancialmente su comportamiento de un modo que suponga un perjuicio considerable. Además, los sistemas de IA también pueden explotar de otras maneras las vulnerabilidades de una persona o un grupo específico de personas derivadas de su edad, su discapacidad en el sentido de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo o de una situación social o económica concreta que probablemente aumente su vulnerabilidad a la explotación, como vivir en condiciones de pobreza extrema o pertenecer a minorías étnicas o religiosas.

Estos sistemas de IA pueden introducirse en el mercado, ponerse en servicio o utilizarse con el objetivo de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona, o tener ese efecto, y de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra persona o grupo de personas, en particular perjuicios que pueden acumularse a lo largo del tiempo y que, por tanto, deben prohibirse. No puede presuponerse que existe la intención de alterar el comportamiento si la alteración es el resultado de factores externos al sistema de IA que escapan al control del proveedor o del responsable del despliegue, como factores que no es lógico prever y que, por tanto, el proveedor o el responsable del despliegue del sistema de IA no pueden mitigar. En cualquier caso, no es necesario que el proveedor o el responsable del despliegue tengan la intención de causar un perjuicio considerable, siempre que dicho perjuicio se derive de las prácticas de manipulación o explotación que posibilita la IA. La prohibición de tales prácticas de IA complementa lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en particular la prohibición, en cualquier circunstancia, de las prácticas comerciales desleales que causan perjuicios económicos o financieros a los consumidores, hayan sido establecidas mediante de sistemas de IA o de otra manera. La prohibición de las prácticas de manipulación y explotación establecida en el presente Reglamento no debe afectar a las prácticas legales en el contexto de un tratamiento médico, como el tratamiento psicológico de una enfermedad mental o la rehabilitación física, cuando dichas prácticas se lleven a cabo de conformidad con el Derecho y las normas médicas aplicables, por ejemplo, con el consentimiento explícito de las personas o de sus representantes legales. Asimismo, no debe considerarse que las prácticas comerciales comunes

*y legítimas (por ejemplo, en el campo de la publicidad) que cumplan el Derecho aplicable son, en sí mismas, prácticas de manipulación perjudiciales de la IA*⁷⁴.

6.- Inteligencia artificial y justicia

En relación con lo puntualizado en el número 2 (“Se puede llegar a sustituir la facultad resolutoria de ciertos jueces por la facultad resolutoria de instrumentos, herramientas o sistemas de inteligencia artificial (IA)”), citamos lo siguiente:

Jorge Luis Farfán Intriago, Jorge Asdrúbal Farfán Largacha, Beatriz Farfán Largacha y Juan Pablo Núñez Vera en su trabajo *Inteligencia artificial y Derecho: ¿La justicia en manos de la IA?* destacan⁷⁵:

La idea de jueces robóticos completamente autónomos tomando decisiones judiciales ha despertado tanto entusiasmo como preocupación. Las ventajas potenciales de aquellos jueces-máquina son evidentes. Estos sistemas podrían ser más rápidos y eficientes que los jueces humanos, evitando sesgos y errores humanos. Además, podrían procesar grandes volúmenes de datos y precedentes legales en tiempo real, proporcionando un enfoque más objetivo y fundamentado en la toma de decisiones judiciales. Sin embargo, también surgen desafíos éticos significativos. En primer lugar, la autonomía completa de los jueces robóticos plantea interrogantes sobre la responsabilidad y la rendición de cuentas. ¿Quién es responsable si un juez robótico comete un error o toma una decisión injusta? La falta de un agente humano detrás de las decisiones judiciales dificulta la atribución de responsabilidad, lo que podría socavar la confianza en el sistema judicial. (Prieto, 2020).

Los jueces robóticos autónomos plantean preocupaciones sobre la imparcialidad y la equidad. Aunque se podría programar a estos sistemas para evitar sesgos basados en raza, género u otros factores discriminatorios, sigue existiendo el riesgo de que las decisiones sean influenciadas por sesgos inherentes en los datos de entrenamiento. Los algoritmos de inteligencia artificial aprenden a partir de datos históricos, y si estos datos reflejan sesgos sistemáticos, los jueces robóticos podrían perpetuar esas desigualdades. Así mismo, la implementación de jueces robóticos autónomos

⁷⁴ Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

⁷⁵ Tomado de:

<https://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/40853/46785>

plantea interrogantes sobre la comprensión y la empatía. La justicia no es solo un ejercicio de aplicación de la ley, sino también un proceso que involucra la consideración de circunstancias atenuantes, el análisis de la intención y la evaluación del impacto social. Estas capacidades humanas de comprensión y empatía podrían ser difíciles de replicar en un sistema de inteligencia artificial, lo que podría llevar a decisiones que no toman en cuenta adecuadamente las complejidades humanas. La implementación de jueces cibernéticos basados en IA podría aumentar la eficiencia y la consistencia en la toma de decisiones judiciales, al tiempo que plantea desafíos en términos de transparencia, explicabilidad y responsabilidad en los algoritmos utilizados (López, 2023).

En Colombia se ha desarrollado el software “JUEZ INTELIGENTE” que puede asistir a los jueces en la valoración de la prueba. En el artículo *La inteligencia artificial en la valoración de la prueba judicial: sistema experto juez inteligente: Un avance hacia una justicia independiente y eficiente*, de autoría de Liliana Damaris Pabón Giraldo y Orión Vargas Vélez se destaca cómo funciona este software. Reproduciremos la explicación⁷⁶. Creemos que es un software sorprendente. Pero obviamente no escapa a uno de los problemas propios de la inteligencia artificial: depende de cómo se alimente. A lo que se puede responder con inmediatez: no es un problema de la inteligencia artificial, sino de quien la opera; es una cuestión de transparencia o no de quien alimenta el sistema. Revisemos la valiosa explicación:

El sistema experto *Juez Inteligente* es un sistema experto, que analiza la prueba y permite su valoración basada en inteligencia artificial. Es un software que permite formular pretensiones o hipótesis, enlazar estas con hechos jurídicamente relevantes que finalmente son demostrados mediante diversos medios de prueba. El software permite la construcción de argumentos probatorios empleando cadenas de razonamiento mediante las cuales se puede predecir el resultado de una decisión judicial.

El sistema experto *Juez Inteligente* no busca sustituir al funcionario en su labor de administrar justicia y de valoración de la prueba, sino que lo asiste

⁷⁶ Artículo incluido en la obra *Constitución e Inteligencia Artificial en el Proceso*. Año 2022. Tomado de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23241/LIBRO-CONSTITUCION-E-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-EN-EL-PROCESO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

“El sistema experto Juez Inteligente surge producto de un proyecto de investigación desarrollado en la Universidad de Medellín, dirigido por el docente investigador Orión Vargas, y en el que participan la docente investigadora de la Facultad de derecho Liliana Damaris Pabón Giraldo, y los docentes investigadores de la Facultad de Ingeniería de Sistemas Jesús Andrés Hincapié y Lina María Sepúlveda, quienes desarrollaron un sistema experto que asiste a estudiantes de derecho, abogados, fiscales y jueces en la construcción de inferencias probatorias para la valoración de la prueba judicial.”

en las etapas de la actividad probatoria (proposición, ordenación, práctica, valoración y decisión). El sistema experto *Juez Inteligente* es un asistente rápido, preciso que se integra con el juez humano de forma sinérgica en la difícil tarea de la valoración de la prueba judicial.

El funcionamiento del sistema experto *Juez Inteligente* a través de un algoritmo permite valorar individual y conjuntamente las pruebas y entregar un resultado en relación con la decisión de un proceso judicial. Su funcionamiento se resume así:

- El juez **introduce** la pretensión o hipótesis de la parte que ejerce el derecho de acción y que tiene la carga de la prueba.
- El juez **adiciona** los hechos que favorecen la pretensión o hipótesis de dicha parte.
- El juez **asigna** un valor de relevancia a cada uno de los hechos que favorecen dicha pretensión o hipótesis. Para asignar este valor de relevancia el juez se pregunta: ¿De ser cierto este hecho, que tan probable hace la pretensión o hipótesis?

De la **tabla 1** el juez elige un valor para la relevancia del hecho 1 en la figura 1. Supongamos que el juez elige el valor de **muy probable** (el hecho es *muy relevante* para el juez).



Tabla 1. Probabilidades baconianas con cualificadores difusos para el cálculo del peso probatorio individual y conjunto. Fuente: Elaboración propia.

- El sistema experto **construye** automáticamente la regla de la experiencia que le permite al juez **justificar** el valor de relevancia asignado a cada uno de los hechos que favorecen la pretensión o hipótesis.

Esta regla de la experiencia diría: “Si lo que dice el hecho 1 es cierto entonces es **muy probable** la pretensión o hipótesis”.

- El juez **adiciona** las pruebas que favorecen cada uno de los hechos favorables a la pretensión o hipótesis.
- El juez **asigna** un valor de pertinencia a cada una de las pruebas que favorecen los hechos favorables a la pretensión o hipótesis.

De la tabla 1 el juez elige un valor para la pertinencia de la prueba 1 en la figura 1. Supongamos que el juez elige el valor de **probable** (la prueba 1 es *pertinente* para el juez).

- El sistema experto **construye** automáticamente la regla de la experiencia que le permite al juez **justificar** el valor de pertinencia asignado a cada una de las pruebas que favorecen cada uno de los hechos.

Esta regla de la experiencia diría: “Si lo que dice la prueba 1 es cierto entonces es **probable** el hecho 1”.

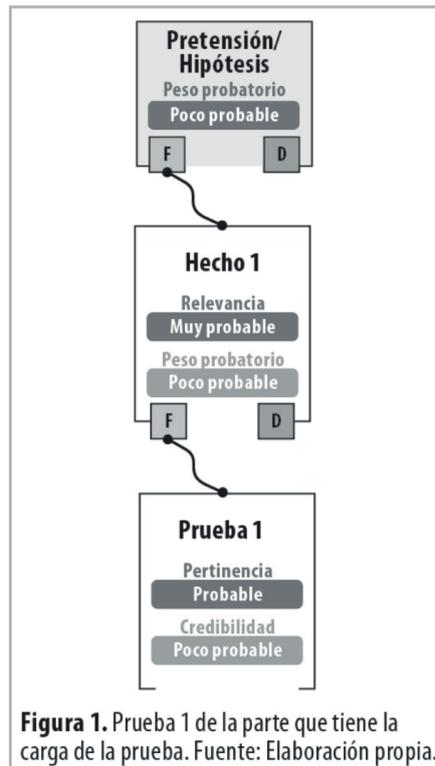
- El juez **asigna** un valor de credibilidad a cada una de las pruebas que demuestran o prueban los hechos...⁷⁷

De la tabla 1 el juez elige un valor para la credibilidad de la prueba 1 en la figura 1. Supongamos que el juez elige el valor de **poco probable** (la prueba 1 es *poco creíble* para el juez).

- El sistema experto calcula el valor o peso probatorio que la prueba da al hecho como el menor valor entre su pertinencia (probable) y credibilidad (poco probable). En este caso el valor o peso probatorio será el valor de la credibilidad (poco probable).
- El sistema experto toma este valor o peso probatorio y lo computa con la relevancia del hecho para el cálculo del valor o peso probatorio que dicha prueba da a la pretensión o hipótesis.
- El valor o peso probatorio que la prueba da a la pretensión o hipótesis es el menor valor entre el valor o peso probatorio que la prueba 1 da al hecho 1 (poco probable) y la relevancia del hecho 1 (muy probable). En este caso el valor o peso probatorio será el valor de la credibilidad (poco probable).

⁷⁷ Las negrillas y cursivas corresponden al texto original.

Esto se corresponde con la valoración individual de la prueba (**Figura 1**).



- El juez inteligente empleando **PATRONES PROBATORIOS** (**Figura 2**), calcula el valor o peso probatorio que las pruebas en conjunto dan a la pretensión. Estos patrones probatorios son:

Corroboración: Cuando dos o más pruebas favorecen el mismo hecho.

Convergencia: cuando dos o más pruebas favorecen hechos diferentes, pero favorecen la misma pretensión o hipótesis.

Contradicción: Cuando una prueba favorece un hecho y otra prueba lo desfavorece.

Conflicto: Cuando se tienen pruebas que favorecen hechos diferentes, y unos hechos favorecen la hipótesis o pretensión y otros hechos la desfavorecen...

- Finalmente, con base en el valor o peso probatorio conjunto y el estándar de prueba, el juez procede a tomar una decisión en el proceso judicial ...

Como se puede observar, valorar la prueba judicial es una tarea intelectual que realiza el funcionario jurisdiccional y es bastante compleja. De

allí que en esta labor pueda el juez ser asistido por la Inteligencia Artificial (IA), y en este caso, por el sistema experto *Juez Inteligente*, que le permitirá organizar su pensamiento desde los medios de prueba, hacia los hechos jurídicamente relevantes y desde estos hacia las pretensiones o hipótesis que son planteadas en el proceso judicial generando una mayor eficacia, eficiencia y ahorro de tiempo en esta etapa de la valoración probatoria.”

Agregamos nosotros: en este caso de utilización del software “JUEZ INTELIGENTE”, de producirse error judicial en la decisión respectiva, el mismo es atribuible al juez, no al apoyo recibido de la inteligencia artificial, no al autor del software. El responsable de su utilización es el juez; quien decide es el juez, no el software.

Bibliografía

Reglamento de Inteligencia Artificial aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024.

Constitución Política de Colombia.

Artículo: Inteligencia Artificial y Justicia Digital, de José Ignacio Solar Cayón.

Artículo: Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales, de Laura Gómez Abeja.

Artículo: La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?, de Nuria Beloso Martín.

Resumen de la obra: Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, de diversos autores.

Artículo: Can machines think? Inteligencia artificial y derecho de daños, de José Carlos Hernández Zuluaga.

Artículo: Sociedad del riesgo, de Víctor Climent Sanjuán.

Artículo: Inteligencia artificial y Derecho: ¿La justicia en manos de la IA?, de Jorge Luis Farfán Intriago, Jorge Asdrúbal Farfán Largacha, Beatriz Farfán Largacha y Juan Pablo Núñez Vera.

Artículo: La inteligencia artificial en la valoración de la prueba judicial: sistema experto juez inteligente: Un avance hacia una justicia independiente y eficiente, de autoría de Liliana Damaris Pabón Giraldo y Orión Vargas Vélez.

Libro: Derecho de Daños, de Luis Díez-Picazo.

Libro: Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho, de varios autores.

TERCERA PARTE

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO

Sumario: 1.- Introducción; 2.- Las omisiones y la responsabilidad extracontractual del Estado; 3.- Las omisiones y el sistema carcelario; 4.- Las omisiones y la justiciabilidad de los derechos; 5.- Inconstitucionalidad por omisión y justicia constitucional; 6.- La Corte Constitucional del Ecuador, el derecho al doble conforme y la omisión legislativa relativa en la sentencia No 8-19-IN y acumulado/21; 7.- El tratamiento jurídico de las omisiones absolutas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; 8.- La crítica de Néstor Pedro Sagüés al modelo ecuatoriano; 9.- La obligación de legislar a favor de los derechos es una obligación permanente, sin tiempo específico ni condición; 10.- La intrascendencia de los plazos para legislar según la justicia constitucional del Ecuador; 11.- La inconstitucionalidad por omisión como factor de agravamiento en la producción de perjuicios a los particulares. Bibliografía.

Desarrollo

1.- Introducción

Nuestra vida profesional ha estado marcada por la investigación jurídica. Hemos trabajado en los más variados temas, y este de la inconstitucionalidad por omisión es uno de los más interesantes y poco difundidos entre estudiantes y abogados. En las líneas de un artículo jurídico hay que esforzarse por abarcar el mayor contenido posible con la menor cantidad de palabras. En este sentido intentamos abordar temas cruciales y orientadores respecto de la inconstitucionalidad por omisión. Su nacimiento en Ecuador data de 2008 con la Constitución vigente, publicada el 20 de octubre de dicho año. Este trabajo cita importante jurisprudencia constitucional ecuatoriana y colombiana. Vinculamos nuestra institución con la responsabilidad extracontractual del Estado, el sistema carcelario, la justiciabilidad de los derechos, las garantías normativas, etc. Esperamos que el resultado de la lectura sea un apropiado dimensionamiento de la materia estudiada.

2.- Las omisiones y la responsabilidad extracontractual del Estado

La llamada “COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN” del ex Senado del Ecuador en sesión del 10 de enero de 1967 se instaló a las diez de la mañana con la asistencia de los Honorables Andrés F. Córdova, Jorge Crespo Toral, Carlos Arízaga Vega, Julio César Trujillo V., Carlos Cueva Tamariz, Alejandro Aguilar Ruilova

y Rodrigo Suárez Morales⁷⁸. En el marco de dicha reunión se dio una iniciativa histórica que luego se convertiría en texto constitucional en la ley suprema del Ecuador de 1967, y cuyo contenido de fondo se ha mantenido en todas las Constituciones posteriores: las de 1979, 1984, 1993, 1996, 1997, 1998 y 2008. El H. Rodrigo Suárez Morales hizo el siguiente planteamiento, según el acta indicada:

El H. Suárez Morales manifiesta que al tratarse sobre las garantías y derechos de la persona, debe considerarse las relaciones entre los particulares y el Estado, como ente responsable. De aquí surge la responsabilidad administrativa del Estado, frente a los particulares lesionados en sus derechos.

La continua e intensificada influencia del Estado en el sector privado, obliga a que se establezcan normas y mecanismos de protección de ese sector.

Lo que podemos considerar como el Tribunal de lo contencioso administrativo, no existe en nuestro país, por lo tanto, es urgente creárselo. Concomitantemente, deben dictarse las Leyes de lo Contencioso-Administrativo y de Procedimiento.

En esas deben establecerse la responsabilidad directa del Estado por el daño causado por el funcionario público. El Estado por su parte exigirá al funcionario el pago del daño causado.

Varias constituciones han introducido estos principios de responsabilidad estatal. Si los aceptamos, tendremos un verdadero sistema jurídico de lo contencioso-administrativo.

Es esta la semilla en el Ecuador de la famosa institución jurídica democrática de la responsabilidad extracontractual del Estado. Tan relevante que, junto con la división de las funciones del Estado y el principio de la legalidad, constituye uno de los símbolos del Estado de Derecho.

El mismo Honorable Suárez Morales planteó un texto constitucional en la sesión del 11 de enero de 1967, a la que asistió el Honorable León Febres Cordero. El texto fue el siguiente:

El Estado y más instituciones de derecho público, y las privadas con finalidad social o pública, están obligados a indemnizar a los particulares por las lesiones producidas en sus bienes y derechos, como consecuencia de

⁷⁸ Según consta en el acta pertinente, cuya copia obtuvimos en el ex Congreso Nacional durante nuestra investigación para elaborar nuestra tesis de doctor en jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

la actividad de los servicios públicos o de los actos⁷⁹ realizados por sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, el Estado y más entidades señaladas harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que por dolo, o negligencia grave, hayan causado el perjuicio en los bienes y derechos del propietario y de los particulares.

La responsabilidad penal de los aludidos funcionarios y empleados será resuelta por los jueces competentes.

Este texto, en su contenido esencial, fue recogido en el artículo 27 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967⁸⁰.

¿Por qué razón no se incluyeron a las **omisiones** como causa de los perjuicios en los bienes y derechos de los particulares, si de lo que se trata es de que **la conducta** de los funcionarios y empleados, constituida tanto por acciones como por omisiones, que haya generado tales perjuicios dé lugar a la obligación indemnizatoria a cargo del Estado y más entidades señaladas en tal disposición? Evidentemente se trató de un vacío que no debió dejarse pero que no desmerece el gran valor jurídico y democrático de la norma incluida en la Constitución de 1967.

Ciertamente la capacidad de daño que tiene el Estado y sus instituciones ha ido creciendo a lo largo del tiempo tanto en el Ecuador como en el mundo, producto de sus prerrogativas, del avance tecnológico, de la relevancia de la atención de las necesidades públicas y de las acciones que se cumplen para cumplir este propósito. Esto último, la relevancia de la atención de las necesidades públicas, puede llevar al Estado y a sus instituciones a cometer injusticias en función de su desesperación por atender las demandas sociales (necesidades públicas), como por ejemplo ocupar un terreno vacío para ejecutar una obra pública, sin cumplir con la parte del procedimiento expropiatorio que le permite ocupar el bien inmueble.

79 Las negrillas son nuestras.

80 El texto del artículo 27 fue el siguiente:

“Art. 27.- El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.

No obstante lo establecido en el inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.”

La omisión constitucional referida de la Carta Suprema de 1967 se superó en la Constitución publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008, que estableció lo siguiente:

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

(...)

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

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, **o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.**

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas...

Fue un gran avance jurídico la inclusión constitucional de las omisiones como fuente de responsabilidad estatal, pues, primero, efectivamente, las omisiones pueden generar daños reparables, y segundo, pueden ser tanto o más dañosas que las acciones. Para muestra un botón.

3.- Las omisiones y el sistema carcelario

En el auto expedido en la fase de seguimiento No 4-20-EE/21 y acumulado del 3 de marzo de 2021⁸¹, en la causa No 4-20-EE y 6-20-EE de la Corte Constitucional del Ecuador se señala patéticamente, entre otros, lo que a continuación reproducimos:

31. De la información remitida en el Plan de Acción, la Corte constata que no existe una política pública con un enfoque en derechos humanos y la aplicación de sus principios transversales, que aborde al Sistema Nacional de Rehabilitación Social, más allá de las consideraciones relacionadas con la seguridad, expuestas en el Plan Nacional de Seguridad Integral.

⁸¹ Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGU nLCB1dWlkOi diZDNiMjg4OC00MTBkLTQwNDYtOTMyOC1hZjdjM2FmNGU3M2MucGRmJ30=

32. Asimismo, esta Corte observa que el Plan de Acción remitido por el SNAI no puede ser considerado como la política pública en vigor para la crisis carcelaria, puesto que es el Directorio del Organismo Técnico el órgano competente para determinar y aplicar las políticas de atención integral de las personas privadas de libertad. Este Organismo desconoce si este documento ya fue aprobado por el mencionado Directorio y subraya que esta atribución no es de competencia de la Corte Constitucional. De igual forma, la Corte recalca que el mencionado Directorio es el órgano responsable de solicitar un determinado presupuesto para ejecutar el Plan de Acción remitido, y no el SNAI. Ante la ausencia de decisiones diseñadas para el efecto por parte de las autoridades competentes, los problemas estructurales e incidentes de violencia como los ocurridos en días anteriores previsiblemente continuarán y se agudizarán.

33. De ahí que, este Organismo considera que la presentación de un plan de acción elaborado por el SNAI, es claramente otra medida insuficiente frente a las obligaciones estatales y los acontecimientos de extrema gravedad y de vulneraciones sistemáticas a derechos humanos que están aconteciendo en los diferentes CPL del país.

34. Por lo expuesto, esta Corte considera necesario disponer al presidente de la República que, a través de Johana Pesántez Benítez, Secretaria General Jurídica de la Presidencia, convoque al Directorio del Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social a sesión permanente y se instale de manera inmediata. Este Directorio, con base en el Plan de Acción propuesto por el SNAI y con la más amplia participación de los sectores públicos involucrados de todas las funciones del Estado, miembros de la sociedad civil que incluyan a todos los sujetos involucrados, deberá adoptar decisiones urgentes para garantizar la seguridad de las personas privadas de libertad y diseñar una propuesta de política pública integral, debidamente financiada, que brinde soluciones estructurales efectivas a la crisis en el sistema de rehabilitación social que vive el país.

Este mismo auto, respecto de la disposición de remitir el informe del pertinente Estado de Excepción, determinó, entre otros:

38. En virtud de lo señalado, pese a que la Presidencia remitió un informe según lo ordenado en el dictamen de constitucionalidad No. 6-20-EE/20, el contenido del mismo no refleja la adopción de las medidas ordenadas previamente y expuestas en el presente auto. Más aún, resulta evidente que una demostración de extrema violencia desplegada de forma simultánea

en los últimos días en los centros de rehabilitación social no habría sido posible si las medidas reportadas en el informe hubiesen sido efectivas.

39. Por tanto, en virtud de lo expuesto en el presente auto, la Corte Constitucional demanda al Presidente de la República y a todas las instituciones que forman parte del Directorio del Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social la adopción de medidas urgentes y efectivas para garantizar la vida e integridad en los centros de privación de libertad.

40. Adicionalmente, la Corte exige a la Función Ejecutiva, en coordinación con las autoridades competentes de las funciones Legislativa, Judicial y de Transparencia y Control Social, la realización de una exhaustiva investigación de los hechos acontecidos en los centros de rehabilitación social del país, conducente a la determinación de responsabilidades civiles, penales, administrativas o políticas por parte de quienes, por su acción u omisión, ocasionaron hechos de tal gravedad.

Ahora bien, en desarrollo del reconocimiento de la responsabilidad tanto por acciones como por omisiones, el Código Orgánico Administrativo⁸² establece en el artículo 330 lo siguiente:

Art. 330.- Responsabilidad extracontractual.- Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo, en los términos de la reparación por daños prevista en este Código.

En los mismos términos la o el delegatario y concesionario responden directamente por los daños que ocasionen y subsidiariamente el Estado.

En todos los casos el Estado ejercerá su derecho de repetición.

4.- Las omisiones y la justiciabilidad de los derechos

La Constitución ecuatoriana de 2008 va mucho más allá del reconocimiento de las omisiones de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus

⁸² Publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial No 31 del 7 de julio de 2017.

cargos como fuente de responsabilidad reparadora a cargo del Estado. En efecto, desde el punto de vista de la exigibilidad de los derechos, el citado artículo 11, en el numeral 3 párrafo tercero, define que con claridad que:

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse **falta de norma jurídica**⁸³ para justificar su violación o desconocimiento, para desecharse la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Reiteramos: **la omisión** de la autoridad con potestad normativa de expedir normas jurídicas no puede servir para: 1) justificar la violación de los derechos; 2) justificar su desconocimiento; 3) desechar la acción por tales violación o desconocimiento; y, 4) negar el reconocimiento de los derechos.

Esta norma del numeral 3 del artículo 11 tiene mucha significación jurídica en razón de que el artículo 84 de la Constitución impone que “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”. Es decir, frente a la justiciabilidad de los derechos la omisión del desarrollo de las normas jurídicas pertinentes ser torna irrelevante. Dicho en otras palabras, aunque no haya normas de desarrollo los derechos son plenamente justiciables. Lo señalado tiene plena concordancia con el artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que ordena que “Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía.”

5.- Inconstitucionalidad por omisión y justicia constitucional

Desde un punto de vista más global el artículo 436 de la misma Constitución atribuye a la Corte Constitucional la siguiente competencia:

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

⁸³ Las negrillas son nuestras.

Esta disposición establece la institución denominada *inconstitucionalidad por omisión*. En el Ecuador tiene, obviamente, un espectro de acción más amplio que el tradicional, que se circunscribe al ámbito legislativo. Se trata de una figura constitucional nueva, sin duda producto de una visión eminentemente protectora de los derechos, de las situaciones jurídicas, de los bienes jurídicos, como es muy propio de nuestra Carta Suprema, reconocida internacionalmente por la intensidad de su garantismo.

La omisión, sea legislativa o sea de gestión institucional, es capaz de producir efectos negativos desde el punto de vista de los derechos y de su protección. Por “culpa” de la omisión del legislador es plenamente posible que una *situación* que merece tutela estatal se deteriore y termine, en la práctica, anulando un derecho o destruyendo injustamente dicha situación. Es posible que las fundadas expectativas de un sector de la sociedad se “vengan abajo” por la desidia legislativa. Es factible también que una situación jurídicamente frágil termine destruida por la omisión legislativa. Es posible que un acto administrativo que deba reconocer un derecho o una situación jurídica no se expida por el quemeimportismo de la autoridad administrativa, y que tal conducta produzca daños inmateriales, lucro cesante, pérdida de oportunidades de contratación, etc.

La forma de abordar legislativamente la o las omisiones de las pertinentes instituciones u órganos estatales tiene mucha importancia jurídica ya que permite encontrar soluciones que eviten o detengan la generación de perjuicios que el ciudadano, el administrado, un sector de una comunidad, un nivel poblacional, etc no tienen por qué soportar. El rol del Estado es la protección y la garantía de los derechos, y tal papel es absolutamente incompatible con la desidia, con el olvido, con la omisión de las autoridades, de las instituciones, de los órganos estatales o de los que se asimilan a ellos.

La omisión que no se refiere a expedición de normas jurídicas comprende tanto a los actos administrativos, sean de efecto individual como de efecto general, (pues en el Ecuador curiosamente tal categoría de actos tiene esos dos ámbitos)⁸⁴ como a cualquier actuación o gestión ordenada por mandato constitucional en un plazo determinado o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Se

84 El artículo 436 numeral 4 de la Constitución determina como atribución de la Corte Constitucional: “Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.”

Y el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo define:

“**Art. 98.- Acto administrativo.-** Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”

trata, pues, de un ámbito de acción sumamente amplio. Evidentemente no comprende el campo jurisdiccional porque sería incompatible con la independencia de la Función Judicial.

Ahora bien, el 26 de enero de 2011 la Corte Constitucional para el periodo de transición del Ecuador dictó la sentencia No 001-11-SIO-CC⁸⁵, en la cual dejó sentados algunos criterios de notable importancia jurídica respecto de la competencia de la Corte señalada en el artículo 436 numeral 10, que antes hemos copiado:

De la lectura del antes mentado precepto constitucional se puede colegir que la Constitución de la República establece la denominada inconstitucionalidad por omisión, como una institución del derecho constitucional asociada al denominado control abstracto de constitucionalidad, correspondiendo a los jueces constitucionales determinar si las instituciones estatales o las autoridades públicas por omisión han inobservado una disposición constitucional expresa, que contenga un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales.

De ahí que un primer cuestionamiento a ser despejado es determinar ¿en qué consiste la denominada inconstitucionalidad por omisión? Para Gomes Canotilho, la inconstitucionalidad por omisión legislativa es: *“el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes concretos”*.

La diferenciación que se produce entre la simple omisión -entendiéndose aquella como el dejar de hacer algo teniendo la obligación jurídica de hacerlo- y la omisión constitucional legislativa, radica en que esta última no consiste en el simple no hacer, sino que se hace extensiva al no hacer algo, que de forma concreta se estaba constitucionalmente obligado.

En cuanto al elemento temporal, la inconstitucionalidad por omisión legislativa presupone la existencia de un universo temporal, en donde determinada disposición normativa debe ser implementada en el ordenamiento jurídico de un país; sin embargo, aquello puede verse relativizado por circunstancias ajenas a la voluntad del legislador.

Para Gomes Canotilho *“[...] el momento decisivo para la determinación de la inconstitucionalidad por omisión no es el de los plazos o límites temporales –ni tan siquiera aunque estuviesen estipulados por el constituyente–, sino el de la importancia e indispensabilidad de la mediación legislativa para el cumplimiento*

⁸⁵ Tomado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/afe6cb0b-e067-4d81-9065-295ad0651226/0005-10-IO-res.pdf>

y exigibilidad de la norma constitucional [...] así entendido habrá de ser el parámetro decisivo para precisar la razonabilidad del periodo de tiempo por el que se prolonga la inacción del legislador”.

Respecto de las omisiones normativas existe una tradicional clasificación: *absolutas y relativas*. Así lo recoge la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, conforme lo veremos luego.

La citada ley, que lamentablemente limita el control de constitucionalidad por omisión al ámbito normativo, establece como condición necesaria para tal control en el artículo 128, lo siguiente:

El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, *cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales*⁸⁶.

Es decir, deberes constitucionales abstractos hacen imposible el control constitucional referido, según los términos de esta disposición legal. Es importante destacar el carácter copulativo de los requisitos de *claridad y concreción*. Para muestra basta un botón: algunas líneas atrás citamos el artículo 84 de la Constitución, que es sumamente *claro* en cuanto a la obligación de la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa 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”. Se trata de una obligación *clara, delimitada* en su ámbito de actuación: la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, con un *contenido diáfano respecto de lo que debe hacerse*: la adecuación de las normas a los derechos. No obstante, es una disposición que *carece de concreción* y, por lo mismo, en los términos del artículo 128 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no puede ser objeto de control de constitucionalidad por omisión normativa.

Ahora bien, en doctrina la omisión normativa absoluta se configura cuando hay una ausencia total de normativa jurídica a pesar del mandato constitucional concreto de elaborarla. Y la omisión relativa se presenta, desde nuestra perspectiva y contando con algunos criterios teóricos, cuando habiéndose desarrollado ella presenta problemas de constitucionalidad: por violación al principio de igualdad, por incluir distinciones arbitrarias, por hacer exclusiones arbitrarias, por violación de disposiciones o principios constitucionales, por ser incompleta para proteger el pertinente bien jurídico, por ignorar preceptos constitucionales, por

⁸⁶ Las cursivas son nuestras.

proveer contenidos constitucionales equivocados, impertinentes o improcedentes, por desarrollar contenidos que por su torpeza devienen en inconstitucionales, etc. Nuestra citada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional configura en el artículo 129 de la siguiente manera a la omisión normativa relativa:

*Cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes*⁸⁷

Esta concepción de la Ley de Garantías Jurisdiccionales es realmente amplia, y por lo mismo permite una extensa configuración de la omisión normativa relativa⁸⁸.

En Colombia la Corte Constitucional en la sentencia C-543/96⁸⁹ definió con total claridad sobre los dos tipos de omisiones:

El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente

⁸⁷ Las cursivas son nuestras.

⁸⁸ El texto completo de la norma es el siguiente:

“Art. 129.- **Efecto de las omisiones normativas.**- Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:

1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia.

2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada.

El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omite hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.”

⁸⁹ Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>

ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

La misma Corte Constitucional de Colombia ha definido sobre la omisión legislativa *relativa*, entre otros, lo que vamos a destacar a continuación, en la sentencia C-352/17⁹⁰:

20. Así las cosas, para que se configure una omisión legislativa relativa es necesario que: (i) exista una norma en la Constitución Política que genere para el legislador un deber normativo específico, es decir, un mandato constitucional tan claro y determinado que traiga como consecuencia que el legislador ordinario o extraordinario no pueda válidamente excluir de la norma que adopta, elementos cuya presencia en el texto legal resultan ineludibles, por derivarse de mandatos constitucionales que no son generales, sino específicos. Es decir, se trata de deberes normativos que resultan ajenos al margen de apreciación otorgado al legislador, quien no puede, por consiguiente, excluirlos de la ley por consideraciones de necesidad o conveniencia y (ii) el legislador haya incumplido con su deber de incluir el elemento predeterminado por la Constitución en la norma que adopte. En otras palabras, existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple con una obligación normativa **expresamente señalada por el Constituyente**.

También se pronunció sobre la inconstitucionalidad por omisión *relativa* en la sentencia C-091-2014⁹¹:

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha indicado que cuando se alega como causa de inconstitucionalidad la configuración de una omisión legislativa de carácter relativo, el demandante debe presentar con el mayor cuidado y con gran precisión los elementos que la estructuran y que darían lugar a la inconstitucionalidad, habida cuenta de que el elemento que se echa de menos en la regulación legislativa ha de venir exigido por la propia Constitución, de modo que la solución de la eventual inconstitucionalidad consista, precisamente, en proyectar los contenidos superiores sobre la disposición incompleta para integrar así su contenido y tornarlo acorde con la Carta.

Un requerimiento elemental del planteamiento de un cargo por omisión legislativa relativa consiste en identificar, con nitidez, el precepto en el que

⁹⁰ Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-352-17.htm>

⁹¹ Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-091-14.htm>

el legislador ha debido brindarle soporte textual a la hipótesis o contenido que, por ser exigido constitucionalmente, no podía omitirse.

La identificación de ese precepto suele ser fuente de las dificultades que luego enfrentan las acusaciones fundadas en el silencio parcial del Congreso, ya que puede suceder que entre la materia efectivamente regulada en la disposición que se invoca y la que se echa de menos no exista una relación directa que permita advertir, sin vacilaciones, que el legislador tenía que regular allí lo que el actor asegura que hace falta.

También puede acontecer que el precepto considerado incompleto, realmente no contenga la regulación exigida, pero que esta se encuentre en otra disposición o que la lectura aislada de un texto legislativo tenga por resultado la verificación de una omisión que, sin embargo, resulte superada por una interpretación sistemática de la legislación que, al incorporar otros preceptos en el análisis, permita concluir que no hay omisión relativa y que el legislador ha proveído respecto del pretendido faltante, salvo que lo ha hecho de manera tal que le corresponde al intérprete o al aplicador del derecho efectuar el ejercicio interpretativo que conduzca a evidenciar la regulación completa de una materia.

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No 001-17-SIO-CC⁹² expedida el 27 de abril de 2017, que se refiere a un caso de inconstitucionalidad por omisión *relativa* definió, entre otros:

Por las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional del Ecuador observa que si bien el Código Orgánico Integral Penal recoge una serie de prescripciones normativas de naturaleza sustantiva y adjetiva relacionadas con la temática del caso subjudice, las mismas no responden al mandato del constituyente contenido en el artículo 81 de la Constitución de la República respecto a la existencia de un procedimiento especial y expedito para el juzgamiento de delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.

Procedimiento que en armonía con lo expuesto en párrafos precedentes a más de ser especial y expedito deberá brindar todos los mecanismos jurisdiccionales necesarios tendientes a garantizar la efectiva vigencia y

⁹² Tomado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/2d00a4e9-1240-40a0-8c6c-2c5ae5b97c34/0001-14-io-sen.pdf?guest=true>

ejercicio de los derechos reconocidos por el constituyente a los beneficiarios del mandato en cuestión, así como también deberá estar orientado a brindar la protección correspondiente que por su condición de vulnerabilidad se encuentran asistidos, sin dejar de lado los derechos de los demás intervinientes en el proceso.

En tal virtud, esta Corte Constitucional en atención a lo establecido en el artículo 129 numeral 2 último inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional declara la existencia de una inconstitucionalidad relativa por omisión del mandato contenido en el artículo 81 de la Constitución de la República en relación al establecimiento de un procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.

Ahora bien, al verificarse una inconstitucionalidad por omisión relativa, en el caso concreto, este Organismo, en virtud del principio constitucional de reserva de ley penal adjetiva, sustantiva, dispone que la Asamblea Nacional en ejercicio de su facultad prevista en el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en el plazo perentorio de un año contado a partir de la notificación de la presente decisión, expida las disposiciones normativas que instrumentalicen el procedimiento especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.

Destacamos que el artículo 81 de la Constitución dispone:

Art. 81.- La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

6.- La Corte Constitucional del Ecuador, el derecho al doble conforme y la omisión legislativa relativa en la sentencia No 8-19-IN y acumulado/21

La Corte Constitucional del Ecuador en una icónica sentencia respecto del derecho al doble conforme, expedida el 8 de diciembre de 2021 y signada con el número 8-19-IN y acumulado/21⁹³ definió con claridad:

- sobre su competencia de control de constitucionalidad por omisión y el bloque constitucionalidad, lo siguiente:

90. De la norma transcrita es posible destacar que esta competencia de control abstracto que tiene la Corte Constitucional persigue por objeto garantizar la eficacia material de las normas constitucionales, esto es, asegurar que las mismas tengan una real vigencia e inclusión en el sistema jurídico y en las políticas públicas.

91. Acerca de este punto, este Organismo considera que la inobservancia por omisión de “los mandatos contenidos en normas constitucionales” que debe ser reparada por este Organismo, debe ser interpretada en un sentido amplio y no restrictivo, es decir, incluir también las inobservancias por omisión de aquellas normas que no forman parte del articulado formal de la CRE, pero constituyen parte del bloque de constitucionalidad del sistema jurídico ecuatoriano, como lo son las normas de instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha hecho hincapié en que el bloque de constitucionalidad debe entenderse como parte de la propia CRE: “Así, el denominado bloque de constitucionalidad comprende “el conjunto de normas que, aun no constando en la Constitución formal, forman parte de ésta, porque la misma les reconoce ese rango y papel [...]. En la doctrina se entiende por “bloque de constitucionalidad” el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan estas normas hay que sumar a la lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más

⁹³ Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGU nLCB1dW1kOic5NTJmY2RhZS1hMWFhLTQ3YjgtYjEyNS02NmVjOGI4MzJmMjEucGRmJ30=

efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)”

- Sobre los elementos que configuran la inconstitucionalidad por omisión:

92. La Corte Constitucional ha sancionado como elementos configurativos de una inconstitucionalidad por omisión, los siguientes: (i) la exigencia constitucional para que el legislador actúe positivamente; (ii) la inacción o abstención del legislador respecto de dicho deber; (iii) la generación de un fraude constitucional por el transcurso del tiempo; y (iv) la ineficacia de la voluntad constituyente.

- Sobre el deber de actuación del legislador:

94. (i) En lo que respecta a la exigencia constitucional para que el legislador actúe positivamente, como previamente se sostuvo, tanto la normativa como los órganos del SIDH se pronuncian en el sentido de afirmar que existe la obligación para los Estados Partes de adaptar su normativa a los estándares internacionales de protección de derechos humanos. Esta obligación ha sido catalogada como una obligación de resultado, lo cual impone la obligación clara, directa y concreta a los Estados de acogerla, so pena de entenderse como incumplida.

95. Así, la Corte IDH ha definido como una obligación para los Estados la necesidad de que desarrollen un medio eficaz para la tutela del derecho al doble conforme en sus normativas. Ordenando en aquellos casos donde los países miembros llevados ante su instancia resolutoria no han desarrollado este tipo de medios, medidas de reparación de adecuación de los sistemas jurídicos de los países miembros.

- Sobre la inacción del legislador y el tiempo para cumplir su mandato de legislar:

97. De ahí que este Organismo considera que el deber del Estado ecuatoriano de incluir en su normativa procesal penal un recurso por medio del cual se les garantice a los procesados su derecho al doble conforme, cuando aquellos hayan obtenido su primera sentencia condenatoria en apelación o casación, constituye una garantía del debido proceso penal recogida en el bloque de constitucionalidad.

98. (ii) En lo que respecta a la inacción o abstención del legislador respecto de dicho deber, de la revisión de la norma adjetiva que regula el

proceso penal en el Ecuador, esto es, el COIP, se ha podido confirmar que el legislador no ha incluido dentro de los medios de impugnación que prevé ninguno que cumpla con las características desarrolladas en esta sentencia para dar cumplimiento con el derecho al doble conforme.

99. (iii) Por su parte, en lo relacionado con la generación de un fraude constitucional por el transcurso del tiempo, este Organismo en su jurisprudencia ha manifestado que este elemento está relacionado con la ubicación temporal del deber y la consideración respecto de las posibilidades reales de cumplirlo, y que el elemento temporal es propio del análisis de las omisiones absolutas, dado que para calificar la existencia de una omisión constitucional relativa se parte del supuesto de que la norma que presuntamente omite determinado contenido constitucional ya ha sido promulgada.

100. En relación con este punto, la CRE distingue entre dos tipos de deberes constitucionales: los primeros son aquellos cuyo cumplimiento está sujeto a un plazo determinado en la Constitución, y los segundos no tienen, por lo que la Corte Constitucional debe establecerlo. Así, la determinación de si un plazo es razonable o no responde a la importancia e indispensabilidad de la mediación legislativa. Ello comporta un umbral de tolerancia para el juez constitucional respecto del plazo, determinado por la complejidad de las circunstancias jurídico-políticas tratadas.

101. En consideración de esto, la Corte Constitucional estima pertinente destacar que el Ecuador suscribió la CADH el 22 de noviembre de 1969 y la ratificó el 8 de diciembre de 1977; y, suscribió el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles el 4 de abril de 1968 y lo ratificó el 24 de enero de 1969; no obstante, hasta la actualidad el legislador ecuatoriano no ha actuado para adecuar las normas penales adjetivas a los estándares interamericanos e internacionales de Derechos Humanos, al no haber introducido en las normas procesales que regulan la sustanciación de los juicios penales un recurso con las características idóneas para tutelar el derecho al doble conforme; de ahí que este Organismo llegue a la conclusión de que el legislador ecuatoriano ha incumplido su deber de actuar de forma oportuna en un tiempo razonable.

- Sobre la ineficacia de la voluntad del constituyente:

102.(iv) Por último, en lo que refiere a la ineficacia de la voluntad del constituyente; la Corte Constitucional parte por sentar que dicho

requisito no refiere de forma exclusiva a los órganos nacionales que han ejercido del poder constituyente originario o derivado, sino que también involucra a todos aquellos órganos supranacionales en los cuales han tenido origen las normas del bloque de constitucionalidad.

103. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el último elemento configurativo de la omisión inconstitucional tiene que ver con las consecuencias de la inactividad del obligado por el mandato constitucional, tanto en el ordenamiento jurídico como en la realidad puntual que el Constituyente pretendió regular, lo que configura a la acción de inconstitucionalidad por omisión como garantía de la consecución del programa político-jurídico.

104. Sobre este asunto, la Corte Constitucional estima que la ausencia de un recurso de estas características en la legislación procesal penal ecuatoriana traduce una puesta en riesgo del derecho al debido proceso de las personas procesadas en juicios penales que han obtenido una sentencia condenatoria por primera ocasión en apelación o casación. En consonancia con lo dicho, la falta de un recurso que garantice el doble conforme en la legislación procesal penal ecuatoriana implica un claro apartamiento y desacato a los estándares de protección de derechos humanos establecidos por el bloque de constitucionalidad.

105. Por lo expuesto, este Organismo concluye que la omisión normativa analizada deja en evidencia una forma de ineficacia de la voluntad de los autores del bloque de constitucionalidad.

7.- El tratamiento jurídico de las omisiones absolutas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Ya dejamos claramente consignado que la omisión constitucional absoluta en el ámbito normativo consiste en la ausencia total de la expedición de las normas concretamente ordenadas por la Constitución. Este supuesto lo trata el artículo 129 numeral 1 de la ley de la materia:

Art. 129.- Efecto de las omisiones normativas.- Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:

1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la

respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia.

Esta disposición no nos merece ningún comentario. El modelo conceptual que adoptó nuestra Constitución en el artículo 436 numeral 10, de haber atribuido al máximo órgano de justicia constitucional una competencia normativa ha sido criticada por considerarse que es una facultad extraña a su rol institucional.

8.- La crítica de Néstor Pedro Sagüés al modelo ecuatoriano

El reconocido profesor argentino Néstor Pedro Sagüés en su trabajo “NOVEDADES SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR COMO LEGISLADOR SUPLENTE Y PRECARIO”⁹⁴ critica nuestro modelo, entre otros, en los siguientes términos:

El cuestionamiento más fuerte a la doctrina de la Corte Constitucional como legislador suplente y precario viene por otros lados. Mencionaremos tres argumentos: a) el técnico; b) el político; c) el funcional.

a) El argumento técnico

El mismo apunta que dictar sentencias (objetivo primario de un tribunal constitucional) no es lo mismo que elaborar normas generales (meta del legislador).

La preparación y redacción de una norma cuenta con técnicas específicas, bastantes exigentes por cierto, que en la esfera académica han dado lugar, incluso, a maestrías especializadas, como la actualmente en curso en la Universidad de Buenos Aires. Por lo demás, requiere oficinas de información y de asesoramiento, con personal especializado y un material informativo puesto al día, en temas muchas veces complejos.

El dictado de una norma general exige igualmente empalmar el nuevo texto con las normas afines, circunstancia que obliga a tener muy en

⁹⁴ Tomado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200003

cuenta normas preexistentes, o modificarlas. De no tomarse esas precauciones, el principio de derogación tácita orgánica (*jex posterior derogat priori*) puede provocar abrogaciones no queridas por quien está operando como legislador, o desajustes normativos muy perniciosos para la seguridad jurídica.

Con esto quiere significarse el arte y la ciencia de legislar no es un trabajo para *amateurs*, y que una corte constitucional que quiera operar como legislador, aunque precario y suplente, puede no ser el órgano más adecuado para estas nuevas funciones, que en principio resultan anómalas para el tribunal. De todos modos, si las asume, ello requeriría cuerpos especializados dentro de la corte, para coadyuvar con eficiencia en dicho trabajo.

b) El argumento político

Desde este punto de observación cabe añadir que el oficio de legislar es políticamente muy significativo (*prindpalem actus regís*, lo llamaba Santo Tomás de Aquino), y que, en un Estado democrático, requiere deliberación, confrontación de posiciones, demandas colectivas e ideologías, elaboración de fórmulas conciliatorias y transaccionales entre los diferentes grupos políticos que conforman la sociedad, y a menudo, adoptar opciones entre fórmulas contrapuestas, cuando la concertación no se obtiene, con la prudente medición de los efectos que ellas pueden tener en una colectividad.

Tal espacio y paisaje difícilmente se van a encontrar en el seno de una Corte Constitucional, donde la mentalidad y los estilos imperantes, así como el discurso jurídico, transitan por otros caminos. En cierto modo, media allí un clima más profesional, universitario y académico en la tarea de hacer funcionar el derecho, que el propio de un Parlamento donde se sanciona ese derecho. Los jueces constitucionales, además, no tienen por qué sentirse comprometidos con los partidos e intereses sectoriales que, en cambio, anidan en los poderes Ejecutivo y Legislativo (y que es bueno que afloren y se contrapongan en el debate democrático). Antes bien, deben comportarse como sujetos imparciales e independientes, como por ejemplo exige el art. 80 del Pacto de San José de Costa Rica.

Es por ello que el escenario judicial tampoco sea el más adecuado para generar normas, aunque ocasionalmente algunos tribunales, en ciertos países, hayan pergeñado proyectos de ley, en particular concernientes al quehacer judicial.

c) El argumento funcional

En este terreno, la pregunta estriba en determinar en qué medida la asunción de roles normativos por una corte constitucional puede perturbar el desarrollo de las tareas jurisdiccionales corrientes de tal órgano.

Por lo general, en el ámbito latinoamericano, las cortes y salas constitucionales tienen una cantidad de trabajo que no guarda relación con los recursos humanos y técnicos convenientes para asumirla. En otras palabras, resultan desbordadas por una catarata de procesos constitucionales de toda laya, concernientes tanto a la llamada “jurisdicción de la libertad” (protectora de los derechos personales), como a la “jurisdicción orgánica” (solución de conflictos de poderes y de controversias entre los órganos del Estado, por ejemplo).

En síntesis, pocos tribunales constitucionales han optado por una solución tan dura como la estadounidense, cuya Corte Suprema resuelve menos de cien causas por año. La mayoría se encuentra condenada a recibir, procesar y resolver miles de expedientes...

9.- La obligación de legislar a favor de los derechos es una obligación permanente, sin tiempo específico ni condición

El control de constitucionalidad ante las omisiones estatales y sus exigencias literales en la Constitución de la República no debe llevar a confundirnos respecto de lo siguiente: constituye un deber permanente del Estado legislar a favor de los derechos. Es una obligación sin tiempo, incondicional, constante. Esto es así porque su rol de protector y de garante de los derechos lo exige. La definición constitucional de que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” contenida en el artículo 11 numeral 9 exige una actitud proactiva y reactiva por parte del Estado. Más reactiva en el ámbito de la administración de justicia, y esencialmente proactiva a nivel de gestión institucional y de legislación.

A esta definición constitucional agréguese que es deber *primordial* del Estado según el artículo 3 numeral 1 de la ley suprema “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.” Fluye de esta disposición en función de la enorme dimensión de su contenido, que ese rol positivo

del Estado no puede, como regla, estar sujeto a plazos ni condiciones pues una limitación así sería incompatible, incoherente con la pureza de tal obligación de garante de los derechos.

Nosotros pensamos que llegará el momento en que la jurisprudencia constitucional ordene con frecuencia a la Función Legislativa la aprobación de leyes específicas en función de la tutela y garantía de los derechos que le corresponde cumplir al Estado. De hecho, ya lo ha dispuesto en algunas ocasiones. Claro está que este mandato puede tener discusiones conceptuales importantes pues ni la Constitución ni las leyes de la República atribuyen expresamente esta competencia a la Corte Constitucional. La razón para poder hacerlo es su papel de creadora de Derecho y también, en su ámbito, de garante de los derechos como parte que es del Estado.

Pensamos nosotros que la *garantía normativa* prevista en el artículo 84 de la Constitución⁹⁵, que impone la obligación a la Asamblea Nacional y a todo órgano con potestad normativa de adecuar formal y materialmente las normas a los derechos, no puede entenderse como una declaración, como una norma programática incontrolable constitucionalmente. Entender una orden así como una declaración constitucional sencillamente vaciaría de contenido a una de las disposiciones más importantes de la Constitución. Creemos incluso que la omisión en el cumplimiento de la obligación señalada puede dar lugar, en casos específicos, a la responsabilidad reparadora o extracontractual a cargo del Estado⁹⁶. A la hora de la hora *la falta de adecuación de las normas a los derechos que impone el artículo 84 de la Constitución del Ecuador constituye una omisión de agentes estatales en el desempeño de sus cargos, que es lo que exige el artículo 11 numeral 9 de la Carta Suprema de la República*. Como se evidencia la inclusión de las omisiones de los funcionarios y empleados públicos como fuente de responsabilidad estatal en el ámbito extracontractual fue realmente una gran conquista para los particulares en la vigente Constitución de 2008.

Recuérdese que desde el punto de vista convencional o supranacional los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen la obligación esencial de adaptar sus normas internas a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Nuestra Corte Constitucional lo recordó

⁹⁵ “**Art. 84.-** 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. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

⁹⁶ Claro está, siempre que se cumplan todos los requisitos exigibles.

claramente en la sentencia sobre el derecho al doble conforme como parte del debido proceso, como ya lo revisamos líneas atrás. Los Estados deben despejar los caminos para la realización efectiva de los derechos, deben eliminar las prácticas que los afectan, ha sido el mensaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cerramos este subtítulo destacando que no debemos olvidar el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos, consagrado en el artículo 11 numeral 3 de la ley suprema, a la hora de reflexionar jurídicamente sobre las instituciones y los derechos:

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

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.” (Primer párrafo)

Ni su elocuente concordancia establecida en el artículo 426 de la Carta Suprema:

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

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

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.⁹⁷

Y tampoco el contenido del artículo 417 de la ley suprema:

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros

⁹⁷ Las cursivas son nuestras.

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.

10.- La intrascendencia de los plazos para legislar según la justicia constitucional del Ecuador

El poder jurídico de la supremacía constitucional es un dogma a toda prueba. Sus orígenes a nivel ecuatoriano los podemos encontrar en la primera Constitución de nuestro país, de 1830⁹⁸, conocida como la “Constitución de Riobamba” por el hecho de haber sido discutida en dicha hermosa ciudad del Ecuador. El artículo 73 definió:

Art. 73.- Se conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados, y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución.

La Constitución es determinante para el desarrollo de las normas jurídicas de la República en la medida en que la validez de las mismas está condicionada a su respeto al contenido de la Carta Suprema. Tanto la Constitución como las leyes de la República y el ordenamiento jurídico en general tienen un vínculo directo con los derechos. Éstos regularmente están contenidos, protegidos, desarrollados en las normas de Derecho. Con frecuencia el irrespeto a ellas se traduce en el quebrantamiento, desconocimiento o afectación de uno o de varios derechos. Cuando se aprueba una Constitución, lo cual es un hecho extraordinario en la vida de una sociedad, es común que al final de tal cuerpo jurídico se incluyan disposiciones transitorias que ordenan la expedición de determinadas leyes que deben dar cumplimiento a los preceptos de la ley suprema.

Así, la Constitución puede disponer que en un tiempo determinado la Asamblea o Congreso Nacional apruebe una ley que desarrolle una nueva institución democrática, una nueva garantía jurisdiccional, un nuevo Código, etc. Siendo el origen de tal disposición la ley suprema de la República es evidente que se trata de un mandato del más alto nivel jurídico, y que su cumplimiento no es ni puede ser materia de duda alguna.

⁹⁸ TRABUCCO, Federico (1975). *Constituciones de la República del Ecuador*, Quito: Editorial Universitaria de la Universidad Central del Ecuador.

Pero ¿qué sucede si a pesar del carácter jurídicamente indubitable de la orden, ésta no se cumple? ¿pierde el Congreso o Asamblea Nacional su potestad legislativa respecto de esa o esas leyes que no aprobó en el tiempo ordenado por la pertinente disposición transitoria de la Constitución? ¿cómo se soluciona esa pérdida si efectivamente esta se produjo? ¿quién provee la solución? Son todas interrogantes importantes. Nuestra justicia constitucional se ha pronunciado sobre los efectos de la omisión legislativa absoluta, esto es, sobre la no aprobación de las leyes en el tiempo ordenado por la Constitución.

A nosotros nos parece que la posición de la justicia constitucional ecuatoriana es acertada, pues admitir que la Función Legislativa perdió su facultad de aprobar la o las leyes ordenadas por la Constitución en el tiempo dispuesto por esta implicaría una respuesta que afectaría gravemente a la sociedad o a un sector de la misma, pues tal o tales leyes estarían condenadas a no poderse aprobar, pues técnicamente la solución a la pérdida de la capacidad de legislar del Congreso o Asamblea Nacional es la expedición de otra Constitución que repita el mandato de legislar. Solución casi imposible de instrumentar por las complejidades que supone la creación y funcionamiento de una Asamblea Constituyente.

Cabe tener en cuenta, además, que si la Asamblea o Congreso Nacional pierde su facultad de legislar en los campos ordenados por la Constitución en norma transitoria, la figura de la inconstitucionalidad por omisión tal como está prevista en el artículo 436 numeral 10 de la Carta Suprema no podría funcionar, quedaría inutilizada, pues si la Asamblea o Congreso perdió tal facultad entonces no podría la Corte Constitucional darle un plazo para que legisle. Recuérdese que en nuestro sistema la Corte le da al incumplido un tiempo para que realice lo omitido, y en defecto de dicho cumplimiento “la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

Revisemos el pensamiento de nuestra justicia constitucional.

1.- La Corte Constitucional para el periodo de transición el 25 de febrero de 2010 expidió la *sentencia interpretativa* No 0001-09-SIC-CC, en la cual contundentemente definió, entre otros:

Conforme lo expuesto, el plazo para la aprobación de la ley que desarrolle el régimen de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, la ley del Consejo de la Judicatura y la ley que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, es de ciento veinte días contados a partir de la entrada en vigencia la Constitución, esto es, el 20 de octubre del 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial N.º 449. Adicionalmente, el plazo máximo de 360 días establecido

por mandato constitucional para la aprobación de un conjunto de leyes, necesarias para el desarrollo de la Constitución, corre a partir de la misma fecha, es decir, del 20 de octubre de 2008. Sin embargo, el mandato contenido en la referida disposición transitoria establece un lapso prudente, a juicio del constituyente, para la aprobación de un conjunto de cuerpos legales necesarios para adaptar o desarrollar los preceptos constitucionales, en su afán de procurar que el tránsito a un Estado constitucional de derechos y justicia se realice con relativo orden; pero ello no significa que al haber fenecido el mencionado plazo haya también caducado la potestad del legislador de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio, conforme lo menciona la accionante al considerar que las leyes que expida la Asamblea Nacional fuera del plazo establecido en la Constitución están viciadas de nulidad. Todo lo contrario: la Función Legislativa ejercida por la Asamblea Nacional por mandato constitucional tiene plena atribución para dictar normas de naturaleza legislativa, es decir, disposiciones escritas de carácter general. En otras palabras, la primera función de la Asamblea Nacional conforme la cláusula de competencia establecida en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución es legislar, potestad que no se ve limitada por mandato del poder constituyente al establecerse plazos para la expedición de ciertas normas legales; lo que ocurre es que el constituyente señaló ciertos mandatos de optimización para normar la transición a un nuevo modelo de Estado constitucional y democrático de derechos. De esta forma, nos encontramos frente a una facultad que no es posible desligar del poder legislativo porque es connatural a él.

2.- En otra sentencia, la número 001-11-SIO-CC⁹⁹ del 26 de enero de 2011, la misma Corte para el periodo de transición opinó respecto del plazo para legislar, entre otros, lo siguiente:

Una disyuntiva que se presenta en esta acción es en cuanto a los plazos establecidos en el texto constitucional; sin embargo, aquello no puede llevarnos exclusivamente a la literalidad de la norma constitucional, sino que en una interpretación integral del texto constitucional, debemos entrar a analizar el espíritu de la norma y a la intención del legislador para dar cumplimiento al precepto constitucional en cuanto al tiempo. Es decir, si el legislador ha dejado transcurrir el periodo de tiempo determinado en la disposición constitucional sin proceder al cumplimiento de esa obligación,

⁹⁹ Tomado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/afe6cb0b-e067-4d81-9065-295ad0651226/0005-10-IO-res.pdf>

podríamos encontrarnos frente al escenario de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En aquel sentido, si el legislador ha demostrado que ha emprendido en los esfuerzos para la promulgación de determinada norma, pero las circunstancias políticas o sociales se lo han impedido, habrá de entenderse que no ha incurrido en omisión legislativa, ya que circunstancias ajenas no le han permitido dar cumplimiento al mandato constitucional en el lapso determinado, sin que ello comporte una conducta omisiva del legislador. Esta flexibilidad no debe ser confundida con la negligencia o desidia legislativa

11.- La inconstitucionalidad por omisión como factor de agravamiento en la producción de perjuicios a los particulares

Ya hemos consignado nuestra complacencia por la inclusión de las omisiones como fuente de responsabilidad estatal al habérselas incorporado al lado de las acciones de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Realmente es una conquista muy importante. Cuando el legislador o algún órgano con potestad normativa no cumple su obligación de regular una determinada situación, o de adecuar las normas pertinentes a los derechos (recuérdese el artículo 84 de nuestra Constitución) puede llegar a generar la responsabilidad extracontractual del Estado en la medida en que se haya producido efectivamente la violación a algún derecho, tal violación haya causado daño, y ese daño sea efectivamente consecuencia directa de la omisión indicada. La relación de causalidad es muy importante en este campo del Derecho. Se da por descontado que la misma responsabilidad opera cuando la omisión no es normativa y se cumplen los elementos recién señalados.

Ahora bien, queremos destacar especialmente que la omisión normativa, así como la omisión respecto de cualquier acto que debiendo expedirse o cumplirse no se realiza puede *agrar* la situación fáctica o jurídica de cualquier particular, en cuyo caso la responsabilidad estatal también se agrava. Es posible, en definitiva, que la omisión en ambos supuestos (normativa y no normativa) genere mayores daños que los que ordinariamente pudieran producirse. Es decir, si las circunstancias particulares de un administrado lo hacen especialmente vulnerable a los daños que pueden producirse por la omisión, el Estado es responsable de reparar esos daños. Así, pudiera darse el caso de que una determinada comunidad sea especialmente vulnerable a los daños que produce la tala de un bosque que inconcebiblemente realiza una administración pública. En este caso

opera plenamente la responsabilidad reparadora a cargo del Estado. Pudiera ser que la tala del mismo bosque sea menos dañina para otra comunidad en su lugar. El Estado deberá reparar en ambos supuestos. A una comunidad más, y a la otra menos.

Bibliografía

- 1.- Acta de la sesión del 10 de enero de 1967 de la “COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN” del Senado del Ecuador.
- 2.- Acta de la sesión del 11 de enero de 1967 de la misma Comisión.
- 3.- Constitución Política del Estado Ecuatoriano, de 1967.
- 4.- Constitución vigente de la República del Ecuador.
- 5.- Código Orgánico Administrativo.
- 6.- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- 7.- Decisiones de la Corte Constitucional para el periodo de transición del Ecuador:
 - a) Auto expedido en la fase de seguimiento No 4-20-EE/21 y acumulado del 3 de marzo de 202.
 - b) Sentencia No 001-11-SIO-CC.
 - c) Sentencia interpretativa No 0001-09-SIC-CC.
- 8.- Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador:
 - a) No 001-17-SIO-CC.
 - b) No 8-19-IN y acumulado/21.
- 9.- Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:
 - a) C-543/96.
 - b) C-352/17.
 - c) C-091-2014.
- 10.- Artículo del profesor Néstor Pedro Sagüés, titulado: “NOVEDADES SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR COMO LEGISLADOR SUPLENTE Y PRECARIO.

CUARTA PARTE

**MUERTE CRUZADA Y CONTROL
CONSTITUCIONAL**

MUERTE CRUZADA Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Sumario: 1.- Introducción; 2.- Algunas ideas sobre la democracia; 3.- La racionalidad del control jurídico en el ámbito democrático; 4.- Actos políticos o de gobierno; 5.- La conmoción interna; 6.- La “muerte cruzada”; 7.- La posición de la Corte Constitucional ante la causal de grave crisis política y conmoción interna como fundamento de la disolución de la Asamblea Nacional; 8.- La autoridad competente para conocer y resolver sobre las impugnaciones constitucionales respecto de la disolución de la Asamblea Nacional. Bibliografía.

Desarrollo

1.- Introducción

La necesidad de una convivencia social armónica produjo el imperativo del Derecho como una ciencia reguladora de dicha interacción. Esa regulación impone una serie de normas de conducta orientadas a lograr la paz social. Tales normas operan a través de mandatos, de prohibiciones y de permisiones, cada uno de los cuales son construidos sobre la base de postulados racionales, y siempre pertinentes en función de la materia de que se trate.

El ideal de la convivencia armónica exige la institucionalización de una organización permanente y plena, estructurada de forma racional y equilibrada que se haga cargo de hacer cumplir las reglas de conducta antes mencionadas. La dimensión individual del ser pierde importancia cuando este interactúa con sus pares. Las relaciones sociales exigen una institucionalidad que las encause. Tal institucionalidad debe trabajar correcta, eficiente y eficazmente para poder cumplir su misión. En algunos casos la forma de acceder a posiciones estelares o de dirigencia dentro de dicha institucionalidad exige la decisión mayoritaria de los miembros de la comunidad, en cuyo caso estamos en presencia de lo que se denomina *democracia representativa*. Tanto el acceso a esas posiciones como el ejercicio de las mismas requieren de normas reguladoras, de reglas de Derecho. En definitiva, sin normas no es posible una convivencia social pacífica, el ejercicio legítimo del poder ni la sujeción de los individuos y organizaciones que forman parte de la comunidad a la autoridad.

Por supuesto, al interior de la comunidad los individuos y las organizaciones deben poder satisfacer sus necesidades y cumplir sus propósitos, para lo cual están dotados de ciertas atribuciones o facultades que lo hacen posible. Esas

facultades son exigibles, están delimitadas racionalmente y deben ser plenamente respetadas por todos. En caso de quebrantamiento de esas reglas la autoridad institucionalizada por la comunidad debe imponer su respeto, deshacer las actuaciones violatorias de las normas, ordenar reparar los daños causados por ese quebrantamiento y hacer cumplir efectivamente dicha reparación. La autoridad debe transmitir con claridad el mensaje de que la violación de las reglas de conducta exigibles que hacen posible la convivencia armónica apareja necesariamente consecuencias plenamente ejecutables por parte de la comunidad, a través de sus autoridades.

A su vez las autoridades están sometidas en el ejercicio de sus funciones a límites impuestos por la institucionalidad organizada de la comunidad. Esos límites deben ser rigurosamente cumplidos por ellas so pena de incurrir en arbitrariedad y responsabilidades previstas también en normas jurídicas previas. Las consecuencias de la violación por parte de las autoridades a esos límites son instrumentadas por medio de otras autoridades, las cuales también están sometidas en su ejercicio a barreras impuestas por el ordenamiento jurídico. En todos los casos las limitaciones impuestas por las reglas de Derecho se justifican en razón del interés general de la comunidad, interés que en unas ocasiones es más visible o palpable que en otras.

Queda claro que el Derecho y sus normas de conducta están presentes en las más variadas circunstancias de la vida social. Para algunos, cuando los intereses que regulan las normas jurídicas son prioritariamente privados estamos en presencia del Derecho Privado. Y cuando los intereses que se norman son prioritariamente públicos estamos en presencia del Derecho Público.

Vladimir Naranjo Mesa en su reconocida obra *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*¹⁰⁰ cita a Édgar Bodenheimer en los siguientes términos:

ÉDGAR BODENHEIMER dice que “por su propia naturaleza el derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo; trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, frena el poder del gobierno. La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina derecho privado. La limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina derecho público. La función general de ambas ramas del

¹⁰⁰ NARANJO, Vladimir (1995). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Editorial Temis. Páginas 3 y 4.

derecho es esencialmente la misma; consiste en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder”.

Naranjo Mesa al tratar sobre los criterios para distinguir el Derecho Público y el Derecho Privado, precisa¹⁰¹:

El criterio que parece más acertado, pues, es aquel que toma en consideración la naturaleza de las actividades o situaciones reguladas por las normas, en cuanto al tipo de relación que de ellas puede surgir y a los procedimientos para adoptarlas y hacerlas efectivas. Es indudable que ciertas actividades o situaciones afectan principalmente o inmediatamente los intereses generales, mientras que otras tienen una trascendencia más particular, relacionada directamente con las personas o entidades privadas. Por lo mismo, aquellas requieren una regulación jurídica especial, que se logra mediante normas con características peculiares, las cuales constituyen el derecho público. Entre estas características figuran las que ya mencionamos al hablar del llamado criterio formal, es decir, el que en derecho público las relaciones jurídicas surgen predominantemente por la vía unilateral, mientras que en derecho privado prevalece el procedimiento convencional.

2.- Algunas ideas sobre la democracia

Como hemos expresado líneas atrás, en algunos casos el acceso a posiciones estelares o de dirigencia exige la decisión mayoritaria de los miembros de la comunidad. Tales posiciones pueden tener relevancia nacional, sectorial, gremial, local o simplemente institucional particular, dependiendo del ámbito de las funciones a ejercerse por parte de la pertinente autoridad, así como de su contenido.

Para hacer posible esa decisión mayoritaria es necesaria la existencia de cánones previos que regulen la forma de ejercer el voto, la periodicidad del mismo, las autoridades a cargo de la organización de la elección, la duración de las autoridades electas. Además, claro está, debe estar predeterminado el rol a cumplirse por parte de las autoridades electas, los límites del ejercicio de ese rol, los efectos de vulnerar esos límites, la autoridad encargada de hacer cumplir esos efectos típicamente sancionatorios o punitivos por sobrepasar esas barreras. Esta descripción evidencia nuevamente la relevancia del Derecho, esta vez para la realización de una elección democrática y para el ejercicio del correspondiente cargo

¹⁰¹ Obra citada, página 13.

o posición democrática. Así las cosas, es muy claro que la democracia y su ejercicio *necesitan* del Derecho.

En el caso ecuatoriano la Constitución de la República¹⁰² (muy avanzada en una serie de campos) consagra como parte de la *participación en democracia* la existencia del “control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano”. En efecto, el artículo 95 de dicho cuerpo jurídico determina:

Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

En términos de estricta *democracia representativa* el artículo 112 de la misma Constitución define:

Art. 112.- Los partidos y movimientos políticos o sus alianzas podrán presentar a militantes, simpatizantes o personas no afiliadas como candidatas de elección popular. Los movimientos políticos requerirán el respaldo de personas inscritas en el registro electoral de la correspondiente jurisdicción en un número no inferior al uno punto cinco por ciento.

Al solicitar la inscripción quienes postulen su candidatura presentarán su programa de gobierno o sus propuestas.

Los partidos y movimientos políticos o sus alianzas no podrán postular candidatas o candidatos a las elecciones al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social¹⁰³.

¹⁰² Publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

¹⁰³ El tercer párrafo no fue parte del texto original de la Constitución. Se agregó como consecuencia de una consulta popular en el año 2018. Tal texto agregado se publicó en el suplemento del Registro Oficial No 181 del 15 de febrero de 2018.

En nuestra obra *Anotaciones sobre justicia, democracia y desarrollo* citamos una valiosa publicación del PNUD de 2004 que describe con mucha claridad el vínculo entre régimen democrático, Estado y sistema legal¹⁰⁴:

La relación entre régimen democrático y Estado se fundamenta en la existencia de un sistema legal estatal que se caracteriza por dos rasgos: primero, sanciona y respalda los derechos y libertades implicados por el régimen democrático; segundo, coloca bajo ese sistema legal a la totalidad de las instituciones y los funcionarios del Estado. Bajo ese prisma se organiza el Estado según el principio de la división, interdependencia y control de sus poderes, la existencia de un Poder Judicial independiente, la supremacía del poder civil sobre el militar y la responsabilidad de los gobernantes frente a la ciudadanía.

Un aspecto crucial del sistema legal es su efectividad, el grado en que realmente el Estado organiza relaciones sociales. En un sistema legal democrático, ninguna institución estatal o funcionario debería sustraerse al control legal de sus acciones. En una dimensión territorial se supone que el sistema legal se extiende homogéneamente a lo largo el espacio delimitado por el Estado. En igual sentido, se espera que el sistema jurídico trate los casos similares de la misma manera, independientemente de consideraciones de clase, género, etnia u otros atributos de los actores respectivos. En todas estas dimensiones, el sistema legal presupone un Estado eficaz, lo cual no depende sólo de una legislación apropiada sino también de una red de instituciones estatales que operan para garantizar el efectivo imperio de un sistema legal democrático.

Las afirmaciones que contienen los párrafos copiados tienen mucho fondo. Destacamos el elemento del control jurídico, vital para la democracia: “En un sistema legal democrático, ninguna institución estatal o funcionario debería sustraerse al control legal de sus acciones.”

En nuestro concepto de democracia contenido en el libro recién citado destacamos el *control permanente* de la gestión pública como telón de fondo de la democracia. Control que, a todas luces, comprende el jurídico en sus variados niveles: de legalidad, de convencionalidad y de constitucionalidad. El sometimiento de las autoridades e instituciones al sistema jurídico es un elemento incondicional, permanente, esencial y sin excepciones en todo Estado de Derecho. Éste exige el control jurídico. En otras palabras, donde está ausente el control jurídico está

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ, Miguel (2005) *Anotaciones sobre justicia, democracia y desarrollo*. Guayaquil: Offset Graba. Páginas 80 y 81.

ausente el Estado de Derecho. Como se sabe, cada nivel jurídico en los andariveles más altos produce una necesidad específica de control: la ley produce el imperativo del control de legalidad; los tratados y convenciones internacionales, el control de convencionalidad; y la Constitución, el control de constitucionalidad.

En el caso del Ecuador la sujeción al sistema jurídico está consagrada en el artículo 426 párrafo primero de la Ley suprema: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.” Norma que se complementa, entre otros, con los artículos 3 numeral 4, que determina como deber primordial del Estado *la garantía del ordenamiento jurídico*, y con el artículo 83 numeral 1, que establece como deber y responsabilidad de las y los ecuatorianos “Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”

Nuestro aludido concepto de democracia es el siguiente¹⁰⁵:

es un sistema de gobierno que sustentando su génesis en la voluntad mayoritaria de un pueblo, procura, sobre la base de los ideales de justicia, libertad, dignidad, de igualdad en el acceso y ejercicio de los derechos, de desarrollo humano, de paz social y de participación, fundamentalmente, proteger al hombre facilitándole los elementos esenciales para la satisfacción de sus necesidades individuales y colectivas, necesitando para ello de un sistema de autoridades públicas organizado y trabajando de tal manera que haga posible la constante y próxima interrelación con los ciudadanos y administrados en general, para atender y decantar de manera permanente, eficiente y eficaz los servicios y acciones que son de su responsabilidad, teniendo como telón de fondo el control permanente de la gestión pública. En cuanto sistema de organización, génesis en la voluntad de sus miembros, propósitos comunes, igualdad en el acceso y ejercicio de los derechos, necesidad de autoridad, fundamentalmente, la democracia se aplica también a la institucionalidad privada.

3.- La racionalidad del control jurídico en el ámbito democrático

Como punto de partida debemos precisar que entendemos por racionalidad del control jurídico en el ámbito democrático al imperativo de verificar el cumplimiento efectivo de las normas previstas para el acceso legítimo a una posición de gobierno o de dirigencia (pública o privada) a través del voto mayoritario de la respectiva comunidad, *así como de las reglas de Derecho exigibles en el ejercicio de sus funciones* para las autoridades electas democráticamente (públicas o privadas). Queda claro lo evidente: el ejercicio democrático no se agota con el sufragio. Esto no es nada nuevo, pero vale la pena representarlo una vez más.

¹⁰⁵ Obra citada, página 67.

En el caso de la institucionalidad pública sus autoridades están sujetas al cumplimiento efectivo del principio de la legalidad, establecido en la Constitución ecuatoriana en el artículo 226¹⁰⁶. Claro está, su plena exigibilidad opera tanto respecto de las autoridades electas con el voto popular, como respecto de las nombradas directamente por la autoridad competente.

Además, esa racionalidad del control jurídico se justifica en función de que “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”, según el artículo 426 párrafo primero de la Ley suprema, conforme ya lo señalamos líneas arriba. Ese control comprende el ámbito de la legalidad, de la convencionalidad y de la constitucionalidad, de acuerdo con lo precisado en este mismo trabajo. Y se justifica también en razón del dogma de que “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones”, según lo señalado en el artículo 233 de la Constitución del Ecuador. La no exención de responsabilidad por las actuaciones de los servidores y autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones es un concepto universal. La responsabilidad es una consecuencia, entre otros, del principio de legalidad, de la interdicción de la arbitrariedad, de la obligación de motivar los actos de los poderes públicos.¹⁰⁷

Es importante destacar que, en salvaguarda del Estado de Derecho y de la indemnidad de los administrados, el objeto del control jurídico democrático no se limita a categorías jurídicas encasilladas en ciertas formas, como actos administrativos y contratos administrativos. En efecto, tal control comprende la *actividad* de las instituciones públicas *en su conjunto*, así como de sus autoridades, órganos y servidores. En definitiva, se controla lo que hacen y lo que dejan de hacer esas instituciones, órganos y sujetos estando obligados a actuar. Es decir, las acciones y las omisiones. Ambas generan reconocimientos y responsabilidades.

¹⁰⁶ Que dice: “**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

¹⁰⁷ “**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

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

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

Así, la violación de prohibiciones constitucionales, legales y normativas en general puede darse de variadas formas, puede haber mucha “creatividad” para vulnerar tales restricciones, puede llevarse a cabo a través de terceros, simulando actos que esconden desviaciones, etc. Por ejemplo, una importante ley ecuatoriana: el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD¹⁰⁸, en protección de la clásica institución constitucional de la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados consagrada en el artículo 238 de la Ley suprema¹⁰⁹, establece en el artículo 6¹¹⁰ serie de prohibiciones, varias de las

¹⁰⁸ Publicado en el suplemento del Registro Oficial No 303 del 19 de octubre de 2010.

¹⁰⁹ “**Art. 238.**- Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.”

¹¹⁰ “**Art. 6.- Garantía de autonomía.**- Ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República.

Está especialmente prohibido a cualquier autoridad o funcionario ajeno a los gobiernos autónomos descentralizados, lo siguiente: a) Derogar, reformar o suspender la ejecución de estatutos de autonomía: normas regionales; ordenanzas provinciales, distritales y municipales; reglamentos, acuerdos o resoluciones parroquiales rurales; expedidas por sus autoridades en el marco de la Constitución y leyes de la República; b) Impedir o retardar de cualquier modo la ejecución de obras, planes o programas de competencia de los gobiernos autónomos descentralizados, imposibilitar su adopción o financiamiento, incluso demorando la entrega oportuna y automática de recursos; c) Encargar la ejecución de obras, planes o programas propios a organismos extraños al gobierno autónomo descentralizado competente; d) Privar a los gobiernos autónomos descentralizados de alguno o parte de, sus ingresos reconocidos por ley, o hacer participar de ellos a otra entidad, sin resarcir con otra renta equivalente en su cuantía, duración y rendimiento que razonablemente pueda esperarse en el futuro; e) Derogar impuestos, establecer exenciones, exoneraciones, participaciones o rebajas de los ingresos tributarios y no tributarios propios de los gobiernos autónomos descentralizados, sin resarcir con otra renta equivalente en su cuantía; f) Impedir de cualquier manera que un gobierno autónomo descentralizado recaude directamente sus propios recursos, conforme la ley; salvo disposición expresa en contrario. g) Utilizar u ocupar bienes muebles o inmuebles de un gobierno autónomo descentralizado, sin previa resolución del mismo y el pago del justo precio de los bienes de los que se le priven; h) Obligar a gestionar y prestar servicios que no sean de su competencia; i) Obligar a los gobiernos autónomos a recaudar o retener tributos e ingresos a favor de terceros, con excepción de aquellos respecto de los cuales la ley les imponga dicha obligación. En los casos en que por convenio deba recaudarlos, los gobiernos autónomos tendrán derecho a beneficiarse hasta con un diez por ciento de lo recaudado; j) Interferir o perturbar el ejercicio de las competencias previstas en la Constitución, este Código y las leyes que les correspondan, como consecuencia del proceso de descentralización; k) Emitir dictámenes o informes respecto de las normativas de los respectivos órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, especialmente respecto de ordenanzas tributarias, proyectos, planes, presupuestos, celebración de convenios, acuerdos, resoluciones y demás actividades propias de los gobiernos autónomos descentralizados, en el ejercicio de sus competencias, salvo lo dispuesto por la Constitución y este Código; l) Interferir en su organización administrativa; m) Nombrar, suspender o separar de sus cargos a los miembros del gobierno o de su administración, salvo los casos establecidos en la Constitución y en la ley; y, n) Crear o incrementar obligaciones de carácter laboral que afectaren a los gobiernos autónomos descentralizados sin asignar los recursos necesarios y suficientes para atender dichos egresos.

cuales pueden quebrantarse de diversas maneras. Tales los casos de: “Impedir o retardar de cualquier modo la ejecución de obras, planes o programas de competencia de los gobiernos autónomos descentralizados”; “Interferir o perturbar el ejercicio de las competencias previstas en la Constitución, este Código y las leyes que les correspondan como consecuencia del proceso de descentralización” (letras b y j, respectivamente)

En todo caso, el Estado de Derecho exige definición de consecuencias jurídicas cuando se produce el quebrantamiento de normas exigibles en el ejercicio de funciones por parte de autoridades, órganos y servidores públicos, así como también la materialización oportuna, eficiente y eficaz de las mismas por parte de las autoridades competentes. Esas definición y materialización (y por supuesto, la reparación de los daños causados) sirven para sustentar diáfamanamente la credibilidad en la democracia y sus operadores. La noción, la operatividad, la oportunidad y la eficacia del control jurídico son elementos inseparables del Estado de Derecho y de la democracia. El imperio del Derecho y del control jurídico son elementos insustituibles del Estado de Derecho y, nuevamente, de la democracia.

En el Ecuador el control jurídico de legalidad a través de la impugnabilidad de los actos administrativos es un derecho constitucional. En efecto, el artículo 173 de la Ley suprema establece:

“Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

Bien dice Eduardo García de Enterría en su reconocida obra *Democracia, jueces y control de la administración*¹¹¹:

En ningún caso la teoría de la democracia puede proporcionar razón alguna para pretender una indiscutibilidad de las decisiones de los gestores públicos y más bien la posibilidad de su impugnación se adecúa exactamente al carácter abierto de la sociedad democrática, a su búsqueda de una integración no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los

La inobservancia de cualquiera de estas disposiciones será causal de nulidad del acto y de destitución del funcionario público responsable en el marco del debido proceso y conforme el procedimiento previsto en la ley que regula el servicio público, sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar. En caso de que la inobservancia de estas normas sea imputable a autoridades sujetas a enjuiciamiento político por parte de la Función Legislativa, ésta iniciará dicho proceso en contra de la autoridad responsable.”

111 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2000). *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas Ediciones. Página 75.

valores de las mayorías, sino por el libre desarrollo y las iniciativas de los ciudadanos. Naturalmente que sobre ese fondo general se sobreponen los valores propios del sistema jurídico, apoyado en la técnica del reino de la Ley, norma común para gobernantes y gobernados, que aquéllos no pueden pretender en ningún caso poder interpretar de forma prevalente a la interpretación en que éstos intenten apoyar sus propios derechos e intereses.

Para el control jurídico es irrelevante quién es la autoridad, institución, sujeto u órgano controlado. Se trata de un examen que apunta a la legitimidad y supervivencia del sistema democrático y de sus autoridades, órganos e instituciones. Ello no significa que no existan agudos impactos en la sociedad o en sectores de ella cuando dicho control versa sobre cuestiones gravitantes en la vida de la comunidad, o de materias especialmente sensibles o de claro impacto político.

Por otro lado, no debe perderse de vista que el respeto a la ley (que justifica el control de legalidad) forma parte del respeto a la democracia, pues aquella es un *producto democrático*. En efecto, la ley es la consecuencia de una deliberación cumplida por los representantes del pueblo: los legisladores que forman parte de la Asamblea Nacional, deliberación que se ejecuta de acuerdo con el procedimiento predeterminado por la Constitución y la ley de la materia. En el Ecuador el procedimiento exige dos debates.

Ahora bien, como es lógico, habrá actuaciones de mayor o menor impacto en la comunidad, dependiendo del alcance de las mismas, de los destinatarios de ellas, de las repercusiones a corto, mediano o largo plazo, de los antecedentes del caso, de la confianza o desconfianza previa en las autoridades competentes, de las expectativas de los administrados, etc.

4.- Actos políticos o de gobierno

Cuando se trata de actos políticos o de gobierno el panorama puede ser muy sensible. En todo caso dichos actos deben poder controlarse plenamente desde el punto de vista jurídico, pues la verificación del respeto al ordenamiento jurídico es una cuestión esencial para el Estado de Derecho y, simultáneamente, para la democracia. El acto político o de gobierno es un *acto jurídico*, y como tal forma parte del acervo controlable jurídicamente por los órganos competentes del Estado. Al controlar los actos jurídicos se controla el respeto a los derechos, unas veces de forma directa, otras veces de forma indirecta. Cita el

maestro García de Enterría en su reconocida obra *Democracia, jueces y control de la administración*¹¹², que “la democracia es inseparable de una teoría y de una práctica del Derecho”. Más allá de lo estrictamente jurídico, los actos políticos o de gobierno pueden poner en juego la credibilidad o confianza en el gobernante. Tan importante es la confianza, que Eduardo García de Enterría sostenía¹¹³ que:

... es, justamente, la confianza del pueblo la esencia misma del sistema democrático; las elecciones son, simplemente, un instrumento para alcanzar el objetivo, el cual, sin embargo, ha de mantenerse íntegro en los períodos interelectorales como exigencia y fundamento del sistema. El pueblo ha de sentirse como el verdadero titular del poder y tiene que creer que sus intereses son el verdadero objetivo de los gobernantes como fiduciarios del pueblo...

Afirmaba también que:¹¹⁴

Un buen sistema democrático es, pues, aquel que se esfuerza en partir de la confianza del pueblo en la designación de los gobernantes, por su puesto, pero también por mantenerla constantemente viva, como exige la estructura real del *trust*, fiducia o confianza, de modo que el pueblo se reconozca siempre como titular del poder y beneficiario único de sus actuaciones. El análisis social y el argumento jurídico se apoyan entre sí para llegar a esta conclusión, que es tan importante en el terreno de los principios como en el de las aplicaciones prácticas.

El Consejo de Estado de Colombia mediante decisión del 16 de febrero de 2010 en el proceso número 11001-03-24-000-2009-00344-00(IJ) conceptualizó que:¹¹⁵

En general, todo acto del Ejecutivo dirigido a la marcha o funcionamiento de la administración y sus órganos, es, en principio, un acto administrativo y los que están dirigidos a finalidades superiores o de trascendental importancia para la democracia y el Estado, se consideran actos políticos o de Gobierno. Son entonces los móviles que inspiran el acto los que permiten calificarlo como acto político.

112 Página 131.

113 En la obra citada, página 105.

114 Página 106 de la misma obra.

115 [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2009-00344-00\(IJ\)%20ok.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2009-00344-00(IJ)%20ok.pdf)

El gran doctrinario colombiano Gustavo Penagos concluye sobre los actos políticos o de gobierno:¹¹⁶

Se ha dejado esta pregunta para el final, con el objeto de demostrar lo expresado al principio, en el sentido que los actos políticos fueron una creación artificial del Consejo de Estado de Francia que ya no tiene aplicación en la misma jurisprudencia francesa. El acto político, es simplemente un acto jurídico, que puede presentarse como una ley, o simplemente como una decisión de la administración, en ambos casos enjuiciables según las normas de jurisdicción y competencia, por la Corte Suprema de Justicia, o por la jurisdicción contencioso administrativa.

Nadie ha definido con precisión, hasta el momento los actos políticos, por la razón que se dio a conocer al principio de este estudio, de ser una creación artificial, y el mismo Consejo de Estado de Francia se ha limitado a enumerarlos y distinguirlos en cada caso, y tal es el mismo criterio que orienta la jurisprudencia colombiana.

Finalmente, no sobra agregar que esta teoría artificiosa de los actos políticos, es inútil y arbitraria, porque pretende excluir del control jurisdiccional una serie de decisiones muy importantes para el Estado de derecho.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen, entre otros:¹¹⁷

Históricamente la doctrina de los actos políticos fue introducida por el Consejo de Estado francés (quizá una de las escasas máculas de su historia ejemplar) en el momento crítico de la Restauración borbónica, cuando peligraba, como creación napoleónica, la subsistencia de la gran institución y de sus funciones. El Consejo se negó sistemáticamente a conocer de aquellas reclamaciones que hacían relación a problemas políticos derivados de la extinción del régimen napoleónico (por ejemplo, *arret Laffite*, 1822), y más adelante a los que se referían a los distintos cambios y pugnas políticas que se sucedieron. Se llegó a la *teoría del móvil político*, según la cual, fuese cual fuese el objeto material del acto, siempre que los gobernantes lo dictasen en función de un fin político, el acto dejaba de ser administrativo y se convertía en político, haciéndose con ello exento del control contencioso-administrativo...

¹¹⁶ PENAGOS, Gustavo. *Los actos políticos en la Posmodernidad*. Página 173. En: *file:///C:/Users/Dr.%20Miguel%20Hern%C3%A1ndez/Downloads/adminpujojs,+5_Penagos.pdf*

¹¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás (2000) *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L. Páginas 570, 571 y 574. (Cada página corresponde a un párrafo)

El enemigo político no puede estar excluido de la protección judicial sin pervertir el orden del Derecho gravemente. Sea cual sea el fin con que se empleen las potestades administrativas, éstas están siempre tasadas por el Derecho, como bien nos consta, y, por tanto, el juez puede y debe fiscalizar su ejercicio...

Nuestro sistema ha abandonado, pues, resueltamente la vieja categoría de los actos de gobierno, de origen francés, para situarse en la técnica del “derecho universal al juez” que proclama expresamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que sitúa a nuestro sistema en la misma situación que la que rige en el Derecho alemán, donde tal derecho universal se justifica en la famosa cláusula del artículo 19.4 de la *Grundgesetz*, a la que resulta perfectamente equiparable la del artículo 24 de nuestra Constitución¹¹⁸. La vieja exención ha quedado así definitivamente liquidada

5.- La conmoción interna

Ahora bien, llegados a este punto es pertinente referirnos a la *conmoción interna*, como condición habilitante para la declaratoria de Estado de excepción a la luz del artículo 164 de la Constitución del Ecuador¹¹⁹, como también como condición habilitante para la destitución del presidente de la República por parte de la Asamblea Nacional, y para la disolución de dicha Asamblea por el presidente, al tenor, respectivamente, de los artículos 130 y 148 de la Ley suprema¹²⁰. (En el caso del Estado de excepción la Constitución exige que la conmoción sea *grave*).

Pero antes vamos a abordar la conmoción interna o interior en Colombia a la luz de la sentencia C-802/02 de la Corte Constitucional de ese país:¹²¹

¹¹⁸ El artículo 24 de la Constitución española consagra el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

¹¹⁹ “**Art. 164.-** La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado. El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.”

¹²⁰ Disposiciones a las que nos referiremos luego.

¹²¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-802-02.htm>

Se afirma que el decreto declaratorio del estado de conmoción interior es un acto de gobierno, un acto político, y, en consecuencia, que él puede ser objeto de un control de esa misma naturaleza, esto es, un control político. De ese punto de partida se infiere que por tratarse de un acto político, no es susceptible de control jurídico alguno y que en razón de ello a la Corte no le asiste ninguna competencia para pronunciarse sobre su exequibilidad.

En torno de este argumento hay que decir que en la formulación originaria del Estado de derecho el control del poder difícilmente encontraba asiento. Bastaba con afirmar la tridivisión del poder y su sometimiento a la ley pues la sola referencia a ésta bastaba para legitimar la actuación del poder público; el derecho se reducía a la ley y la jurisdicción se limitaba a aplicarla a través de una metodología ligada a la silogización. De ese modo, era comprensible que el proceso de producción del derecho no estuviese sometido a mayores controles jurídicos pues la ley, dado el carácter representativo del órgano que la emitía, tenía la capacidad de legitimarse por sí misma. Fue así como se concibieron ámbitos del poder público sustraídos a control jurídico y como se afirmó la tesis de la auto limitación del poder.

No obstante, esta tesis fue rápidamente revaluada pues la jurisprudencia primero negó que los móviles políticos de un acto bastaran para excluirlo de control y luego no vaciló en someter esos actos a control judicial. De allí que el actual modelo estatal se caracterice por la desaparición de los otrora ámbitos absolutos de poder, por la concepción de un sistema de restricciones efectivas que lo limitan y por el papel fundamental que en su estructura y funcionalidad se le reconoce al control pues éste es una manifestación del principio democrático en cuanto afirma la sujeción de los gobernantes a las reglas de juego básicas concebidas por los gobernados.

El derecho colombiano no fue ajeno a esa situación. Así, en un primer momento se aceptó que el Presidente, cuando hacía uso de sus funciones como Jefe de Estado, profería actos que, aunque tenían consecuencias jurídicas, poseían una motivación esencialmente política, por lo que no podían ser controlados judicialmente al no ser expresiones de la actividad administrativa del ejecutivo, sino actos de gobierno fundados en el estudio de conveniencia y oportunidad que hacía el funcionario que los profería.

Luego, a partir de 1975, el Consejo de Estado planteó que la totalidad de los actos del ejecutivo son susceptibles de control judicial, incluidos los

conocidos como actos de gobierno o actos políticos. Se afirmó que si bien algunos fundamentos de tales actos quedaban supeditados a la discrecionalidad de la administración, tal discrecionalidad no era ilimitada pues estaba supeditada al ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido, en la Sentencia del 5 de agosto de 1982, la Corte Suprema de Justicia, al reiterar su competencia para conocer del control de constitucionalidad del decreto que declaraba restablecido el orden público, afirmó que los actos de gobierno eran reglados y que por ello estaban sujetos a control jurisdiccional. Ese control fue reafirmado cuando declaró la inexequibilidad del inciso segundo del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual la jurisdicción contencioso administrativa podía examinar los actos políticos o de gobierno sólo por vicios de forma. La Corte Suprema de Justicia consideró que la Carta entonces vigente no establecía ninguna diferenciación entre los actos políticos y los actos administrativos; que aquellos quedaban también cobijados por la naturaleza reglada de todos los actos de la administración; que esa naturaleza los tornaba controvertibles material y formalmente y que por todo ello la restricción impuesta por la norma demandada era contraria a la Constitución.

En ese contexto, sin desconocer que se trata de un acto que se proyecta políticamente, es evidente que el decreto mediante el cual se declara el estado de conmoción interior es un acto jurídico que contiene elementos reglados por la propia Constitución y un elemento discrecional también reconocido por la Carta. Los elementos reglados están expresamente señalados en el artículo 213, según el cual el Presidente sólo puede declarar el estado de conmoción interior *“en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”*. El elemento discrecional consiste en que el Presidente de la República es competente para apreciar la existencia de estos hechos y calificar su gravedad y su trascendencia así como para decidir si declara o no declara el estado de conmoción interior.

Tratándose de un acto jurídico, es claro que la declaratoria del estado de conmoción interior es un decreto legislativo de desarrollo que está sometido a controles jurídicos pues éstos se orientan a determinar si se han cumplido o no los límites impuestos por el constituyente.

El dictamen 3-19-EE/19 del 9 de julio de 2019 de la Corte Constitucional del Ecuador definió a la conmoción interna¹²²:

21. En primer lugar, la conmoción interna implica la real ocurrencia de acontecimientos de tal intensidad que atenten gravemente en contra del ejercicio de los derechos constitucionales, la estabilidad institucional, la seguridad y la convivencia normal de la ciudadanía. En segundo lugar, los hechos que configuran una situación de grave conmoción interna deben generar una considerable alarma social. Estos hechos, de manera frecuente, suelen ser reportados por los medios de comunicación

6.- La “muerte cruzada”

En el argot político ecuatoriano se denomina muerte cruzada a la posibilidad política y jurídica que tiene el presidente constitucional de la República de disolver la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo señalado en la máxima Ley de la República. La hipótesis concreta está prevista en el artículo 148 de la Constitución.

Art. 148.- La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiere arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna.

Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato.

En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos períodos.

Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo.

¹²² [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/BoletinJulio/OTROS/0003-19-EE-19\(0003-19-EE\)\(1\).pdf](https://portal.corteconstitucional.gob.ec/BoletinJulio/OTROS/0003-19-EE-19(0003-19-EE)(1).pdf)

Como no puede ser de otra manera en un Estado que se considere de Derecho, el ejercicio de tal facultad constitucional está y debe de estar sometido al control jurídico. El Ecuador es, efectivamente, un Estado de Derecho. Luego, el control jurídico de tal facultad es un imperativo constitucional. En efecto: 1) tal potestad forma parte del ordenamiento jurídico de la República al estar instituida en el artículo 148 de la Ley suprema; 2) La garantía del ordenamiento jurídico es un deber primordial del Estado, de acuerdo con el artículo 3 numeral 4 de la misma Constitución¹²³; 3) La Constitución es parte del ordenamiento jurídico; 4) el respeto a la Constitución es elemento constitutivo del derecho constitucional a la seguridad jurídica, según lo señalado en el artículo 82 de la misma¹²⁴; 5) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, según literalmente ordena el artículo 11 numeral 9, párrafo primero de la Ley suprema, artículo que establece los principios que han de regir el ejercicio de los derechos; 6) Según el artículo 75 de la Constitución, “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...”; 7) “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”, según proclama el párrafo primero del artículo 426 de la Ley suprema.

Lo anterior torna irracional la posición jurídica de que tal atribución constitucional no es controlable constitucionalmente. Las atribuciones constitucionales, o mejor dicho, su ejercicio por parte de los órganos del poder público, son y deben ser objeto de control. La Constitución da lugar al control de constitucionalidad. La ley da lugar al control de legalidad, y los tratados y convenciones internacionales justifican el control de convencionalidad. Ya lo hemos señalado con insistencia.

Tal facultad constitucional (disolver la Asamblea Nacional) es nueva en el Ecuador. Es creación de la Constitución vigente desde el 20 de octubre de 2008.¹²⁵ Se trata de un poder jurídico extraño a nuestra cultura institucional y política. Es, más bien, una atribución propia del régimen parlamentario. Vladimir Naranjo Mesa lo explica con diáfana claridad¹²⁶:

El régimen parlamentario supone, además, como una consecuencia de la característica anterior, el derecho, por parte del gobierno, de disolver el

123 “Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:
(...)

4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.”

124 “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

125 Fecha de su publicación en el Registro Oficial.

126 Página 282 de su obra citada.

Parlamento. Esta disolución opera en relación a una de las cámaras, aquella elegida por sufragio universal directo, o sea la misma ante la cual el gobierno es responsable políticamente. Este derecho de disolución tiene por objeto garantizar el equilibrio de los poderes, ya que constituye un contrapeso al derecho del Parlamento de revocar al gobierno. En virtud del derecho de disolución, el pueblo es llamado a arbitrar, en última instancia, en los conflictos institucionales que se presenten entre ejecutivo y legislativo, y a solucionar así las crisis políticas graves. En esta forma la intervención del pueblo, mediante el sufragio universal directo, viene a ser un elemento clave para el funcionamiento del sistema parlamentario. La disolución ocurre, por regla general, de manera automática, como consecuencia de la dimisión del gobierno, causada por un voto de censura del Parlamento. Pero, además, el Parlamento se disuelve, también automáticamente, cuando ha transcurrido cierto tiempo – por ejemplo, cinco años en Inglaterra – sin que se haya producido un cambio en el gobierno, con el objeto de dar oportunidad a los electores de modificar o ratificar su composición. En todo caso, el gobierno puede, antes de cumplirse ese plazo, proponer la disolución del Parlamento y llamar a *elecciones anticipadas*; esto ocurre en circunstancias en que el gobierno aspira a asegurar, para la continuidad de sus programas, el apoyo del Parlamento, contando, desde luego, con mantener o aumentar sus mayorías en él.

Pues bien, a pesar de la lógica jurídica impecable de la necesidad del control constitucional de la señalada facultad, la Corte Constitucional del Ecuador (a la cual respetamos mucho) a través de diversos autos emitidos por diferentes Salas de Admisión de la misma, inadmitió diversas demandas presentadas por varios actores en contra del Decreto Ejecutivo No 741 emitido por el Presidente Constitucional de la República, por medio del cual disolvió la Asamblea Nacional del Ecuador. Tal Decreto, publicado en el suplemento del Registro Oficial No 312 del 17 de mayo de 2023, dispuso literalmente:

“Art. 1.- Disolver la Asamblea Nacional por grave crisis política y conmoción interna, de conformidad con el artículo 148 de la Constitución de la República del Ecuador.”

A continuación, parte de la fundamentación del Decreto:

(...)

Que conforme se desprende del acta número 71 de la Asamblea Nacional Constituyente, el artículo 148 de la Constitución fue diseñado como una medida excepcional para superar graves crisis políticas y de conmoción

interna, originadas por la pugna de poderes entre Ejecutivo y Legislativo, por lo que se cambió la figura de la revocatoria del mandato a través de consulta popular, por la de disolución de la Asamblea Nacional. En la misma acta se establecieron ciertos casos como parte de una crisis política, tales como, la existencia de un legislativo irresponsable, así como un desbalance en las funciones del Estado;

Que se enfrenta una crisis política al existir incertidumbre sobre la capacidad de los órganos del Estado de cumplir sus funciones apropiadamente y atender las necesidades ciudadanas por la confrontación que se ha dado desde el Legislativo hacia el Ejecutivo desde el inicio de mi gestión;

...Por otro lado, la crisis política es externa cuando los conflictos ocurren entre funciones, como entre el Legislativo y el Ejecutivo, generando incertidumbre sobre la dirección de la política pública aplicable en ámbitos que dependen de la coordinación de ambos poderes, como es por ejemplo el proceso legislativo en la promulgación de leyes;

Que el concepto de “gravedad” ha sido asociado en otros contextos al serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido. ¹ En este caso, una grave crisis política ha de entenderse como aquel conflicto o pugna política que genera incertidumbre –respecto de la estabilidad de una autoridad electa– y desconfianza –sobre el debido cumplimiento de sus funciones– y que ha alcanzado una dimensión tan aguda que existe la posibilidad de un serio impacto a derechos protegidos y principios democráticos. En una grave crisis política sería de esperarse, inclusive, que existan manifestaciones, lo cual agravaría la incertidumbre de la ciudadanía, como sucedió en las manifestaciones de octubre de 2019 y en las protestas sociales de junio de 2022. que llegaron simultáneamente con el pedido de muerte cruzada solicitada por la Asamblea Nacional;

(...)

Que la conmoción interna se refiere a un estado de alarma en la ciudadanía que impide su normal convivencia, en donde las acciones u omisiones de autoridades electas –debido a la pugna política– amenazan el ejercicio de derechos constitucionales, la estabilidad institucional y la seguridad;

(...)

Que la disolución de la Asamblea Nacional, fundamentada en la causal grave crisis política y conmoción interna, exige un estándar menor

respecto del requerido para la declaratoria de estados de excepción, cuando alude a una “grave” conmoción. Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional, en su Dictamen No. 6-21-EE/21, al establecer claramente que “En relación con lo anterior, para esta Corte resulta imperativo aclarar que la causal de grave conmoción interna, respecto de la cual se ha efectuado el control de constitucionalidad, se configura exclusivamente respecto de lo prescrito en los artículos 164, 165 y 166 de la Constitución de la República y no podrá ser utilizada con otros fines ajenos a la causa que motivó el actual estado de excepción.”, confirmando la distinción que realizó el Constituyente sobre la figura de conmoción interna;

Que varios legisladores y líderes políticos han manifestado públicamente que, en caso de no conseguir su objetivo de destituir al presidente de la República en la Asamblea Nacional, recurrirán a la violencia en las calles. Esto nuevamente demuestra la existencia de una crisis política y conmoción interna por la que atraviesa el país actualmente;

(...)

Que existe una conmoción interna derivada de la crisis institucional que ha traído como resultado afectación a la convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada de los integrantes de la sociedad, como lo definió la Corte Constitucional en sentencia 004-09-SE-CC de 23 de julio del 2009 7. Este peligro se configura al existir amenazas directas de movilizaciones que pueden escalar de forma violenta, tal como el Ecuador ya lo vivió en octubre de 2019 y junio de 2022;

Que la causal de conmoción interna y grave crisis política se configura también con la suma de todos los pedidos de destitución a los que ha sido sujeto el presidente de la República durante los dos años de Gobierno. Así, se ha pretendido que termine anticipadamente el mandato presidencial en cuatro ocasiones;

Que la grave crisis política y conmoción interna se configura en el escenario actual por cuanto la Asamblea Nacional busca censurar y destituir al presidente de la República por fuera del marco constitucional, manteniendo así, la Asamblea Nacional una inaceptable e intolerable situación de zozobra e incertidumbre, que tiene en vilo a la Nación;

(...)

Nosotros no opinamos sobre lo acertado o equivocado del Decreto de disolución de la Asamblea Nacional. El presidente Constitucional de la República (cansado de tanto conflicto con la Asamblea) ejerció una competencia constitucional literalmente incondicional. Estaba dotado de discrecionalidad política, que no es ajena a la juridicidad y a su control. La situación era delicada por las circunstancias que vivía su gobierno: el presidente estaba siendo juzgado por la Asamblea Nacional en el marco de un juicio político orientado a su censura y destitución. Nadie puede discutir que el Decreto estuvo fundamentado en los hechos y en el Derecho. Se vivían circunstancias políticas muy difíciles. De ello tampoco cabe duda. Todo ello es cierto. Pero también es cierto e indubitable que la decisión de disolver la Asamblea Nacional es un acto jurídico, es decir, un acto voluntario del jefe de Estado y de Gobierno del Ecuador realizado con la intención de producir efectos jurídicos: disolver la Asamblea Nacional. Tal acto afectó la condición jurídica individual de todos y cada uno de los asambleístas: a partir de la disolución dejaron de ser tales.

Es a todas luces obvio que tanto por ser un *acto jurídico* el acto de disolver la Asamblea Nacional, como por el hecho cierto de que *los asambleístas perdieron su calidad como efecto de tal decisión*, tal acto es y debe de ser controlable desde el punto de vista constitucional. En ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva es evidente que todo aquel que se consideraba afectado en su derecho o interés legítimo por tal decisión podía plantear su acción constitucional ante el órgano competente, de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución de la República¹²⁷.

Es muy importante hacer énfasis en que en el Ecuador el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva comprende la ejecución de la respectiva decisión. Esto se infiere del propio texto de la disposición que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, el artículo 75: “El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”¹²⁸ De manera que los que se consideraban afectados por el Decreto Ejecutivo de disolución de la Asamblea Nacional tenían el derecho a enjuiciar constitucionalmente tal Decreto, y a que se ejecute la correspondiente decisión como parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

¹²⁷ “**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

¹²⁸ En el caso de las garantías jurisdiccionales hay una norma elocuente en la Constitución: el artículo 86 numeral 3, en su parte final:

“**Art.86.-** Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

(...)

3.

(...)

Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.”

7.- La posición de la Corte Constitucional ante la causal de grave crisis política y conmoción interna como fundamento de la disolución de la Asamblea Nacional

No obstante la claridad conceptual y lógica de lo que hemos señalado (y que por básica no tiene ningún mérito), la Corte Constitucional ha definido:

Mediante auto (elaborado por uno de los jueces más consecuentes de dicha Corte) de fecha 18 de mayo de 2023, de rechazo a la demanda de inconstitucionalidad de las disposiciones que integran el Decreto 741 de disolución de la Asamblea Nacional, en el caso N°39-23-IN, lo siguiente

5. Este Tribunal estima necesario advertir que el artículo 148 de la Constitución contempla tres causales para la disolución de la Asamblea Nacional. Estas causales son: i) arrogación de funciones que no le competen constitucionalmente “previo dictamen de la Corte Constitucional”, ii) obstrucción reiterada e injustificada de la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo y iii) grave crisis política y conmoción interna.

6. En este sentido, este Tribunal observa que la norma *ibídem*, determina que la Corte debe realizar un control de constitucionalidad únicamente en el primer supuesto, i.e., arrogación de funciones, el cual requiere un control previo, automático y obligatorio por parte de la Magistratura constitucional.

7. Bajo este enfoque, no le corresponde a la Corte Constitucional verificar la configuración material de la causal invocada ni de la motivación esgrimida por el presidente de la República en el Decreto Ejecutivo N°. 741, pues el artículo 148 de la Constitución no le ha otorgado la atribución para el efecto.

8. De lo expuesto, se evidencia que la disolución de la Asamblea Nacional por grave crisis política y conmoción interna permite al pueblo soberano que arbitre sobre las discrepancias entre los principales órganos del sistema democrático: Ejecutivo y Legislativo, mediante la elección de sus representantes por el resto del período de mandato. En consecuencia, dado que esta institución da paso de forma inmediata al control ciudadano de sus representantes, ni el constituyente ni el legislador establecieron un mecanismo de impugnación judicial de esta causal específica, por parte de la Corte y demás jueces y juezas del país. Por el contrario, privilegiaron el control democrático que deberá ser ejercido por la ciudadanía a través de su voto en las urnas, por sobre el control judicial.

9. Considerando que, en el caso bajo análisis, el decreto impugnado se fundamenta en la causal de “grave crisis política y conmoción interna” y los accionantes han pretendido que esta Corte se pronuncie sobre la verificación de la causal y la motivación expresada por la función ejecutiva, la Corte Constitucional está impedida de ejercer control sobre el decreto impugnado, y ningún otro órgano jurisdiccional de inferior nivel jerárquico puede desconocer la atribución del Presidente de la República, puesto que, la facultad presidencial prevista en el art.148 del CRE privilegió, por sobre el control judicial, el control democrático que deberá ser ejercido por la ciudadanía a través de su voto en las urnas.

10. Por lo tanto, esta demanda y la solicitud de suspensión provisional (“medida cautelar”) del decreto impugnado deben ser rechazadas

Nos parece que la Corte Constitucional a través del referido auto de rechazo cometió importantes errores jurídicos. En efecto:

1.- La interpretación jurídica del primer párrafo del artículo 148 de la Constitución ha sido realizada en forma aislada, ignorando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido comprende: el acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas, conforme al artículo 75 de la Constitución.

2.- Tal interpretación jurídica vacía de contenido el carácter “plenamente justiciable de los derechos”, establecido en el artículo 11 numeral 3 de la misma Ley suprema. Y más aún, incurre en una violación de la prohibición expresa contenida en el mismo numeral 3: “No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación (de los derechos) o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”¹²⁹

3.- Tal interpretación desconoce la garantía del debido proceso consistente en la posibilidad jurídica de acudir ante un juez impugnando un acto que perjudica o puede perjudicar un derecho o un interés legítimo; esto es, desconoce el derecho

¹²⁹ “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

a recurrir en todos los procedimientos en los que se decida sobre los derechos de las personas, de acuerdo con el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución.¹³⁰ Sin duda alguna el Decreto que disolvió la Asamblea Nacional decidió sobre el derecho de los asambleístas a ejercer sus cargos para los que fueron elegidos democráticamente. No decimos con esto que la decisión de disolución haya sido arbitraria. Al contrario, fue motivada. Pero objetivamente el Decreto 741 decidió sobre el citado derecho de los asambleístas, les quitó su condición de asambleístas.

4.- El hecho de que el primer párrafo del artículo 148 de la Constitución no haya incluido la necesidad del dictamen favorable previo de la Corte Constitucional para disolver la Asamblea Nacional invocando la *reiterada e injustificada obstrucción a la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o grave crisis política y conmoción interna*, no significa que estas dos causales no sean controlables constitucionalmente mediante un mecanismo ex post, como es propio de todo juicio. Lo uno no lleva a lo otro. La premisa de la exigencia del dictamen favorable previo de la Corte Constitucional para disolver la Asamblea Nacional invocando la *arrogación de funciones que no le competen constitucionalmente a la Asamblea Nacional*, no produce como consecuencia jurídica que las otras dos causales no sean controlables constitucionalmente en el ámbito procesal, máxime en un “Estado constitucional de derechos y justicia” como el ecuatoriano, según el artículo 1 de la Ley suprema.

5.- Nos parece que la Corte Constitucional en el auto de rechazo referido incurre en importantes confusiones. En efecto, la institucionalidad del control jurídico es una cuestión medular, esencial, insustituible, inconfundible con otras instituciones jurídicas en un Estado de Derecho. Es posible que el diseño del control jurídico respecto de la actividad estatal en un determinado Estado tenga falencias. Pero de ahí a considerar que el control jurídico constitucional ex post puede ser obviado o ignorado, o sencillamente no existe, porque la Constitución de la República ha previsto que en caso de disolución de la Asamblea Nacional el pueblo debe elegir: 1) a los nuevos asambleístas que reemplacen a los anteriores hasta completar el periodo para los cuales estos fueron elegidos, y 2) a los nuevos presidente y vicepresidente constitucionales de la República para que

¹³⁰ “Art.76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

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

(...)

1) 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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

reemplacen a los anteriores por el periodo que falta para completar el tiempo por el que fueron elegidos estos, *hay una gran y sustancial diferencia*.

El control jurídico constitucional de los Decretos de disolución de la Asamblea Nacional por las causales de *reiterada e injustificada obstrucción a la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o grave crisis política y conmoción interna*, según el artículo 148 de la Constitución, no es incompatible con la elección democrática de las nuevas autoridades de la Función Ejecutiva y de los nuevos asambleístas. *La elección democrática indicada no reemplaza al control constitucional referido. El bien jurídico que protege cada uno es diferente*.

Aquello de que el pueblo arbitra sobre las discrepancias entre el Ejecutivo y el Legislativo es un importante error, pues cuando ese pueblo soberano elige a sus nuevos representantes la Función Legislativa, que es parte del conflicto, ya ha dejado transitoriamente de cumplir sus funciones, pues los asambleístas que la integraban fueron cesados. Ergo, no hay tal dirimencia respecto de las discrepancias entre las Funciones Legislativa y Ejecutiva. En definitiva, la elección de los representantes por el resto del período del mandato no cumple, no puede cumplir el rol que le asigna la Corte Constitucional en el auto de rechazo.

De ese pronto rol dirimente que supone la Corte Constitucional, ésta infiere una consecuencia errónea: ni el constituyente ni el legislador establecieron un mecanismo de impugnación judicial de esta causal específica por parte de la Corte Constitucional y demás jueces y juezas del país. Esta forma de entender el primer párrafo del artículo 148 de la Constitución refleja una interpretación aislada, descontextualizada de la realidad jurídica constitucional del Ecuador. En efecto, como ya hemos señalado, la disolución de la Asamblea Nacional *es un acto jurídico* del jefe de Estado y de Gobierno del Ecuador, y como acto jurídico genera consecuencias de Derecho: la cesación temporal del trabajo de la Asamblea y la pérdida de la calidad de asambleísta de todos los miembros de la misma. Un proceder así (disolver la Asamblea) por fundamentado que fuera no puede quedar libre de la posibilidad de ser examinado a la luz de la Constitución de la República. (Nos parece claro que la Corte no aplicó los criterios de unidad y de concordancia práctica en su interpretación constitucional).

Para ello existen los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica, el carácter plenamente justiciable de los derechos, la garantía de recurrir como parte del derecho constitucional al debido proceso, etc. Por lo demás, el acto político o de gobierno es un acto jurídico de la administración pública, y como tal es impugnabile judicialmente al tenor del artículo 173 de la Ley suprema del Ecuador: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del

Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.¹³¹ Resulta, pues, de toda evidencia que es innecesario el establecimiento de un texto constitucional en el artículo 148 que establezca el carácter impugnable o recurrible del acto de disolución de la Asamblea Nacional por las causales de *reiterada e injustificada obstrucción a la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o grave crisis política y conmoción interna*. Recuérdese que señalamos que el artículo 11 numeral 3 (último párrafo) de la Constitución define (por el carácter plenamente justiciable de los derechos) que:

“No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación (de los derechos) o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

6.- Por si lo anterior fuera poco, la Corte Constitucional enfrenta dos instituciones que no tienen ningún tipo de conflicto, que no se contradicen ni conceptual ni operativamente: la elección de los asambleístas de reemplazo y del presidente y vicepresidente constitucionales de la República para que completen los respectivos periodos,¹³² con el “control judicial” del Decreto que decide la disolución de la Asamblea Nacional. En efecto, según la interpretación de la Corte el control democrático a través del voto en las urnas está por encima del control judicial. Ha sido *privilegiado* por el constituyente y por el legislador. Si no hay enfrentamiento no puede haber ganador. El control jurídico del Decreto de disolución en nada se opone a la realización de las elecciones señaladas. El entendimiento, la comprensión de la dimensión de las instituciones no pueden ser correctos si la visión de las mismas, si su análisis se realiza de forma aislada, descontextualizada en relación con el sistema jurídico, y en particular con la Constitución y sus pilares jurídicos, entre ellos el que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia en el cual “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”¹³³

¹³¹ Cabe tener en cuenta que en el Ecuador los actos administrativos pueden producir efectos individuales o generales. El artículo 98 del Código Orgánico Administrativo define:

“**Artículo 98.-** Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”

¹³² La posibilidad de volver a candidatizarse como asambleísta y como presidente y vicepresidente de la República es plena. No se trata de un nuevo periodo. Es una elección para culminar el periodo original. Así lo declaró la Corte Constitucional del Ecuador.

¹³³ Artículo 11 numeral 9, párrafo primero.

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

(...)

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

7.- Como corolario de lo anterior la Corte Constitucional llega a la conclusión de que está impedida de ejercer control jurídico constitucional sobre el Decreto de disolución de la Asamblea Nacional, y advierte que “ningún otro órgano jurisdiccional de inferior nivel jerárquico puede desconocer la atribución del Presidente de la República, puesto que, la facultad presidencial prevista en el art.148 del CRE privilegió, por sobre el control judicial, el control democrático que deberá ser ejercido por la ciudadanía a través de su voto en las urnas.”

A nosotros nos parece que nuevamente hay un error: el control jurídico de que puede ser objeto el indicado Decreto no implica el desconocimiento de la atribución constitucional presidencial de disolver la Asamblea Nacional por “grave crisis política y conmoción interna” al tenor del primer párrafo del artículo 148 de la Constitución. El control jurídico indicado no afecta el ejercicio efectivo de tal facultad presidencial. Se cumple luego de tal ejercicio; por consiguiente, no lo impide. Y más aún: el control señalado es una consecuencia natural del ejercicio de la autoridad. Está orientado a verificar que los titulares de las competencias públicas no actúen en forma arbitraria. El control jurídico es pieza insustituible en todo Estado de Derecho. Con la lógica de la Corte se puede llegar a que cada vez que se controla jurídicamente el ejercicio de una atribución presidencial constitucional se la está desconociendo. Aquello del privilegio del control democrático por sobre el control judicial ya ha sido observado por nosotros líneas atrás. No hay tal privilegio.

La Corte no era competente para conocer y resolver la causa no porque la disolución de la Asamblea Nacional no sea impugnabile, sino porque tal disolución *no es un acto normativo ni tampoco un acto administrativo de efecto general*, que son los elementos que se impugnan en la acción pública de inconstitucionalidad. Esto lo comentamos en el subtítulo siguiente.

Consideramos que el criterio de la Corte Constitucional constituye, en los hechos, un negativo precedente para la institucionalidad democrática del Ecuador, pues la figura de la grave crisis política y conmoción interna opera también como causal para la destitución del presidente de la República, de acuerdo con lo establecido en el artículo 130 numeral 2 de la Constitución¹³⁴. Entonces, si no es controlable constitucionalmente la figura de la grave crisis política y conmoción interna como fundamento para la disolución de la Asamblea Nacional, tampoco es controlable constitucionalmente dicha causal cuando opera como fundamento para la destitución

¹³⁴ “**Art. 130.-** La Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República en los siguientes casos:
(...)
2. Por grave crisis política y conmoción interna.”

del presidente de la República. El descontrol constitucional nunca puede ser bueno para la democracia ni para el Derecho. La arbitrariedad tanto del presidente de la República (cualquiera que fuere) como de la Asamblea Nacional (cualquiera que fuere su integración) tienen ahora, en principio, vía libre. Destacamos el hecho de que el criterio de la Corte Constitucional en cuanto al carácter no recurrible de la disolución de la Asamblea Nacional se encuentra plasmado en todos los autos de rechazo de las seis acciones conocidas de inconstitucionalidad.¹³⁵

En el caso *Mina Cuero versus Ecuador* la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo¹³⁶:

116. En relación con el artículo 25.1 de la Convención, la Corte ha señalado que dicha norma contempla la obligación del Estado de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. La Corte ha establecido que para que exista un recurso efectivo no es suficiente con que este esté establecido formalmente. El recurso debe ser idóneo para combatir la violación y ser efectiva su aplicación por la autoridad competente. Lo anterior no implica que se evalúe la efectividad de un recurso en función de que este produzca un resultado favorable para el demandante

8.- La autoridad competente para conocer y resolver sobre las impugnaciones constitucionales respecto de la disolución de la Asamblea Nacional

Ahora bien, no podemos dejar de destacar lo siguiente: ante el silencio de la Constitución respecto de la definición de la autoridad judicial competente para conocer y resolver sobre la impugnación de la decisión de disolver la Asamblea Nacional por parte del presidente constitucional de la República, surge la básica inquietud jurídica sobre quién es tal autoridad. Para responder a esta pregunta primero hay que definir cuál es la naturaleza jurídica de dicha decisión: ¿es un acto normativo o es un peculiar acto administrativo, esto es, un acto político o de gobierno?

¹³⁵ Todos los cuales se encuentran publicados en el portal de la Corte Constitucional del Ecuador. Cabe destacar que todas las Salas de Admisión (tres en total) constituidas por tres jueces diferentes cada una, consideraron irrecurrible el Decreto que dispuso la disolución de la Asamblea Nacional. Por consiguiente, se trata de un criterio uniforme de los nueve jueces de la Corte.

¹³⁶ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_464_esp.pdf

Para nosotros es sumamente claro que no es un acto normativo, pues no regula, no regla ninguna situación o conducta. No hay ni regulación directa ni indirecta. Ergo, es improcedente plantear la acción de inconstitucionalidad de acto normativo. Hacerlo sería un craso error. En el caso de la disolución de la Asamblea Nacional a través del Decreto Ejecutivo N^o. 741 los accionantes de todos los juicios rechazados por la Corte Constitucional¹³⁷ siguieron el camino de la señalada acción pública de inconstitucionalidad. Es decir, las acciones fueron equivocadas. Según el artículo 98 párrafo segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior.”

En nuestro concepto la disolución de la Asamblea Nacional no es un acto normativo, ni tampoco un acto administrativo con efectos generales. Se trata de un acto administrativo que desde el punto de vista subjetivo afecta a un específico número de ciudadanos y ciudadanas assembleístas, por ende es muy claro que no tiene efectos generales; desde el punto de vista objetivo suspende temporalmente el funcionamiento de la Asamblea Nacional. La incidencia institucional de la disolución de la Asamblea Nacional no es jurídicamente sinónimo de acto administrativo de efectos generales. Son cuestiones diferentes.

Si no es acto normativo ni tampoco acto administrativo con efectos generales, es de toda evidencia que la vía de impugnación no es la acción pública de inconstitucionalidad. En nuestro concepto es un acto político o de gobierno instrumentado a través de un acto administrativo, en razón de lo cual su camino de impugnación constitucional es el propio de los actos administrativos, de acuerdo con el artículo 88 de la Constitución¹³⁸. Desde el punto de vista del deber ser institucional la autoridad competente para conocer y resolver sobre la indicada disolución debiera ser la Corte Constitucional, pero este no es el punto de vista de nuestra Constitución. El diseño constitucional no le da a la disolución de la Asamblea Nacional un tratamiento diferente del común de los actos administrativos en cuanto a su mecanismo de impugnación.

¹³⁷ Se plantearon 6 demandas.

¹³⁸ “**Art. 88.-** La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

Bibliografía

Normas

- 1.- Constitución de la República del Ecuador.
- 2.- Código Orgánico Administrativo.
- 3.- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

Decreto

Decreto Ejecutivo No 741, publicado en el suplemento del Registro Oficial No 312 del 17 de mayo de 2023.

Obras jurídicas

- 1.- Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Vladimir Naranjo Mesa.
- 2.- Anotaciones sobre justicia, democracia y desarrollo. Miguel Hernández Terán.
- 3.- Democracia, jueces y control de la administración. Eduardo García de Enterría.
- 4.- Curso de Derecho Administrativo. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández.

Providencias judiciales

- 1.- Sentencia del Consejo de Estado de Colombia en el proceso número 11001-03-24-000-2009-00344-00(IJ).
- 2.- Sentencia C-802/02 de la Corte Constitucional de Colombia.
- 3.- Dictamen 3-19-EE/19 del 9 de julio de 2019 de la Corte Constitucional del Ecuador.
- 4.- Auto de la Corte Constitucional del Ecuador de fecha 18 de mayo de 2023, de rechazo a la demanda de inconstitucionalidad de las disposiciones que integran el Decreto 741 de disolución de la Asamblea Nacional, en el caso N°39-23-IN.
- 5.- Sentencia del caso Mina Cuero versus Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 7 de septiembre de 2022.

Artículo

Los actos políticos en la Posmodernidad. Gustavo Penagos (artículo publicado en el portal citado en el correspondiente pie de página).

QUINTA PARTE

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

Sumario: 1.- Concepto de Estado de excepción; 2.- Generalidades y observaciones; 3.- Características del Estado de excepción; 4.- Precisiones importantes; 5.- La Corte Constitucional y la verificación de las causales para decretar el Estado de excepción; 6.- Supranacionalidad de las limitaciones a los Estados de excepción; 7.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Estados de excepción; 8.- EL caso Zambrano Vélez y otros versus Ecuador. Bibliografía.

Desarrollo

1.- Concepto de Estado de excepción

El Estado de Excepción constituye una declaración gubernamental y un régimen jurídico extraordinario autorizado constitucionalmente que se activa por decisión indelegable del presidente constitucional de la República ante situaciones graves expresamente definidas en la ley suprema, y que sin interrumpir las actividades de las Funciones del Estado permite suspender o limitar el ejercicio de ciertos derechos constitucionales, así como tomar medidas tributarias y no tributarias orientadas a superar las razones que motivaron la declaratoria del Estado de excepción¹³⁹.

Según el artículo 28 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado¹⁴⁰ “Los estados de excepción son la respuesta a graves amenazas de origen natural o antrópico que afectan a la seguridad pública y del Estado. El estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración.”

Para la Corte Constitucional del Ecuador¹⁴¹ “el fin que debe perseguir la declaratoria de un estado de excepción consiste en utilizar las acciones extraordinarias que la Constitución prescribe para contener de forma rápida y eficiente una determinada crisis”

¹³⁹ Este concepto es construido sobre la base de la legislación ecuatoriana.

¹⁴⁰ Publicada en el Registro Oficial.

¹⁴¹ Dictamen 1-24-EE/24 del 29 de febrero de 2024.

2.- Generalidades y observaciones

Héctor Fix Zamudio relata¹⁴² que “La creación de disposiciones jurídicas para regular las situaciones graves de conflictos internos o externos surgieron en forma definida en el derecho romano, en cuanto se establecieron normas de duración temporal con el fin de que las autoridades públicas pudiesen superar las situaciones de peligro derivadas de insurrecciones internas o de guerra exterior. En efecto, el destacado jurista alemán Carl Schmitt señaló que durante la República se estableció la dictadura comisarial, la que consistía en la designación por el cónsul a solicitud del Senado, de un funcionario durante un periodo de seis meses con atribuciones para hacer frente a la emergencia, pero en la práctica, si la situación se normalizaba antes de concluir dicho plazo, el comisario debía dejar su cargo. El mismo autor distinguía entre esta dictadura temporal (comisarial) y la permanente (soberana), que se transformaba en tiranía como las ejercidas por Sila y por César”

El mismo autor señala¹⁴³ que “El derecho constitucional latinoamericano, de manera prácticamente unánime, prevé y reglamenta la existencia y funcionamiento de los estados de excepción para hacer frente con eficacia y rapidez a situaciones de grave emergencia, pero son muy variables las calificaciones y los instrumentos constitucionales para dictarlas y aplicarlas, y como ya se ha dicho, también son muy diversas las denominaciones que se utilizan para calificar dichas situaciones: estado de guerra; estado sitio; de emergencia, o de peligro; medidas prontas de seguridad; suspensión de garantías, entre otros nombres, y generalmente también se enumeran los derechos humanos que pueden suspenderse o limitarse temporalmente, y de aquellos otros, especialmente en los textos más recientes, que por el contrario deben mantenerse intangibles, así como los instrumentos procesales para asegurar su protección.”

También destaca¹⁴⁴: “La única manera efectiva de evitar la arbitrariedad en las declaraciones de emergencia y su aplicación, es su judicialización, la que se ha desarrollado con bastante lentitud, ya que por muchos años predominó el criterio tanto legislativo como jurisprudencial de que se trataba de cuestiones estrictamente políticas que no podían someterse al conocimiento de los organismos jurisdiccionales. En efecto, la revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse durante las situaciones de emergencia

142 En su trabajo *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. Página 802.
Tomado de: file:///C:/Users/Dr.%20Miguel%20Hern%C3%A1ndez/Downloads/14.%20Los%20Estados%20de%20Excepci%C3%B3n%20y%20la%20defensa%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20E2%80%93%20H.%20F.pdf

143 Página 809 del trabajo citado.

144 Página 812.

o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas (aun cuando sea con limitaciones en cuanto a la apreciación de la oportunidad y de la discrecionalidad políticas de las declaraciones respectivas), en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados.”

En el caso ecuatoriano nuestra Constitución prevé en parte del artículo 166 párrafo segundo que “Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional.”

Juan Pablo Aguilar señala:¹⁴⁵

“Ante las posibilidades que ofrece, el estado de excepción se convierte, por lo menos, en una tentación para el ejercicio de poderes arbitrarios, ante la cual en no pocos casos han cedido las autoridades de turno. Los estados de excepción, muchas veces, se han convertido en instrumento rutinario de gobierno y recurso constante que acaba transformando lo excepcional en común y corriente; en palabras de Despouy, “en toda una serie de casos los estados de excepción se habían transformado en el instrumento jurídico mediante el cual se pretendía ‘legalizar’ los peores abusos y las más perniciosas arbitrariedades.”

Refiriéndose al Ecuador este importante autor indica¹⁴⁶:

“ciento setenta y nueve estados de excepción se han decretado desde el inicio del último período democrático¹⁴⁷ hasta la promulgación de la Constitución vigente; de ellos ciento treinta y dos (las tres cuartas partes), son posteriores al año 2000. Durante la presidencia de ..., y hasta el 20 de octubre de 2008, se decretaron cuarenta y ocho estados de excepción, lo que casi alcanza los cincuenta y seis que sumaron sus dos antecesores. Parece claro, sobre todo en el período reciente, que la excepción se ha convertido en la regla.”

¹⁴⁵ En su trabajo *Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción*, contenido en la revista IURIS DICTIO de la Universidad San Francisco de Quito. Publicación de septiembre de 2010. Página 61. Tomado de: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/693>

¹⁴⁶ Página 62 del trabajo citado.

¹⁴⁷ Año 1979.

Aguilar es crítico con la Corte Constitucional de la época¹⁴⁸

“Curioso resulta que una Corte que se autoproclama seguidora del “paradigma neoconstitucional”, no se cuestione la utilización de los estados de excepción como instrumento normal de gobierno y no le parezca por lo menos digno de análisis el hecho de que las medidas excepcionales se hayan aplicado en diecisiete de los dieciocho meses de vigencia de la Constitución.

(...)

La falta de vinculación entre el discurso teórico que la Corte desarrolla en sus sentencias y la decisión final que toma en ellas es evidente en todos los casos. Se empieza siempre por exponer lo que podríamos denominar una visión garantista de los estados de excepción, pero a la hora de examinar cada decreto se recurre a cualquier pirueta mental para conseguir que, a la larga, se justifique precisamente la clase de decisiones que la teoría busca descalificar.”

La valoración continúa¹⁴⁹:

“Salvo en dos casos, en los que no se señala una causal expresa, todas las declaraciones de estado de excepción hechas a partir del 20 de octubre de 2008 se relacionan con una sola causal, la que el artículo 164 de la Constitución denomina “grave conmoción interna”. En otras palabras, entre noviembre de 2009 y febrero de 2010 se han dictado en el Ecuador dieciséis decretos ejecutivos (uno por mes) que se fundamentan en la idea de conmoción interna para adoptar medidas excepcionales en los más variados espacios y materias; al parecer, vivimos en un país en permanente conmoción, en el que existe un sinnúmero de problemas que no pueden solucionarse por medio de los instrumentos corrientes del Estado Constitucional.

3.- Características del Estado de excepción

Como características del Estado de excepción podemos destacar las siguientes:

- a) Es una institución de Derecho estricto sometida al Derecho Público;

¹⁴⁸ Página 65.

¹⁴⁹ Página 70.

- b) Es una institución de orden público;
- c) La competencia para su declaración es exclusiva del presidente constitucional de la República;
- d) Habilita la suspensión o limitación de los derechos constitucionales a la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad de la correspondencia, a la libertad de tránsito, a la libertad de asociación y reunión y a la libertad de información en los términos que señala la Constitución;
- e) Puede ser revocado por la Asamblea Nacional en cualquier tiempo, “sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional.”¹⁵⁰
- f) Se encuentra regulado tanto por legislación nacional (básicamente la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la Ley de Seguridad Pública y del Estado) como supranacional (la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fundamentalmente, sin perjuicio de los mandatos de la jurisprudencia interamericana);
- g) No interrumpe las actividades de las Funciones del Estado;
- h) Está sometido a los principios constitucionales de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad;
- i) Tiene un plazo constitucional máximo de 60 días, renovable hasta por treinta días más;
- j) Su declaratoria es indelegable;
- k) Las medidas comprendidas en el Estado de excepción están sujetas al control formal y material de la Corte Constitucional.

¹⁵⁰ Parte del artículo 166 párrafo primero de la Constitución: “La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional.”

4.- Precisiones importantes

Considerando el régimen jurídico ecuatoriano de los Estados de excepción podemos destacar lo siguiente:

1.- Según el artículo 119 de la citada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “El control constitucional de los estados de excepción tiene por objeto garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos.”

2.- La Corte Constitucional se debe involucrar en el análisis cualitativo de **las medidas** tomadas por el presidente de la República en cada Estado de excepción (control material o de fondo), considerando que tales medidas están destinadas a superar la situación extraordinaria que motivó la declaratoria del Estado de excepción. La aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad apuntan especialmente hacia el indicado análisis. En efecto, el artículo 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece:

“Art. 123.- Control material de las medidas dictadas con fundamento en el estado de excepción.- Para efectos del control material, la Corte Constitucional verificará que las medidas dictadas con fundamento en el estado de excepción cumplan los siguientes requisitos:

1. Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, y que las medidas ordinarias sean insuficientes para el logro de este objetivo;
2. Que sean proporcionales al hecho que dio lugar a la declaratoria;
3. Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria y las medidas adoptadas;
4. Que sean idóneas para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria;
5. Que no exista otra medida que genere un menor impacto en términos de derechos y garantías;
6. Que no afecten el núcleo esencial de los derechos constitucionales, y se respeten el conjunto de derechos intangibles; y,
7. Que no se interrumpa ni se altere el normal funcionamiento del Estado.”

El artículo 30, párrafos segundo y tercero de la Ley de Seguridad Pública y del Estado concuerdan con la disposición transcrita:

“Las medidas de excepción deberán estar directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas que generan el hecho objetivo y a impedir la extensión de sus efectos.

Toda medida que se decrete durante el estado de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar, en función de la gravedad de los hechos objetivos, naturaleza y ámbito de aplicación.”

3.- La declaratoria del Estado de excepción también es objeto de control de fondo o material (involucramiento cualitativo) por parte de la Corte Constitucional. El punto de partida para ello es el contenido del párrafo segundo del artículo 164 de la Constitución:

“El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.”

Las causales para la declaratoria del Estado de excepción están establecidas en el primer párrafo del señalado artículo:

“La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.”

Los derechos que se pueden suspender o limitar durante el Estado de excepción están determinados en el artículo 165 párrafo primero de la Ley suprema:

“Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.”

En cuanto al control material o de fondo **de la declaratoria** del Estado de excepción, el artículo 121 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ordena:

“Art. 121.- Control material de la declaratoria de estado de excepción.- La Corte Constitucional realizará un control material de la declaratoria del estado de excepción, para lo cual verificará al menos lo siguiente:

1. Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia;
2. Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural;
3. Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario; y,
4. Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República.”

4.- La incursión de la Corte Constitucional en la valoración de los aspectos de fondo o materiales de la **declaratoria** del Estado de excepción y de las **medidas** adoptadas por el presidente de la República en el Estado de excepción pueden convertir a dicha Corte –más allá de su recta intención– en un actor político. Por ejemplo, la Corte podría considerar que una o varias de las medidas adoptadas por el presidente de la República son incompletas, innecesarias o ineficaces para superar la específica situación de grave conmoción interna o de calamidad pública que ameritó la declaratoria del Estado de excepción; podría concluir que no hay relación directa entre los hechos acontecidos y las medidas tomadas para superar los efectos de esos hechos, o para evitar la reiteración de tales hechos; podría concluir que hay medidas más eficaces, de más pronto resultado y austeras que las tomadas por el presidente, etc; incluso las afirmaciones de la Corte Constitucional podrían ridiculizar a un presidente. En definitiva, la Corte podría convertirse en un actor político sin intención de serlo.

5.- El control jurídico que ejerce la Corte Constitucional **se extiende** a los decretos que se dicten con fundamento en el que declara el Estado de excepción, al tenor del artículo 119 párrafo segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁵¹. Este aspecto es muy importante porque la expedición

¹⁵¹ Que dice: “La Corte Constitucional efectuará un control formal y material constitucional automático de los decretos que declaren un estado de excepción y de los que se dicten con fundamento en éste. El trámite del control no afecta la vigencia de dichos actos normativos.”

del decreto que declara el Estado de excepción puede ser, en el fondo, la excusa para la expedición de uno o de varios decretos de ejecución del Estado de excepción. Podría haber, pues, desviación de poder.

6.- La facultad constitucional de la Asamblea Nacional de “revocar el decreto (de Estado de excepción) en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 166 párrafo primero de la Constitución, puede afectar directamente la eficacia de las medidas adoptadas por el presidente de la República para superar la o las causas que motivaron la expedición del Estado de excepción.

5.- La Corte Constitucional y la verificación de las causales para decretar el Estado de excepción

Ahora bien, en términos de racionalidad jurídica nos parece claro que si la Corte Constitucional *verifica la configuración de las causales constitucionales* para la declaratoria del Estado de excepción, es básico que respecto de ellas tenga una concepción; de otra manera no sería posible hacer tal verificación. En otras palabras, una concepción de las causales es condición necesaria para su verificación. Dicha verificación es una operación silogística. Tenemos en mente los desarrollos conceptuales realizados por la Corte respecto de las causales de *grave conmoción interna y calamidad pública*. Ésta última ha sido entendida por la Corte en los siguientes términos:

*“[...] por calamidad pública se entiende toda situación de catástrofe con origen en causas naturales o antrópicas que, por tener el carácter de imprevisible o sobreviniente, provoca graves consecuencias sobre la sociedad, particularmente, la lesión o puesta en riesgo de la integridad de la vida humana o de la naturaleza. [...] Así, se destaca de la definición expuesta dos elementos esenciales cuya concurrencia se requiere para la configuración de una calamidad pública, a saber, (i) la presencia de una situación catastrófica derivada de causas naturales o humanas que afecte gravemente a las condiciones sociales de una región o de todo el país; y (ii) que la concurrencia de dicha situación sea imprevista o sobreviniente [...]”*¹⁵²

¹⁵² Texto reproducido en el dictamen 7-20-EE/20 del 27 de diciembre de 2020. Página 9. Jueza ponente: Dra. Daniela Salazar Marín.
Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicyYzM2ZDg1NC1iZDFjLTRkMWQtYjBkZS0xZGJjYWNmYjc3ZTcucGRmJ30=

La conmoción interna ha sido conceptualizada así por la Corte Constitucional¹⁵³:

“21. En primer lugar, la conmoción interna implica la real ocurrencia de acontecimientos de tal intensidad que atenten gravemente en contra del ejercicio de los derechos constitucionales, la estabilidad institucional, la seguridad y la convivencia normal de la ciudadanía. En segundo lugar, los hechos que configuran una situación de grave conmoción interna deben generar una considerable alarma social. Estos hechos, de manera frecuente, suelen ser reportados por los medios de comunicación.”

Lo que hemos señalado: la necesidad de una concepción previa respecto de las causales para decretar el Estado de excepción es algo que consideramos completamente lógico. La Corte Constitucional del Ecuador respecto de la causal “conflicto armado interno” tiene una posición un poco extraña. En efecto, en el dictamen 1-24-EE/24 del 29 de febrero de 2024¹⁵⁴ la Corte sostiene, entre otros¹⁵⁵:

“75. Previo a determinar si se configura la causal invocada y al ser la primera vez que se analiza la causal de conflicto armado interno, esta Corte debe puntualizar que únicamente le corresponde realizar un control de constitucionalidad de naturaleza jurisdiccional sobre el decreto de estado

153 Dictamen 3-19-EE/19 del 9 de julio de 2019. Páginas 4 y 5. Juez ponente, Dr. Agustín Grijalva. Tomado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3965cb1e-fbfe-4ef4-9a1f-2016a93e3261/0003-19-ee-dictamen.pdf?guest=true>

154 Ponencia del doctor Enrique Herrería Bonnet, uno de los mejores jueces de la Corte. Tomado de: <file:///C:/Users/Dr.%20Miguel%20Hern%C3%A1ndez/Downloads/DICTAMEN.pdf>

155 El antecedente de este dictamen lo resume la Corte:

“1. El 8 de enero de 2024, mediante oficio T. 110-SGJ-24-0035, el presidente de la República del Ecuador, Daniel Noboa Azín (“**presidente**”), notificó a la Corte Constitucional una copia certificada del Decreto Ejecutivo 110 (“**Decreto 110**”), en el que resolvió: “Declarar el estado de excepción en todo el territorio nacional por grave conmoción interna, incluidos todos los centros de privación de la libertad que integran el Sistema Nacional de Rehabilitación Social”, con fundamento en la situación que describe, la cual “resalta la violencia y criminalidad en el territorio nacional” y “requiere una intervención emergente y urgente de las instituciones del Estado para precautelar y garantizar la seguridad e integridad, así como los demás derechos de los ciudadanos, el orden público, la paz social y el orden constituido”. El Decreto 110 se recibió el 10 de enero de 2024, junto con un sobre cerrado, personal y reservado.

2. El 9 de enero de 2024, mediante oficio T. 110-SGJ-24-0039, el presidente remitió a la Corte Constitucional una copia certificada del Decreto Ejecutivo 111 (“**Decreto 111**”), emitido la misma fecha, a través del cual complementó el Decreto 110 y señaló lo siguiente: “[r]econocer la existencia de un conflicto armado interno”, indicando que esta se invocaba como una causal adicional. Este decreto se recibió el 11 de enero de 2024 junto con un sobre cerrado, personal y reservado.”

El párrafo 203 precisó:

“203. El artículo 5 del Decreto 111 dispone lo siguiente:

Artículo 5. Ordenar a las Fuerzas Armadas ejecutar operaciones militares, bajo el derecho internacional humanitario y respetando los derechos humanos, para neutralizar a los grupos identificados en el artículo 4 del presente Decreto Ejecutivo.”

de excepción. En otras palabras, no le compete efectuar un análisis exhaustivo sobre si los hechos invocados por la presidencia tienen o no la potencialidad jurídica de generar una cierta consecuencia. La LOGJCC solamente exige a este Organismo verificar que: **(i)** los hechos alegados hayan tenido real ocurrencia; y, que **(ii)** configuren la causal invocada, entre otros requisitos.

(...)

85. Entonces, en el supuesto específico de conflicto armado interno, esta Magistratura debe verificar, a diferencia de otras causales, únicamente la justificación del presidente al respecto y si esta se enmarcaría en la causal referida, a partir de hechos ciertos y actuales.

86. En tal virtud, podría surgir la duda de porqué se incluyó a la causal de “conflicto armado interno” dentro de aquellas que permiten decretar estado de excepción. Esta Corte considera que la misma se incluyó como una causal que permite acudir a un régimen excepcional porque, en el marco de este escenario, el presidente podría necesitar suspender o limitar los derechos fundamentales contemplados en la CRE o ejercer las atribuciones excepcionales únicamente facultadas en el marco del estado de excepción, reconocidas en el artículo 165 de la Norma Suprema. Por ejemplo, el presidente podría considerar necesario limitar la libertad de tránsito y la libertad de información mientras se desarrolla un conflicto armado interno, para garantizar la seguridad de la población en general y evitar que se divulgue información de carácter sensible, respectivamente. En similar sentido, el presidente podría considerar necesario trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional o disponer el cierre o habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, por motivos de seguridad. Ello únicamente se puede realizar en el marco de un estado de excepción, ergo, la necesidad de incluir al “conflicto armado interno” como una causal que habilita este régimen de excepcionalidad.

87. Pero, al implicar una situación que desborda el régimen ordinario y los mecanismos que este contempla, la Constitución y la LOGJCC exigen un control de constitucionalidad, de carácter formal y material, a fin de verificar que su activación realmente sea necesaria y no se ordinarice el estado de excepción. Incluso, cabe resaltar que un conflicto armado interno puede existir con independencia de la declaratoria de estado de excepción que se realice por tal motivo. Es decir, el conflicto armado interno

podría existir tanto antes como después de la vigencia del mismo, al no depender de este. En tal sentido, es evidente que esta Magistratura solo debe verificar que se justifique argumentadamente que hechos ciertos y actuales se enmarquen en lo que podría entenderse como un conflicto armado interno, definición que se encuentra en constante evolución, mas no determinar si este existe o no.

(A nosotros nos parece que si se verifican los hechos invocados por el presidente de la República y la Corte tiene una concepción sobre lo que es “conflicto armado interno”, es inevitable concluir que el conflicto armado interno existe; de otra manera no se habría podido configurar).

(...)

92. En consecuencia, y toda vez que el presidente ha justificado, **en abstracto**¹⁵⁶, como hechos ciertos y actuales se enmarcarían en el posible entendimiento de un conflicto armado interno (por ejemplo, en los términos de los párrafos 81 y 82), esta Magistratura considera que la causal invocada es constitucional. Sin perjuicio de ello, reitera que la existencia o inexistencia de un conflicto armado interno, así como sus alcances y características, es una cuestión de hecho y que en el presente dictamen la Corte únicamente se ha limitado a realizar un control de constitucionalidad sobre el estado de excepción.

(Para nosotros los alcances y características del conflicto armado interno son elementos de su concepción)

(...)

122. ... esta Magistratura estima necesario reafirmar, conforme se ha señalado en párrafos anteriores que el pronunciamiento realizado a través del presente dictamen se circunscribe al ámbito de las competencias y facultades propias de la Corte Constitucional. En otras palabras, el análisis efectuado se limita a llevar a cabo un control constitucional de la declaratoria de estado de excepción contenida en los Decretos.

(...)

144. Como se ha reiterado en este dictamen, a esta Corte no le compete verificar la existencia de un conflicto armado interno, al ser una cuestión

¹⁵⁶ Las negrillas son nuestras.

de hecho que escapa de sus atribuciones. Así también, que se configure o no un conflicto armado interno no depende ni se condiciona temporalmente a la vigencia del presente estado de excepción.

(...)

204. Conforme se señaló en el acápite 5.3.2. *supra*, a esta Corte no le compete verificar la existencia de un conflicto armado interno, al exigir un análisis exhaustivo y minucioso que excede las facultades de esta Magistratura en el marco del presente control de constitucionalidad, sino que responde al reconocimiento de las privativas atribuciones del presidente para definir cuándo, a su conocimiento y entender, ocurre este fenómeno.

205. Ello, porque la existencia de un conflicto armado interno, como se ha señalado de forma reiterada, no depende de declaraciones o reconocimientos políticos o de las partes involucradas, ni se configura en virtud del control de constitucionalidad que le compete a este Organismo. En consecuencia, a la Corte tampoco le corresponde efectuar afirmaciones sobre el régimen jurídico aplicable, al ni siquiera ser competente para verificar si existe o no un conflicto armado interno.

206. Con base en lo expuesto, se declara la constitucionalidad condicionada de la medida *in examine*, excepto la frase “bajo el derecho internacional humanitario”. El artículo 5 del Decreto 111 se leerá de la siguiente forma¹⁵⁷:

Ordenar a las Fuerzas Armadas ejecutar operaciones militares, respetando los derechos humanos, para neutralizar a los grupos identificados en el artículo 4 del presente Decreto Ejecutivo.

207. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que esta Corte no está determinando que el derecho internacional humanitario es inaplicable, sino que no le es posible avalarlo y, por tanto, se abstiene de realizar apreciaciones adicionales. En consecuencia, corresponde que se elimine esa frase del Decreto 111, ya que la determinación del régimen jurídico aplicable se deberá realizar en cada situación y caso a caso por las autoridades competentes.”

¹⁵⁷ El artículo 5 del Decreto 111 dispuso:

“**Artículo 5.** Ordenar a las Fuerzas Armadas ejecutar operaciones militares, bajo el derecho internacional humanitario y respetando los derechos humanos, para neutralizar a los grupos identificados en el artículo 4 del presente Decreto Ejecutivo.”

En la parte dispositiva del dictamen 1-24- EE/24 la Corte determina, entre otros:

“3. Reconocer que la existencia de un conflicto armado interno es una cuestión de hecho, que no depende de la declaratoria de una autoridad pública, como la emisión de un estado de excepción o su control por parte de este Organismo.

4. Recordar que la intervención de las Fuerzas Armadas para garantizar la soberanía e integridad territorial es una de sus competencias ordinarias e, incluso, en caso de conflicto armado interno, estas pueden movilizarse e intervenir una vez fenecido el estado de excepción que nos ocupa, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.”

Ahora bien, no puede pasar inadvertido que el voto concurrente de 5 de los 8 jueces votantes del indicado dictamen 1-24- EE/24 sostuvo, entre otros, lo siguiente¹⁵⁸:

“59. En consecuencia, consideramos que en este caso concreto el presidente de la República, en el decreto de estado de excepción y en los informes confidenciales adjuntos, entregados hasta el momento, no ha brindado información suficiente de la existencia de uno o más CANI que justifique la configuración de la causal de conflicto armado interno¹⁵⁹; sin perjuicio de lo cual tampoco es posible descartar que los hechos de violencia que se han producido en Ecuador permitan la calificación de un CANI¹⁶⁰ en el que participe uno o más de los 22 grupos identificados en el decreto. En efecto, se puede observar que existen aspectos graves como la actuación de GDO armados que desborda la criminalidad común, que sus actuaciones significan un grave riesgo y peligrosidad para la población civil y que estas han alcanzado un nivel tal que repercuten en la institucionalidad y ha penetrado en los CPL.

60. Se observa que los hechos presentados por el presidente de la República en la información remitida a esta Corte no configuran la causal de conflicto armado interno. Pese a ello, consideramos que aquello no influye ni afecta a la constitucionalidad de la declaratoria de estado de excepción, pues es innegable que los hechos descritos desbordan la capacidad del Estado para afrontar la crisis que atraviesa el país y que para enfrentarla es menester aplicar medidas excepcionales que se habilitan durante un

¹⁵⁸ El dictamen tuvo el voto favorable de los 8 jueces que asistieron a la sesión.

¹⁵⁹ Decimos nosotros: una opinión sobre la configuración de “conflicto armado interno” supone como condición necesaria previa una concepción sobre lo que debe entenderse por “conflicto armado interno.”

¹⁶⁰ CANI significa conflicto armado no internacional.

estado de excepción y que están cubiertas por la causal de grave conmoción interna. En esa línea, las medidas adoptadas, han sido analizadas en el Dictamen 1-24-EE/24 y ratificamos su constitucionalidad, más allá de las precisiones que se efectuarán más adelante.

(...)

62. Finalmente, en vista de que consideramos que el presidente de la República al momento no ha justificado la configuración de la causal de conflicto armado interno, consideramos que no nos correspondía pronunciarnos acerca del resto del contenido del Decreto Ejecutivo 111.

(...)

69. Por las razones expuestas, reiteramos que la declaratoria de estado de excepción es constitucional y coincidimos con el Dictamen 1-24-EE/24 en cuanto al análisis efectuado de la causal de grave conmoción interna y de la constitucionalidad de las medidas adoptadas, con las precisiones realizadas en este voto concurrente. Nuestra discrepancia se da respecto del análisis de la fundamentación que el Decreto Ejecutivo 111 presentó para la configuración de la causal de conflicto armado interno. Por lo que, al encontrar que no está justificada consideramos que a la Corte Constitucional no le correspondía pronunciarse acerca del resto del contenido del Decreto Ejecutivo 111.”

6.- Supranacionalidad de las limitaciones a los Estados de excepción

Por su relación con los derechos humanos los Estados de excepción tienen *limitaciones supranacionales*. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos le dedica un artículo, el 27, cuyo contenido es el siguiente¹⁶¹:

“Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean

¹⁶¹ Tomado de: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 4¹⁶²:

“Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.¹⁶³

¹⁶² Tomado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

¹⁶³ El artículo 6 se refiere al derecho a la vida.

El artículo 7 se refiere a la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. “En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”, dice también la norma.

El artículo 8 numeral 1 se refiere a la prohibición de esclavitud, y el numeral 2 de la misma disposición a la prohibición de sometimiento a servidumbre.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación.”

7.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Estados de excepción

Respecto del citado artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos la Corte Interamericana ha emitido las *opiniones consultivas números 8 y 9*. La número 8, expedida el 30 de enero de 1987, destaca, entre otros:¹⁶⁴

“19. El análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente “ en caso de guerra, de

El artículo 11 aborda la prohibición de encarcelamiento “por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”.

El artículo 15 dice:

“Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

El artículo 16 aborda el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano.

El artículo 18 dice:

“Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

¹⁶⁴ Tomado de: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm

peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte “. Aun entonces, autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello “ en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación “. Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar “ discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social “.

20. La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de “ consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre “. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.

21. Resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1. Además, aun cuando estas condiciones sean satisfechas, el artículo 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso. Por consiguiente, lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia.

22. Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas

emergencias deben ser ajustadas a “las exigencias de la situación”, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.”

Sobre las **garantías** dicha opinión consultiva No 8 expresa, entre otros:

“24. La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (cf. **La expresión “ leyes ” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32).

25. No es el propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías. Basta señalar qué debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27.2. Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.

26. El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a

la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

27. Como ha quedado dicho, en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan “ las garantías judiciales indispensables para (su) protección “. El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos.

(...)

42. Los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

43. Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.”

La opinión consultiva número 9, emitida el 6 de octubre de 1987, complementa la número 8 con claridad¹⁶⁵:

“24. El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención

los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general

¹⁶⁵ Misma fuente.

a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (**Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares**, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente).

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

25. Las conclusiones precedentes son válidas, en general, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención, en situación de normalidad. Pero, igualmente, debe entenderse que en la implantación del estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.

26. Por consiguiente, es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías.

27. El artículo 8 de la Convención en su párrafo 1 señala que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(...)

28. Este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.

29. El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.

30. Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.

(...)

LA CORTE,

ES DE OPINIÓN,

por unanimidad

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso

efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

por unanimidad

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c)), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

por unanimidad

3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención.”

8.- EL caso Zambrano Vélez y otros versus Ecuador

El 4 de julio de 2007 la Corte Interamericana emitió sentencia en el caso conocido como “Zambrano Vélez y otros Vs Ecuador”. En esta decisión la Corte señaló, entre otros¹⁶⁶:

“(…)

Los hechos del presente caso se enmarcaron en un contexto en el que algunas de las principales ciudades del Ecuador se vieron afectadas por graves hechos de delincuencia, que conllevaron a un clima de inseguridad y conmoción interna. Ante dicha situación, y en el marco de la Ley de Seguridad Nacional, según reconoció el Estado (*supra* párrs. 17 a 19), el Presidente de la República dictó el Decreto No. 86¹⁶⁷ de 3 de septiembre de 1992, el cual establecía:

¹⁶⁶ Tomado de: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm

¹⁶⁷ Cfr. decreto No. 86, de 3 de septiembre de 1992, publicado ese mismo día en el “Registro Oficial” y suscrito por el Presidente de la República, Sixto Durán Ballén y por el Ministro de Defensa Nacional, José Gallardo Román (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 45, folio 916).

Considerando

Que en todo el territorio nacional y, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil, continúan suscitándose hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada, que han determinado un grave estado de conmoción interna;

Que es indispensable mantener y defender el sistema jurídico y democrático de la República, así como precautelar el orden y la seguridad de los habitantes del ECUADOR, arbitrando las medidas adecuadas; y

En ejercicio de las atribuciones legales,

ARTÍCULO PRIMERO.- Dispónese la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional, como medio de precautelar la seguridad de las personas y de los bienes públicos y privados.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El presente Decreto entrará en vigencia desde la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y de su cumplimiento encárguese el señor Ministro de Defensa Nacional.

(...)

52. La Corte estima que, una vez determinada una intervención militar con tan amplios alcances y en función de objetivos a su vez tan amplios y difusos (*supra* párr. 48), la suspensión de garantías que en efecto operó en este caso, y que el Estado reconoció al allanarse a la alegada violación del artículo 27 de la Convención, sobrepasó la facultad reconocida a los Estados por la Convención en el primer inciso de esta disposición. Si bien los hechos del caso refieren únicamente a la aplicación del Decreto No. 86 mencionado, y a este contexto se limita este Tribunal, es fundamental recordar que la suspensión de garantías debe operar como una medida estrictamente excepcional para enfrentar reales situaciones de emergencia, “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, y no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común. La Corte valora positivamente la manifestación del Estado en el sentido de que se encuentra “frente a un proceso [...] de democratizar [...] el régimen de excepción[, el cual] va a ser debidamente regulado y estrictamente monitoreado [...] en la próxima Asamblea Constituyente que está por conformarse en el Ecuador [...para que se] restrinja[...] el uso indiscriminado que en ciertas ocasiones se puede dar del estado de

excepción, de esa facultad que tiene el Poder Ejecutivo para decretar un estado de emergencia”.

(...)

64. La Corte observa que, bajo los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional ecuatoriana vigente al momento de los hechos del presente caso, hechos delictuosos ocurridos durante un estado de excepción declarado con base en esa Ley, y que puedan configurar delitos de determinada gravedad, quedarían bajo jurisdicción penal militar. De tal manera, independientemente de quién cometiera el delito, el fuero militar quedaba automáticamente facultado para conocer de esos hechos, es decir, para eventualmente juzgar y sancionar a civiles y a miembros de las fuerzas armadas que hayan cometido delitos contra civiles. Es decir, amparadas en la declaración de un estado de excepción, esas regulaciones conferirían a la jurisdicción militar competencias de la jurisdicción ordinaria.

(...)

67. Ciertamente el Decreto de estado de emergencia no dispuso la suspensión del derecho a la vida, en controversia en este caso, ni la suspensión de “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (artículo 27.2 de la Convención). Sin embargo, en la medida en que el Decreto de emergencia fue declarado en el marco de la Ley de Seguridad Nacional, las normas de ésta habrían tenido aplicación en caso de haber sido abierta alguna investigación en sede penal, militar u ordinaria, como tendría que haber sucedido en el momento mismo en que las presuntas víctimas fueron privadas de su vida (*infra* párrs. 88 a 90, 109 y 110). Esas normas resultarían en la afectación del derecho al juez natural de personas que cometan algún hecho delictuoso sancionable con reclusión ocurrido durante un estado de excepción, o de quienes se vean afectados por ese hecho o de sus familiares; podrían impedir un adecuado e independiente control de la compatibilidad de una suspensión de garantías con la Convención e implicarían la imposibilidad para esas personas o sus familiares de participar en el proceso.

(...)

94. Según fue establecido en el capítulo anterior (*supra* párrs. 42 a 71), el Decreto de emergencia no fijó límites espaciales, temporales ni materiales de la suspensión de garantías “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. La Corte considera que, una

vez determinada una intervención militar con tan vastos alcances y en función de objetivos a su vez tan amplios y difusos (*supra* párrs. 48 a 52), y fijados los objetivos específicos del operativo efectuado el 6 de marzo de 1993 en términos tan generales (“la captura de delincuentes, narcotraficantes y terroristas”) (*supra* párr. 74), la planificación de una intervención de tal magnitud se puede dificultar al punto de hacer ineficaces las debidas medidas de seguridad que razonablemente puedan preverse para la prevención y protección de la vida de las personas y demás garantías inderogables. Además, hace prácticamente imposible realizar un adecuado control y verificación de la legalidad del uso de la fuerza en los hechos del caso (*supra* párrs. 83 a 90), en particular los criterios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, puesto que este examen debe realizarse estrictamente en función de los objetivos específicos definidos según las exigencias de una situación concreta. Corresponde ahora determinar el modo en que esto incidió en las circunstancias específicas en que las presuntas víctimas fueron privadas de su vida.

(...)

110. En conclusión, determinado el uso ilegítimo de la fuerza en el operativo realizado el 6 de marzo de 1993 por las Fuerzas Armadas ecuatorianas en el barrio Batallón de la Ciudad de Guayaquil; la falta de una explicación satisfactoria y convincente por parte del Estado acerca de la justificación del uso letal de la fuerza con armas de fuego; y el incumplimiento de la obligación de garantizar efectivamente el derecho a la vida por la vía de una investigación de lo ocurrido, la Corte considera que las presuntas víctimas fueron ejecutadas extrajudicialmente por agentes estatales. Esto constituye una privación arbitraria de su vida, por lo que el Estado es responsable por la violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña.”

Bibliografía

- a) Constitución de la República del Ecuador.
- b) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- c) Ley de Seguridad Pública y del Estado.
- d) Convención Americana de Derechos Humanos.

- e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- f) Dictamen 1-24-EE/24 del 29 de febrero de 2024 de la Corte Constitucional del Ecuador.
- g) Dictamen 7-20-EE/20 del 27 de diciembre de 2020 de la Corte Constitucional del Ecuador.
- h) Opiniones consultivas No 8 y 9 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- i) Zambrano Vélez y otros versus Ecuador. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- k) *Los Estados de excepción y la defensa de la Constitución*. Héctor Fix Zamudio.
- l) *Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción*. Juan Pablo Aguilar.
- m) Portal de la OEA.
- n) Portal de Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado.
- ñ) Portal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SEXTA PARTE

UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL A LA OBSERVANCIA Y A LA CORRECCIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL A LA OBSERVANCIA Y A LA CORRECCIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Sumario: 1.- Motivación, corrección y Corte Constitucional; 2.- Algunas contradicciones de la Corte Constitucional del Ecuador; 3.- Las diversas expresiones de la inobservancia de las normas de Derecho y la correcta o incorrecta aplicación de esas normas; 4.- Algunos casos de incorrecta aplicación del Derecho; 5.- Unas notas sobre la seguridad jurídica. Bibliografía.

Desarrollo

1.- Motivación, corrección y Corte Constitucional

Cuando una autoridad administrativa o judicial debe resolver un caso su labor típica consiste en verificar si los hechos sometidos a su conocimiento se encuadran en la correspondiente hipótesis prevista en una norma de Derecho, sea que se trate de un asunto civil, penal, administrativo, disciplinario, etc. El examen de los hechos siempre debe ser riguroso. Del mismo depende, en buena parte, la realización de la justicia en el caso concreto. El apropiado entendimiento de los hechos servirá para identificar las pruebas que deben presentarse para acreditarlos, pues las mismas deben ser, entre otros, pertinentes y conducentes. Las pruebas están condicionadas por los hechos a los cuales están dirigidas. La aplicación del Derecho dependerá, pues, de los sucesos y de su suficiente y lícita acreditación. Aun en los sistemas en los cuales existe amplia discrecionalidad judicial el adecuado entendimiento de lo fáctico y la necesidad de su prueba suficiente y lícita constituyen supuestos insuperables.

Cuando Ronald Dworkin explica uno de los principios claves del positivismo destaca¹⁶⁸:

Decir que alguien tiene una “obligación jurídica” equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga... En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica...

La autoridad administrativa y el juez deben siempre entender correctamente los hechos, ese entendimiento acertado los conduce a ubicar el tipo de pruebas

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald (2002) *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

idóneas para demostrarlos. Esas pruebas aptas deben ser, en cada caso específico, suficientes, oportunas, debidamente actuadas. Y deben ser correctamente valoradas. Este íter conduce al momento de la aplicación del Derecho, aplicación que debe ser correcta. Sólo la decisión correcta hace posible la realización de la tutela judicial efectiva. Claro está que la corrección puede ser interpretada como error por parte de aquel que está disconforme con la decisión, en función de lo cual puede ejercer su derecho constitucional a recurrir de ella. En el Ecuador esta facultad forma parte del debido proceso según el artículo 76 numeral 7 letra m de la Constitución de la República¹⁶⁹.

En la ruta decisional la autoridad administrativa o judicial debe descartar hipótesis de normas aparentemente aplicables a la situación de hecho pero que en el fondo no lo son. Si ejecuta la norma equivocada incurrirá en “indebida motivación” provocando el vicio de inconstitucionalidad de la decisión.

Como se sabe, la conjugación de los elementos de hecho y de Derecho constituyen parte esencial de la motivación jurídica de las decisiones administrativas y judiciales, al tenor del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución:

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

(...)

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

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren **debidamente motivados**¹⁷⁰ se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

¹⁶⁹ “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

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

(...)

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

¹⁷⁰ Las negrillas son nuestras.

Para nosotros la necesidad de la corrección de la decisión, más allá de lo puramente conceptual, se funda constitucionalmente en el carácter **debido** de la motivación jurídica según la norma constitucional citada.

Nuestra Corte Constitucional en la sentencia 1158-17- EP/21 definió¹⁷¹, entre otros:

22. La *motivación* de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) *una fundamentación normativa correcta*, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) *una fundamentación fáctica correcta*, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

A pesar de la claridad de estas afirmaciones de la Corte, a lo largo de la sentencia deja amplia y claramente establecido que la motivación sólo debe ser *suficiente* tanto en los hechos como en el Derecho; que no comprende el carácter correcto de la decisión. Es una *garantía mínima* que abarca la suficiencia fáctica y jurídica, no la corrección. Ésta es un ideal. Para nosotros, en cambio, la motivación debe ser correcta. Ésta conduce a la decisión correcta. Y la resolución con esta característica lleva a la realización de la tutela judicial efectiva (que exige la ejecución íntegra de la resolución)

En los párrafos 36 y 37 de la indicada sentencia la Corte señaló¹⁷²:

36. Como puede observarse, el parámetro de la razonabilidad significa centralmente que toda motivación debe ser *correcta* conforme al Derecho. En consecuencia, la garantía de la motivación se transgrede cuando el juez no ofrece una fundamentación normativa *correcta*, como cuando interpreta y aplica erróneamente la Constitución, la ley u otras fuentes del Derecho. Lo que desborda lo estrictamente requerido por la garantía de la motivación, a saber, que la motivación sea *suficiente*.

¹⁷¹ Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOidkYjI2NzM0NS05MjE2LTQ1ZDMtOGE5Ny03YTg2ZTAyMmYwYmYucGRmJ30=

¹⁷² Tomado de: esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOidkYjI2NzM0NS05MjE2LTQ1ZDMtOGE5Ny03YTg2ZTAyMmYwYmYucGRmJ30=

37. Lo anterior implica que toda incorrección en la interpretación y aplicación de un derecho o garantía fundamental conlleve el incumplimiento del parámetro de razonabilidad y, por tanto, la violación de la garantía de la motivación. Dicho en otras palabras, la garantía de la motivación virtualmente abarca a la totalidad de derechos y garantías constitucionales.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-214/12¹⁷³ definió sobre la motivación judicial, entre otros:

La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.

La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales.

173 Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-214-12.htm>

Entonces, las autoridades administrativas y judiciales hacen, comúnmente, un ejercicio de adecuación de los hechos al Derecho. La aplicación de este consiste básicamente en eso. Nosotros la hemos definido así¹⁷⁴:

La aplicación del Derecho consiste básicamente en la implantación total o parcial a situaciones vivenciales o casos concretos, de las previsiones normativas pertinentes concebidas para tales eventos por el ordenamiento jurídico; o la ejecución de las argumentadas soluciones sustanciales construidas total o parcialmente por el aplicador del Derecho sobre la base del propio sistema jurídico y de las instituciones de Derecho aplicables, en defecto de las previsiones normativas pertinentes al caso, vista sus determinantes imperfecciones de fondo.

En definitiva, el operador jurídico evalúa los hechos en relación con el Derecho y en función de ello define si hay o no adecuación normativa; si el sujeto de Derecho cumplió o incumplió su obligación de dar, hacer o no hacer algo; si ejecutó o no el mandato a que estaba obligado; si observó o no la abstención dispuesta por la ley, etc. Para llegar a estas definiciones es claro que necesariamente el operador jurídico debe involucrarse en el examen de los hechos, sólo así puede verificar la adecuación normativa, el incumplimiento o no de un mandato, la corrección o incorrección de una actuación. Por lo mismo, cuando una autoridad judicial de alzada (o incluso la Corte Constitucional) define que en un caso hay observancia o inobservancia de una norma de Derecho frecuentemente está definiendo que en ese caso hay corrección o incorrección en la aplicación del Derecho. En otras palabras, el juicio de observancia comprende con frecuencia el juicio sobre la corrección en la aplicación de la norma de Derecho. En repetidos casos no hay juicio de observancia que no comprenda juicio de corrección.

Observar es sinónimo de cumplir. Según el Diccionario de la Lengua Española observar significa, en su segunda acepción, “Guardar y cumplir exactamente lo que se manda y ordena.”¹⁷⁵ Y para determinar si hay cumplimiento o no es irremplazable involucrarse en el análisis de los antecedentes del caso concreto.

Es posible que la inobservancia de una norma se circunscriba a la violación de una prohibición; que el juicio de observancia se limite a la verificación de una situación para la cual no sea necesaria la aplicación de un juicio valorativo de fondo, entre otras posibilidades.

¹⁷⁴ HERNÁNDEZ, Miguel (2020). *Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP. Página 29.

¹⁷⁵ Tomado de: <https://dle.rae.es/observar>

Veamos unos casos prácticos:

1.- En la sentencia No. 432-16-EP/20 del 2 de diciembre de 2020 la Corte Constitucional del Ecuador¹⁷⁶ definió:

37. Conforme lo determinado en los párrafos 32 a 33 *ut supra*, esta Corte aprecia que la conjeza nacional aplicó los artículos 2; 3 numerales 1, 3 y 4; 4, 5; 6 y 7 de la Ley de Casación, realizó el análisis correspondiente a la etapa de admisión, actuando dentro de sus facultades. Con lo cual, la conjeza observó la garantía en cuestión y verificó si el recurso se encontraba fundamentado en el marco de las causales contempladas en la entonces vigente Ley de Casación, de conformidad con lo prescrito por los artículos 6 y 7 de dicha ley.

38. Particularmente, los artículos 6 y 7 de la Ley de Casación otorgan la competencia a los conjezes nacionales de verificar, en la fase de admisibilidad, que el recurso cuente con una fundamentación. En consecuencia, se evidencia que la conjeza no excedió su competencia sino que se limitó a verificar el cumplimiento de los requisitos formales que debía cumplir el recurso de casación propuesto por la entidad ahora accionante, en observancia de las normas de la Ley de Casación relativas a sus facultades.

53. En adición, de la revisión del proceso y del auto impugnado se puede apreciar que la Sala actuó en observancia de las normas de la Ley de Casación relativas a los requisitos de admisibilidad de los recursos que llegan a su conocimiento y examinó la fundamentación del recurso planteado al amparo de los artículos 2, 3, 5, 6 y 7 de la entonces vigente Ley de Casación. Esta Corte no considera que el auto impugnado haya impedido que el accionante cuente con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente; en consecuencia, no se identifica una vulneración al derecho a la seguridad jurídica.

EL GRAN MENSAJE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ES QUE LA CONJUEZA ACTUÓ CORRECTAMENTE EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO. QUE LA SALA ACTUÓ ACERTADAMENTE. Es decir, *la observancia en este caso es sinónimo de corrección.*

¹⁷⁶ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOiczMjUzZWU3ZS1jZmFkLTRmYjctYWw0My01ZWl1NjZiY2FkYzYucGRmJ30=

2.- Esta vez en el ámbito legislativo: en la sentencia No. 44-16-IN/22 del 13 de julio de 2022 la Corte Constitucional señaló¹⁷⁷:

98. Una vez determinada la inconstitucionalidad por la forma, por **inobservancia**¹⁷⁸ del principio de unidad de materia del segundo inciso de la Disposición Reformativa Tercera de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad, corresponde tomar en cuenta el principio de instrumentalidad de las formas.

100. En el presente caso, la trasgresión al principio de unidad de materia **inobserva** el fin sustancial de racionalizar las prácticas legislativas para organizar un debate público centrado sin dispersiones normativas inadecuadas, más aún al tratarse de una ley de urgencia económica. Ya que se introdujo en el proyecto de ley original una disposición transitoria totalmente ajena al objetivo y fin de la norma sin justificación alguna. Lo cual, evidencia la **inobservancia**¹⁷⁹ del artículo 136 de la Constitución.

EL GRAN MENSAJE DE LA CORTE: HUBO UNA APLICACIÓN INCORRECTA DEL ARTÍCULO 136 DE LA CONSTITUCIÓN. SE LO INOBSERVÓ. INCORRECCIÓN E INOBSERVANCIA SE PRESENTAN COMO SINÓNIMOS.

3.- En la sentencia No. 740-12-EP/20 del 7 de octubre de 2020 la Corte Constitucional del Ecuador definió¹⁸⁰:

28. El cargo del accionante alega la vulneración de dos garantías fundamentales, la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes (art. 76.1) y la garantía a ser juzgado con observancia del trámite propio de cada procedimiento (art. 76.3). Puesto que ambas constituyen garantías impropias y corresponden a un mismo cargo esgrimido en la demanda, a continuación, se examinará de forma unificada si dichas garantías fueron vulneradas y, para ello, se verificará si, en el presente caso, concurren los elementos (i) y (ii).

¹⁷⁷ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGU nLCB1dWlkOiczNzEzNjQxZi05ZjAwLTQxMzktOGQyNy0wNWEzOWNhOWExNjMucGRmJ30=

¹⁷⁸ Las negrillas son nuestras.

¹⁷⁹ Las negrillas de este párrafo son nuestras.

¹⁸⁰ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGU nLCB1dWlkOiczZTFiYzhiNi01MjRkLTQxOWUtODM5Yy1kNDlkMjJzODNkNjgucGRmJ30=

29. La Corte considera que, al dictar el auto impugnado, el tribunal de apelación incumplió la regla de trámite contenida en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil (citado en la nota al pie de página 1), que prohibía a los jueces revocar o alterar el sentido de sus sentencias. Las razones por las que se concluye que esta regla fue incumplida son las siguientes:

29.1 Siempre que un órgano jurisdiccional resuelve el fondo de un caso presupone que el proceso es válido. Y es más, en este caso, la sentencia de 29 de diciembre de 2011 expresamente afirmó: “*PRIMERO.- No se observa violación a trámite alguno ni de solemnidad sustancial que vicie el procedimiento por lo que se declara la validez de todo lo actuado*”.

29.2 Esta declaración de validez del proceso contenida en la sentencia, sin embargo, fue revocada por el auto de nulidad impugnado.

29.3 Esto, a pesar de que las únicas actuaciones que mediaron entre la sentencia de apelación y el auto de nulidad fueron dos solicitudes de aclaración y ampliación, los pronunciamientos de los demandados sobre tales pedidos y una solicitud de copias del proceso, ninguna de las cuales tiene relación con la razón invocada para declarar la nulidad, esto es, la indebida calificación de la demanda por no haber solicitado su aclaración, considerando que se acompañaron a la demanda dos títulos ejecutivos (cada uno de ellos por el mismo valor, valor mayor al pago demandado), sin especificar cuál de ellos constituía la base del juicio.

30. Establecida la **inobservancia**¹⁸¹ de la regla de trámite contenida en el citado artículo 281, ahora se debe determinar si esta tiene o no relevancia constitucional, de conformidad a la sentencia 546-12-EP/20, previamente citada en el párr. 26 *supra*: se debe dilucidar si la transgresión de la regla de trámite afectó o no el derecho al debido proceso en cuanto principio, es decir, si en el caso concreto se ha socavado el valor constitucional consistente en que los intereses de las partes en litigio sean juzgados a través de un procedimiento que tienda, en la mayor medida posible, a un resultado conforme a Derecho.

EN ESTE CASO LA INOBSERVANCIA SE DA POR LA VIOLACIÓN DE UNA PROHIBICIÓN PROCESAL.

La observancia puede ser sinónimo de corrección, y la inobservancia, de incorrección. Asimilar esta cuestión jurídica es básico y trascendente para el Derecho y

¹⁸¹ Las negrillas son nuestras.

para la realización de la tutela judicial efectiva. La razón es muy sencilla: la incorrecta aplicación del Derecho puede producir la violación o el desconocimiento de derechos reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales.

Pues bien, la Corte Constitucional del Ecuador desde hace algunos años viene afirmando insistentemente, en forma equivocada consideramos, que a ella no le corresponde definir sobre la correcta o incorrecta aplicación de normas infraconstitucionales. Esa es labor de jueces de instancia entiende la Corte. *El problema es que ha hecho de esta posición un verdadero dogma institucional absoluto olvidándose que la incorrecta aplicación del Derecho puede producir efectivamente violaciones constitucionales, y por lo mismo de derechos reconocidos en la Constitución y/o en el bloque de constitucionalidad.* La Corte Constitucional como máximo órgano de administración de justicia en dicho ámbito es guardiana de la Constitución. Los guardianes no se pueden quedar dormidos voluntariamente porque si lo hacen incumplen su rol de cuidadores. *La Corte comete el yerro de cerrar totalmente las puertas al análisis sobre la correcta aplicación del Derecho.* Su rol de protector y garante de los derechos amerita que en algunos casos incursione en el juicio sobre la corrección en la aplicación de normas secundarias, pues la desacertada ejecución de estas puede violar derechos, como lo hemos expresado. No obstante la radicalidad de su posición la Corte ha caído en algunas contradicciones en varias sentencias.

2.- Algunas contradicciones de la Corte Constitucional del Ecuador

1.- En la sentencia No. 904-12-JP/19 del 13 de diciembre de 2019 el tribunal de justicia definió¹⁸²:

42. La atención especializada exige que el servicio o prestación debe ser el específico y adecuado para la necesidad de cada persona. Una mujer embarazada durante la labor de parto y el alumbramiento, requiere de atención hospitalaria adecuada que debe incluir personal médico especializado (ginecólogos y pediatras) capacitados para atender y solventar emergencias ginecoobstétricas. Así como también personal médico de apoyo para cuando, ante complicaciones, se requiera de otros especialistas. Del expediente constitucional y de la audiencia pública realizada ante la Corte Constitucional se desprende que esto no ocurrió con la señora Nole Ochoa.

¹⁸² Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2FsZnJlc2NvJywgdxVpZDOnMTdhZTdkZjctM2YzYi00NjJlLTlmOTUtOGRiODhhYjhhNGMxLnBkZid9

45. La exigencia del pago patronal no tiene sustento normativo alguno¹⁸³. Por un lado, para la atención prioritaria a una mujer embarazada no se puede exigir, e incluso en el caso al tratarse de una emergencia obstétrica tampoco se podía exigir “*compromiso económico ni trámite administrativo previo.*” La Ley de Seguridad Social expresamente establece que no se puede dejar de atender a una persona afiliada por mora patronal.

47. En consecuencia, de los hechos del caso se desprende que la señora Nole Ochoa, quien se encontraba en labor de parto y alumbramiento, no recibió en el hospital del IESS la atención necesaria y que esta no fue prioritaria ni especializada, **violándose de este modo sus derechos establecidos en los artículos 35 y 43 de la Constitución**

ES DECIR, LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY (EXIGIR LO QUE ELLA NO EXIGE) CAUSÓ LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

2.- En la sentencia No. 159-11-JH/19 del 26 de noviembre de 2019 el mismo tribunal de justicia constitucional definió con claridad¹⁸⁴:

55. La ausencia de la autoridad policial y la falta de exhibición de la orden de privación de libertad eran una razón suficiente para conceder el hábeas corpus. Al no haber comparecido la autoridad policial y no presentar orden de detención, la acción de hábeas corpus procedía y se debía ordenar la inmediata libertad del señor Olivera San Miguel. La propia LOGJCC en su art. 45 (2) (b) establece la presunción de privación arbitraria o ilegítima «*cuando no se exhiba la orden de privación de libertad*».

56. El señor Olivera San Miguel fue privado ilegalmente de su libertad y planteó una acción de hábeas corpus, sin embargo **no recuperó su libertad por una inadecuada aplicación del derecho**¹⁸⁵ por parte de los jueces de primera y segunda instancia, razón por la cual se violó su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 75 de la Constitución.

En su parte resolutive esta sentencia decidió, entre otros:

5. Declarar que el Estado, a través de los jueces que conocieron el hábeas corpus en primera y en segunda instancia, violaron el derecho a la tutela

¹⁸³ Las negrillas son nuestras.

¹⁸⁴ Tomado de:

[http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/62feace-e622-4b51-97b5-0f65d8b66021/159-11-JH-19%20\(0159-11-JH\).pdf](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/62feace-e622-4b51-97b5-0f65d8b66021/159-11-JH-19%20(0159-11-JH).pdf)

¹⁸⁵ Las negrillas son nuestras.

efectiva y al debido proceso, reconocidos en los artículos 75 y 76 de la Constitución y 13 del PIDCP del señor José Antonio Olivera San Miguel.”

ES DECIR, LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL PROVOCÓ LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

3.- En la sentencia 1219-22-EP/22 del 26 de septiembre de 2022 la Corte definió¹⁸⁶:

39. Adicionalmente, este Organismo ha mencionado que “[l]a Corte Constitucional, como guardián de la Constitución, al momento de resolver sobre vulneraciones de garantías jurisdiccionales, debe verificar que el juez haya actuado en el ámbito de su competencia constitucional y observado la normativa que haya considerado aplicable al caso para garantizar derechos constitucionales”; que, al resolver sobre vulneraciones del derecho a la seguridad jurídica, no le corresponde pronunciarse respecto de la correcta o incorrecta aplicación e interpretación de las normas infraconstitucionales, sino verificar si en efecto existió una inobservancia del ordenamiento jurídico, por parte de la autoridad judicial, que acarree como resultado la afectación de preceptos constitucionales .

40. En consecuencia, corresponde a este Organismo verificar si en la emisión de las sentencias impugnadas se ha respetado lo previsto en la Constitución y aplicando normas previas, claras y públicas por autoridad competente.

44. De lo dicho se concluye entonces que, el dictamen No. 2-19-IC/19, al tener el carácter de vinculante, debe ser obedecido obligatoriamente desde su expedición; y, al incorporarse a la Constitución, adquiere valor normativo. No obstante, el mismo no fue respetado por los jueces al emitir las decisiones impugnadas pues aun cuando el accionante alegó su inobservancia en la emisión de la resolución del Consejo de la Judicatura No. 022-2022, **los jueces basaron su razonamiento en una lectura aislada del artículo 179 de la CRE y 262 del COFJ, desconociendo que el dictamen interpretativo estableció la imposibilidad de revisión de las decisiones emitidas por el CPSCCS-T**¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUNLCB1dWlkOidiMGZmZWU5Ni04NTRiLTQ0ZGItYTMyni0yYmUzNmI3M2RmYTgucGRmJ30=

¹⁸⁷ Las negrillas son nuestras.

45. En general los juzgadores deben coadyuvar a que los principios establecidos en el artículo 427 de la CRE sobre la interpretación constitucional alcancen eficacia, en especial a que se guarde la integralidad entre las disposiciones de la Constitución. Por lo tanto, si este Organismo ya ha ejercido la calidad de intérprete final de la Constitución, a través de una decisión jurisdiccional como indica el artículo 436 numeral 1 de la CRE, en específico a través de un dictamen interpretativo -que incluso cuenta con una mayoría calificada para su emisión-, debe ser aplicado de forma imperativa y obligatoria por los jueces, dado su carácter de norma objetiva que se integra al texto constitucional, evitando incurrir en lecturas aisladas de disposiciones constitucionales y legales (artículos 179 CRE y 262 COFJ). En tal virtud, se evidencia que la inobservancia de un dictamen interpretativo emitido por la Corte Constitucional constituye una violación autónoma del derecho a la seguridad jurídica, por lo que, en este supuesto no es necesario verificar una posible afectación a otros preceptos constitucionales.

EN ESTE CASO SE EVIDENCIA QUE UN DICTAMEN INTERPRETATIVO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CON FUERZA VINCULANTE FUE IGNORADO POR LOS JUECES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA, QUIENES ADEMÁS BASARON SU RAZONAMIENTO EN UNA LECTURA AISLADA DEL ARTÍCULO 179 DE LA CRE Y 262 DEL COFJ. SON, PUES, DECISIONES INCORRECTAS AUNQUE LA CORTE NO LO DECLARE EXPRESAMENTE.

La cultura de nuestra Corte de cerrar absolutamente las puertas al análisis de la correcta o incorrecta aplicación del Derecho puede sacrificar el **principio de justicia material** establecido en el artículo 1 de la Constitución. No queremos plantear que se convierta en un tribunal de instancia. No. Pero no debe ignorar el rol superior que ostenta: es el máximo guardián y protector de los derechos reconocidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. En este sentido le corresponderá en algunos casos llenar los vacíos de Derecho justamente para privilegiar la realización de la justicia.

Recordemos ahora algunos aspectos básicos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, materia prima para el trabajo de la Corte Constitucional:

1. El objeto y finalidad de la ley según el artículo 1 de la misma:

regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

2. Uno de los principios para resolver las causas que se sometan a la justicia constitucional es el de *optimización de los principios constitucionales*, consagrado en el artículo 2 numeral 2, el cual consiste en lo siguiente:

La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.

3. El principio procesal de *Jura novit curia*, que es uno de los que **sustenta** la justicia constitucional según el artículo 4 numeral 13 de la ley, y cuyo contenido es el siguiente:

La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

Sobre este valioso principio el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rafael Nieto Navia, en su trabajo “LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO JURA NOVIT CURIA POR LOS ORGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS”¹⁸⁸ sostiene:

El principio *jura novit curia*, sin embargo, es un principio procesal que da a los jueces facultades de traer normas de interpretación, normas procesales y principios que un demandante o un demandado hubieran podido olvidar y que **el juzgador, porque los conoce, los aplica con el objeto de que, por falta de hacerlo, pudiera hacerse una errónea decisión**¹⁸⁹ o, si se quiere, una denegación de justicia. *Jura* es el plural de *jus* que hay que traducir en este caso como “ley” y no como “derecho subjetivo”, algo así como “el Derecho” y no “el derecho”. *Da mihi factum, dabo tibi jus*, “dame los hechos y yo dispensaré el derecho”, aplicable sobre todo en los casos en que el juez tiene que llenar una laguna. No quiere decir “el juez reconoce los derechos”. Podría enunciarse *curia novit legem* sin cambiar un ápice su significado. Es un principio que permite al juez, por ejemplo, considerar que una causa ha debido introducirse bajo una regla que no fue o fue mal citada por el demandante, pero no lo autoriza para enmendarle a éste la demanda y aplicar un derecho sustantivo nuevo, ni para fallar en equidad y no en derecho, desconociendo la diferencia entre uno y otro. Cuando el principio se aplica al derecho sustantivo, el juez atenta contra *la justicia misma* y contra el derecho del demandado de defenderse, y excede su jurisdicción. Más aún cuando lo hace en la sentencia de fondo.

¹⁸⁸ Tomado de:
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33025.pdf>

¹⁸⁹ Las negrillas son nuestras.

Un juez puede superar, por aplicación de este principio, las omisiones o deficiencias de los argumentos legales de las partes y aplicar la regla que considere correcta. Pero entender el principio como “el juez reconoce los derechos” lleva sus poderes más allá de la ley con lo cual efectivamente se sitúa más allá de ella.

3.- Las diversas expresiones de la inobservancia de las normas de Derecho y la correcta o incorrecta aplicación de esas normas

La inobservancia como sinónimo de incumplimiento de normas de Derecho puede tener varias expresiones. Así:

1. Puede referirse a normas explícitas de diverso rango: legal, convencional o constitucional.
2. Puede referirse a normas implícitas ubicadas en dichos niveles.
3. Puede referirse a la omisión en cuanto a la extracción de una excepción implícita que debe surgir del propio ordenamiento jurídico.
4. Puede referirse a la inobservancia del Derecho por la observancia de la ley o de una norma jurídica secundaria.
5. Puede referirse a la inobservancia del Derecho por el sometimiento de la autoridad al gobierno o poder de turno.
6. Puede versar sobre la falta de aplicación de jurisprudencia o la aplicación errada de la misma.
7. Puede versar sobre el incumplimiento de la ley o de una norma jurídica por el afán de la autoridad de relativizarla en ciertos campos o materias.
8. Puede referirse al incumplimiento de la ley o de una norma jurídica por simple demagogia jurídica o por un afán acomodaticio de la autoridad competente.
9. Puede aludir a la desatención de principios.
10. Puede aludir a una inequidad manifiesta.
11. Puede aludir a una falta de equilibrio entre medios y fines.
12. Puede aludir a razones aparentes descartando las verdaderas.

13. Puede enfocarse en la alteración de situaciones jurídicas consolidadas que no tienen por qué modificarse.
14. Puede enfocarse en la revisión de sentencias fuera del tiempo establecido por la ley.
15. Puede referirse a la ausencia de control jurídico, sea de legalidad, convencionalidad o constitucionalidad, de conformidad con el artículo 425 párrafo segundo de la Constitución¹⁹⁰.
16. Puede referirse a una irracional limitación de un derecho, como por ejemplo cuando se afecta su contenido esencial.
17. Puede darse por no privilegiar los derechos, lo cual es incoherente con el Estado constitucional de derechos y justicia.
18. Puede darse por no privilegiar los derechos, priorizando, más bien, las normas jurídicas.
19. Puede referirse a la errada interpretación jurídica, por las más variadas razones.
20. Puede referirse a la equivocada interpretación de los hechos o a la errada valoración de la prueba.
21. Puede referirse a la asunción de competencias inexistentes.
22. Puede referirse al desconocimiento de competencias existentes, por cualquier razón.
23. Puede configurarse por ignorar prohibiciones existentes, o por considerar que existen prohibiciones allí donde no las hay.
24. Puede configurarse por la irracional aplicación del Derecho.
25. Puede configurarse por la irracional aplicación del Derecho no obstante la correcta elección de la norma para el caso concreto.
26. Puede configurarse cuando habiéndose interpretado correctamente la norma se la aplica para un caso no previsto en ella (aplicación indebida).

¹⁹⁰ Que dice:

“En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.”

27. Puede configurarse porque la autoridad considera que cierta circunstancia es determinante, sin serlo.

28. Puede referirse a la falta de aplicación del principio de debida diligencia, el cual está incluido en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva según la jurisprudencia constitucional. Así, en el párrafo 25 de la sentencia No 260-13-EP/20 del 1 de julio de 2020¹⁹¹.

29. Puede configurarse por la desconexión de la autoridad con la realización de la tutela judicial efectiva. Recuérdese que dicha protección comprende tanto el ámbito judicial como administrativo.

En nuestra obra *La Tutela Judicial Efectiva Como Instrumento Esencial De La Democracia* conceptualizamos así a dicha tutela¹⁹²:

es el estado o situación cierta de amparo jurídico y realización material del derecho o interés legítimo que, teniendo como antecedente, por regla general, una o más providencias judiciales, permite al titular del derecho o interés legítimo o a quien se encuentra en el ejercicio legítimo de los mismos, el disfrute de sus beneficios patrimoniales y/o extrapatrimoniales, o prepara el camino para su realización permanente.

30. Puede darse por la aplicación de una norma no vigente.

31. Puede darse por la aplicación de una norma derogada en lugar de la vigente aplicable al caso.

32. Puede darse por la omisión en la adecuación normativa ordenada por el artículo 84 de la Constitución:

Art. 84.- 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...

¹⁹¹ Puede consultarse en la siguiente dirección:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBI dGE6J3RyYW1pdGU nLCB1dWlkOidmMWE5MjV1MCOxMzhiLTQwOTQtOWNhNy03ZGU3M2EzYmI2YmQucGRmJ30=

¹⁹² HERNÁNDEZ Miguel (2005). *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia*, Guayaquil: Offset Graba. Página 58.

33. Puede darse por la omisión en la adecuación normativa ordenada por la Convención Americana de Derechos en el artículo 2¹⁹³, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”¹⁹⁴

Sobre jurisprudencia interamericana destacamos que en el caso FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS ARGENTINA, mediante sentencia del 1 de septiembre de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió¹⁹⁵:

121. En la presente Sentencia, este Tribunal determinó que los artículos 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente en la época en que el señor Fernández Prieto fue detenido, los artículos 230 y 284 del Código Procesal Penal de la Nación, vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro, y el artículo 1 de la Ley 23.950, constituyeron un incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana (*supra* párrs. 62 a 110). Asimismo, el Tribunal nota que la legislación procesal penal ha sido modificada a través de la adopción de un nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación, y que el artículo 138 de dicho Código regula los supuestos habilitantes para la realización de requisas sin orden judicial. El Tribunal advierte que, de la información presentada ante este Tribunal por el Estado, dichas modificaciones legislativas constituyen un avance en el cumplimiento del deber de adoptar medidas de derecho interno, pero

¹⁹³ Tomado de:
<https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

¹⁹⁴ El artículo 1 de dicha Convención establece:
“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos
1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”
Texto tomado de la misma fuente.

¹⁹⁵ Tomado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf

que las mismas no abarcan la totalidad de las violaciones declaradas en la presente sentencia.

122. En razón de ello, la Corte considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno, lo cual implica la modificación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, a efectos de compatibilizarlo con los parámetros internacionales que deben existir para evitar la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisas corporales o registro de un vehículo, abordados en el presente caso, conforme a los parámetros establecidos en la presente Sentencia. Por tanto, *en la creación y aplicación de las normas que faculten a la policía a realizar detenciones sin orden judicial, las autoridades internas están obligadas a realizar un control de convencionalidad tomando en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a las detenciones sin orden judicial, y que han sido reiteradas en el presente caso.*¹⁹⁶

34. Puede configurarse por la omisión de la aplicación del principio *iura novit curia*¹⁹⁷.

35. Puede configurarse por la aplicación literal de la ley, sin considerar su sentido o razones subyacentes.

Pues bien, una o varias de estas expresiones de la inobservancia de una norma jurídica, sin duda alguna, pueden producir la incorrecta aplicación del Derecho con resultados de vulneración de uno o varios derechos reconocidos en la ley suprema o en tratados o convenios internacionales. De ahí el error de la Corte Constitucional de afirmar *en términos absolutos* que no le corresponde juzgar sobre la correcta o incorrecta aplicación de las normas jurídicas (especialmente de las infraconstitucionales, olvidando que la violación o desconocimiento de ellas puede producir la violación de derechos reconocidos en la Constitución de la República, como el derecho a la seguridad jurídica). El juicio sobre la observancia o inobservancia de normas puede conducir a la comprobación de la incorrecta aplicación del Derecho o de una o varias normas jurídicas.

¹⁹⁶ Las cursivas son nuestras.

¹⁹⁷ Este principio es desarrollado en el Código Orgánico General de Procesos en los siguientes términos: "Art. 91.- **Omisiones sobre puntos de derecho.** La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes."

4.- Algunos casos de incorrecta aplicación del Derecho

1. En la sentencia No 1707-16-ep/21 del 30 de junio de 2021 la Corte sostuvo *unánimemente* en los párrafos 51 y 52¹⁹⁸:

51. De la relación anterior, la Corte verifica que el auto resolutorio aplicó una resolución posterior a la fecha de los hechos alegados y que no fue utilizada como fundamento para declarar la vulneración de derechos y su reparación en la sentencia de acción de protección. La homologación definitiva de remuneraciones aprobada en la sesión ordinaria del Pleno del Consejo de la Judicatura de 25 de agosto de 2009 no se encontraba vigente al momento de los hechos denunciados y por ende no podía servir de base para determinar desde cuándo había existido una desigualdad en la remuneración percibida por la accionante. Además, al aplicar la resolución de 25 de agosto de 2009, sin que esta haya sido fundamento para la sentencia que se estaba ejecutando, el Tribunal Distrital modificó arbitrariamente una decisión adoptada en una sentencia con fuerza de cosa juzgada material.

52. En consecuencia, esta Corte concluye que en el auto resolutorio **se aplicó una norma que no se encontraba vigente** al momento en que ocurrieron los hechos que originaron la sentencia que se debía ejecutar y, al hacerlo, se modificó arbitrariamente lo dispuesto en dicha sentencia, **lo que configura una vulneración al derecho a la seguridad jurídica.**¹⁹⁹

A TODAS LUCES ESTE CASO IMPLICA UNA INCORRECTA APLICACIÓN DEL DERECHO.

2. En la sentencia No 538-16-EP/21 del 21 de julio de 2021 la Corte determinó con el voto unánime de los jueces presentes²⁰⁰:

13. El cargo establecido en el párrafo 9 supra imputa al auto impugnado la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, tutela judicial efectiva, debido proceso en la garantía de ser juzgado por un juez competente, defensa en la garantía de recurrir y a la seguridad jurídica.

¹⁹⁸ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidmYTU1ZjY0ZS1mMzFkLTRhMTgtYmU0Yi1kN2QyOWY0ODg4MzEucGRmJ30=

¹⁹⁹ Las negrillas son nuestras.

²⁰⁰ Tomado de:

<https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/08/27-08-CC-de-Ecuador.pdf>

Sin embargo, al precisar su alegación, la accionante únicamente señaló que sus derechos se afectaron porque el auto impugnado habría inadmitido su recurso cuando lo procedente era convocar a una audiencia para su fundamentación. Por lo tanto, basta con examinar la presunta vulneración del derecho a la defensa en la garantía de recurrir para verificar la procedencia o no del cargo (y la vulneración de los demás derechos), de allí que el problema jurídico se plantea en los siguientes términos: **¿Vulneró, el auto impugnado, el derecho a la defensa de la accionante, en la garantía de recurrir del fallo, por cuanto habría realizado un examen de admisibilidad de su recurso de casación cuando lo procedente era convocar a una audiencia para su fundamentación?**

27. Al respecto, es necesario recordar que la accionante fue procesada y juzgada conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal (párr. 18 *supra*). Desde el punto de vista de su defensa técnica, entonces, lo razonable era que, si deseaba interponer un recurso de casación, lo hiciera al amparo de las normas contenidas en ese mismo cuerpo normativo, código que –como se indicó en el párr. 23 *supra*– establecía que, una vez interpuesto el recurso de casación, su fundamentación debía realizarse en una audiencia. Y, efectivamente, así lo hizo. Es por ello que el escrito de interposición del recurso carecía de fundamentación. Sin embargo, esa supuesta omisión no debía motivar la inadmisión del recurso, pues no le era exigible a la señora Males Andrango dicha fundamentación al momento de la interposición. Al actuar en sentido contrario (párr. 21 *supra*), el tribunal de casación impuso una carga –la de fundamentar el recurso en el escrito de interposición– imposible de prever por la procesada, por las razones antes indicadas, carga que le impidió ejercer su derecho a la defensa en la garantía de recurrir. Adicionalmente, cabe señalar que la actuación del tribunal de casación no fue similar a otros pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

29. En suma, esta Corte considera que, al haberse exigido a la recurrente que su recurso de casación estuviese fundamentado al tiempo en que fue interpuesto –sin que esta afirmación constituya un juicio sobre la constitucionalidad de la resolución N° 010- 2015–, se le impuso una carga irrazonable que afectó el ejercicio de su derecho a recurrir, ya que, según las reglas aplicadas en las etapas anteriores del proceso penal, tal fundamentación se debía efectuar posteriormente, en audiencia. De ahí que, si bien no se puede reprochar al tribunal de casación el quebrantamiento de una regla de trámite, en este caso, la vulneración del principio del derecho a la defensa se produce de manera directa: se trata de una vulneración atípica de ese derecho fundamental, como se define en la cita del párrafo 16 *supra*.

A TODAS LUCES ESTE CASO IMPLICA UNA INCORRECTA APLICACIÓN DEL DERECHO.

3. En la sentencia 1431-16-EP/21 del 23 de junio de 2021 la Corte enfáticamente definió²⁰¹:

34. Ahora bien, la interpretación de la norma procesal y la aplicación retroactiva de la reforma penal que realiza el Tribunal de casación, exigiendo al recurrente de casación agotar la apelación previamente, al no darle la oportunidad de presentar el recurso de apelación y disponer únicamente la devolución del proceso para su archivo, en realidad negó la posibilidad de que la entidad accionante pudiese acceder efectivamente a los recursos que le asistían y que fueron planteados en virtud de lo que la normativa establecía. En definitiva, en el caso concreto, el auto emitido por el Tribunal de casación provocó que se niegue tanto la vía de la casación como la de apelación, pues pese a dictar un “auto devolutivo” este no habilitó la oportunidad de que el sujeto procesal pueda presentar el recurso de apelación que, a su criterio, faltaba agotar previo a llegar a la casación.

35. En consecuencia, lejos de que la interpretación permita acceder al recurso de apelación el Tribunal de casación provocó que la entidad accionante quedara arbitrariamente impedida de poder ejercer su derecho a recurrir. Por lo que, el auto emitido por el Tribunal de casación, vulneró la Constitución en su artículo 76 numeral 7 literal m).

45. En tal sentido, es evidente que, pese a que existía una normativa que estaba vigente y era aplicable al caso, el Tribunal de casación cambió las reglas del juego y exigió al accionante, arbitrariamente, el agotamiento de un recurso que no estaba previsto en el ordenamiento jurídico al momento que se inició y tramitó su causa. En consecuencia, al imponerle condiciones no previsibles en el ordenamiento jurídico aplicable y con ello impedir que pueda ejercer el derecho a recurrir del fallo, el Tribunal de casación anuló la certeza que deben tener las partes procesales de que su situación jurídica no puede ser modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente. De modo que, en este caso, la inobservancia del ordenamiento jurídico previo, público y aplicable, al haber afectado los derechos de la entidad accionante, vulneró el derecho a la seguridad jurídica.

²⁰¹ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOic0M2QwZDY4Ni1iNmYxLTQwNzAtOGUwMi05OTFIYTEzZmJlXNjIucGRmJ30=

EVIDENTEMENTE ESTE CASO SUPONE UNA INCORRECTA APLICACIÓN DEL DERECHO.

4. En la sentencia No 260-13-EP/20 del 1 de julio de 2020 la Corte resolvió unánimemente²⁰²:

43. Sin embargo, pese a no haber sido mencionado por el accionante en su demanda, esta Corte en aplicación del principio *iura novit curia* considera importante realizar un pronunciamiento respecto de la incorrecta aplicación por parte de los jueces de la norma constitucional prevista en el artículo 436 numerales 2 y 4 y 75, 1, d) y 135 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁰³, al tratar a los actos impugnados como si fueran de la misma naturaleza jurídica, si bien no queda duda del carácter abstracto y general del Acuerdo Interministerial; no así la resolución dictada por PETROECUADOR, que ha declarado la utilidad pública con fines de expropiación de varias estaciones de servicio (entre ellas la denominada “Reina del Cisne 3” del accionante). Este último acto no puede reputarse como abstracto ni general, ya que tiene un contenido concreto – la expropiación de estaciones de servicio singularizadas – y destinatarios claramente determinados – los dueños de dichas estaciones de servicio. En consecuencia, este último acto de autoridad pública es plurindividual, ya que genera efectos individuales a cada uno de los dueños de las estaciones de servicio expropiadas en el mismo.

44. En el caso *sub júdice*, la falta de un diligente estudio del caso concreto llevó a los juzgadores a tratar bajo idénticas consideraciones jurídicas a un acto de autoridad pública de carácter general con uno esencialmente particular; trayendo como consecuencia que se hayan aplicado disposiciones constitucionales y legales que no eran pertinentes al último de los actos públicos impugnados en la acción de protección. Advirtiéndose así una vulneración al derecho a la seguridad jurídica.

La Corte Constitucional hizo lo correcto: no podía obviar una situación patética de incorrecta aplicación de normas constitucionales y legales que desembocó en la violación del derecho constitucional a la seguridad jurídica. El fundamento fue también acertado: el principio *iura novit curia*, que es el mismo sustento que debe servir a la Corte para incursionar en el análisis de la incorrecta aplicación del

²⁰² Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidmMWE5MjVIMC0xMzhiLTQwOTQtOWNhNy03ZGU3M2EzYmI2YmQucGRmJ30=

²⁰³ Las negrillas son nuestras.

Derecho en otros casos. Lo errado es no involucrarse en el análisis de la correcta o incorrecta aplicación del Derecho *cuando el caso lo amerita jurídicamente*. De por medio está la protección (tutela) efectiva de los derechos, la seguridad jurídica.

El fallo constitucional que hemos citado dice con claridad en el párrafo 24, que “el derecho a la tutela judicial efectiva viabiliza todos los demás derechos constitucionales, a través de un sistema jurídico institucional encargado de dar protección judicial en todas las materias, en condiciones de igualdad y equidad.”

Este caso fue tan patético que en el párrafo 53 el máximo órgano de administración de justicia constitucional definió entre otros, que:

Adicionalmente, las vulneraciones determinadas en el presente fallo constituyen una inadecuada administración de justicia constitucional, conforme el artículo 11.9 de la Constitución de la República, razón por la cual merecen una reparación patrimonial por el Estado.

Hacemos notar que esta sentencia que con razón incursiona en el análisis de la correcta o incorrecta aplicación de normas constitucionales y legales, se dictó el 1 de julio de 2020, pero antes (y después, con mucha insistencia) el mismo tribunal sostuvo por unanimidad en la sentencia 1943-12-EP/19 del 25 de septiembre de 2019, párrafo 50, que “En este contexto, cabe enfatizar que a través de la acción extraordinaria de protección no le corresponde a la Corte Constitucional analizar sobre lo acertado o no de la decisión, sino si dicha decisión en la cual el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre el fondo, se encuentra suficientemente sustentada para no ser considerada arbitraria, en respeto del derecho a la tutela judicial efectiva²⁰⁴.”

5. En la sentencia 1735-18-EP/20 del 16 de diciembre de 2020 la Corte Constitucional sostuvo²⁰⁵:

27. Sin perjuicio de ello, llama la atención de esta Corte que la Sala Provincial se haya valido de una Ley aplicable a la acción de acceso a la información pública, para resolver una acción de hábeas data. Por lo mismo, en aplicación al principio *iura novit curia*, mismo que: “[...] *autoriza a los jueces en las acciones de garantías jurisdiccionales de defensa de derechos*

²⁰⁴ Tomado de:

[http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/789af1b6-9ac3-43b6-86e3-3eb7e2d45098/1943-12-ep-19_\(1943-12-ep\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/789af1b6-9ac3-43b6-86e3-3eb7e2d45098/1943-12-ep-19_(1943-12-ep).pdf?guest=true)

²⁰⁵ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic1MzYzYjUwOS00NTMzLTQ2ZjQtYWWE5Yi0yNDhmZDFmMTE5NmMucGRmJ30=

constitucionales a aplicar una disposición y a declarar la violación de derechos aun cuando no fueron alegados, acudiendo a diversos hechos que aunque no fueron invocados por las partes les permiten formarse criterio sobre la vulneración de los derechos”, esta Corte entrará a analizar una posible vulneración del derecho a la seguridad jurídica del accionante, a la luz del artículo 11 numeral 3 de la Constitución...

34. En el caso concreto, esta Corte ha constatado que la Sala Provincial negó el recurso de apelación y rechazó la demanda, bajo la consideración de que no se agotó la solicitud de acceso a la información personal a la luz del artículo 19 de la LOTAIP. No obstante en este caso, el accionante buscó acceder a sus datos personales y los de su hijo, para lo cual, no cabía que se aplique una normativa que regula la acción de acceso a la información pública, imponiéndole requisitos previstos para una acción distinta de la que presentó.

NOS PARECE QUE, ELOCUENTEMENTE, LA CORTE EN ESTE CASO SE PRONUNCIÓ IMPLÍCITAMENTE EN EL SENTIDO DE QUE HUBO INCORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY.

6.- En la sentencia No. 2030-15-EP/21 del 2 de junio de 2021 la Corte sentó los siguientes criterios²⁰⁶:

49. De la revisión del expediente se observa que, en la cláusula tercera del auto impugnado, la Sala Provincial transcribió la estipulación contractual en la que las partes decidieron sujetarse al trámite verbal sumario y, sobre dicho aspecto, consideró que:

(i) Conforme, el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil, los asuntos que pueden plantearse en la vía verbal sumaria solo pueden ser los determinados taxativamente en el indicado artículo;

(ii) La naturaleza civil del contrato obliga a que el asunto sea tramitado en la vía ordinaria y no la verbal sumaria; y,

(iii) Al no existir trámite especial para el asunto de restituir al comprador el valor del precio recibido en demasía, se debe tramitar por la vía ordinaria conforme al artículo 59 del Código de Procedimiento Civil.

²⁰⁶ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidkODVlZjEwYy0wYWUwLTQwZGQfYmZiMC1lYzk2ZjFkNWFjZTkucGRmJ30=

50. De lo expuesto se aprecia que el análisis de la Sala Provincial no consideró el presupuesto normativo del mismo artículo 828 del Código de Procedimiento Civil, en el que expresamente se permite la sujeción al trámite verbal sumario por convenio de las partes.

51. *Tampoco se observa que los artículos invocados por la Sala Provincial sustenten la alegada incompatibilidad de las controversias civiles con la vía verbal sumaria. Del mismo cuerpo legal se desprende que otra clase de juicios civiles (como los posesorios) son sometidos a dicho trámite, sin que aquello resulte contrario a su naturaleza; contrario sensu a lo asegurado por la Sala Provincial.*²⁰⁷

52. En ese sentido, se aprecia que la Sala Provincial inobservó el ordenamiento jurídico, específicamente cuando: (i) desconoció el acuerdo de las partes de someterse a la vía verbal sumaria; e, (ii) incorporó una limitación para el ejercicio de la acción que no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico.

Esto afectó la certeza del accionante respecto a la aplicación de las reglas y procedimientos establecidos previamente, vulnerándose de esa manera el contenido del derecho a la seguridad jurídica.

53. Por lo tanto, esta Corte observa que la Sala Provincial vulneró el derecho a la seguridad jurídica del accionante puesto que no aplicó normas claras, previas y públicas.

A nosotros nos parece que la Corte Constitucional, en el fondo, **juzgó que la actuación de la Sala fue jurídicamente incorrecta**. La Corte contradice el criterio de tal Sala cuando afirma que *“Tampoco se observa que los artículos invocados por la Sala Provincial sustenten la alegada incompatibilidad de las controversias civiles con la vía verbal sumaria. Del mismo cuerpo legal se desprende que otra clase de juicios civiles (como los posesorios) son sometidos a dicho trámite, sin que aquello resulte contrario a su naturaleza; contrario sensu a lo asegurado por la Sala Provincial*²⁰⁸”. La Corte difiere de la apreciación del tribunal provincial sobre la incompatibilidad de las controversias civiles con la vía verbal sumaria, considerándola incorrecta, aunque llama a esta situación *inobservancia* del ordenamiento jurídico. La Corte considera que la actuación fue equivocada.

5.- Unas notas sobre la seguridad jurídica

Ahora bien, hemos sostenido siempre que la seguridad jurídica se configura cuando la aplicación de las normas es correcta. Esa aplicación acertada conduce a la

²⁰⁷ Las cursivas son nuestras.

²⁰⁸ Las cursivas son nuestras.

tutela judicial efectiva. Por lo mismo, la violación a las reglas del debido proceso, en abstracto²⁰⁹, produce inseguridad jurídica y no permiten llegar al puerto de la tutela judicial efectiva, corazón de todo el quehacer judicial tanto en lo gubernativo como en lo estrictamente jurisdiccional. Por la relevancia de la aplicación correcta de la ley el Código Orgánico Integral Penal define:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, **a la correcta aplicación de la ley**²¹⁰ y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

Además, consideramos desde que se legisló el derecho constitucional a la seguridad jurídica en el Ecuador, en la Constitución de agosto de 1998, que el mismo parte de la idoneidad de las normas jurídicas para la protección de los respectivos bienes jurídicos. En otras palabras, las normas de Derecho deben ser calificadas, deben tener un contenido cualitativo de cara a la tutela de los derechos y bienes jurídicos. Esto significa que deben ser respetuosas de los principios constitucionales, convencionales y legales aplicables, que no pueden ignorar los conceptos de justicia material, equidad, proporcionalidad, entre otros. Por lo mismo, la aplicación de leyes irracionales, ofensivas a la dignidad humana, desconocedoras de las situaciones jurídicas legítimamente logradas no son parte de la seguridad jurídica.

Para muestra dos botones: según el artículo 2 numeral 1 de la Ley de Ciudadanía del Reiche, de 1935, *“Un ciudadano del Reich puede ser solo uno que sea de sangre alemana o afín, y que, a través de su comportamiento, demuestre que está deseoso y personalmente apto para servir fielmente al pueblo alemán y al Reich.”*²¹¹ Y de acuerdo al artículo 1 numeral 1 de la Ley para la protección de la sangre alemana y del honor alemán, de 1935, *“Quedan prohibidos los casamientos entre judíos y súbditos del Estado de sangre alemana o de sangre parentesca. Serán considerados inválidos los casamientos contraídos en el extranjero para eludir la ley.”*²¹²

²⁰⁹ Decimos *en abstracto* porque es posible que en un caso concreto, dependiendo de la subregla quebrantada, la violación del debido proceso no afecte la decisión de fondo.

²¹⁰ Las negrillas son nuestras.

²¹¹ Tomado de: <https://es.alphahistory.com/holocausto/ley-de-ciudadan%C3%ADa-del-reich-1935/>

²¹² Tomado de: <https://www.yadvashem.org/yv/es/holocaust/about/pdf/Nuremberg15.9.1935.pdf>

Creemos que el cumplimiento de leyes atentatorias contra la dignidad humana quebranta la seguridad jurídica.

En nuestro libro *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia* sostenemos, entre otros²¹³:

La grandeza del Derecho encuentra su razón en la grandeza del ser. Y ésta descubre su génesis, esencialmente, en la espiritualidad del hombre y en su fe por la justicia como derrotero hacia la consolidación de la paz individual y social. Así, a la idea del Derecho se encuentra aparejada la de la justicia. Luego, el Derecho como disciplina y como valor no puede alejarse del concepto de justicia. Ni ésta de aquél. Lo cual quiere decir que la seguridad del y en el Derecho es también la seguridad de la justicia y en la justicia. Es decir, en el concepto de seguridad jurídica está incorporado, intrínsecamente, el concepto de justicia.

(...)

Es, pues, una cuestión cardinal en el Derecho el que la seguridad jurídica no atiende a quién es el sujeto que cumple o vulnera la norma jurídica. Ella mira esencialmente al cumplimiento objetivo de la norma jurídica, partiendo de la justicia intrínseca de la misma.

Juan Carlos Cassagne en su obra *Los Grandes Principios del Derecho Público* afirma²¹⁴ que “La noción de justicia se integra con tres elementos: a) es una relación de alteridad o sea inter-subjetiva, es decir que se orienta siempre a otra persona (solo en sentido figurado puede hablarse de hacerse justicia uno mismo); b) lo debido (el *debitum*) a otro y, correlativamente, el derecho que tiene esta persona a reclamar lo que considera como suyo; y c) la igualdad que, por constituir un elemento analógico, puede presentarse en formas variadas”

Jaime Rodríguez- Arana Muñoz en su obra *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional* hace, entre otras, las siguientes afirmaciones sobre la seguridad jurídica²¹⁵:

El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los ciudadanos sepan a qué atenerse....²¹⁶

213 HERNÁNDEZ, Miguel (2004) *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, Guayaquil: EDINO. Páginas 17 y 19.

214 CASSAGNE, Juan (2015). *Los Grandes Principios del Derecho Público*, Buenos Aires: LA LEY. Página 190.

215 RODRÍGUEZ, Jaime (2009). *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

216 Página 110 de la obra citada.

La seguridad jurídica y la certeza de las normas son dos parámetros básicos del Estado de Derecho. Es más, el grado y la intensidad del Estado de Derecho mucho tiene que ver con el grado y la intensidad con que la seguridad y la certeza jurídica resplandezcan en el panorama normativo²¹⁷.

Nosotros estimamos que la seguridad jurídica:

- Es instrumental de la justicia.
- No puede hacer abstracción del contenido de las normas de Derecho, de la cualidad de las mismas. Exige normas calificadas para proteger los derechos.
- Respeta las situaciones jurídicas legítimamente consolidadas.
- Equilibra las relaciones jurídicas, y por lo mismo ataca los sobredimensionamientos en que pueden incurrir las partes contractuales.
- Permite lograr una visión macro del Derecho, sin descuidar la micro.
- En el Estado constitucional de derechos y justicia otorga especial centralidad a los derechos y a la justicia material.
- Busca la realización de la paz individual y social a través de la consecución de la tutela judicial efectiva.
- Comprende la racional aplicación del Derecho.

Bibliografía

Legislación

- 1.- Constitución de la República.
- 2.- Convención Americana de Derechos Humanos.
- 3.- Código Orgánico General de Procesos.
- 4.- Código Orgánico Integral Penal.
- 5.- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

²¹⁷ Página 111 de la obra citada.

6.- Ley de Ciudadanía del Reiche, de 1935.

7.- Ley para la protección de la sangre alemana y del honor alemán, de 1935.

Jurisprudencia

1.- Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador:

- 1158-17- EP/21.

- 432-16-EP/20.

- 44-16-IN.

- 740-12-EP/20.

- 904-12-JP.

- 159-11-JH/19.

- 1219-22-EP/22.

- 260-13-EP/20.

- 1707-16-ep/21.

- 538-16-EP/21.

- 1431-16-EP/21.

- 1735-18-EP/20.

- 2030-15-EP.

2.- Sentencia T-214/12 de la Corte Constitucional de Colombia.

3.- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS ARGENTINA.

Obras jurídicas

1.-DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*.

2.- HERNÁNDEZ, Miguel, *Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo*.

3.- HERNÁNDEZ, Miguel, *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*.

4.- HERNÁNDEZ Miguel, *La Tutela Judicial Efectiva Como Instrumento Esencial De La Democracia*.

5.- CASSAGNE, Juan, *Los Grandes Principios del Derecho Público*.

6.- RODRÍGUEZ, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*.

Artículo académico

Artículo de Rafael Nieto Navia, *La Aplicación Del Principio Jura Novit Curia Por Los Órganos Del Sistema Interamericano De Derechos Humanos*.

Varios

Diccionario de la Lengua Española.

SÉPTIMA PARTE

EL VALOR DEL DERECHO, LA JUSTICIA Y EL ERROR JUDICIAL

EL VALOR DEL DERECHO, LA JUSTICIA Y EL ERROR JUDICIAL

Sumario: 1.- La aplicación del Derecho y la realización de los derechos; 2.- El error judicial; 3.- Tres conceptos relevantes; 4.- La Corte Constitucional del Ecuador, la garantía de la motivación jurídica y la decisión judicial correcta; 5.- ¿Hasta dónde se puede llegar invocando el principio de justicia material?. Bibliografía.

Desarrollo

1.- La aplicación del Derecho y la realización de los derechos

Es premisa básica de la vida en sociedad la necesidad de que los derechos de las personas se respeten. La realización de los mismos hace posible la vida armónica entre los diversos sujetos de Derecho. Cada una de estas personas tiene condiciones psíquicas, personales, circunstancias que arrastra y que vive, conflictos de diverso tipo, resentimientos, congratulaciones, motivos de felicidad y complacencia, elementos todos que fraguan su personalidad, sus actitudes, su conducta ante la vida. Cualquiera que sea la personalidad, la conducta o la actitud de un sujeto de Derecho, éste está sometido al ordenamiento jurídico del Estado, el cual regula los diversos tipos de relaciones de ese sujeto imprimiendo en cada normativa elementos que conducen a la racionalidad y justicia de sus soluciones.

Dichas racionalidad y justicia se logran sobre la base de ciertos conceptos institucionales insustituibles: igualdad, proporcionalidad de los resultados en función de la conducta de los agentes, exigencia de debida diligencia, buena fe y transparencia como conceptos rectores de las relaciones jurídicas; protección plena de los bienes jurídicos, exigibilidad de respeto efectivo a las normas que rigen las específicas relaciones jurídicas de que se traten, y en general a los cánones del ordenamiento jurídico, en el cual están incluidas las disposiciones supranacionales y la jurisprudencia del mismo ámbito, de acuerdo con los respectivos compromisos internacionales, entre otros elementos.

El rol del Derecho en la vida social corre el riesgo de perderse o al menos de diluirse o de afectarse de una manera impactante si es que la aplicación del mismo es errada. *La ejecución incorrecta o equivocada equivale a la no aplicación del Derecho.* Semejante situación no es ni puede ser irrelevante para la sociedad y para el Estado. La aplicación incorrecta del Derecho debe tener consecuencias para el Estado: éste debe revertirla y compensar los efectos directos que haya producido. La realización de la justicia como ideal del Derecho sencillamente se quiebra

con la aplicación errada del mismo. Debemos destacar con absoluta claridad que tal idealidad es y debe constituir un norte inquebrantable en el desempeño del Estado, por utópico que pueda parecer.

La consecución de la justicia no puede ser reputada como una quimera, una fantasía de los idealistas, de los iusnaturalistas; como una visión no objetiva del Derecho. La especialidad de las diversas ramas de nuestra materia y los tecnicismos no deben hacer perder de vista la misión del Derecho en la sociedad. Cuestión distinta es la relatividad, mayor o menor, del concepto de justicia. El Derecho como camino hacia la realización de ésta necesita estar dotado de cánones claros, de calificado contenido, respetuosos de los principios que rigen la respectiva materia y de los principios generales del Derecho, cánones capaces de proteger con idoneidad y suficiencia los bienes jurídicos que correspondan, preceptos provistos de racionalidad jurídica, que no pierdan la perspectiva, esto es, la visión de conjunto del problema que abordan y la visión de conjunto de la solución; cánones que no deben ser falaces ni conducir a las falacias; preceptos provistos de soluciones equilibradas que permitan concluir que son materialmente justas.

Ni remotamente queremos significar que estos cánones virtuosos agotan el Derecho. Caeríamos en una concepción que, por el calificado contenido de las normas jurídicas (valoración siempre relativa), ensalzaría el positivismo jurídico. El problema de éste consiste, entre otros, en considerar que la norma jurídica es la fuente de todo Derecho y que sus soluciones arreglan en forma real todos los problemas de la vida en sociedad. Norma aplicada, problema realmente resuelto, plantean sus cultores. Olvida el positivismo la dimensión valorativa y filosófica del Derecho, los llamados “valores superiores del ordenamiento jurídico”.

Así como es una necesidad el que exista un ordenamiento jurídico en el Estado, es también un imperativo el que la aplicación de ese ordenamiento sea correcta. No exigirlo sería irracional. Es una condición necesaria para la realización de los derechos de los administrados y de los justiciables. Hacemos expresa distinción entre administrados y justiciables para destacar que la aplicación correcta del ordenamiento comprende tanto a la administración pública como a la administración de justicia. La aplicación correcta hace posible la respuesta o solución correcta. La aplicación incorrecta o equivocada hace imposible la solución o respuesta correcta.

Por eso en el ámbito de la administración de justicia la aplicación incorrecta produce error judicial, el cual es la antítesis de la tutela judicial efectiva. Ésta, como

lo hemos sostenido siempre, presupone la corrección de la decisión judicial. Tal es la razón por la cual el Estado debe responder reparando los daños producidos por el error judicial. El error es la antítesis de lo correcto. *El servicio público de administrar justicia no puede darse el lujo de errar sin consecuencias jurídicas*. La consecuencia de Derecho más visible es la reparación, obviamente cuando la actuación judicial no es susceptible de recurso. Salvo que se trate de aquellos errores salvajes llamados “inexcusables”, siempre que se pruebe que éstos tuvieron la entidad suficiente para generar perjuicio independientemente del carácter recurrible de la decisión judicial.

Si hubiéramos de traducir en un silogismo lo que hemos explicado, sería el siguiente:

PREMISA MAYOR:

La justicia se logra a través de la aplicación correcta del Derecho

PREMISA MENOR:

Los jueces que motivan correctamente sus decisiones aplican correctamente el Derecho.

CONCLUSIÓN

Los jueces que motivan correctamente sus decisiones y como consecuencia de ello aplican correctamente el Derecho, hacen justicia.

No podemos dejar de señalar que desde nuestro punto de vista tanto la premisa mayor como la premisa menor son correctas, y por ende la conclusión también.

Creemos que es un dogma jurídico el que la justicia se logra a través de la aplicación correcta del Derecho. Y que los jueces que motivan correctamente sus decisiones aplican correctamente el Derecho, pues la motivación jurídica tiene como componente necesario e insustituible el elemento jurídico. El que la justicia se conquista a través de la aplicación correcta del Derecho constituye un estándar, un indicador fundamental del Estado de Derecho. La relatividad del concepto justicia es cuestión diferente. Que es un concepto jurídico indeterminado no hay duda. Que es un principio y como tal muy amplio, tampoco lo negamos. Y también es claro que su consecución puede justificar alejarse de la literalidad de las normas jurídicas sobre la base de una aquilatada argumentación jurídica.

2.- El error judicial

El efecto que hemos señalado del error judicial, la responsabilidad reparadora a cargo del Estado, amerita que nos detengamos en el mismo. En el caso del Ecuador hay dos normas constitucionales determinantes: los dos últimos párrafos del artículo 11.

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

(...)

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

(...)

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

(Indudablemente el detalle que hace este párrafo representa con elocuencia que se trata, en su conjunto, de fallas del sistema de justicia. Esas fallas tienen rostro de: detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, etc. Destacamos nuevamente que en nuestro concepto el error judicial constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva.)

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Cae por su propio peso que el Estado por tener la obligación de decidir correctamente los procesos judiciales no puede condenar a un inocente, y si lo ha hecho, esto es, si erró castigando al inocente, debe reparar el daño causado en la forma definida en la ley de la materia. No olvidemos nunca que la administración de justicia es un servicio público, y que el Estado responde por las fallas en dicho servicio. En el caso ecuatoriano este dogma está consagrado en el segundo párrafo del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución, ya citado:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los

derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

No debe pasar inadvertido que desde la Constitución ecuatoriana de 1967 el Estado es responsable por los daños producidos como consecuencia de los servicios públicos. En efecto, dicha Ley suprema, titulada: “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO ECUATORIANO”, publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967 definió en el artículo 27 lo siguiente:

Art. 27.- El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.

En el caso de España la responsabilidad estatal por error judicial se encuentra establecida en el artículo 121²¹⁸.

“Artículo 121

Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.”

El estudio del error judicial es relevante en materia constitucional, entre otras razones, por su ya señalado efecto reparador a cargo del Estado. El ciudadano, y el justiciable en general, no tienen por qué soportar en sus bienes y derechos el error judicial, no tienen por qué aceptar ser dañados por las fallas del servicio público de administración de justicia. Si el daño se produce nace la obligación de reparar, obviamente en tanto se constituyan todos los elementos que configuran este tipo de responsabilidad.

Para nosotros es muy importante que el Estado no conceptualice al error judicial como una cuestión extrema. Pues una visión así produce como consecuencia que el justiciable tenga que soportar los errores de la administración de justicia que no lleguen a ser extremos. En definitiva, si el error cometido no es grave (extremo) entonces el justiciable tiene que soportarlo, y por ende no puede exigir reparación alguna. Esto es sencillamente contrario al Estado de Derecho, pues afecta la indemnidad que debe tener, de que

²¹⁸ <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#preamb>
Portal consultado el 16 de enero de 2022 a las 20:28 minutos.

debe gozar todo ciudadano y justiciable en general cuando ha sido perjudicado por una actividad a cargo del Estado, como es el caso de la administración de justicia.

La protección y garantía de los derechos como papel central del Estado es incompatible con la irrogación de perjuicios por parte del Estado a los administrados y justiciables en general. Es muy sencillo: *una concepción muy estricta para la configuración del error judicial deja fuera a todas las actuaciones judiciales decisorias que no obstante ser equivocadas y dañosas para el justiciable no logran configurarse como error judicial por las estrictas exigencias de la legislación o de la jurisprudencia vinculante pertinente.*

La gran filosofía detrás es que el Estado no puede, en lugar de prestar un servicio público eficiente, en este caso el de administrar justicia, dañar a los justiciables y no responder íntegramente por tal actuación perjudicial. Como hemos sostenido siempre, *las respuestas que debe dar el Derecho Público deben construirse priorizando esencialmente los derechos de los administrados*, que constituyen la razón de ser del Estado como sociedad política y jurídicamente organizada.

El justiciable debe tener la certeza de que si el Estado lo daña éste debe reparar tal afectación, y no elaborar, el Estado, condicionamientos extremos que dificulten o hagan imposible la viabilidad de tal responsabilidad reparadora. Una estructuración así afecta al Estado de Derecho por ser contraria a la señalada indemnidad, insistimos.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista a la respuesta judicial correcta se llega a través de la motivación jurídica correcta. No hay otro camino. La motivación jurídica incorrecta conduce a la decisión judicial errada. Esto aplica también para la administración pública. En otras palabras, la decisión correcta tiene como condición necesaria la motivación correcta.

3.- Tres conceptos relevantes

Antes de continuar queremos describir tres conceptos jurídicos de relevancia para el entendimiento de nuestra posición jurídica:

MOTIVACIÓN JURÍDICA²¹⁹

Para nosotros, la motivación es la exposición ordenada, razonada, coherente e interrelacionada en sus elementos constitutivos fundamentales, por medio de

²¹⁹ HERNÁNDEZ, Miguel (2004). *Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*. Guayaquil. Editorial EDINO. Página 65.

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.

APLICACIÓN DEL DERECHO²²⁰

La aplicación del Derecho consiste básicamente en la implantación total o parcial a situaciones vivenciales o casos concretos, de las previsiones normativas pertinentes concebidas para tales eventos por el ordenamiento jurídico; o la ejecución de las argumentadas soluciones sustanciales construidas total o parcialmente por el aplicador del Derecho sobre la base del propio sistema jurídico y de las instituciones de Derecho aplicables, en defecto de las previsiones normativas pertinentes al caso, vista sus determinantes imperfecciones de fondo.

DECISIÓN JUDICIAL CORRECTA²²¹

Entiendo por decisión judicial correcta aquella resolución que, guiada por el objetivo de la realización de la justicia del caso concreto, incorpora en su contenido una visión valorativa del Derecho sin sacrificar la normativa aplicable al caso; pero que en función de la vigencia plena del principio de justicia material puede llegar a superar el contenido textual de dicha normativa, sobre la base de una bien estructurada y cualificada argumentación jurídica que tenga en cuenta e incorpore, en lo pertinente, los valores superiores del ordenamiento jurídico.

4.- La Corte Constitucional del Ecuador, la garantía de la motivación jurídica y la decisión judicial correcta

La Corte Constitucional del Ecuador para evaluar si la motivación de las sentencias que debía conocer era constitucional o no desarrolló lo que denominó el “test de la motivación jurídica”, al cual constituyó con tres elementos: *razonabilidad, lógica y comprensibilidad*. En especial el primer elemento destacaba la necesidad de la motivación correcta. Ese test, en cuanto a este primer factor, incluía a la aplicación de la ley, con lo cual, en múltiples casos daba a los problemas de legalidad alcances constitucionales que no tenían. Decimos “en múltiples casos”, en razón de que los problemas de legalidad efectivamente generan con

²²⁰ HERNÁNDEZ, Miguel (2020). *Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP. Página 29.

²²¹ HERNÁNDEZ, Miguel (2021). *Error Judicial y Error Inexcusable*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP. Página X.

frecuencia problemas de constitucionalidad, pues a través de la violación de la ley, de su equivocada interpretación, de su no aplicación se pueden violentar derechos constitucionales.

De hecho, la acción que más conoce y resuelve la Corte Constitucional del Ecuador es la acción extraordinaria de protección, la cual llega a dicha Corte ante decisiones de casación de la Corte Nacional de Justicia, que justamente resuelve problemas de legalidad. Asuntos éstos que tienen en muchas ocasiones derivaciones constitucionales de mayor o menor impacto. Piénsese que el derecho constitucional a la seguridad jurídica se sustenta, entre otros, en el respeto al ordenamiento jurídico, y no únicamente a la Constitución de la República.²²²

La actual Corte Constitucional ecuatoriana se alejó explícitamente de la aplicación del test de la motivación jurídica. *Le critica que está concebido de tal manera que exige la corrección de las decisiones judiciales.* Tal corrección como exigencia la Corte la considera un error, **no obstante que sí reconoce que la motivación debe ser correcta.** Esta posición tiene ciertamente un elemento extraño: la motivación judicial debiendo ser correcta no acarrea como consecuencia que la decisión adoptada en aplicación de esa motivación correcta, sea acertada. *Es inexigible la decisión correcta, pero sí es exigible la motivación correcta. Nos parece que hay un problema de lógica.*

La sentencia No 1158-17-EP/21²²³ del 20 de octubre de 2021, que es en la cual la Corte se distancia formalmente del referido test de la motivación, hace una muy buena síntesis del mismo, lo critica, y define la Corte su posición al respecto. También hace explicaciones medulares sobre la motivación jurídica. Revisemos una parte de dicha sentencia:

22. La *motivación* de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “*los órganos del poder público*” tienen el deber de “*desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones*”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) *una fundamentación normativa correcta,*

222 El artículo 82 de la Constitución del Ecuador precisa:

“**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

223 http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOidkYjI2NzMONS05MjE2LTQ1ZDMtOGE5Ny03YTg2ZTAyMmYwYmYucGRmJ30=

Portal consultado el 18 de enero a las 10:13 am.

entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) *una fundamentación fáctica correcta*, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

23. El de la motivación correcta es un ideal inherente al Estado constitucional porque este persigue la realización de la justicia a través del Derecho; dicho ideal debe ser promovido como un pilar de la cultura jurídica por la sociedad en su conjunto. En ese sentido, el ordenamiento jurídico establece múltiples consecuencias para cuando una motivación es **incorrecta** conforme al Derecho –por ejemplo, en casos de errores en la interpretación y aplicación de normas jurídicas– o conforme a los hechos –por ejemplo, en casos de errores en la valoración de la prueba-. En general, ese tipo de incorrecciones afectan la validez de las resoluciones de autoridad pública y deben ser corregidas (dejadas sin efecto) por los órganos competentes a través de los medios de impugnación disponibles. Por ejemplo, los recursos administrativos, la acción contencioso-administrativa, los recursos de apelación o casación, las garantías jurisdiccionales, etc. Es más, algunas de esas incorrecciones pueden traer consigo responsabilidades de orden civil, administrativo o penal para sus autores.

24. Sin embargo, **la garantía de la motivación** –por sí sola– no asegura a las personas que las decisiones de las autoridades públicas cuenten con una motivación *correcta* conforme al Derecho y conforme a los hechos, sino que tengan una **motivación suficiente**: suficiente para que el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa puedan ser efectivamente ejercidos con miras a enmendar las *incorrecciones* en que incurrieren los actos del poder público.

(...)

28. La garantía de la motivación, entonces, exige que la motivación sea suficiente, independientemente de si también es correcta, o sea, al margen de si es la mejor argumentación posible conforme al Derecho y conforme a los hechos. Es decir, la mencionada garantía exige que la motivación contenga: (i) una *fundamentación normativa suficiente*, sea o no correcta conforme al Derecho; y, (ii) una *fundamentación fáctica suficiente*, sea o no correcta conforme a los hechos. Como esta Corte ha señalado, “[l]a garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales”.

29. Si una motivación, a pesar de ser *suficiente*, es *incorrecta*, la garantía de la motivación no se vulnera...

De lo reproducido hasta aquí, en cuanto a la sentencia 1158-17-EP/21, queda claro, entre otros, que:

1.- Todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

2.- Las incorrecciones en la motivación jurídica tienen consecuencias, básicamente a través de los medios de impugnación.

3.- La garantía de la motivación –por sí sola– no asegura a las personas que las decisiones de las autoridades públicas cuenten con una motivación *correcta*, sino que tengan una **motivación suficiente**. Suficiente para que el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa puedan ser efectivamente ejercidos con miras a enmendar las *incorrecciones* en que incurrieren los actos del poder público.

4.- Para la **garantía de la motivación** es irrelevante que la fundamentación normativa o fáctica sea correcta o incorrecta; “[l]a *garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales*”.

En cuanto al **test de la motivación jurídica** la Corte Constitucional del Ecuador expone, entre otros, lo siguiente:

31. El 21 de junio de 2012, mediante la sentencia No. 227-12-SEP-CC, esta Corte acuñó el que denominó test de motivación, un procedimiento ideado para establecer si en un caso concreto se ha vulnerado o no la garantía de la motivación.

32. Dicho test consiste en verificar si la motivación bajo examen cumple conjuntamente con estos tres parámetros: la **razonabilidad**, la **lógica** y la **comprensibilidad**. De manera que, si se incumple alguno de ellos, debe concluirse que la garantía de la motivación ha sido transgredida.

33. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el uso del test de motivación fue profuso: desde el año 2008 hasta junio de 2019, aproximadamente el 50% de las acciones extraordinarias de protección versó sobre la supuesta vulneración de la garantía de la motivación; y, de aquellas acciones, alrededor del 91% fue resuelto mediante la aplicación de ese test.

34. A partir de febrero de 2019, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado de aplicar el test de motivación; las razones para ello se exponen en la presente sentencia.

F.b. Sobre el parámetro de la razonabilidad

35. Aunque el significado de la razonabilidad tuvo algunas variaciones, básicamente, ella fue entendida de la siguiente manera:

[...] esta característica de la motivación [la razonabilidad] está relacionada con la correcta utilización de las reglas y principios constitucionales al momento de ofrecer razones para la decisión. El efecto de realizar una interpretación de la Constitución discordante con su sentido más adecuado en el contexto del ejercicio de la potestad jurisdiccional no solo implica el incumplimiento de la garantía de la motivación, sino que además, se deriva en una vulneración patente a los principios de seguridad jurídica, del debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes, así como de la tutela judicial efectiva [énfasis añadido].

[...] la razonabilidad debe ser entendida como un juicio de adecuación de la resolución judicial respecto a los principios y normas consagrados por el ordenamiento jurídico, particularmente con aquellos contenidos en la Constitución de la República, de modo que se muestre que el criterio del juzgador se fundamenta en normas e interpretaciones que guardan conformidad con la Norma Suprema y demás cuerpos legales, y no en aspectos que colisionen con las fuentes de derecho, precautelando de esta manera la supremacía constitucional y la vigencia del ordenamiento jurídico [énfasis añadido].

36. Como puede observarse, el parámetro de la razonabilidad significa centralmente que toda motivación debe ser *correcta* conforme al Derecho. En consecuencia, la garantía de la motivación se transgrede cuando el juez no ofrece una fundamentación normativa *correcta*, como cuando interpreta y aplica erróneamente la Constitución, la ley u otras fuentes del Derecho. Lo que desborda lo estrictamente requerido por la garantía de la motivación, a saber, que la motivación sea *suficiente*.

37. Lo anterior implica que toda incorrección en la interpretación y aplicación de un derecho o garantía fundamental conlleve el incumplimiento del parámetro de razonabilidad y, por tanto, la violación de la garantía de la motivación. Dicho en otras palabras, la garantía de la motivación virtualmente abarca a la totalidad de derechos y garantías constitucionales.

38. Además, el hecho de que el parámetro de razonabilidad se refiera también a la observancia de disposiciones de rango legal da pie a que pueda alegarse la vulneración de la garantía de la motivación con base en la mera violación de tales disposiciones, lo que desvirtúa el ámbito de la justicia constitucional, especialmente en materia de acción extraordinaria de protección, pues la Corte estaría obligada a actuar como un nuevo tribunal de casación.

39. Por otro lado, el parámetro de razonabilidad no tiene en cuenta a la fundamentación fáctica, sino solo a la fundamentación normativa, lo que es una deficiencia cuando se lo aplica para evaluar, por ejemplo, sentencias de instancia.

En sus CONCLUSIONES la Corte destaca:

45. En suma, aunque el *test de motivación* cumplió, en su momento, la función de guiar la verificación de vulneraciones a la garantía de la motivación, y aunque contiene ciertos elementos que siguen presentes en la jurisprudencia de esta Corte, principalmente presenta los inconvenientes que se exponen en los párrafos siguientes.

46. En primer lugar, el *test* distorsiona el alcance de la garantía de la motivación al atribuir a dicha garantía la exigencia *máxima* de que el juez dote a sus decisiones de una motivación *correcta*, y no la exigencia *mínima* de aportar una motivación *suficiente*:

46.1. El parámetro de la razonabilidad consiste en la exigencia de que la motivación no contenga errores de interpretación y aplicación de la Constitución, la ley u otra fuente del Derecho. Con ello, la garantía de la motivación se desdibuja porque acaba por envolver a los demás derechos y garantías fundamentales. Y, además, dicha garantía resulta vulnerada siempre que se viole una *norma legal*, lo que no es aceptable, sobre todo, en el contexto de las acciones extraordinarias de protección, cuya configuración procesal excluye, en general, las cuestiones de “mera legalidad”.

46.2. Esa exigencia de que la motivación acierte en la interpretación y aplicación del Derecho es incorporada en la idea de coherencia por el parámetro de la lógica.

46.3. Y el parámetro de la comprensibilidad exige, so pena de la nulidad del acto, que la motivación sea comprensible para todo ciudadano común (para el “gran auditorio social”).

47. En segundo lugar, el test ignora completamente que el artículo 76.7.1 de la Constitución esboza la **estructura argumentativa** que debe reunir una motivación para ser considerada **mínimamente completa**, cuando dicha estructura debería servir de base para dilucidar si una determinada motivación es suficiente, como se mostrará más adelante.

48. En tercer lugar, el test no abarca a la **fundamentación fáctica**, salvo por alguna jurisprudencia aislada.

(...)

50. Y, en quinto lugar, todos los mencionados déficits del test fomentan la arbitrariedad al momento de establecer si una determinada resolución del poder público infringe la garantía de la motivación.

La decisión judicial correcta no exige grandes estándares de motivación jurídica, ni grandes extensiones. Sí, una apropiada ubicación del juez respecto de los hechos y de la valoración de los mismos a la luz de lo que se ha logrado probar en el proceso; y, por supuesto, una apropiada identificación de los problemas jurídicos a resolver y sus implicaciones, así como un preciso dimensionamiento sobre los alcances y efectos de las normas de Derecho que va a aplicar al caso concreto el juez, así como sobre las consecuencias que tales alcances y efectos tendrán una vez aplicados al caso sometido a su resolución.

Cuando una Corte Constitucional descubre en un caso concreto sometido a su decisión que hay una aplicación incorrecta del Derecho no debe ignorar tal situación, hacerse de la vista gorda y reputar que no ha descubierto lo que ha descubierto. Una actuación así es contraria a la centralidad que merecen los derechos en el marco de un Estado constitucional. Si por el tipo de juicio constitucional que debe resolver es absolutamente incompatible enmendar la aplicación incorrecta del Derecho, o corre el riesgo de convertirse en juez de instancia, entonces debiera dejar constancia de la incorrecta aplicación del Derecho aun cuando dicha constancia careciere de efectos jurídicos. La razón: orientar el criterio del juzgador de instancia. Esta actuación debe entenderse como una colaboración con el sistema de justicia, no como interferencia. No puede interpretarse como interferencia vista la ausencia de consecuencias jurídicas de dicha constancia. Lo que no debe hacer una Corte Constitucional es quedar silencio cuando constata una incorrecta aplicación del Derecho.

Queda claro que la Corte está convencida que es un error la exigencia de la aplicación correcta del Derecho. ¿Esa posición es acertada? Estimamos que no, pues,

entre otras razones, el derecho constitucional a la seguridad jurídica comprende necesariamente la obligación de toda autoridad de aplicar las normas jurídicas que fueren del caso, y sería absurdo que fuera irrelevante que esa aplicación sea correcta o incorrecta, y sostener que tal derecho se cumple con la sola aplicación de las normas pertinentes. ¿Qué sentido tiene aplicar normas “pertinentes” pero mal interpretadas? Evidentemente, la aplicación incorrecta del Derecho traerá como consecuencia en reiteradas ocasiones el sacrificio de la justicia material. Nos preguntamos ¿cómo puede considerarse que la aplicación del Derecho sea irrelevante para una Corte Constitucional? No es que en un tipo de juicio constitucional puede ser intrascendente y en otro no. Nunca puede ni debe ser irrelevante en un Estado constitucional la aplicación incorrecta del Derecho. Para ninguna autoridad, incluso privada. No planteamos una idealidad sino algo esencial.

Si el famoso test de la motivación jurídica tenía fallas, había que arreglarlo, si ello se estimaba posible. Si sus errores eran tan grandes, era efectivamente procedente desecharlo. Pero eliminarlo en función del reproche por su exigencia de la aplicación correcta del Derecho, considerado por nuestra Corte un estándar máximo de motivación, creemos que fue un error. Tal vez lo criticable sea, desde el punto de vista del rol del Estado de *proteger y garantizar los derechos*, haber eliminado tal imposición.

Nos preguntamos: ¿la exigencia de la aplicación correcta del Derecho es contraria al Estado de Derecho? ¿es contraria a la democracia? ¿qué principio jurídico o filosófico rompe? ¿afecta a la sociedad? ¿afecta a los justiciables? ¿afecta el interés público? ¿afecta los “intereses” del Estado? ¿es negativa para la cultura judicial? ¿incide negativamente en la cultura de progreso jurídico de los jueces? ¿es una mala práctica? ¿estimula alguna mala práctica en los jueces? ¿es reprochable institucionalmente? ¿fomenta un mejor estudio de los casos judiciales? ¿fomenta la superación judicial? ¿fomenta el estudio del Derecho? ¿es un mal filtro para evaluar la constitucionalidad de las sentencias emitidas por la Corte de Casación, sentencias que se someten a la Corte Constitucional ecuatoriana por la vía de la acción extraordinaria de protección?²²⁴. Si en términos del artículo 82 de la Constitución del Ecuador la falta de aplicación por las autoridades competentes de cualquier norma jurídica previa, clara y pública constituye una violación

²²⁴ La acción extraordinaria de protección es una vía procesal constitucional ecuatoriana que tienen los litigantes ante la Corte Constitucional cuando consideran que la Corte de Casación (Corte Nacional de Justicia) ha violado un derecho constitucional a través de la pertinente providencia judicial emitida en el marco de la administración de justicia ordinaria: **auto o sentencia**; o cuando los litigantes estiman que una sentencia emitida en segunda instancia en el marco de una acción de protección es violatoria de un derecho constitucional.

La acción extraordinaria de protección se encuentra establecida en el artículo 94 de la Constitución, y la acción de protección en el artículo 88.

del derecho constitucional a la seguridad jurídica, ¿por qué es criticable que el parámetro de la razonabilidad haya comprendido a las leyes y otras normas de menor jerarquía?

Dejamos constancia que la violación de normas legales o de otras de rango inferior puede provocar de forma directa la violación de derechos constitucionales. Es decir, el quebrantamiento de tales normas no excluye la violación de derechos constitucionales. Depende de cada caso concreto. En unos casos puede producirse dicha violación, y en otros no. De manera que, insistimos, independientemente de la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica, se puede producir la violación de otro u otros derechos constitucionales a través del quebrantamiento de normas legales u otras de inferior nivel. También es posible que la violación de una norma legal u otra de menor rango no cause daños a los particulares o los cause de manera mínima. Depende de cada caso.

Para nosotros la exigencia de la aplicación correcta del Derecho abona a arraigar un sentir de confianza ciudadana en el Estado y sus instituciones; implica el cumplimiento del rol institucional del sistema de justicia de solucionar los conflictos entre los litigantes (no soluciona los conflictos quien aplica incorrectamente el Derecho); supone una prestación eficiente del servicio público de administrar justicia. La realización *judicial* de los derechos exige como condición necesaria la aplicación correcta del Derecho por parte de los administradores de justicia. Obviamente, los derechos no se realizan judicialmente a través de la aplicación incorrecta del mismo. La aplicación correcta es un medio para la realización individual de los derechos, y en cierto sentido para la realización social de los mismos.

Es claro que la aplicación correcta del Derecho puede no ser algo sencillo. Los problemas de premisa fáctica y de premisa normativa pueden ser realmente

“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.”

“Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de insubordinación, indefensión o discriminación.”

ESTA ACCIÓN ES DE CONOCIMIENTO, NO CAUTELAR. SOLUCIONA EL PROBLEMA DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. DECLARA DICHA VIOLACIÓN Y ORDENA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES E INMATERIALES PRODUCIDOS POR TAL QUEBRANTAMIENTO.

complejos. En nuestro trabajo *¿Determina el Derecho Una Única Respuesta Correcta En Los Casos Difíciles?*²²⁵ Sostuvimos:

Entiéndase que la aplicación de la ley que da efectivamente seguridad jurídica es la aplicación correcta de la misma. Y ésta exige interpretación de la norma, esto es, dilucidación del verdadero sentido de la misma. La interpretación correcta exige cultura, frialdad, análisis, pensamiento lógico; identificación del rol de la norma ante el conjunto de la misma normativa a la cual pertenece; ante la rama del Derecho en la que se encuentra ubicada; ante el sistema jurídico en su conjunto, y dentro de este ante los tratados internacionales; exige también un preciso dimensionamiento del rol del sistema jurídico ante el tipo de Estado en el que se presenta el conflicto a resolver, y la identificación y valoración de las características de ese Estado. Por ejemplo, el Estado constitucional de derechos y justicia, tal cual es el caso ecuatoriano. Art. 1 de la Ley suprema.

La definición de la respuesta jurídicamente correcta necesita de esfuerzo argumentativo por parte de su autor. Si el caso es realmente difícil y la autoridad no ha llegado a una conclusión luego del análisis detallado del mismo, puede ensayar distintas motivaciones jurídicas con distintas argumentaciones a efectos de llegar a una conclusión. Lo expuesto no significa que no haya una sola respuesta correcta. Lo que representa es que será correcta la respuesta que se funde en elementos jurídicos y razonamientos menos relativos que la otra o las otras soluciones a las que haya llegado luego de sus ejercicios de motivación. La respuesta correcta entendida como aquella que se funda en los elementos menos relativos ya referidos nos parece que es coherente con la realidad del Derecho y de la vida, que no se agota en fórmulas, descripciones ni discursos de moralidad.

Queremos destacar que una mirada sistémica al ordenamiento jurídico será muy importante como apoyo para arribar a una correcta aplicación del Derecho. Es algo básico, pero con frecuencia lamentablemente ignorado. Juan Antonio García Amado²²⁶ explica que “Los argumentos interpretativos sistemáticos son de diverso tipo, pero tienen como denominador común el de que para interpretar una norma se toman en cuenta otras normas del mismo sistema normativo que están en el contexto de la interpretada. Lo que resulta dudoso, si miramos aisladamente la norma que hemos de aplicar, adquiere mayor claridad si vemos tal norma en el marco o en el conjunto de otras normas que regulan los mismos asuntos o que emplean los mismos términos o expresiones que en esta se interpretan.”

²²⁵ HERNÁNDEZ, Miguel (2015). *¿Determina el Derecho Una Única Respuesta Correcta En Los Casos Difíciles?*, en *Trabajos Constitucionales*. Quito. Ediciones Legales EDLE S.A. Página12.

²²⁶ GARCIA, Juan Antonio (2013). *Razonamiento Jurídico y Argumentación*. León. EOLAS ediciones. Página 150.

Para la Corte Constitucional del Ecuador la exigencia de la aplicación correcta del Derecho implica el máximo estándar para los jueces, cuando lo que es exigible es el mínimo, constituido por la estructura exigida por el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República²²⁷, que le da *suficiencia* a la motivación jurídica. Recordemos nuevamente algunos señalamientos de la citada sentencia 1158-17-EP/21:

36. Como puede observarse, el parámetro de la razonabilidad significa centralmente que toda motivación debe ser *correcta* conforme al Derecho. En consecuencia, la garantía de la motivación se transgrede cuando el juez no ofrece una fundamentación normativa *correcta*, como cuando interpreta y aplica erróneamente la Constitución, la ley u otras fuentes del Derecho. Lo que desborda lo estrictamente requerido por la garantía de la motivación, a saber, que la motivación sea *suficiente*.

46. En primer lugar, el *test* distorsiona el alcance de la garantía de la motivación al atribuir a dicha garantía la exigencia *máxima* de que el juez dote a sus decisiones de una motivación *correcta*, y no la exigencia *mínima* de aportar una motivación *suficiente*...

Donde la crítica de la Corte tiene parte de razón es cuando afirma que la razonabilidad comprende el cumplimiento de normas de rango inferior a la Constitución, pero esta posición tiene una importante réplica en el caso ecuatoriano: según el artículo 82 de la Constitución “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” Ergo, por contrario sensu, la no aplicación de esas normas jurídicas, de cualquier rango que fueren, vulnera el derecho constitucional a la seguridad jurídica. La seguridad jurídica es esencial para que el Derecho pueda cumplir su rol en la sociedad. Si no sería sólo un Derecho de papel. Y un Derecho así es sencillamente inútil. Agréguese a ello que el artículo 3 numeral 4 de la Constitución ordena como uno de los deberes primordiales del Estado *la garantía del ordenamiento jurídico*²²⁸

²²⁷ Que establece:

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

(...)

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

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

²²⁸ Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

(...)

4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.”

El silencio ante la errada aplicación del Derecho contribuye a la incerteza del mismo. Y la incerteza es el campo más fértil para cosechar arbitrariedad. Decía Eduardo J. Couture:²²⁹:

Toda certeza, repetimos, será siempre relativa. Acaso uno de los problemas del derecho en su sentido axiológico consista en el contraste entre su ansiedad de certeza y la imposibilidad de evitar su incertidumbre...El derecho es, en último término, una promesa de certeza. La certeza efectiva sólo la puede dar la vida.

Ahora bien, capítulo aparte merece el hecho de que, a pesar de la reiterada proclama del no involucramiento de la Corte Constitucional en lo correcto o incorrecto de la aplicación del Derecho, tal Corte se contradiga. En nuestro reciente libro: *Error Judicial y Error Inexcusable* identificamos una clara contradicción. En efecto, en la sentencia No 1707-16-EP/21 del 30 de junio de 2021²³⁰ la Corte sostuvo:

51. De la relación anterior, la Corte verifica que el auto resolutorio aplicó una resolución posterior a la fecha de los hechos alegados y que no fue utilizada como fundamento para declarar la vulneración de derechos y su reparación en la sentencia de acción de protección. La homologación definitiva de remuneraciones aprobada en la sesión ordinaria del Pleno del Consejo de la Judicatura de 25 de agosto de 2009 no se encontraba vigente al momento de los hechos denunciados y por ende no podía servir de base para determinar desde cuándo había existido una desigualdad en la remuneración percibida por la accionante. Además, al aplicar la resolución de 25 de agosto de 2009, sin que esta haya sido fundamento para la sentencia que se estaba ejecutando, el Tribunal Distrital modificó arbitrariamente una decisión adoptada en una sentencia con fuerza de cosa juzgada material.

52. En consecuencia, esta Corte concluye que en el auto resolutorio se aplicó una norma que no se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos que originaron la sentencia que se debía ejecutar y, al hacerlo, se modificó arbitrariamente lo dispuesto en dicha sentencia, lo que configura una vulneración al derecho a la seguridad jurídica.

53. Verificada la vulneración de un derecho constitucional y ante la ausencia de otro mecanismo procesal adecuado, la Corte concluye que es

²²⁹ En el prólogo de la siguiente obra:

LOPEZ DE OÑATE, Flavio (2007). *La Certeza del Derecho*. Granada. Editorial Comares, SL. Páginas X y XI.

²³⁰ Citada en la página 47 de nuestro indicado libro.

aplicable la excepción de gravamen irreparable y el auto resolutorio debe ser tratado como objeto de la acción extraordinaria de protección y, como consecuencia, debe ser dejado sin efecto por vulnerar el derecho a la seguridad jurídica de la accionante.

5.- ¿Hasta dónde se puede llegar invocando el principio de justicia material?

La Constitución del Ecuador define en el artículo 1 que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”, con lo cual queda absolutamente clara la centralidad de los derechos y de la justicia material en el rol estatal. Máxime si la inspiración de dicha Constitución es el llamado neoconstitucionalismo. Esa centralidad ha dado lugar a mucha jurisprudencia constitucional que ha posicionado en grado sumo tanto a los derechos como a la justicia material. Es imposible no estar de acuerdo con la necesidad de la realización de la justicia material. Pero sí es posible rechazar conceptual y jurídicamente el carácter infinito de dicho principio. De abstracción debe convertirse en concreción, pero en ese íter no se puede llegar a desbaratar las instituciones jurídicas básicas que sustentan la predictibilidad del Derecho, como por ejemplo la prescripción de los derechos y de las obligaciones. Esta afirmación no nos posiciona como positivistas.

En nuestro libro *Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo*, ya citado, dejamos en claro que el contenido de las normas jurídicas puede ser superado. Lo planteamos de forma muy explícita en dicha obra²³¹. Es justo decir que existe el error bastante generalizado de tachar a quienes defienden el imperio de la ley porque ésta es “asunto superado” vista la contemporaneidad de la relevancia de los principios; es más, hay quienes propugnan injustificadamente un enfrentamiento entre los principios y las reglas para hacer notar el poderío de los primeros y la fragilidad de las segundas.

Decía hace alrededor de sesenta años Emil Brunner²³²:

La injusticia ha existido siempre, pero en verdad nunca hubo en ninguna época pretérita tal magnitud de injusticia. La humanidad ha pasado por tiempos crueles, pero nunca por ninguno como el presente, en el cual se comete la injusticia en nombre del derecho, e incluso se eleva la injusticia a sistema...

²³¹ Páginas 53 a 68.

²³² BRUNNER, Emil (1961). *La Justicia*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Página 9.

El Derecho tiene límites. La instrumentación de la justicia a cargo de los jueces tiene las fronteras que el Derecho plantea: unas superables, otras de difícil superación, y otras ciertamente de imposible rebasamiento.

Vamos a revisar un importante y reciente caso sentenciado por la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia No. 1290-18-EP/21, del 20 de octubre de 2021). Estremece la injusticia vivida por un marino separado de la Armada Nacional en razón de su orientación sexual *percibida*, de la violación del debido proceso, de la indefensión sufrida, etc; pero estremece también que la Corte haya ignorado por completo el tiempo como límite para el ejercicio de los derechos (si bien la acción de protección no tiene tiempo específico según la jurisprudencia), que haya aplicado la vigente Constitución de 2008 a una situación acontecida en el año 1991 cuando no existía la acción de protección, y ni siquiera su antecedente más remoto: el recurso de amparo constitucional, que nació el 16 de enero de 1996, y que fue de naturaleza cautelar²³³. Es tan patética la situación que el voto salvado del actual Presidente de la Corte Constitucional señaló²³⁴, entre otros:

12. Como consta en la sentencia de mayoría, en este caso la vulneración de los derechos del compareciente habría ocurrido en el año 1991 y la presentación de la acción de protección tuvo lugar en el año 2017. Es decir, durante 26 años el accionante convivió con sus derechos violados sin reclamar, a pesar que no existió obstáculo (al menos así se desprende del expediente).

18. Ahora bien, en la sentencia No. 179-13-EP/20, de mi ponencia, me incliné a aceptar el tiempo indeterminado para presentar la acción de

²³³ Fecha de publicación del Registro Oficial No 863 que contiene la reforma constitucional que instituyó el recurso de amparo constitucional:

“Art. ... Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

Para este efecto no habrá inhibición del juez, que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados. El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinte y cuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, de la cual se dará de inmediato cumplimiento.

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal de lo Constitucional órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos el juez remitir de inmediato el expediente al superior.”

²³⁴ file:///C:/Users/Dr.%20Miguel%20Hern%C3%A1ndez/Downloads/41636e89-2dd4-46c7-8be0-2dd0cbe96ec6.pdf

Portal consultado el 20 de enero a las 16:16.

protección, pues bien sabemos que los derechos fundamentales no prescriben ni caducan. Sin embargo, en mi opinión, el presente caso plantea diferencias marcadas, no solo porque la violación de derechos ocurrió al amparo de otro texto constitucional, sino porque al pretender tutelar derechos luego de 26 años, las reparaciones se vuelven dificultosas y en ocasiones imposibles por el transcurso excesivo del tiempo.

Nos parece que en este caso la seguridad jurídica quedó desbaratada. Por ello es muy pertinente examinarlo. A todas luces la razón esencial que justifica una sentencia así es la *justicia material, fin último del Derecho y cuestión central en el Estado constitucional de derechos y justicia* que proclama el artículo 1 de la Constitución del Ecuador.

Revisemos lo sustancial del caso indicado:

66. Diocles García Zambrano ingresó a la Armada del Ecuador el 5 de diciembre de 1983 con el grado de Grumete IM de la XIX promoción y prestó sus servicios hasta 1991. Al momento de su separación de dicha institución, el accionante tenía el grado de Cabo Segundo IM.

67. En la Resolución No. 44 contenida en el acta No. 005-91 de la sesión de 31 de mayo de 1991, el Consejo del Personal de Tripulación de la Armada del Ecuador conoció el informe No. CAV-020-R de 27 de mayo de 1991 y la solicitud del comandante de la Primera Zona Naval contenida en el oficio No. PRIZON-PER-171-O de 14 de mayo de 1991. El comandante solicitó que *“se tramite la baja del CBOS-IM GARCIA ZAMBRANO DIOCLES, por incurrir en faltas contra la propiedad, al intentar el robo de un teléfono, y contra la moral por realizar actos de homosexualismo”*. En virtud de ello, mediante Resolución 44, el Consejo del Personal de Tripulación de la Armada del Ecuador resolvió *que por haber incurrido en las faltas previstas en los artículos 56 Lit. a) y 102 del Reglamento de Disciplina Militar, aceptar la petición del Sr. Comandante de la Primera Zonal Naval y tramitar la disponibilidad previa la baja del CBOS-IM. GARCIA ZAMBRANO DIOCLES, con fecha 31-MAY-91 y por “contravenir al buen servicio”, de conformidad con lo previsto en el Art. 76, Lit. i) de la Ley de Personal de las FF.AA.*

68. Mediante Orden General No. 17 de 10 de junio de 1991 la Armada del Ecuador puso en disponibilidad al accionante *“por contravenir al buen servicio, quien en consecuencia dejará de constar en la Fuerza Naval”*

69. Luego, mediante Orden General No. 8 de 10 de marzo de 1992, la Dirección General del Personal de la Armada del Ecuador ordenó la baja

del accionante, una vez que se cumplió con el tiempo de disponibilidad establecido en la resolución.

70. Con base en los antecedentes expuestos, el accionante fue puesto en situación de disponibilidad mediante Orden General No. 17 de 10 de junio de 1991. Dicha Orden General se basó en la Resolución No. 44 que, a su vez, acogió la solicitud del comandante de la Primera Zona Naval de dar de baja al accionante por intentar el robo de un teléfono y por haber realizado actos de homosexualismo. Posteriormente, el 10 de marzo de 1992, se ordenó la baja del accionante, luego de haber transcurrido el tiempo de disponibilidad.

93. De la revisión de la Resolución No. 44 contenida en el acta No. 005-91 de la sesión de 31 de mayo de 1991, se observa que el Consejo del Personal de Tripulación de la Armada del Ecuador basó su decisión de separar al accionante de sus filas únicamente en el informe y solicitud antes mencionados. Es decir, dichos documentos fueron suficientes para poner al accionante en situación de disponibilidad, previa a la baja del accionante. De ahí que, este Organismo no encuentra que la Armada del Ecuador haya instaurado siquiera un procedimiento administrativo como tal que le haya permitido al accionante comparecer y ejercer su derecho a la defensa.

94. Lo anterior constituye una situación de indefensión, pues para que un acto administrativo se encuentre revestido de validez, es necesario que sea adoptado en el marco de un procedimiento administrativo, en el que se haga conocer al afectado el inicio del mismo para que éste pueda defenderse.

95. En razón de lo expuesto, la Corte concluye que la falta de notificación del inicio del procedimiento administrativo que separó al accionante de las filas de la Armada del Ecuador así como la inexistencia de un procedimiento administrativo como tal, puso al accionante en estado de indefensión pues dicha omisión derivó en la imposibilidad del ejercicio de las garantías mínimas del debido proceso.

97. La normativa vigente imponía a la Armada del Ecuador la obligación de notificar al accionante con el acto administrativo, que debía contener una debida motivación. De ahí que, a criterio de esta Corte, en el marco de un procedimiento de destitución, es particularmente importante que el afectado conozca los motivos de su separación, pues ello viabilizará la impugnación del acto administrativo. Una comunicación verbal de una

sanción de tal gravedad como la destitución, no constituye un medio idóneo de notificación, pues esta no permite al afectado conocer con exactitud los motivos por los cuales ha sido separado y tampoco permite verificar el cumplimiento de la garantía de motivación.

118. Además, conforme se ha indicado anteriormente, la discriminación con base en la orientación sexual de una persona puede ser real o percibida. Es decir, existen escenarios en los que las personas son discriminadas *“con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima”*. La discriminación por percepción impide o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos de las personas objeto de dicha discriminación...

119. De ahí que la orientación sexual percibida constituye una categoría con base en la cual las personas pueden ser discriminadas, a pesar de que la orientación sexual con la cual son percibidas no corresponda a su autoidentificación. La discriminación de este tipo afecta de forma desproporcionada a las personas que, por su forma de ser, de expresarse, o de actuar, son categorizadas y etiquetadas bajo estándares heteronormados, que sancionan a quienes no se ajusten a un prototipo de orientación sexual. Por consiguiente, en este caso la distinción se fundamentó en la orientación sexual percibida del accionante.

131. En virtud de lo expuesto, la separación del accionante con base en su orientación sexual percibida, no puede considerarse como una distinción legítima. Por el contrario, se trata de una diferencia discriminatoria que afecta de manera desproporcionada a las personas con orientaciones sexuales diversas, sean estas reales o percibidas. Estas distinciones, además, perpetúan la situación histórica de discriminación que han sufrido estas personas.

151. En tercer lugar, con el fin de alcanzar la restitución, ordinariamente la Corte dispondría que la Armada del Ecuador reincorpore de manera inmediata al accionante al cargo que ocuparía de no haber sido separado arbitrariamente de dicha institución. Ahora bien, al haber transcurrido más de veinte años desde que se produjeron los hechos, la situación no es ordinaria y no resultaría materialmente posible ordenar la reincorporación del accionante a las filas del servicio activo. **Por el transcurso excesivo de tiempo en la presentación de la acción de protección, la Corte no puede ordenar, como lo haría en otros casos, una reparación que comprenda los salarios dejados de percibir desde que el accionante fue separado**

de la Armada del Ecuador, pues no ha justificado por qué se demoró alrededor de 27 años en acudir a la justicia constitucional para tutelar sus derechos.²³⁵

En la parte dispositiva la sentencia estableció, entre otros:

1. Aceptar parcialmente la acción extraordinaria de protección **No. 1290-18-EP**, y declarar la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación por parte de los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Como medida de reparación por la vulneración de los derechos referidos, se dispone dejar sin efecto la sentencia de 10 de abril de 2018.

2. Aceptar la acción de protección planteada y declarar la vulneración a los derechos al debido proceso, a la igualdad y no discriminación y al trabajo...

De las partes que hemos reproducido de esta sentencia, queda claro:

1.- Que los jueces de mayoría (8) coinciden con el juez que salvó el voto en el sentido de que el actor de la acción de protección se demoró de una manera extrema (26 años dice el Presidente de la Corte, y alrededor de 27 años dice la mayoría) en presentar la demanda. Los 8 jueces destacan que dicho actor no justificó “por qué se demoró alrededor de 27 años en acudir a la justicia constitucional para tutelar sus derechos”. *Quien salvó el voto ni la mayoría precisan que al tiempo en que el actor fue arbitrariamente separado de la Armada no existía la acción de protección, ni tampoco su antecedente remoto: el recurso de amparo constitucional.*

2.- Que por el tiempo transcurrido desde su separación de la Armada no le quedaba al actor ninguna acción judicial para revertir la arbitrariedad. Había prescrito su derecho, como ocurriría en cualquier país del mundo luego de alrededor de 27 años de la forzada separación.

3.- Que el caso plantea una indignante injusticia por la discriminación sufrida, por la indefensión de que fue objeto, etc.

4.- Que la Corte Constitucional prefirió hacer justicia material en lugar de reconocer la absoluta improcedencia de la acción de protección. La gran reflexión es si por hacer realidad la justicia material se puede desbaratar la racionalidad jurídica y desconocer conceptos esenciales del Derecho. Si esto es posible, entonces

²³⁵ Las negrillas son nuestras.

queda claro que el arbitrio judicial constitucional es infinito. Lo cual es inaceptable en un Estado de Derecho. Nosotros creemos que la instrumentación judicial de la justicia material también debe tener fronteras. *De otra manera estaríamos ante un concepto absoluto que todo lo justifica.* Como afirmamos en nuestras clases, también el delincuente tiene derecho a la seguridad jurídica, y por ende a actuar sobre la base de que el delito cometido puede ser perseguido en cierto tiempo, y que pasado el mismo ya no puede ser condenado. Tiene derecho a actuar basado en la seguridad de que la condena de que ha sido objeto puede ejecutarse en determinado tiempo, transcurrido el cual es inejecutable.

NO PODEMOS DEJAR DE SEÑALAR QUE LA HOMOSEXUALIDAD AL AÑO 1991 ERA UN DELITO EN EL ECUADOR. LA NORMA QUE ASÍ LA CALIFICABA FUE DECLARADA INCONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA ÉPOCA, mediante resolución No 106-1-9 publicada en el suplemento del Registro Oficial No 203 del 27 de noviembre de 1997. La disposición declarada inconstitucional, el párrafo primero del artículo 516 del Código Penal, decía:

“En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.”

Y unas reflexiones finales: ¿para hacer realidad la justicia material, pueden los jueces revolucionar el contenido de los principios? ¿pueden ignorar unos principios para aplicar otros? (no nos referimos a sopesarlos) ¿por el ideal de la justicia material se puede vaciar de contenido al principio de proporcionalidad? ¿debemos concluir que el Derecho está condenado a la incerteza y que la única certeza proviene de las decisiones judiciales?

Bibliografía

Legislación

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO ECUATORIANO”, publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Registro Oficial No 863 del 16 de enero de 1996, que contiene el recurso de amparo constitucional, creado por el artículo 2 del tercer bloque de reformas a la Constitución Política de la República.

Sentencias

Sentencia No 1158-17-EP/21 del 20 de octubre de 2021, de la Corte Constitucional del Ecuador.

Sentencia No. 1290-18-EP/21, del 20 de octubre de 2021, de la Corte Constitucional del Ecuador.

Resolución No 106-1-9 del Tribunal Constitucional del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 203 del 27 de noviembre de 1997.

Libros

Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia. Miguel Hernández Terán. 2004. Guayaquil. Editorial EDINO.

Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo. Miguel Hernández Terán. 2020. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP.

Error Judicial y Error Inexcusable. Miguel Hernández Terán. 2021. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP.

Razonamiento Jurídico y Argumentación. GARCÍA, Juan Antonio. 2013. León. EOLAS ediciones.

La Certeza del Derecho. LOPEZ DE OÑATE, Flavio. 2007. Granada. Editorial Comares.

La Justicia. BRUNNER, Emil. 1961. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

Artículo

HERNÁNDEZ, Miguel. 2015. Artículo ¿Determina el Derecho Una Única Respuesta Correcta En Los Casos Difíciles?, en *Trabajos Constitucionales*. Quito. Ediciones Legales EDLE S.A

Portales

Portal de la Corte Constitucional del Ecuador.

Portal del Senado de España.

OCTAVA PARTE

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Sumario: 1.- Conflicto y tutela judicial efectiva; 2.- Jurisprudencia constitucional básica sobre la tutela judicial efectiva; 3.- Independencia judicial, debido proceso y tutela judicial efectiva; 4.- Un caso para meditar; 5.- La ley, la justicia y la aplicación del Derecho; 6.- Bibliografía.

Desarrollo

1.- Conflicto y tutela judicial efectiva

El conflicto es una lamentable característica de la sociedad humana. Algunos son sencillos, otros complejos. Los hay también intermedios. Siendo sencillos múltiples de ellos no se resuelven amistosamente. Otros, siendo complejos logran solución temprana. Los intermedios pueden devenir en complejos por las particularidades de los sujetos en conflicto, entre otras situaciones. Los seres humanos nos hemos encargado de que ciertos conflictos superen las fronteras nacionales. Algunos de ellos dan lugar a guerras. Lo cierto es que las desavenencias forman parte del día a día de las sociedades. Combatirlas es una necesidad imperiosa. Las circunstancias que dan lugar a los conflictos son muchas. Y las soluciones a los mismos no siempre son sencillas. En cualquier caso, las soluciones deben ser racionales, justas, equilibradas, proporcionales al conflicto y a sus efectos, deben concebirse normativamente en abstracto, es decir sin consideración a quiénes sean las partes en conflicto, deben ser igualitarias, no discriminatorias. Algunas circunstancias que dan pie a los problemas son comunes, otras no.

Cualesquiera que sean las circunstancias ellas deben proyectarse en las hipótesis propias de toda norma jurídica. La racionalidad, justicia, equilibrio, etc de las soluciones deben también ser parte de las correspondientes normas de Derecho. Necesariamente, como regla, en el mundo del Derecho las normas comprenden previsiones fácticas y consecuencias. En definitiva, quien genera el conflicto, quien perjudica a otro a causa del mismo debe sufrir las consecuencias de su proceder. El efecto sancionador, civil, administrativo, penal es parte de las fórmulas de solución jurídica.

Algunos conflictos llegan a feliz término a través de las soluciones que encuentran las partes: a veces hay desistimientos, otras concesiones recíprocas; en algunos casos se dan ambos sucesos. En ocasiones las partes cuentan con el auxilio de un tercero que facilita la solución de los problemas: el típico mediador o

conciliador. Los problemas que no se arreglan amigablemente llegan a las Cortes de justicia para que sean estas las que definan las soluciones, siempre de acuerdo con los condicionamientos que impone el ordenamiento jurídico. Es decir, con las previsiones normativas aplicables al caso concreto. En definitiva, los jueces, como regla, no inventan las soluciones. Éstas están definidas en las normas que componen el referido ordenamiento. Es posible que la correspondiente norma de Derecho le otorgue al juez competente un margen de libertad en cuanto a la definición de la solución del caso concreto. Es lo que se llama la *discrecionalidad judicial*. Cuestión siempre sensible en el mundo jurídico.

Los conflictos llegan a las Cortes de justicia porque los administrados, los sujetos de Derecho tienen la facultad para trasladarlos a ellas y porque la solución a los mismos es una necesidad cobijada por el Estado: su atención constituye un servicio público. Ese poder jurídico de los justiciables de requerir del Estado la solución a sus conflictos está asociado a lo que se llama tutela judicial efectiva. Es decir, a la protección judicial *efectiva* de sus derechos.²³⁶ La lógica que estructura la tutela judicial efectiva es la siguiente: para gozar de la misma primero hay que acceder al sistema judicial. Sin acceso al mismo no puede haber protección. El espacio en el que se protegen los derechos es el de la institucionalidad judicial. Una vez que se ha accedido a tal sistema el Estado a través del juez competente debe asegurarse aplicando una *debida diligencia*²³⁷ que el trámite del proceso se cumpla respetando efectivamente los derechos y garantías de las partes y de los terceros que pueden participar en el mismo.

Esto supone, globalmente hablando, que debe respetarse el derecho al debido proceso, el cual contiene un universo de facultades y limitaciones explícitamente establecidas en la Constitución de la República y en las leyes pertinentes. Así, en el Ecuador es garantía básica del debido proceso el que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”²³⁸, así como que “En caso de duda sobre una

²³⁶ El artículo 75 de la Constitución del Ecuador dice que “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.”

²³⁷ El artículo 172 párrafo segundo de la Constitución establece la obligatoriedad de la debida diligencia. Dice:

“Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.”

²³⁸ Artículo 76 numeral 4.

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

(...)

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

norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”²³⁹. El derecho a la defensa, que es parte del debido proceso, comprende “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”, de acuerdo con el artículo 76 numeral 7 letra k de la Constitución.

El debido proceso es, pues, condición necesaria para la configuración jurídica de la tutela judicial efectiva. No perdamos de vista este valioso enunciado.

Cumplida la tramitación del proceso judicial llega el momento de la resolución. Ésta debe ser “debidamente motivada” so pena de nulidad. Motivación que *comprende el enunciado de las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho*, de acuerdo con la letra l del numeral 7 del señalado artículo 76²⁴⁰. En el Ecuador la debida motivación es, pues, parte del derecho constitucional al debido proceso.

Tomada la decisión esta debe ejecutarse efectivamente, pues si no se cumple de manera integral no habrá tutela judicial efectiva. Esta es la concepción jurídica constitucional, legal y jurisprudencial en el Ecuador. El artículo 86 de la Constitución, que contiene las disposiciones comunes sobre las garantías jurisdiccionales, dice en parte del párrafo final del numeral 3, que “*Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.*”²⁴¹

Así las cosas, resulta de toda evidencia que la tutela judicial efectiva está constituida por elementos subjetivos y objetivos: implica el ejercicio de una acción por parte

²³⁹ Parte final del numeral 5 del mismo artículo 76.

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

(...)

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

²⁴⁰ “**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

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

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

²⁴¹ Las cursivas son nuestras.

del justiciable, comprende el hecho cierto y objetivo de la motivación jurídica, la objetividad de la actuación de las pruebas judiciales y sus limitaciones, el derecho subjetivo a recurrir del fallo o resolución, que también es parte del debido proceso.

Nosotros hemos hecho una explícita distinción entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el contenido de ésta. Así, definimos a tal derecho²⁴²:

Para nosotros el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la posibilidad jurídica que tiene un sujeto de Derecho de acceder, en condiciones de igualdad con otro sujeto de similares características, a la administración de justicia o a órganos relacionados en forma directa con ella, y a conseguir de dicha administración en tiempo razonable y en el marco de un debido proceso, una resolución motivada y justa que debe cumplirse en forma integral y real en forma inmediata, salvo que por la materia de la decisión o por otra circunstancia su ejecución exija un tiempo posterior.

Y a la tutela judicial efectiva, así²⁴³:

Para nosotros la tutela judicial efectiva es el estado o situación cierta de amparo jurídico y realización material del derecho o interés legítimo que, teniendo como antecedente, por regla general, una o más providencias judiciales, permite al titular del derecho o interés legítimo o a quien se encuentra en el ejercicio legítimo de los mismos, el disfrute de sus beneficios patrimoniales y/o extrapatrimoniales, o prepara el camino para su realización permanente.

Hemos sostenido reiteradamente que la tutela judicial efectiva es el concepto rector, la razón de ser de la Función Judicial, tanto en su faceta estrictamente procesal como administrativa, financiera, disciplinaria y de recursos humanos. En definitiva, el trabajo del Consejo de la Judicatura está y debe estar, en su ámbito, al servicio de la tutela judicial efectiva.

2.- Jurisprudencia constitucional básica sobre la tutela judicial efectiva

Abundante es la jurisprudencia constitucional sobre la tutela judicial efectiva tanto a nivel local como comparado. Revisemos un par de desarrollos de nuestra Corte Constitucional:

²⁴² HERNÁNDEZ, Miguel (2005) *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia*, Guayaquil: Offset Graba. Página 29.

²⁴³ Página 58 de la obra citada.

1.- En la sentencia 108-15-SEP-CC²⁴⁴ del 8 de abril de 2015 la Corte Constitucional precisó:

En tal virtud, la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita comporta un derecho de las personas de acceder a la justicia y el deber de los operadores judiciales de ajustar sus actuaciones a los parámetros legales y constitucionales pertinentes; de esta forma, se configura el derecho de manera integral, en donde los jueces asumen el rol de ser garantes del respeto de los derechos que les asisten a las partes dentro de cada proceso.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que:

... el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de **acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley**, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, **acceso a la jurisdicción, debido proceso** y eficacia de la sentencia. (El resaltado no forma parte del texto).

De esta forma, la tutela judicial efectiva es el derecho que garantiza a las personas el acceso a la justicia, sin que su pleno ejercicio se agote únicamente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, pues implica también la obligación que tiene el operador de justicia de sustanciar la causa observando el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para cada caso y en observancia de las garantías que configuran el debido proceso.

Dicho de otro modo, la tutela judicial implica una serie de actuaciones por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República para la obtención de una resolución judicial motivada. Por tanto, los operadores de justicia deben enmarcar sus actuaciones al debido proceso, sin ninguna especie de condicionamientos, en observancia de las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto.

²⁴⁴ file:///C:/Users/Dr.%20Miguel%20Hern%C3%A1ndez/Downloads/1f498dee-cc5f-4d44-8e46-9805bad8f687.pdf

2.- En la sentencia 540-16-EP/21²⁴⁵ del 3 de marzo de 2021 la Corte Constitucional afirmó:

25. El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 75; el mismo que señala que: *“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”*.

26. La Corte Constitucional ha manifestado que la tutela judicial efectiva se fundamenta en la observancia de tres elementos fundamentales: primero, el acceso a la administración de justicia; segundo, la observancia de la debida diligencia que incluye la obtención de una solución al conflicto mediante una sentencia motivada que resuelva sobre el fondo de la controversia; y, tercero, la ejecución de la decisión. Este Organismo ha indicado que el primer elemento se da a través del acceso a la justicia sin trabas ni condicionamientos que no se encuentren previstos en la ley ni restrinjan derechos constitucionales. El segundo momento es garantizado cuando el proceso se desarrolla de forma efectiva, imparcial y expedita, asegurando el ejercicio del derecho a la defensa y que como producto de este se obtenga una decisión que resuelva el asunto de manera motivada; y, finalmente, el tercer momento se relaciona con la ejecución de la sentencia que deberá ser cumplida por parte de los destinatarios de esta.

27. Conforme lo ha señalado esta Corte, *“la tutela judicial efectiva no se agota en garantizar el acceso de las personas al sistema de administración de justicia, pues involucra una serie de obligaciones “(...) que recaen en los órganos jurisdiccionales, a efectos de garantizar una adecuada y eficaz protección de derechos (...)”, con la finalidad de atender y responder motivadamente las peticiones de los justiciables, evitando que las partes queden en indefensión y permitiendo una adecuada e integral ejecución de la decisión”*.

La Constitución de Colombia dedica el artículo 229 al *acceso a la administración de justicia* en los siguientes términos²⁴⁶:

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

²⁴⁵ http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiY2E1MzlkNi04NWUyLTQ4NDctODAxNy1lMDZhZTg5YjJjZWmucGRmJ30=

²⁴⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

El artículo 254 de la misma alude a la tutela judicial efectiva²⁴⁷:

El Gobierno y la administración de la Rama Judicial estarán a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. Estos órganos ejercerán las funciones que les atribuya la ley con el fin de promover el acceso a la justicia, la eficiencia de la Rama Judicial, la tutela judicial efectiva y la independencia judicial.

3.- Sobre el acceso a la administración de justicia (componente de la tutela judicial efectiva según nuestra jurisprudencia) la prestigiosa Corte Constitucional de Colombia afirmó en la sentencia T-030/05²⁴⁸, entre otros:

La Corte Constitucional en desarrollo de la función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política (Art. 241 C.P.), ha reiterado el deber que tienen todos los operadores jurídicos de interpretar la Constitución como una norma dotada de unidad de sentido, esto es, que en la aplicación de las normas fundamentales del Estado debe optarse por una interpretación sistemática cuyos efectos irradian al resto del ordenamiento jurídico.

Es precisamente a partir de ese principio de hermenéutica constitucional en que ha de comprenderse el alcance de los derechos constitucionales fundamentales al acceso a la administración de justicia y a un debido proceso sin dilaciones injustificadas...

Conforme lo ha precisado esta Corporación “el acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho a que hace alusión la norma que se revisa -que está contenido en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno

²⁴⁷ Misma fuente.

²⁴⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2005/T-030-05.htm>

de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior.”

Es claro que la realización de la tutela judicial efectiva comprende la realización del derecho constitucional al debido proceso, como también del derecho a la seguridad jurídica. En efecto, el artículo 76 numeral 1 de la Constitución del Ecuador establece que *es garantía básica del debido proceso* el que “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.” El cumplimiento de las normas – de todo nivel – y de los derechos de las partes evidencia la realización del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Recuérdese que según el artículo 11 numeral 9 de la ley suprema “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” Y que según el artículo 82 de la misma ley suprema “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas *y aplicadas* por las autoridades competentes.”²⁴⁹

Es, pues, de toda claridad que la aplicación de las normas implica la ejecución de la seguridad jurídica; también del debido proceso, tanto por lo que señala el citado artículo 76 numeral 1 de la Constitución como porque la aplicación de las normas y principios jurídicos forma parte de la motivación jurídica, que es igualmente parte del derecho constitucional al debido proceso según el artículo 76 numeral 7 letra l) de la ley suprema. Así, el juez que viola la ley cuando motiva una sentencia atenta contra la seguridad jurídica, contra el debido proceso en la garantía básica de la debida motivación, contra la tutela judicial efectiva, pues ésta tiene como condición necesaria el respeto a las leyes de la República. Nótese que según el Código Orgánico Integral Penal²⁵⁰ el delito de prevaricato, establecido en el artículo 268, *es una infracción contra la tutela judicial efectiva*. La razón es obvia: la actuación contra ley expresa impide o afecta la realización de dicha tutela. El señalado artículo consagra:

Artículo 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados,

²⁴⁹ Las negrillas y cursivas son nuestras.

²⁵⁰ Publicado en el suplemento del Registro Oficial No 180 del 10 de febrero de 2014.

procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses.

3.- Independencia judicial, debido proceso y tutela judicial efectiva

Creemos que merece especial atención la garantía básica del debido proceso consistente en “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente”, al tenor de lo establecido en el artículo 76 numeral 7 letra k) ya citado, en un país como el Ecuador en el cual hay un nivel de judicialización de la política y de utilización del sistema judicial como mecanismo de persecución política. Nosotros hemos sido insistentes en la necesidad de que el sistema judicial debe mantener su pureza, que no debe ser instrumento de persecuciones. No puede ser, hemos dicho, que los perseguidores de hoy sean los perseguidos de mañana; que los perseguidos de hoy sean los perseguidores del futuro. Esta triste historia debe llegar a su fin. Es incoherente con la democracia, con el Estado de Derecho, con la misión del Derecho en la sociedad. Esto tiene que parar y el momento no es otro que ahora. No más a las persecuciones políticas por vía judicial, a los recursos judiciales demorados o despachados supersónicamente en función de la respectiva instrucción política del perseguidor, etc. La paz como misión del Derecho se interrumpe vilmente cuando estos fenómenos ocurren en la vida social. Los recursos judiciales son y deben ser instrumentos del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, esencialmente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Quintana Coello y otros versus Ecuador definió, entre otros, que²⁵¹:

186. La Corte ha señalado que, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y *asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes*, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, *garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes*, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El derecho establecido en el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la

251 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf

Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. A la vista de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de *asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales*.²⁵²

La Constitución Política del Ecuador publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998 estableció en el artículo 199 párrafo segundo que:

Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; sólo estarán sometidos a la Constitución y a la ley.

La Constitución actual, publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008, recoge el principio de independencia en el artículo 168 numeral 1, en los siguientes términos:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

El Código Orgánico de la Función Judicial²⁵³ se hace eco de la independencia así:

Art. 8.- Principio de independencia.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución,

²⁵² Las cursivas y negrillas son nuestras.

El texto del citado artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos es el siguiente:

“Artículo 25

Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

²⁵³ Publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de Marzo de 2009, y que ha sido objeto de múltiples reformas.

a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.

Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.

Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

La Corte Interamericana afirmó en el citado caso *Quintana Coello y otros versus Ecuador*:²⁵⁴

144. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial. En el caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. El Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos” 180), *las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.*²⁵⁵

4.- Un caso para meditar

En el caso No. 1903-20-EP el 4 de febrero de 2021 la Sala de admisión de la Corte Constitucional del Ecuador, con voto de mayoría (2 de 3) ante una demanda de

²⁵⁴ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf

²⁵⁵ Las cursivas son nuestras.

acción extraordinaria de protección presentada por un sentenciado a ocho años de privación de la libertad por *cohecho pasivo propio agravado*, quien invocó, entre otros: “la violación de los derechos al debido proceso en las garantías de: **i)** cumplimiento de normas y derechos de las partes... **iv)** las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tienen validez alguna;... a la defensa en las garantías de: **i)** contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa; **ii)** ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; **iii)** los testigos o peritos deben comparecer ante jueza, juez autoridad y responder al interrogatorio; **iv)** ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente; y, **v)** motivación; así como que la garantía de que la privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, previstos en los artículos 76 numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 literales a), b), c), j), k) y l); y, 77 numeral 1 de la Constitución de la República”²⁵⁶ resolvió inadmitir a trámite la demanda.

1.- Las pretensiones del accionante las resume la Sala de admisión. Son, entre otras²⁵⁷:

15. Alega que: *“tal como se desprende en la propia sentencia recurrida que, al referirse a la jurisdicción y competencia (...) deja claro que ha llamado a ‘con-jueces temporales’²⁵⁸ para la Corte Nacional de Justicia -figura inexistente en la CRE y la ley- provenientes de la distintas Cortes Provinciales de Justicia y Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Tributario a nivel nacional, y no provenientes de los mismos procesos de selección de los jueces nacionales, es decir del banco de elegibles como lo establecen la Constitución y el COFJ”.*

16. Enfatiza que: *“los artículos 170, 174, y 200 del COFJ no han sido observados a la hora de conformar los Tribunales Penales que han resuelto esta causa²⁵⁹ (...) se ha incurrido en una causal de nulidad indiscutible, cual es la incompetencia de los jueces para resolver, cosa que desde luego afecta al debido proceso y al derecho a la defensa, generando la nulidad prevista en el artículo 652 # 10 letra a) del COIP”.*

17. El accionante afirma que: *“Era obvio que los señores conjueces que conformaron el Tribunal de Casación no iba²⁶⁰ a reparar en tan elocuente violación*

²⁵⁶ http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicxZmY0MDdkNS11YmIwLTQ5NWetYWQ1NS0wMjMzZWZhN2JhMTYucGRmJ30=

²⁵⁷ Misma fuente.

²⁵⁸ Las negrillas son nuestras.

²⁵⁹ Las negrillas son nuestras.

²⁶⁰ En el texto del auto de inadmisión falta la letra n.

a la garantía del Juez imparcial y competente (...) pretendieron que seamos los recurrentes quienes debíamos señalar qué jueces gozaban de competencia (...) la alegación fue, según ellos, general y abstracta”.

19. *Agrega que: “Los hechos fijados en mi contra consisten en unos sobres que ... envió a mi oficina en dos ocasiones por medio de ..., quien jamás indicó haberme llevado dinero (...) el análisis dogmático que realiza en Tribunal Ad quem es absolutamente insuficiente y contiene serios errores (...) el tribunal jamás hizo el ejercicio de análisis de imputación objetiva en base al principio de adecuación social (...) lo más normal en el trabajo de oficina el flujo de documentos en sobres, lo que no representa jamás que haya mandado a recibir dinero (...) no existe ningún elemento que demuestre que yo haya blindado una estructura de sobornos”.*

21. *El accionante sostiene: “el cambio de calificación jurídica por parte de los dos Tribunales (A quo y Ad quem) es arbitraria (...) La inclusión de un agravante constitutivo del tipo previsto en el artículo 287, que no fue discutido en el juicio, se realiza sin sustento fáctico, tanto más cuando la propia fiscal que inició el caso por concusión, asociación ilícita y tráfico de influencias, luego reformuló a cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias y finalmente acusó solamente por cohecho (...) por lo que, todas las defensas técnicas en este caso, orientaron sus estrategias a otros fines y no a desmentir que los dizque sobornos se habían otorgado en razón de la comisión de otros delitos”.*

22. *Adicionalmente considera que: “no existió justificativo alguno para que ...no estén rindiendo su testimonio en el juicio, tanto más cuando eran procesadas (...) su consideración como prueba de cargo viola por contravención expresa el texto del artículo 507 #1 del COIP”*

Estas son la mayoría de las pretensiones del demandante condenado a ocho años de prisión, preso al momento de la interposición de la demanda.

2.- La inadmisión de la Sala se sustenta, básicamente, en lo siguiente²⁶¹:

27. *De la revisión integral de la demanda del accionante ... se desprende que las alegaciones contenidas en los párrafos 15 a 18 **se circunscriben a aspectos procesales***²⁶², en cuanto al procedimiento o trámite dado a la causa penal.

²⁶¹ Misma fuente.

²⁶² Las negrillas son nuestras.

28. Esto abarca la conformación de los órganos jurisdiccionales²⁶³ dotados de competencia para conocer y decidir el caso, así como la aducida acumulación inadecuada de expedientes o en su lugar la alegada necesidad de una eficaz vinculación al proceso. En este punto se enfatiza que correspondió al Tribunal que analizó la admisibilidad de los recursos de casación. el examen de las aducidas causas de nulidad del proceso.

29. El accionante se limita a cuestionar la conformación de los órganos jurisdiccionales refiriendo los artículos 170, 174, y 200 del COFJ y la vinculación de expediente señalando el artículo 593 del COIP (párrafos 14 a 18); así como a expresar su disconformidad con la calificación, configuración y subsunción de su conducta en los artículos 285 y 287 del Código Penal, y el reproche al establecimiento del nexo causal entre la conducta punible y la prueba citando el artículo 455 del Código Penal y sobre la recepción de testimonios anticipados refiriendo el artículo 507 numeral 1 del COIP (párrafos 19 a 22), enfatizando en todo ello más en las actuaciones de la Fiscalía que en las acciones y omisiones de los juzgadores, alegando de forma genérica que han actuado de modo “ *insuficiente y contiene serios errores*”, sin que en ningún momento explique cómo las acciones u omisiones de los juzgadores ha implicado una violación de los derechos constitucionales invocados; y, en específico cómo se impidió el ejercicio efectivo de la defensa, y **por qué la estrategia defensiva, con el cambio de calificación de la conducta punible, resultó insuficiente para afrontar la acusación**²⁶⁴

31. En el presente caso, el accionante confunde a la acción extraordinaria de protección como una instancia judicial, que según el ordenamiento procesal nacional, ni siquiera la casación lo es; no estando facultada la Corte Constitucional, a través de esta garantía jurisdiccional excepcional, a analizar las pretensiones que ya fueron expuestas en el debate jurídico en la sede jurisdiccional originaria y en la que se ha aplicado la normativa legal y se ha implementado los medios y valoración de la prueba respectiva.

32. En conclusión, el accionante no explica cómo las alegaciones que ya expuso sobre la alegada acumulación de expedientes, incompetencia de las y los juzgadores y otros aspectos que ya fueron examinados en la justicia ordinaria hayan trascendido al ámbito de la defensa de sus derechos constitucionales, es decir, **no se evidencia de forma clara cómo los**

263 Las negrillas son nuestras.

264 Las negrillas son nuestras.

órganos con potestad jurisdiccional han violentado, por acción u omisión, de forma directa e inmediata el contenido de los derechos constitucionales invocados²⁶⁵.

33. En definitiva, el accionante incumple lo previsto en el artículo 62, numerales 1 y 2 de la LOGJCC que determinan: *“1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso; 2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión”; e incurre en los numerales 3, 4 y 5 de la indicada norma que disponen: “3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia²⁶⁶; 4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley; 5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez”.*

2.- Mientras la mayoría de la Sala de admisión consideró que era improcedente admitir a trámite la demanda, la jueza Daniela Salazar salvó el voto. La doctora Salazar estimó procedente la admisión a trámite de la demanda. En los antecedentes de su voto salvado la jueza incluye²⁶⁷:

13. El accionante alega que la sentencia de casación vulneró el **principio de congruencia y las garantías del artículo 76 numeral 7, literales a), b), c) y h) de la Constitución**, dado que no motivó el rechazo del cargo casacional de errónea interpretación del artículo 5 numerales 15 y 13 y artículo 619 numeral 2 del COIP, relacionados con el principio dispositivo, la interpretación restrictiva y principio de congruencia. El accionante sustenta este cargo explicando que fue condenado por el delito de cohecho agravado previsto en el artículo 287 del Código Penal, a pesar de que el dictamen acusatorio y el auto de llamamiento a juicio únicamente se refieren al delito de cohecho impropio, tipificado en el artículo 286 del Código Penal. *Agrega que el cambio de calificación jurídica fue arbitrario y que le impidió ejercer su derecho a la defensa con relación a la conducta por la cual se le condenó, pues se defendió respecto de la conducta por la que fue acusado y llamado a juicio²⁶⁸.* En ese sentido, el accionante sostiene que el tipo penal de cohecho agravado no solo no fue discutido en el juicio, sino que se aplicó sin sustento fáctico pues los hechos probados en el proceso no dan

²⁶⁵ Las negrillas son nuestras.

²⁶⁶ Las negrillas son nuestras.

²⁶⁷ Misma fuente.

²⁶⁸ Las cursivas son nuestras.

cuenta de la existencia de las otras conductas delictivas que habrían sido la finalidad del cohecho propio. Además, señala que estos otros delitos no solo no fueron discutidos en el juicio, sino que fueron expresamente excluidos por la Fiscalía al formular su dictamen. A criterio del accionante, esta vulneración debió ser solventada por el tribunal de casación, lo que afirma no ocurrió.

14. Sobre la alegada vulneración de la **garantía de actuación y obtención de pruebas conforme a la Constitución y la ley reconocida en el artículo 76 numeral 4 de la Constitución**, el accionante explica que los testimonios anticipados de ...que fueron *“uno de los elementos fundamentales en los que se fundamenta la parte resolutive de las sentencias que fueran ratificadas por el Tribunal de Casación [...]”*. Con relación a dichos testimonios, el accionante afirma que estos fueron realizados sin cumplir los requisitos del artículo 502 numeral 2 y 582 numeral 4 del COIP, es decir los presupuestos para la recepción de los testimonios anticipados. En ese sentido, el accionante señala que no existió justificación para que dichas procesadas rindan testimonio anticipado, en lugar de rendirlo en el juicio pues afirma que *“[...] no estaban a) gravemente enfermas; b) físicamente imposibilitadas²⁶⁹; e) no podían salir del país; no eran víctimas ni tampoco testigos protegidos, puesto que su calidad procesal era la de coprocesadas [...]”*. Al respecto, agrega que no existió causa para que se reciba dicho testimonio anticipado como si se tratara de testigos, cuando... también fueron acusadas en el proceso. Además, el accionante sostiene que en la práctica de dicha prueba también se contravino de forma expresa el artículo 507 numeral 1 del COIP, pues afirma que a la luz de dicho artículo el testimonio de la persona procesada *“[...] es un medio propio de defensa y no un medio de prueba, por lo que su consideración como prueba de cargo viola [la norma señalada]”*. El accionante añade que esta contravención a la ley en la práctica de las pruebas fue argumentada ante los jueces de apelación y casación y que la misma no fue subsanada, por lo que considera que la sentencia de casación vulnera la garantía reconocida en el artículo 76 numeral 4 de la Constitución. Finalmente, resalta que no busca *“[...] una nueva valoración de los hechos sino el control de legalidad de la prueba, que es una garantía básica del debido proceso que debe ser estrictamente observada puesto que, ni más ni menos que sirvió para determinar la supuesta existencia de un delito que no cometí y que jamás pudo ser probado conforme a derecho”*.

²⁶⁹ En el texto de la sentencia dice: “imposibilitadas”, lo cual es un evidente error gramatical.

3.- Los argumentos para opinar en contra de la decisión de mayoría son, entre otros, los siguientes²⁷⁰:

20. En mi criterio, el cargo expuesto en el párrafo 13 de este voto está relacionado con la alegada indefensión provocada por el tribunal de juicio –y avalada por los tribunales de apelación y casación– al dictar una sentencia condenatoria por un delito distinto al que fue materia de la acusación fiscal y del auto de llamamiento a juicio. El accionante considera que esta actuación y la indefensión provocada vulneró su derecho constitucional al debido proceso, en las garantías de no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del proceso, a contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones y a presentar sus argumentos y pruebas y contradecir los de la contraparte. Al respecto, considero que este argumento es claro y además es independiente de los hechos que dieron lugar al proceso, por lo que cumple con el requisito establecido en el numeral 1 del artículo 62 de la LOGJCC.

21. Del párrafo 14 del presente voto se evidencia que el accionante alega la presunta vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de obtención y actuación de pruebas con apego a la Constitución y la ley, bajo el siguiente fundamento: (i) que se recibieron como testimonios anticipados los relacionados a las procesadas ..., sin cumplir los requisitos legales para el efecto y (ii) que en lugar de considerar el testimonio de dichas coprocesadas como un medio de defensa, se les dio el carácter de prueba, lo cual afirma es una violación de las disposiciones legales que rigen la actuación de dichos medios probatorios. A mi juicio, esta alegación no tiene relación con los hechos que dieron origen al proceso y constituye un argumento claro por el cual el accionante considera que la actuación de los juzgadores vulneró la garantía de motivación. En consecuencia, considero que este cargo también cumple el requisito contemplado en el numeral 1 del artículo 62 de la LOGJCC.

24. **El numeral 4 del artículo 62 de la LOGJCC establece: “4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley”.** Los argumentos de la demanda de acción extraordinaria de protección expuestos en los párrafos 13 y 14 supra no se refieren a cuestiones de mera legalidad, en tanto no se sustentan en una presunta falta de aplicación o aplicación errada de normas infraconstitucionales. Si bien el accionante refiere varias normas que tipifican los delitos que fueron

270 Misma fuente.

analizados y aplicados durante el proceso, el accionante no cuestiona si la aplicación de dichas fue correcta o no. Las referencias a tales disposiciones legales forman parte del relato realizado por el accionante sobre los antecedentes procesales y de su explicación sobre cómo el cambio de calificación jurídica por parte del tribunal de juicio habría ocasionado la vulneración de los derechos constitucionales que alega. *Por otro lado, respecto a las alegadas violaciones de las disposiciones del COIP relacionadas con la actuación de los testimonios anticipados y del testimonio de la persona procesada, observo que el sustento de dicho cargo no se agota en la falta de aplicación o errónea interpretación de la ley, sino en la presunta actuación de prueba en contravención de la ley conforme lo proscribe la garantía del numeral 4 del artículo 76 de la Constitución.*²⁷¹

25. El numeral 5 del artículo 62 de la LOGJCC dispone: “5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez”. De la demanda se desprende que el accionante fundamenta sus alegaciones expuestas en los párrafos 13 y 14 *supra* en la garantía de que las pruebas sean obtenidas y actuadas con apego a la Constitución, argumento que a mi juicio no constituye una cuestión relativa a la apreciación de la prueba por parte de los jueces accionados.

30. ... en mi criterio, de los argumentos expuestos en los párrafos 13 y 14 *supra*, aquellos que se refieren a (i) la presunta vulneración de las garantías del derecho a la defensa por afectación al principio de congruencia²⁷² y (ii) a la actuación y obtención de las pruebas conforme la Constitución y la ley, además de cumplir con los requisitos de admisión y de no incurrir en causales de inadmisión, gozan de relevancia constitucional.

31. La relevancia de admitir a trámite la presente acción extraordinaria de protección exclusivamente por estos dos cargos radica, especialmente, en que posibilitaría que la Corte Constitucional establezca precedentes jurisprudenciales acerca del alcance del principio de congruencia entre la acusación fiscal y la sentencia en materia penal, así como sus efectos en las garantías del debido proceso, concretamente el derecho a la defensa de las personas procesadas; así como respecto de la actuación y obtención de la prueba conforme a la Constitución y a la ley como presupuesto para su eficacia probatoria. Estimo que estas cuestiones, además, son un asunto de trascendencia nacional por ser aplicables a todos los procesos penales, con independencia de quiénes son las personas que se encuentran procesadas.

²⁷¹ Las cursivas son nuestras.

²⁷² Esta equivocada escritura está en el texto del voto salvado.

4.1.- Comentarios sobre el auto de inadmisión de la mayoría

Estimamos que la Corte Constitucional cuando tiene en sus manos una demanda de acción extraordinaria de protección *interpuesta por una persona sentenciada con pena de privación de libertad, y más aún privada efectivamente de la libertad*, debe maximizar sus explicaciones jurídicas para inadmitir la demanda. Es lo menos que merece la dignidad de quien se encuentra privado de la libertad en uno de los infiernos del Ecuador, pues las cárceles nuestras son reconocidos infiernos, unos más peligrosos que otros. Algunas generalidades propias de la rutina de los autos de inadmisión de la Corte Constitucional son realmente inaplicables e inhumanas en situaciones así. Piénsese que quien está en uno de esos infiernos cobija su esperanza de recuperar la libertad, como punto de partida, en la indicada acción. En definitiva, no es la misma carga argumentativa la que merece un juicio patrimonial, un juicio en materia de hipotecas, que la que amerita un juicio donde está de por medio ese valiosísimo bien jurídico que es la libertad. Máxime en el Ecuador, donde han muerto cientos de presos por masacres al interior de diversas cárceles en los últimos tres años.

Según la Constitución del Ecuador “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente” es parte del derecho constitucional al debido proceso en la subcategoría del derecho a la defensa, según el artículo 76 numeral 7 letra k). Ergo, si todo juez debe ser independiente, imparcial y competente allí donde hay un problema de competencia judicial, de imparcialidad o de independencia hay un problema constitucional, que también es procesal pues tales problemas ocurren respecto de un juicio concreto. Ojo con lo afirmado: *se trata de un problema constitucional que también es procesal*. O de un problema procesal que también es constitucional; el orden es lo de menos. Lo cierto es que tiene ambos ámbitos. El uno campo no es excluyente del otro. Esto, que es básico, no lo considera la Sala que inadmitió a trámite la señalada acción extraordinaria de protección. Recordemos que hay tres garantías básicas que derivan de la independencia judicial, según revisamos páginas atrás respecto del caso Quintana Coello y otros versus Ecuador: *un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas*. Destacamos por el momento que la inamovilidad es incompatible con la temporalidad de los jueces.

En efecto, para la Sala *la conformación de los órganos jurisdiccionales no implica una cuestión constitucional*. Craso error: claro que sí lo implica si ser juzgado por un juez competente, independiente e imparcial es una garantía básica del debido proceso, conforme lo hemos señalado. Si la conformación de un tribunal, por

irregular o por otra razón produce su incompetencia o falta de imparcialidad hay un claro caso de inconstitucionalidad por violación del debido proceso en la garantía básica de ser juzgado por juez competente e imparcial.²⁷³ Donde hay problemas de imparcialidad y/o de independencia hay problemas constitucionales.

Para la Sala el llamado a *conjuces temporales* para que resuelvan el caso como jueces de casación no implica una cuestión constitucional y por tanto no procede tratarlo en la Corte Constitucional. Para nosotros *es un asunto procesal que también es constitucional* pues se relaciona con la competencia judicial y se conecta con la potencial falta de imparcialidad o de independencia. La Sala desatendió la indicada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Quintana Coello y otros versus Ecuador. No se trata de que debían darle la razón de fondo al justiciable en la acción planteada. Se trata sólo de reconocer que ahí donde hay un problema de competencia, de independencia o de imparcialidad de los jueces que conocen un caso, hay un problema constitucional, y por ende de obvia relevancia constitucional. Lo cual ameritaba admitir a trámite la demanda. La relevancia constitucional es muy obvia. Explicar cómo la falta de competencia, de independencia o de imparcialidad es capaz de afectar el derecho al debido proceso del litigante es algo constitucionalmente absurdo. Y puede ser un pretexto o una maniobra para inadmitir una causa.

Por otro lado, es falsa la afirmación de la mayoría de la Sala de admisión en el sentido de que el accionante no explicó *cómo el cambio de calificación de la conducta punible resultó insuficiente para afrontar la acusación*. No sólo que es de toda evidencia que un cambio así afecta la suficiencia de la defensa para afrontar una acusación, sino que afecta la sustancia misma del derecho a la defensa: **uno no puede defenderse de lo que no ha sido acusado con anterioridad**. Tan sencillo como eso.

Vale la pena mencionar que la misma Corte Constitucional (a nivel del pleno) teniendo como jueza ponente a la misma profesional del Derecho que fue ponente del referido auto de inadmisión (profesional muy seria), afirmó en la sentencia

²⁷³ Sobre la imparcialidad destacamos que la Corte Constitucional la ha definido con claridad. Así, en la sentencia No 37-19-IN/21, citada más adelante, del 21 de diciembre de 2021 refiere que “el principio de imparcialidad del juzgador, complementario al de la independencia, tiene que ver con el fuero interno de los administradores de justicia, en el sentido de que estén libres de interés y sean neutrales frente al proceso y las partes. El juzgador imparcial es aquel que resuelve una determinada controversia libre de prejuicios y/o favoritismos frente a las partes, y se encuentra libre de conflicto de interés, de tal manera que el ordenamiento jurídico sea el único criterio del juez para resolver.”

37-19-IN/21 del 21 de diciembre de 2021, entre otros, lo siguiente sobre la independencia judicial²⁷⁴:

...La Corte IDH después de realizar un análisis respecto a la inamovilidad en el cargo basada en los elementos referidos, ha concluido que: *“la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial”*.

En tal sentido, se entiende que la garantía de inamovilidad no es absoluta, sino que los jueces pueden ser removidos por ciertas causas graves, justificadas y atendiendo a un debido proceso.

94. Esta Corte Constitucional enfatiza que la independencia judicial es un derecho de los justiciables, una garantía del debido proceso y un principio que se constituye en un elemento estructural del sistema de administración de justicia, que proscribe injerencias en la Función Judicial, internas y externas, como premisa para preservar la calidad del servicio de justicia.

En el párrafo 21 del auto de inadmisión la Sala reseña una específica argumentación del justiciable²⁷⁵:

21. El accionante sostiene: *“el cambio de calificación jurídica por parte de los dos Tribunales (A quo y Ad quem) es arbitraria (...) La inclusión de un agravante constitutivo del tipo previsto en el artículo 287, que no fue discutido en el juicio, se realiza sin sustento fáctico, tanto más cuando la propia fiscal que inició el caso por concusión, asociación ilícita y tráfico de influencias, luego reformuló a cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias y finalmente acusó solamente por cohecho (...) por lo que, todas las defensas técnicas en este caso, orientaron sus estrategias a otros fines y no a desmentir que los dizque sobornos se habían otorgado en razón de la comisión de otros delitos”*.

Para la Sala el demandante no explicó **“en específico cómo se impidió el ejercicio efectivo de la defensa, y por qué la estrategia defensiva, con el cambio**

²⁷⁴ http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiODc2MzYwMy04MjZkLTRmYWEtOWVlOC0xNDMxODhhY2UxOWUucGRmJ30=

²⁷⁵ Misma fuente.

de calificación de la conducta punible, resultó insuficiente para afrontar la acusación²⁷⁶.” Insistimos: es por demás obvio que si un ciudadano es acusado por uno o varios delitos, pero es sentenciado por otro u otros, ahí hay de por medio un severo problema constitucional referido al derecho a la defensa, pues luce claro que los esfuerzos defensivos procesales se circunscribieron a rebatir el o los delitos acusados originalmente, no a rebatir el delito o los delitos por el cual o por los cuales fue sentenciado. El propio resumen que hace la Sala de admisión en el párrafo 21 deja claro que de por medio hay un problema constitucional relativo al derecho constitucional a la defensa. Aquello de la falta de explicación sobre “cómo se impidió el ejercicio efectivo de la defensa” aplica, entre otros, según el texto, respecto de la recepción de unos testimonios anticipados que a juicio del demandante no procedían porque no se cumplieron los requisitos previos que habilitan dicha recepción.

La Sala de admisión en su decisión de mayoría concluye que “*no se evidencia de forma clara cómo los órganos con potestad jurisdiccional han violentado, por acción u omisión, de forma directa e inmediata el contenido de los derechos constitucionales invocados.*” Cabe destacar que todo el análisis de la Sala en el presente caso se agota en *dos carillas*, lo cual no deja de ser curioso tratándose de un caso de un sentenciado a ocho años de privación de la libertad que guardaba efectivamente prisión.

4.2.- Comentarios al voto salvado

La doctora Salazar está de acuerdo con la decisión de la mayoría de considerar que la temporalidad de los jueces, que la conformación de los tribunales no plantea cuestiones de constitucionalidad. Para nosotros sí. Ya lo hemos representado. Pero tiene la doctora una radical y fundamentada distancia con el parecer de la mayoría, pues para ella el cambio de calificación jurídica de la conducta punible evidencia con claridad un problema constitucional desde el punto de vista del derecho a la defensa. (Para nosotros es irrelevante cuántos elementos constitutivos del tipo sean diferentes en relación con el delito originalmente acusado)

En definitiva, ser acusado por un delito y condenado por otro afecta el derecho a la defensa. Es la posición correcta de la jueza.

Además, para la jueza constitucional el problema de la recepción de testimonios anticipados incumpliendo los requisitos legales que dan lugar a los mismos plantea un problema constitucional: el relativo a la *licitud de la obtención y actuación de pruebas*. Recuérdesse que es garantía básica del debido proceso según el

²⁷⁶ Las negrillas son nuestras.

artículo 76 numeral 4 de la ley suprema el que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.” Descarta la jueza que haya de por medio una cuestión relativa a la valoración de la prueba. El razonamiento jurídico de la jueza para sustentar la admisión de la demanda es impecable. No se trata de que la doctora Salazar considera inocente al sentenciado. Se trata de que considera *viabile jurídicamente* la admisión de la demanda. Lo justifica con claridad: este caso “posibilitaría que la Corte Constitucional establezca precedentes jurisprudenciales acerca del alcance del principio de congruencia entre la acusación fiscal y la sentencia en materia penal, así como sus efectos en las garantías del debido proceso, concretamente el derecho a la defensa de las personas procesadas; así como respecto de la actuación y obtención de la prueba conforme a la Constitución y a la ley como presupuesto para su eficacia probatoria.

5.- Lo relatado sobre este caso no es poca cosa, indudablemente. La acción extraordinaria de protección planteada era especialmente importante, primero porque se trataba de una persona privada de la libertad, y segundo porque este caso evidencia fallas terribles, incompatibles con un Estado constitucional de derechos y justicia. El condenado lo fue por el delito de *cohecho pasivo propio agravado*.

Llama la atención sobremanera que la sentencia se haya basado en generalidades. El más elemental silogismo jurídico no se cumplió. La razón, muy sencilla: no se probó el beneficio del acusado, la entrega de dinero, muy propia del cohecho. En efecto, por increíble que parezca los jueces se basaron en algunos hechos absolutamente no probados, y por lo mismo incapaces de sustentar con suficiencia la premisa menor del silogismo: los hechos que justifican la sentencia; y en otros hechos bastante discutibles. En el primer caso, más que hechos no probados son hechos falsos. Detengámonos un momento en ello: el sentenciado fue acusado por la Fiscalía de haberse beneficiado de trescientos cincuenta mil dólares, según la Corte “para cometer otros ilícitos, como peculado, enriquecimiento ilícito o lavado de activos”.

Pues bien, según los jueces pertinentes de la Corte Nacional de Justicia “ el rol del procesado...quien dentro de la estructura de corrupción tenía las iniciales de ...fue fundamental debido a que no solo se limitó a blindar jurídicamente a tal estructura, sino que—en plenas facultades públicas- , recibió al menos en dos ocasiones, dinero en efectivo, en sobres manilas, de manos del abogado ...proveniente de valores ilícitos recabados por la procesada ...a varios empresarios nacionales y extranjeros...” Pero resulta que cuando el condenado le pregunta al testigo clave sobre este punto si éste abrió lo sobres, el testigo le contesta: “en ningún momento abrí los sobres ni ví a nadie abrir los sobres”. ¿De dónde sacó

la Corte que en esos sobres había dinero en efectivo? ¿y cómo puede válidamente la Corte Nacional, a través de esos jueces, fundamentar una condena de 8 años de prisión en hechos no probados, que no obstante los considera categóricamente ciertos? Según la Corte este testimonio confirma la participación directa del acusado como beneficiario y asesor dentro de la estructura de corrupción.

Un pequeño e importante detalle es que el testigo afirma que esos dos sobres se los entregó al acusado entre 2012 y 2015. Es decir, no hay una determinación de una fecha aproximada sino de un periodo muy amplio. Otra prueba, esta sí bastante discutible, es la información extraída de archivos digitales. Y otra prueba determinante de la condena es el testimonio anticipado **de una coacusada**, testimonio que el condenado tacha de ilícito porque no se cumplían los requisitos que habilitan la recepción del testimonio anticipado. (Afirmó también el condenado que en lugar de considerar dicho testimonio como medio de defensa, como lo establece el COIP, se le reconoció carácter de prueba) Según el artículo 502 numeral 2 del COIP, “La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción.”

Destacamos que la Corte afirma que el procesado (y otros procesados más) recibió dinero indebido “a cambio de contratos” con el Estado, y “todo aquello, para el cometimiento de otros delitos, como peculado, enriquecimiento ilícito o lavado de activos”. Afirmación respecto de la cual en la sentencia publicada en el SATJE no hay pruebas que conduzcan a dicha aseveración. Con lo cual la arbitrariedad se hace evidente.

Por si lo anterior fuera poco, el cohecho objeto de la condena no se ejecutó en forma instantánea, plantea la Corte. Es elemental que la comisión de un delito supone que hay una variedad de actuaciones que conducen específicamente a la configuración de la conducta **concreta** típicamente antijurídica. Aunque parezca mentira la Corte Nacional de Justicia a través del tribunal indicado afirmó:

En este sentido, la infracción de cohecho no se consumó de forma instantánea, tal como era concebida desde la óptica de la doctrina tradicional, sin concebir que el derecho penal no es estático, sino todo lo contrario,

es dinámico y en permanente evolución, dado el vértigo del tiempo en el que vivimos que está condicionado, entre otras cosas, por el desarrollo desenfrenado de la tecnología y la globalización; en este contexto, en la contemporaneidad resulta desfasado entender a los delitos conforme la escuela clásica que preveía que buena parte de estos, eran de ejecución instantánea; de tal suerte que, la jurisprudencia actual tampoco puede anquilosarse en el tiempo, sino que debe inscribirse en la modernidad, lo cual, supone abrirse a los cambios y entender que la ejecución de varios delitos, entre los que se cuenta el injusto de cohecho, puede prolongarse en el tiempo...

¡El delito de cohecho es un delito prolongable en el tiempo! Quien eso afirma se burla del principio de legalidad penal, que no entiende al cohecho bajo las “modernas” características que atribuye la Corte. EL COHECHO ES UN ACTO ESPECÍFICO. La entrega puede tener diversos momentos, pero el delito no es prolongado ni prolongable. Estas cosas, que parecen de ripley, suceden en el Ecuador. Por lo demás, en esta parte, como en otras, la sentencia parece un conversatorio teórico, no el acto procesal fundamental de un juicio penal.

Las sentencias son el resultado de lo que se prueba²⁷⁷, no de disquisiciones teóricas que se las dan de modernas. Ello es parte también del derecho a la defensa. En la sentencia No. 108-15-SEP-CC la Corte Constitucional del Ecuador definió con claridad²⁷⁸:

En tal virtud, el ejercicio del derecho a la defensa constituye la posibilidad de activar todos los mecanismos legales dentro de cualquier proceso y procedimiento, para que las pretensiones de las partes no sean excluidas de la tutela de la actuación jurisdiccional, obteniendo una decisión acorde a la existencia procesal y, a la postre, garantizando el ejercicio de nuestros derechos, aquello incluye el derecho a ser escuchado, a presentar las pruebas de descargo o confrontarlas, a impugnar y utilizar los recursos procesales previstos en la ley, a participar en el proceso en igualdad de condiciones, etc.

Los delitos se castigan en función de la descripción típica establecida en la ley penal y en función de los hechos probados. El entorno es importante en la vida social, económica, administrativa, pero no aporta elementos al tipo penal.

²⁷⁷ Sin perjuicio, claro está, de otros elementos determinantes.

²⁷⁸ http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2FsZnJlc2NvJywgdxVpZDonMWY0OThkZWUtY2M1Zi00ZDQ0LThlNDYtOTgwNWJhZDhmNjg3LnBkZid9

5.- La ley, la justicia y la aplicación del Derecho

Hemos sostenido con insistencia que la ley tiene y debe tener un ingrediente implícito, que es la idea de justicia. En un andarivel superior se encuentra el Derecho como núcleo del cual se nutren las leyes y toda norma jurídica. El Derecho tiene, por supuesto, el ingrediente natural de la justicia, pero además ésta es el fin del mismo. Por ello tiene razón Francisco J. Laporta cuando afirma²⁷⁹:

Así pues, el imperio de la ley ha de ser entendido como un ingrediente de la idea de Justicia, es decir, como uno de los ideales ético-políticos que nos dicen como “debe ser” el derecho positivo. Y creo que, como tal ideal, lo primero que plantea al orden jurídico es una suerte de exigencia de “normativismo”, la exigencia de que, si no todo el derecho positivo, al menos sí el núcleo central y más importante del ordenamiento jurídico esté compuesto por esa clase especial de normas que llamamos en sentido estricto “reglas”. Reglas de conducta y reglas de competencia. No principios, ni estándares, ni valores, ni directivas de otro tipo, sino reglas. El derecho debe guiar las conductas de los ciudadanos y los actos del poder por medio de reglas, porque son las reglas y su vigencia en una sociedad las que logran establecer un contexto en el que la autonomía de las personas se hace posible.

Ahora bien, un sistema jurídico será más o menos completo en la medida en que esté dotado, sin perjuicio del capital rol de los principios, del mayor (o menor) número de previsiones normativas que regulen las más variadas relaciones propias de la convivencia social. Lo ideal es que escaseen las conductas no reguladas por el ordenamiento jurídico (no perdamos de vista nunca la idea intrínseca de la justicia en las normas jurídicas). En cualquier caso, salvo típicamente en materia penal, el juez debe resolver las situaciones que se le presenten aunque no haya norma que regle dichas situaciones.

Luis Pietro Sanchís²⁸⁰ expresa sobre la integridad del Derecho:

Por plenitud o integridad del Derecho se entiende aquella propiedad en cuya virtud el sistema dispone siempre de una cualificación normativa para cualquier caso o supuesto de hecho. Dicho de otro modo, un sistema es pleno si cualquier caso puede ser calificado como prohibido, obligatorio o permitido según alguna norma del sistema. Cuando falta esa norma decimos estar en presencia de una laguna: un cierto caso representa una

²⁷⁹ LAPORTA, Francisco (2007) *El imperio de la ley una visión actual*, Madrid: Editorial TROTTA. Página 84.

²⁸⁰ PRIETO, Luis (2011) *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid: Editorial TROTTA. Página 123.

laguna de un determinado sistema cuando éste no correlaciona dicho caso con alguna calificación normativa, esto es, cuando no lo declara ni prohibido u ordenado, ni permitido.

Queda claro que el Derecho se canaliza a través de las normas jurídicas. Que éstas, así como el propio Derecho, tienen el ingrediente natural de la justicia. Quienes aplican el Derecho expresado en normas jurídicas son los operadores jurídicos, dentro de los que se destaca la figura del juez. Tenemos, pues, la objetividad de las normas jurídicas y la figura subjetiva del juez que aplica las reglas reguladoras de las conductas humanas. Esto se visualiza de forma muy sencilla. Si esto es así, parecería que la labor del juez es algo también muy sencillo. Según Pietro Sanchís²⁸¹ “lo que generalmente se conoce por “aplicación del Derecho” consiste en resolver un cierto caso a la luz de una norma jurídica, en cualificarlo normativamente, y para ello es imprescindible “fijar” o perfilar los hechos que constituyen nuestro “caso”. Pero muchas veces aplicar el Derecho no es una cuestión sencilla, por diversas razones:

- Porque hay problemas de interpretación de los hechos sometidos a su conocimiento y resolución, lo cual puede obedecer a diversos factores. Por ejemplo, el juez puede creer que determinado sujeto conocía con anticipación una determinada situación o circunstancia, y considerar que en razón de ello actuó de cierta manera. Entonces, el juez interpreta los hechos como si fueran una consecuencia directa de ese conocimiento previo, lo cual puede ser completamente equivocado tanto porque ese sujeto no conocía previamente de la situación, como porque conociéndola no tuvo ninguna consecuencia en su concreto proceder.
- Porque hay problemas de interpretación de las normas jurídicas; porque el juez considera aplicable al caso concreto una norma que en el fondo no lo es, sea porque le dio un alcance que no tiene, sea porque eligió mal la norma en relación con los hechos, etc.
- Porque hay problemas de contradicción entre normas jurídicas: del mismo nivel o rango, de un nivel en relación con otro nivel o rango superior, de una norma nacional respecto de una supranacional, de una norma nacional en relación con jurisprudencia constitucional o supranacional exigible en el Ecuador, etc.
- Porque el juez encuentra contradicciones normativas que en el fondo son sólo aparentes o putativas.

281 Página 282 de la obra citada.

- Porque el juez no racionaliza la interpretación de los hechos a la luz del estado de la ciencia.
- Porque el juez no racionaliza el entendimiento o interpretación de las normas jurídicas a la luz del avance o evolución de la jurisprudencia constitucional o supranacional exigible en el Ecuador.
- Porque se deja llevar por el tecnicismo ignorando la relevancia de los derechos humanos y, por lo mismo, entre otros, su universalidad y actual exigibilidad.
- Porque carece de cultura jurídica y de capacidad argumentativa para superar los problemas que generan las normas violatorias de principios o normas de mayor relevancia jurídica.

A todo lo anterior se puede agregar un problema subjetivo que afecta la aplicación del Derecho y hasta el entendimiento o interpretación de los hechos: la falta de imparcialidad del juez. En efecto, por variadas razones el juez puede estar “*inclinado*” a favor o en contra de determinado justiciable, incluso es posible que sea una actitud inconsciente. Su experiencia de vida, su infancia, sus traumas, su divorcio, su propia felicidad lo pueden llevar a sentir prejuicios en pro o en contra de ciertos hechos y/o de sus efectos, o de ciertas personas. Estas situaciones pueden producir discriminación²⁸², lo cual, al igual que la falta de imparcialidad, es también inconstitucional.

A todas luces, la parcialidad respecto de unos sujetos o respecto de la consecuencia de los hechos violenta la tutela judicial efectiva. Ésta presupone la objetividad del juez, no su parcialidad. La parcialidad quiebra la garantía básica del debido proceso consistente en ser juzgado por una jueza o juez imparcial, al tenor del artículo 76 numeral 7 letra k) de la ley suprema ecuatoriana. El juez parcializado puede, con sutileza o sin ella, llegar muy lejos: requerir una prueba innecesaria para favorecer a una parte, valorar la prueba en beneficio de unos y en perjuicio de otros, y viceversa, requerir un peritaje a un enemigo de una de las partes para perjudicarla, etc.

La parcialidad del juez puede ser de difícil prueba. Puede aparecer en los momentos claves del proceso, y notarse o no. Puede hacer decir a la ley lo que ella no expresa ni explícita ni implícitamente, a través de una interpretación torcida.

282 No nos referimos a la discriminación positiva.

El Código Orgánico de la Función Judicial define a la imparcialidad en el artículo 9 párrafo primero, en los siguientes términos:

La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces 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 elementos probatorios aportados por las partes.

La Corte Constitucional de Colombia ha abordado la imparcialidad con bastante claridad. Así;

En la sentencia SU174/21²⁸³ afirmó:

- *La jurisprudencia constitucional ha reconocido dos dimensiones de la noción de imparcialidad: i) subjetiva, es decir, “la probidad del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto”; y ii) objetiva, “esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, ‘de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto’”.*
- *La importancia de la imparcialidad como atributo esencial de la administración de justicia ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que aquella implica “que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del Tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”²⁸⁴*

283 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU174-21.htm>

284 Párrafo 28 de la sentencia.

En la sentencia C-762-09²⁸⁵ la Corte colombiana sostuvo:

- *La imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.*
- *La imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer.*

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No 9-17-CN/19²⁸⁶ precisó sobre la imparcialidad:

17. La finalidad de la imparcialidad es que la persona que juzga pueda tener el rol de ser un garante de los derechos de las partes en conflicto y de ahí que las personas y las prácticas procesales estén diseñadas de tal manera que le permitan al juzgador conservar ese rol garantista.

18. El Comité de Derechos Humanos ha establecido que:

...Los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de la otra.

19. La imparcialidad implica que el juzgador es un tercero ajeno al caso a resolver y que no tiene interés subjetivo o preferencias por las partes y con el objeto del proceso. De ahí que el juzgador no pueda realizar actividades propias de una parte ni tampoco tener influencias por sesgos, prejuicios o ideas preconcebidas.

20. En consecuencia, la imparcialidad se pierde en el momento en que el juez actúa como una parte dentro del proceso, cuando, por ejemplo, solicita de forma oficiosa pruebas sin justificación alguna, beneficiando a una parte en desmedro de otra.

La imparcialidad, la independencia, la objetividad del juzgador, la norma jurídica y su correcta aplicación son todos presupuestos del logro de la justicia como

²⁸⁵ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-762-09.htm>

²⁸⁶ <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/b787a727-04cf-4dbf-8625-6823f15af18e/0009-17-cn-sen.pdf?guest=true>

fin del Derecho. Una sociedad justa es aquella en la cual la justicia es una regla uniforme de constante aplicación en la cotidianidad de la convivencia. Esto no significa que tal virtud sea siempre algo sencillo de valorar. Su relatividad puede hacerse sentir unas veces más, y otras menos. Como dice Pietro Sanchís²⁸⁷ “el concepto de justicia se halla cargado de una fuerte emotividad”. En cualquier caso, nuestra lucha como abogados está indefectiblemente destinada a alcanzarla, y para ello es necesario, entre otros, desterrar las miserias que muchas veces afloran en los procesos judiciales y administrativos, estudiar, argumentar, luchar y luchar.

Bibliografía

Leyes

- 1.- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- 2.- Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998.
- 3.- Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.
- 4.- Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador.
- 5.- Constitución de la República de Colombia.

Libros

- HERNÁNDEZ, Miguel (2005) *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia*.
- LAPORTA, Francisco (2007) *El imperio de la ley una visión actual*.
- PRIETO, Luis (2011) *Apuntes de teoría del Derecho*.

Sentencias

- 1.- De la Corte Constitucional del Ecuador:
Sentencia 108-15-SEP-CC.
Sentencia 540-16-EP/21.
Sentencia 37-19-IN/21.

²⁸⁷ En su ya citada obra, página 95.

Sentencia No 9-17-CN/19.

2.- De la Corte Constitucional de Colombia:

Sentencia T-030/05.

Sentencia SU174/21.

Sentencia C-762-09.

3.- De la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Sentencia del caso Quintana Coello y otros versus Ecuador.

Providencia

Auto de inadmisión de la Corte Constitucional del Ecuador en el caso No. 1903-20-EP, y voto salvado respecto del mismo. Sentencia de instancia de la Corte Nacional de Justicia sobre este mismo caso, como antecedente de la acción extraordinaria de protección inadmitida a trámite por la Corte Constitucional.

NOVENA PARTE
LA POTESTAD EXPROPIATORIA

LA POTESTAD EXPROPIATORIA

Sumario: 1.- Concepto, elementos y aspectos sustanciales; 2.- Algo de Derecho Comparado; 3.- La expropiación indirecta; 4.- El procedimiento expropiatorio; 5.- La impugnación en materia expropiatoria. Bibliografía.

Desarrollo

1.- Concepto, elementos y aspectos sustanciales

La potestad expropiatoria consiste en el poder jurídico que tiene la institucionalidad pública estatal para, ante situaciones de justificado beneficio público o interés general debidamente acreditadas en el correspondiente acto jurídico, debida y suficientemente motivado, privar de la propiedad de un bien o derecho a un particular a efectos de instrumentar materialmente la realización del indicado beneficio o interés, previa justa indemnización al particular por dicha privación.

El ejercicio de la potestad expropiatoria requiere, pues: a) de una administración pública competente para ejercerla; b) de un administrado titular del respectivo bien o derecho; c) de un proyecto o actividad pública de interés general o beneficio público debidamente acreditado; d) de un acto jurídico debida y suficientemente motivado que sirva para instrumentar materialmente el indicado beneficio público o interés general.

La potestad expropiatoria es irrenunciable, atemporal, es inmanente al Estado; por consiguiente no es indispensable que se encuentre establecida en la Constitución estatal; es una institución de Derecho Público, de orden público, existe y se justifica en función del interés general, de la protección y garantía de los derechos ciudadanos que le compete al Estado. Jaime Rodríguez Arana²⁸⁸ dice que “El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función.”

²⁸⁸ RODRÍGUEZ, Jaime (2009) *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Página 213.

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 14-14-IN/21²⁸⁹ precisó:

33. La Constitución contempla la posibilidad de limitar el derecho a la propiedad atendiendo a lo establecido en su artículo 323 en el cual se dispone que *“[c]on el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”*.

34. En este marco constitucional, esta Corte ha sostenido que el derecho de la propiedad en su dimensión constitucional comporta la obligación estatal de respeto, esto es abstenerse de vulnerarlo. No obstante, la declaratoria de utilidad pública y posterior expropiación es una forma constitucional de limitar el derecho a la propiedad, que tiene carácter excepcional. Así, las actuaciones estatales que cumplan de forma estricta con lo previsto en el artículo 323 de la Constitución guardan conformidad con los límites constitucionalmente previstos.

35. El mencionado artículo constitucional establece expresamente que las instituciones estatales pueden declarar la expropiación de bienes privados, siempre que justifiquen el cumplimiento de las formas y condiciones establecidas en la Constitución, caso contrario estas se consideran confiscatorias conforme lo contempla el mismo artículo 323 de la Constitución. Estas condiciones son: **i)** que a efectos de la expropiación se declare expresamente la utilidad pública o interés social y nacional; **ii)** la segunda condición establece de manera más concreta el uso que debe darse a los bienes expropiados. Al respecto los bienes deben emplearse en la ejecución de planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente o bienestar colectivo; y, **iii)** la tercera condición está relacionada a la forma de realizar las expropiaciones y obliga a que las instituciones del Estado realicen previamente una justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley.

²⁸⁹ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic2ZWZlYTlZyYi1hM2FhLTQwOGUtOTRkNy0wM2NINmE1ZGU2NGUucGRmJ30=

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-764/13²⁹⁰ hace un excelente desarrollo sobre algunos aspectos esenciales de nuestra materia:

La expropiación por vía administrativa no es otra cosa que la potestad que tiene la Administración de “privar” del derecho a la propiedad a los particulares, dirigida a desarrollar proyectos encaminados a la utilidad pública y al interés social, de acuerdo con un procedimiento específico y previo pago de una indemnización, en la medida que la persona natural o jurídica privada sacrifica sus derechos patrimoniales para satisfacer fines estatales. La expropiación comprende tres elementos característicos: 1. sujetos: El expropiante es el sujeto activo, es decir quien tiene la potestad expropiatoria; el beneficiario, es quien representa la razón de ser de la expropiación, el creador del motivo, de la necesidad de satisfacer un interés público y/o utilidad pública y el expropiado, titular de los derechos reales sobre los bienes requeridos por el Estado. 2. Objeto. Los derechos de índole patrimonial que sacrifican los particulares a favor de la Administración, sin incluir los derechos personales o personalísimos, para satisfacer la causa expropiandi, de allí la necesidad de establecer los derechos patrimoniales del sujeto expropiado sobre el objeto delimitado y, 3. La causa expropiandi o justificación presentada por el Estado para utilizar la figura de la expropiación. Ésta debe tener un objetivo que cumplir, que sea acorde con los fines de la utilidad pública e interés social, especificado en la norma que la crea: “lo primero que hay que notar es que el fin de la expropiación no es la mera “privación” en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia”, es decir, siempre hay una transformación al terminar la expropiación, lo que hace que la expropiación sea un instrumento para llegar al fin de la meta propuesta en la ley, un elemento que conllevará a realizar ciertos objetivos planteados para una situación fijada, que amerita la obtención de cierto derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Salvador Chiriboga Vs Ecuador²⁹¹ definió, entre otros:

60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de

²⁹⁰ Tomado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-764-13.htm>

²⁹¹ Tomado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf

vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención²⁹², y los principios generales del derecho internacional.

61. El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención.

62. A su vez, este Tribunal ha señalado que “la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de [un] derecho [...]”.

63. La Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción. En este sentido, el Tribunal considera que en el marco de una privación al derecho a la propiedad privada, en específico en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención.

Creo importante destacar algunas afirmaciones de la Corte Interamericana emitidas en este caso:²⁹³

- 73. Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la Convención comprenden todos aquellos bienes que por el uso a

²⁹² “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

Tomado de:

https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

²⁹³ Misma fuente.

que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. Para tal efecto, los Estados deberán emplear todos los medios a su alcance para afectar en menor medida otros derechos, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención.

- 98. La Corte estima que, en casos de expropiación, para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular a que se ha hecho referencia en la presente Sentencia (supra párr. 63).
- 116. En conclusión, la Corte sostiene que el Estado privó del derecho a la propiedad privada a la señora María Salvador Chiriboga por razones de utilidad pública legítimas y debidamente fundamentadas, las cuales consistieron en la protección del medio ambiente a través del establecimiento del Parque Metropolitano. Sin embargo, el Estado no respetó los requerimientos necesarios para restringir el derecho a la propiedad acogidos en los principios generales del derecho internacional y explícitamente señalados en la Convención Americana.
- 117. En específico, el Estado incumplió con las formas establecidas en la ley al vulnerar la protección y garantías judiciales, ya que los recursos interpuestos han excedido para su resolución el plazo razonable y han carecido de efectividad. Lo anterior ha privado indefinidamente a la víctima de su bien, así como del pago de una justa indemnización, lo que ha ocasionado una incertidumbre tanto jurídica como fáctica, la cual ha derivado en cargas excesivas impuestas a la misma, convirtiendo a dicha expropiación en arbitraria.

La Corte Constitucional de Colombia²⁹⁴ en la sentencia C-474/23 estableció, entre otros:

En desarrollo del ordenamiento constitucional, de vieja data esta Corte definió la expropiación como “una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y

²⁹⁴ Tomado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-474-23.htm#:~:text=En%20desarrollo%20del%20ordenamiento%20constitucional,y%20mediante%20una%20indemnizaci%C3%B3n%20previa%E2%80%9D%5B>

mediante una indemnización previa". Más recientemente, este tribunal ha precisado que "la expropiación es un mecanismo judicial o administrativo por cuya virtud las entidades de derecho público, previa declaratoria de utilidad pública, pueden adquirir bienes privados que por lo tanto ingresan al patrimonio público para que aquellos sean usados exclusivamente en beneficio de la comunidad. Es por esto que, antes de iniciar cualquier proceso de expropiación, sea por vía judicial o por vía administrativa, debe verificarse cuál es la utilidad pública o el interés social que lo motivan y por qué se presentaría el conflicto entre el interés privado y el interés público que obliga la decisión que impere este último sobre aquel. [...] Cuando dichos motivos se acrediten en la práctica, el interés privado ha de ceder ante el público".

51. Y es que, como lo ha subrayado reiteradamente este tribunal, la propiedad privada, amparada por el artículo 58 de la Carta, es un derecho que no posee una naturaleza absoluta. Se trata, en cambio, de "un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho y en lo referente a sus límites, ha establecido que se encuentran en la utilidad pública o el interés social, de los cuales deriva la expropiación.

Ahora bien, el acto expropiatorio típicamente no es un acto previsible para el particular, máxime a la época de adquisición del bien o derecho. El particular, llegado el momento, "se encuentra" con que el Estado o una de sus instituciones necesita del bien o derecho a efectos de instrumentar en un caso concreto el beneficio público o interés general.

A continuación, algunas premisas importantes sobre la actividad expropiatoria:

1.- El acto expropiatorio es un acto de extrema necesidad; es decir, no existen alternativas viables y razonables para la respectiva administración pública, considerando el régimen jurídico aplicable y los costes de la actividad o proyecto, para materializar la correspondiente actividad o proyecto.

2.- La privación de la titularidad del bien o derecho del administrado le produce daño emergente, y posiblemente o seguramente, en función de las particulares circunstancias del caso, lucro cesante.

3.- Dicha privación posiblemente le produce al administrado daños indirectos a la época de la misma, los cuales son muy difíciles de determinar. Como regla, los daños indirectos no son indemnizables.

4.- La mora en la obtención de la sentencia judicial como título de dominio del bien o derecho declarado de utilidad pública no debe perjudicar al particular.

5.- Si la ocupación inmediata del bien no se hace previa la entrega de la totalidad de la correspondiente justa indemnización, entonces dicha ocupación es dañosa, y por lo mismo debe dar lugar a una justa indemnización durante todo el tiempo que dure dicha ocupación, pues el titular del dominio del bien no puede usarlo, gozarlo ni disponer de él. El particular no está obligado a soportar el daño que produce la señalada ocupación. Ésta no es producto de un acto u omisión jurídicamente reprochable del titular del bien.

6.- Las justas indemnizaciones que correspondan ser pagadas al titular del bien o derecho deben ejecutarse con urgencia, pues dicho titular no debe quedar en una situación material ni jurídica de desamparo. En la icónica sentencia del caso “Salvador Chiriboga Vs Ecuador” la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹⁵ determinó, entre otros:

96. Al respecto, el Tribunal estima que en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. Dicho principio ha sido recogido en la Convención Americana en su artículo 21, al referirse al pago de una “justa indemnización”. Esta Corte considera que para alcanzar el pago de una justa indemnización ésta debe ser **adecuada, pronta y efectiva**.²⁹⁶

Imaginemos el caso de una familia que vive en un terreno muy amplio, el cual una Municipalidad necesita con urgencia para poder colocar tuberías de agua potable que permitirán proveer de dicho servicio a un amplio sector de la comunidad; en razón de lo cual el juez competente autoriza la ocupación inmediata del predio. ¿A dónde va a parar esa familia que perdió la materialidad de su predio?; ¿dónde vivirá transitoriamente?; ¿tendrá algún pariente o amigo/a que pueda socorrerla con suficiencia? Desde el punto de vista judicial se pueden presentar algunos problemas si luego de entregado el valor del bien o derecho a quien aparecía como su propietario, surge un tercero que acredita ser el verdadero dueño de

²⁹⁵ Tomado de:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf

²⁹⁶ Las negrillas son mías.

dicho bien o derecho, o una persona con mejor derecho. Conectado con lo anterior, la sentencia 1924-16-EP/21²⁹⁷ de la Corte Constitucional ecuatoriana precisó:

43. En este marco, si bien, el objeto del juicio de expropiación es la determinación del justo precio que se debe pagar por el bien expropiado, no se puede desconocer que frente a conflictos que puedan surgir durante la tramitación de la causa, los jueces forzosamente deberán analizar las pruebas aportadas para el efecto, con la finalidad de identificar al beneficiario o beneficiarios que recibirán el valor por concepto de indemnización.

Me parece que en su conjunto la gestión de la institucionalidad estatal alrededor de la potestad expropiatoria debe conducirse y materializarse con extrema diligencia. De por medio está el patrimonio, la seguridad jurídica, el bienestar familiar del administrado dueño del bien o derecho. Piénsese que en el mundo existen, entre otros, dos grandes motores: la propiedad privada y la familia. El ciudadano común anhela dar a su familia un lugar donde vivir, un lugar donde estar segura; aspira materializar el fruto de su trabajo regularmente adquiriendo un inmueble.

Como se sabe, uno de los derechos más protegidos en las sociedades occidentales es el derecho a la propiedad. Basta con leer cualquier Constitución americana o europea. La declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 estableció en el artículo 2²⁹⁸ que “La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, **la propiedad**²⁹⁹, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

A este derecho dicha declaración le dedicó un artículo específico, el 17: “Por ser la propiedad un derecho **inviolable y sagrado**³⁰⁰, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización³⁰¹”. Nótese sus características: *inviolable y sagrado*, no obstante lo cual cede ante la *necesidad pública*. Es, pues, este un caso típico de prevalencia del interés general sobre el particular; bien entendido que esa prevalencia para nada afecta el derecho a la correspondiente indemnización.

297 Tomado de:
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUNLCB1dWlkOidkZDM0NjZlMCOyOWQ2LTQ5YTEtYTk4MCOxOTI2ZDFmNjJlMTgucGRmJ30=

298 Tomado de:
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

299 Las negrillas son mías.

300 Las negrillas son mías.

301 Misma fuente.

El artículo 17 de la declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas³⁰² precisa que:

- “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado **arbitrariamente**³⁰³ de su propiedad.”

Esta declaración, muy acertadamente, se refiere también a los deberes de las personas en relación con la comunidad. En efecto, el artículo 29 dispone³⁰⁴:

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, **del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática...**³⁰⁵

El “bienestar general” es, pues, un límite en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de las libertades. Se hace presente, nuevamente, el concepto de la prevalencia del interés general.

La Constitución del Ecuador reconoce y garantiza como parte de los derechos de libertad a la propiedad en todas sus formas. En efecto, el artículo 66 numeral 26 dispone:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

³⁰² Tomado de:

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

³⁰³ Las negrillas son mías.

³⁰⁴ Misma fuente.

³⁰⁵ Las negrillas son mías.

De su lado el artículo 321 asegura:

“Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.”

Víctor Granda Aguilar y María Elena Jara Vásquez en su trabajo titulado “EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXPROPIACIÓN EN ECUADOR³⁰⁶” destacan, entre otros:

La noción de interés público, fue inicialmente el fundamento de la potestad estatal de obligar excepcionalmente a los particulares a trasladar el dominio de sus bienes mediante expropiación al Estado en el contexto de un constitucionalismo liberal. Con el modelo de Estado social de Derecho, instaurado desde los años 30 del siglo pasado a la luz de la influencia de las corrientes ideológicas liberales democráticas, socialistas y la doctrina social de la Iglesia, se agregó como fundamento de la capacidad expropiatoria al interés social. Posteriormente, se ha ido fortaleciendo y extendiendo paulatinamente la cobertura del carácter social al ambiental de la propiedad.

En el caso ecuatoriano, desde la Constitución de 1812, con el surgimiento del Estado de Quito y de la República del Ecuador desde 1830 hasta la Constitución de 1929 (período del Estado liberal) se reconoció el derecho de propiedad y se introdujo como condición y límite su posible expropiación para satisfacer el *bien público* y atender necesidades públicas y colectivas en la construcción de caminos, carreteras e infraestructura.

2.- Algo de Derecho Comparado

El artículo 33 de la Constitución Española³⁰⁷ determina:

Artículo 33.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

³⁰⁶ Tomado de:
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-B-2023-10005700080
Página 61.

³⁰⁷ Tomado de:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

La quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América³⁰⁸ dice que:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; **ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización**³⁰⁹

La enmienda XIV de la misma Constitución dice en parte del numeral 1³¹⁰ que:

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; **tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ...**³¹¹

Raffo Velásquez Meléndez en su trabajo titulado “Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos³¹²” hace notar lo siguiente:

El reconocimiento de la propiedad en la llamada cláusula de expropiación (Quinta Enmienda) y la cláusula del debido proceso (Décimo Cuarta

308 Tomado de:
<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>

309 Las negrillas son mías.

310 Misma fuente.

311 Las negrillas son mías.

312 Tomado de:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970/12538>

Enmienda) hace que experimenten una suerte de fusión entre sí. La primera prohíbe la privación sin compensación y la segunda prohíbe la privación sin debido proceso. El resultado: solo podrán aspirar a ser legítimas las privaciones (takings) con fines de utilidad pública que sigan un debido proceso y supongan una indemnización. Sin embargo, no siempre el remedio procesal es la indemnización, sino que también se opta por la eliminación o anulación de la medida, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

Lo que la Constitución no hace expresamente, pero si la jurisprudencia de la Corte Suprema, es identificar al poder de dominio eminente y al poder de policía. El primero se identifica con nuestra clásica expropiación forzosa. El segundo con el poder para dictar medidas destinadas a proteger la salud, seguridad, moral o bienestar general. Puede ocurrir, sin embargo, que esas medidas incidan excesivamente en la propiedad, lesionándola. En ese caso no estaríamos ante el ejercicio del poder de policía, sino ante un *taking* que luego será entendida como expropiación indirecta. Llama la atención que a diferencia de nosotros, en el derecho norteamericano toda limitación excesiva de la propiedad será vista como expropiación indirecta. Esto se explica por el distinto espíritu que subyace en uno y otro sistema constitucional.

La Constitución de Chile establece en parte del numeral 24 del artículo 19³¹³ (artículo que consagra los derechos garantizados a todas las personas), lo siguiente:

24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. **El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios³¹⁴ y tendrá siempre derecho a indemnización**

313 Tomado de:
https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf

314 Las negrillas son mías.

por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización³¹⁵, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión³¹⁶...

La Constitución de la República de Colombia³¹⁷ consagra en el artículo 58 lo siguiente:

Artículo 58. Acto Legislativo 01 de 1999, artículo 1°. El artículo 58 de la Constitución Política, quedará así:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

³¹⁵ Las negrillas son mías.

³¹⁶ Las negrillas son mías.

³¹⁷ Tomado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

3.- La expropiación indirecta

La figura de la expropiación indirecta está arraigada en el Derecho de las Inversiones extranjeras. La noción es clara, pero no hay un concepto único.

José Daniel Amado V y Bruno Amiel R.C en su estudio titulado “LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS”³¹⁸ explican:

Ahora bien, resulta evidente que la garantía contra la expropiación indirecta no es absoluta: no todo acto del Estado que afecte la propiedad privada o disminuya su valor se encontrará comprendido dentro de la misma o constituirá una violación a ésta. Una lectura irrazonablemente extensiva de dicha garantía impediría al Estado realizar una serie de actos, adoptar una serie de medidas y ejercer el *ius imperium* inherente al mismo y al cual no renuncia como consecuencia de la suscripción de los tratados bilaterales de inversión o el otorgamiento de otras garantías. Ello, sin embargo, no contradice el hecho que la referida garantía contra la expropiación indirecta debe tener un alcance efectivo y tiene una finalidad clara: impedir que el Estado frustre mediante actos irrazonables, ilegítimos o inesperados, las razonables expectativas de retorno que han previsto los inversionistas sobre el valor de sus inversiones.

En tal sentido, en principio se encontrarán dentro del ámbito de protección de dicha garantía, entre otros, supuestos tales como la dación por parte de un Estado de normas que tengan el efecto de expropiar o interferir de forma irracional con la inversión de algún inversionista extranjero, así como los actos efectuados o legislación promulgada por un Estado que tenga el efecto de repudiar parcial o totalmente un contrato entre dicho Estado y un inversionista extranjero.

Sobre la jurisprudencia internacional dichos autores explican³¹⁹:

Ahora bien, el alcance que los distintos tribunales internacionales han otorgado a la referida garantía contra la expropiación indirecta contenida en los tratados bilaterales de inversión constituye actualmente la principal fuente de Derecho para determinar su contenido.

318 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8747/9133>
Página 63.

319 Páginas 63 y 64 del estudio citado.

No obstante la relativa claridad de las normas y principios antes citados, la jurisprudencia del Derecho Internacional en relación con demandas por expropiación indirecta se encuentra actualmente en estado de evolución, coexistiendo dos posiciones divergentes sobre el particular: una pro-estatal, la misma que da mayor énfasis en la intención de las leyes y regulaciones emitidas por el Estado receptor de la inversión y que generalmente otorga mayor flexibilidad a dichos Estados en relación con la legislación que éste promulgue, a pesar que ésta afecte la inversión extranjera (la llamada “doctrina del poder de policía del Estado”); y otra, pro-inversionista, que otorga mayor énfasis a los efectos que la legislación del país receptor tuvo sobre la inversión extranjera, y que analiza de forma más escéptica las supuestas razones detrás de la misma (la “doctrina de los efectos”).

La Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia 2737-19-EP/24³²⁰ precisó:

57.2. La expropiación indirecta se produce cuando el Estado adopta medidas que, sin que exista una transferencia formal del dominio, tienen un efecto equivalente. Al respecto, la Corte constató una expropiación indirecta dentro de la sentencia 211- 18-SEP-CC, en la cual el alcalde del cantón Valencia emitió una resolución que ordenó la cancelación de la inscripción de una donación de un lote en favor de un gremio, de tal forma que quede el Municipio como dueño del lote, produciéndose una trasgresión a la propiedad.

En dicha sentencia 211-18-SEP-CC³²¹ la Corte definió, entre otros:

En el presente caso luego de una detallada revisión de los recaudos procesales se ha podido evidenciar que el Municipio de Valencia no efectuó ni una declaración de utilidad pública del bien inmueble, ni mucho menos inició un proceso expropiatorio, las autoridades del cabildo pretenden privar del derecho de propiedad al Club Social, Cultural y Deportivo “Juvenil Valencia” únicamente a través de la emisión de una resolución administrativa, es decir que el cabildo por medio de un acto administrativo privó del derecho a la propiedad al gremio.

³²⁰ Tomado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic1MmQ0ODJjMi1iZjM5LTQ1NjAtYjU2NC04NDg2NTY1NGNINmMucGRmJ30=

³²¹ Tomado de:

<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a15a0f04-d4d3-4750-8d8b-c5f4c75416d5/2290-16-ep-sen.pdf?guest=true>

Esta Corte evidencia que las autoridades del cabildo emitieron la resolución administrativa en evidente vulneración del debido proceso pues jamás realizaron una declaración de utilidad pública, y privaron del derecho constitucional a la propiedad al accionante, quien cuenta con un título de propiedad que acredita su calidad de propietario.

En atención a todo lo expuesto, esta Corte concluye que el Municipio del cantón Valencia por medio de la Resolución Administrativa N.º 010-2016 vulneró el derecho a la propiedad del Club Deportivo Básico Juvenil Valencia.

4.- El procedimiento expropiatorio

Indudablemente la regulación de la expropiación en el Ecuador hace énfasis en los bienes inmuebles. Y es lógico que así sea, pues para la ejecución de obras y la prestación de servicios es evidente que son más útiles los bienes inmuebles. El COOTAD (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización) todavía mantiene algunas normas sobre expropiaciones. El artículo 447 párrafo final dice que “Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”

La recién nombrada Ley regula el procedimiento expropiatorio, sin perjuicio de otras normativas vigentes en la República, pero que no tienen el grado de utilización de dicha Ley Orgánica. A continuación, las disposiciones fundamentales:

Art. 58.- Declaratoria de utilidad pública.- Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley.

A la declaratoria se adjuntará el certificado del registrador de la propiedad; el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto; y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la ley que regula el uso del suelo.

La declaratoria se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes a ser expropiados, los poseionarios y a los acreedores hipotecarios.

La expropiación de tierras rurales con fines agrarios se regulará por su propia ley.

La declaratoria de utilidad pública y de interés social se inscribirá en el Registro de la Propiedad. El Registrador de la Propiedad cancelará las inscripciones respectivas, en la parte correspondiente, de modo que el terreno y pertenencias expropiados queden libres, y se abstendrá de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo que sea a favor de la institución pública que requiere la declaración de utilidad pública y de interés social. El Registrador comunicará al juez la cancelación en caso de embargo, secuestro o prohibición de enajenar, para los fines consiguientes.

(El COOTAD dice en el artículo 447 párrafo primero que “Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. A la declaratoria se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien; y, la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación.” Y en el párrafo cuarto afirma que “Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”).

Art. 58.1.- Negociación y precio.- Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta (30) días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble. Para que proceda la ocupación inmediata se debe realizar el pago previo o la consignación en caso de no existir acuerdo. El retiro del valor consignado por el expropiado, que podrá requerirse en cualquier momento dentro del juicio de expropiación, no perjudicará la impugnación propuesta.

El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento (10%) sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, del cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y de otras ajenas a la acción del propietario.

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano tendrá el plazo de un mes para entregar el avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones.

El órgano rector del catastro nacional georreferenciado determinará el avalúo del bien a expropiar cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano no posea la capacidad técnica para elaborar su catastro, incumpla el plazo anterior o el realizado por la dependencia de avalúos y catastros, a criterio del organismo rector del catastro nacional, no se adecue a la normativa.

En ningún caso se reconocerán las obras efectuadas por el propietario posteriores a la fecha del anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social, según corresponda. Tampoco se reconocerán las obras efectuadas con anterioridad al anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública cuando se realizaron sin autorización, ni aún aquellas que a pesar de tener los permisos respectivos se haya evidenciado mala fe.

Para expropiaciones parciales, del precio fijado conforme la regla anterior, también se deducirá la plusvalía que genere la obra pública que motiva la expropiación en la parte del inmueble no afectado. En estos casos no se cobrará la contribución especial de mejoras que resulte de la obra pública.

Los ajustes por plusvalía serán realizados conforme a la metodología que dicte el órgano rector del catastro nacional georreferenciados.

El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Los propietarios deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, se deducirán del precio de venta.

Art. 58.2.- Falta de acuerdo.- Expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo la entidad expropiante emitirá el **acto administrativo de expropiación**³²² tomando como precio el establecido en el artículo anterior

322 Las negrillas son mías.

sin tomar en cuenta el diez por ciento (10%). El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

El juez en su resolución fijará el precio definitivo en base al avalúo predial menos la plusvalía proveniente de obras públicas y otras ajenas a la acción del propietario. El avalúo predial será el registrado en el catastro municipal sobre el cual se pagó el último impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones.

En ningún caso se reconocerán las obras efectuadas por el propietario, posteriores a la fecha del anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social, según corresponda. Tampoco se reconocerán las obras efectuadas con anterioridad al anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública cuando se realizaron sin autorización, ni aún aquellas anteriores, siempre que en este último caso se haya evidenciado mala fe.

Por pedido de las partes, el juez podrá solicitar al órgano rector del catastro nacional georreferenciado informe sobre si la metodología empleada por el GAD municipal o metropolitano es la adecuada para el avalúo del bien expropiado. En caso de que considere que dicha metodología no es la correcta, en el mismo informe, determinará el avalúo de los inmuebles vigentes a la fecha del anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social, según corresponda, al cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y otras ajenas a la acción del propietario.

Para expropiaciones parciales, del precio fijado conforme las reglas anteriores, el juez deducirá la plusvalía de la obra pública que motiva la expropiación en la parte del terreno no afectado. En estos casos no se cobrará la contribución especial de mejoras que resulte de la obra pública.

En los casos previstos en este artículo, los avalúos municipales o metropolitanos y la plusvalía se determinarán de conformidad con la metodología que dicte el órgano rector del catastro nacional georreferenciado.

Para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública y de interés social, los propietarios deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, se deducirán del precio de venta.

5.- La impugnación en materia expropiatoria

Las actuaciones del Estado en general, y de la administración pública en particular siempre deben poder controlarse jurídicamente. Ello, además de ser lógico y justo, es una consecuencia natural del principio de legalidad³²³. Este prevé el condicionamiento de la validez de los actos del poder público al sometimiento a la Constitución y a las leyes. Ergo, esos actos serán nulos si las contravienen. Este postulado del sometimiento es necesario que se verifique si se cumple en la práctica, y para ello existe la administración de justicia, que es independiente, ajena a la administración pública. La inexistencia de control jurídico a las actuaciones de la administración pública es contraria al Estado de Derecho, pues este se caracteriza, entre otros, por su sujeción al ordenamiento jurídico, y si esa sujeción no se puede comprobar a través de un tercero imparcial, sencillamente estaríamos ante una declaración y nada más. Cada autoridad administrativa, cada servidor público, cada institución pública puede afirmar que respeta el ordenamiento jurídico, pero ello debe poder discutirse por parte del afectado.

Agréguese a lo anterior que los actos del poder público deben ser motivados jurídicamente, como lo exige el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución ecuatoriana³²⁴. Es legítimo, justo y constitucional poder discutir, poder impugnar

³²³ En el Ecuador el principio de legalidad está establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

³²⁴ **“Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

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

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

esa motivación. Esta puede ser un verdadero atropello disfrazado de motivación jurídica. Según nuestra Corte Constitucional la motivación debe ser suficiente sobre los hechos y suficiente sobre los derechos, no necesariamente debe ser correcta.

El artículo 100 del Código Orgánico Administrativo delimita muy bien las exigencias sobre la motivación. Dice literalmente esta disposición.

Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.

Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.

Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.

Ahora bien, para impugnar las sentencias judiciales existe en el ámbito de la justicia ordinaria típicamente los recursos de apelación, de revisión y de casación. Como la administración pública puede equivocarse en sus decisiones la legislación administrativa ha previsto también su impugnación por la vía administrativa. En el Ecuador el Código Orgánico Administrativo establece en el artículo 219 los recursos de apelación y el extraordinario de revisión.

La posibilidad de impugnar **actos administrativos** ha sido regular en nuestras Constituciones durante muchos años. En efecto:

- 1.- La Constitución publicada en el Registro Oficial No 133 del 25 de mayo de 1967 estableció en el artículo 215 que “Al Tribunal de lo Contencioso -administrativo corresponde conocer las impugnaciones que las personas naturales o jurídicas

hicieren contra los reglamentos, **actos**³²⁵ y resoluciones de la Administración Pública o de las entidades semipúblicas...”

2.- La Constitución publicada en el Registro Oficial No 763 del 12 de junio de 1984 consagró en el tercer párrafo del artículo 96: “Se establece la unidad jurisdiccional. Por consiguiente, todo **acto administrativo**³²⁶ generado por la administración central, provincial, municipal o de cualquier entidad autónoma reconocida por la Constitución y las leyes, podrá ser impugnado ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, en la forma que determine la ley”.

3.- La Constitución publicada en el Registro Oficial No 183 del 5 de mayo de 1993 consagró idéntico texto en el tercer párrafo del artículo 97, con la salvedad de que en lugar de decir “ante los Tribunales Fiscal y de lo Contencioso Administrativo” dice: “ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

4.- La Constitución publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998 instituyó en el artículo 196 que “Los **actos administrativos**³²⁷ generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley”.

La actual Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008, determina para el ámbito de la justicia ordinaria en el artículo 173 que “Los **actos administrativos**³²⁸ de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

Esta norma consagra, pues, la plena impugnabilidad de los actos administrativos “de cualquier autoridad del Estado”. Es excelente la precisión constitucional: el acto administrativo es impugnabile tanto administrativa como judicialmente. Lo cual es a su vez totalmente concordante con el artículo 11 numeral 3 párrafo tercero de la misma Constitución, que dispone, entre otros, que “Los derechos son plenamente justiciables”. Por lo mismo, cuando se afecta el derecho de propiedad, el acto que produce tal afectación debe ser impugnabile tanto administrativacomo judicialmente. Esa plena impugnabilidad debe reflejarse en la legislación. Si ésta la omite habría inconstitucionalidad por omisión relativa.

325 Las negrillas son mías.

326 Las negrillas son mías.

327 Las negrillas son mías.

328 Las negrillas son mías.

A lo anterior agréguese que según el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, (artículo 146) “En caso de **expropiación urgente**³²⁹ la o el juzgador al momento de calificar la demanda ordenará la ocupación inmediata del inmueble, siempre que a la demanda se acompañe el precio fijado en el avalúo comercial municipal.” Lo cual constituye una prerrogativa pública muy grande, sólo explicable en razón del interés general que subyace en toda expropiación. Bien entendido que el interés general no es necesariamente el interés de toda la población. Más aún, hay situaciones en las cuales un sector de la población que se va a beneficiar con una obra pública (para lo cual se hace necesaria una expropiación) se opone a la realización de la obra, y otro sector, que también se beneficiará con la misma obra, apoya la ejecución de la misma.

En un trabajo titulado “LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO”³³⁰ expresé que “la omisión relativa se presenta, desde nuestra perspectiva contando con algunos criterios teóricos, cuando habiéndose desarrollado ella presenta problemas de constitucionalidad: por violación al principio de igualdad, por incluir distinciones arbitrarias, por hacer exclusiones arbitrarias, por violación de disposiciones o principios constitucionales, por ser incompleta para proteger el pertinente bien jurídico, por ignorar preceptos constitucionales, por proveer contenidos constitucionales equivocados, impertinentes o improcedentes, por desarrollar contenidos que por su torpeza devienen en inconstitucionales, etc.”

En el caso del ejercicio de la potestad expropiatoria debo señalar que el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece, como primer paso, la necesidad de “la declaratoria de utilidad pública y de interés social” del respectivo bien inmueble, declaratoria que obviamente es un acto administrativo. Y el artículo 58.2 del mismo cuerpo jurídico determina que “Expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo la entidad expropiante emitirá el **acto administrativo de expropiación**³³¹ tomando como precio el establecido en el artículo anterior sin tomar en cuenta el diez por ciento (10%). **El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio**³³², de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos.” Es evidente que esta disposición ha **excluido** la impugnación del acto decisorio como tal; solo ha dejado abierta la ventana del justo precio.

329 Las negrillas son mías.

330 Revista “Novedades Jurídicas”. Año XIX. Número 198. Diciembre de 2022. Quito. Ediciones Legales. Página 34.

331 Las negrillas son mías.

332 Las negrillas son mías.

A mí me parece que para cumplir con el artículo 173 de la Constitución vigente, que determina que “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”, debe establecerse legalmente un mecanismo de impugnación en lo administrativo y un mecanismo de impugnación en lo judicial ordinario respecto de los actos administrativos emitidos en el procedimiento expropiatorio: “la declaratoria de utilidad pública y de interés social”, y el “acto administrativo de expropiación”. El COOTAD, publicado en el suplemento del Registro Oficial No 303 del 19 de octubre de 2010, contenía un artículo, el 450, que consagraba el derecho a impugnar “la resolución administrativa de expropiación”³³³ en los siguientes términos:

Artículo 450.- Impugnación.- Los propietarios de los bienes declarados de utilidad pública podrán impugnar la resolución administrativa de expropiación, dentro de los quince días hábiles siguientes; de no existir respuesta a la impugnación la declaratoria de utilidad pública quedará sin efecto. De la resolución sobre la impugnación, no habrá recurso alguno en la vía administrativa

Este artículo fue derogado. La eliminación del derecho que contenía esta norma fue inconstitucional por *regresiva*. La derogatoria del artículo 450 del COOTAD fue dispuesta por el artículo 16 de la Ley orgánica para la eficiencia en la contratación pública, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No.966 del 20 de marzo 2017.

Bibliografía

Legislación

- 1.- Constitución del Ecuador de 2008.
- 2.- Constitución del Ecuador de 1967.
- 3.- Constitución del Ecuador de 1984.
- 4.- Constitución del Ecuador de 1993.
- 5.- Constitución del Ecuador de 1998.
- 6.- Constitución Española.

³³³ A la época de expedición del COOTAD no existía el “acto administrativo de expropiación”.

- 7.- Constitución de los Estados Unidos de América.
- 8.- Constitución de Chile.
9. Constitución de Colombia.
- 10.- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.
- 11.- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- 12.- Código Orgánico General de Procesos, COGEP.
- 13.- Código Orgánico Administrativo, COA.
- 14.- Ley Orgánica para la eficiencia en la contratación pública.

Declaraciones

- 1.- Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.
- 2.- Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas.

Portales

- 1.- Portal de la Corte Constitucional del Ecuador.
- 2.- Portal de la Corte Constitucional de Colombia.
- 3.- Portal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 4.- Portal de oas.org.
- 5.- Portal del Consejo Constitucional francés.
- 6.- Portal <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- 7.- Portal https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-B-2023-10005700080
- 8.- Portal <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- 9.- Portal <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- 10.-Portal <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970/12538>
- 11.- Portal https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf
- 12.- Portal <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8747/9133>

Sentencias

1.- De la Corte Constitucional del Ecuador:

14-14-IN/21.

1924-16-EP/21.

2737-19-EP/24.

211-18-SEP-CC.

2.- De la Corte Constitucional de Colombia:

C-764/13.

C-474/23.

3.- De la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Salvador Chiriboga versus Ecuador

Artículos

1.- El régimen jurídico de la expropiación en Ecuador. Víctor Granda Aguilar y María Elena Jara Vásquez.

2.- Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos. Raffo Velásquez Meléndez.

3.- La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras. José Daniel Amado V y Bruno Amiel R.C.

4.- La inconstitucionalidad por omisión o el control del silencio. Miguel Hernández Terán.

Libro

Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional. Jaime Rodríguez Arana.

DÉCIMA PARTE

¿IMPUGNAR LAS EXPROPIACIONES?

¿IMPUGNAR LAS EXPROPIACIONES?

Sumario: 1.- El punto de partida: el Estado de Derecho y la Constitución de la República; 2.- La impugnación de los actos administrativos como derecho constitucional y la impugnación expropiatoria; 3.- Expropiación regulatoria: el caso chileno; 4.- El interés público y la justa valoración del bien. Bibliografía.

Desarrollo

1.- El punto de partida: el Estado de Derecho y la Constitución de la República

El Estado de Derecho es una categoría institucional pública y un régimen jurídico estadual que tiene como característica relevante el sometimiento del conjunto de la institucionalidad pública, de sus órganos, servidores y autoridades al principio de legalidad, esto es, a la necesidad de que su poder de actuación (competencia) se encuentre establecido previamente en una norma de Derecho.

Ese sometimiento es un estándar ineludible, irrenunciable, incondicional, permanente, no caducable. Y se conecta directamente con el obligatorio vínculo jurídico entre el ordenamiento jurídico de la República y la sociedad en su conjunto. El cumplimiento del ordenamiento jurídico está garantizado por el Estado. Estos dos elementos: el vínculo jurídico y la garantía del ordenamiento se encuentran consagrados en la Constitución del Ecuador: artículos 426 párrafo primero, y 3 numeral 4:

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

“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

(...)

4. Garantizar la ética pública como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.”

El cumplimiento efectivo de ese sometimiento del conjunto de la institucionalidad pública, de sus órganos, servidores y autoridades al principio de legalidad debe ser comprobado. Y para ello existe una valiosa y clásica institución: el

control jurídico que ejerce la administración de justicia ordinaria y la constitucional. El Estado de Derecho, “autor” del indicado sometimiento, provee, pues, la manera de verificarlo en la práctica a través del control judicial de legalidad y del control judicial de constitucionalidad; sin perjuicio, por supuesto, del control de convencionalidad, que no tiene una estructura institucional propia.

Así las cosas, el sometimiento al principio de legalidad nace en la Constitución de la República, al igual que el control judicial tanto en el ámbito de la legalidad como en el de la constitucionalidad. Para el control de legalidad existe en el Ecuador la figura de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, y de lo fiscal. Para el de constitucionalidad existen tanto los jueces comunes, competentes para conocer y resolver, entre otros, sobre las acciones de protección y las acciones cautelares independientes; como también la Corte Constitucional.

El control de legalidad está establecido en el artículo 173 de la Constitución:

“Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

El de constitucionalidad de la Corte Constitucional está consagrado en el artículo 436, y el de los jueces comunes en los artículos 87, 88, 89, 91 y 92.

El citado sometimiento al principio de legalidad está instituido en el artículo 226 de la Constitución:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Resta decir que la supremacía constitucional impera tanto respecto de las normas como de los actos. En efecto, el artículo 426 párrafo primero dice, entre otros, que “Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Ahora bien, del régimen jurídico consagrado en la Constitución pueden destacarse algunos aspectos esenciales:

- Sus normas son de aplicación directa³³⁴.
- “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”³³⁵
- “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.”³³⁶
- “Los derechos serán plenamente justiciables.”³³⁷
- Es parte del derecho constitucional a la defensa el “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”³³⁸

El Código Orgánico de la Función Judicial se hace eco de la supremacía constitucional. Así, el artículo 4 consagra que “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.”

2.- La impugnación de los actos administrativos como derecho constitucional y la impugnación expropiatoria

Como hemos leído, el artículo 173 de la Constitución es claro: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, **tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.**³³⁹” Esto significa que la ley suprema provee al administrado, al justiciable la oportunidad de que *un órgano diferente* examine, analice, evalúe, razone y

³³⁴ Art. 426, párrafo primero

³³⁵ Art. 11 numeral 3, párrafo primero.

³³⁶ Art. 426, párrafo tercero.

³³⁷ Art. 11 numeral 3, párrafo tercero.

³³⁸ Art. 76 numeral 7 letra l)

³³⁹ Las negrillas son nuestras.

resuelva sobre el acto impugnado, de tal manera que el acto impugnado pueda *cambiar de sentido*, a favor del impugnante, sea en forma total o en forma parcial. El contenido esencial de la actuación del órgano diferente al autor de la decisión impugnada comprende la posibilidad de revocar, confirmar o reformar, total o parcialmente, la decisión de fondo de forma motivada. En nuestro libro “El contenido esencial de los derechos”³⁴⁰ afirmamos:

En nuestro concepto el contenido esencial de un derecho constituye aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da sentido al derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idoneidad, eficacia y certeza el bien jurídico en razón del cual existe ese derecho. El contenido esencial de un derecho le da identidad al derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la conservación de su utilidad sin desdibujar su contenido. Es, pues, un contenido irreductible que permite que el derecho pueda cumplir efectivamente su papel de tutela al titular del mismo. Por ejemplo, el contenido esencial del derecho de apelar de una sentencia consiste en que el órgano judicial de alzada pueda analizar la decisión de fondo y, motivadamente, revocarla, confirmarla o reformarla³⁴¹. El recurso de apelación sin ese mínimo y sustancial contenido jurídico no sería ya recurso de apelación; lo que lo identifica es su idoneidad o aptitud para revertir, reformar o confirmar la decisión apelada.

El Código Orgánico Administrativo, COA, establece en el artículo 219 que existen los recursos (administrativos): de apelación y extraordinario de revisión. Precisa también que “El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, sólo puede ser impugnado en vía judicial.”³⁴²

En materia expropiatoria el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, dispone en el artículo 447 párrafo primero que “Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes

³⁴⁰ HERNÁNDEZ, Miguel (2016). *El contenido esencial de los derechos. Doctrina y jurisprudencia*, Quito: Cevallos editora jurídica. Página 137.

³⁴¹ Las negrillas son nuestras.

³⁴² El texto completo del artículo 219 es el siguiente:

“Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión. Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.
El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial.”

requeridos y los fines a los que se destinará. A la declaratoria se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien; y, la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación.”

En el párrafo cuarto dicha norma precisa que “Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”

La ley recién nombrada, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina en el artículo 58 lo siguiente:

Art. 58.- Declaratoria de utilidad pública.- Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley.

A la declaratoria se adjuntará el certificado del registrador de la propiedad; el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto; y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la ley que regula el uso del suelo.

La declaratoria se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes a ser expropiados, los posesionarios y a los acreedores hipotecarios.

La expropiación de tierras rurales con fines agrarios se regulará por su propia ley.

La declaratoria de utilidad pública y de interés social se inscribirá en el Registro de la Propiedad. El Registrador de la Propiedad cancelará las inscripciones respectivas, en la parte correspondiente, de modo que el terreno y pertenencias expropiados queden libres, y se abstendrá de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo que sea a favor de la institución pública que requiere la declaración de utilidad pública y de interés social. El Registrador comunicará al juez la cancelación en caso de embargo, secuestro o prohibición de enajenar, para los fines consiguientes.

Queda claro que la declaratoria de utilidad pública y de interés social es competencia de la máxima autoridad. Por consiguiente, a la luz del Código Orgánico Administrativo (artículo 219) no es posible interponer respecto de tal declaratoria el recurso de apelación. Pero sí el recurso extraordinario de revisión.³⁴³

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública *excluye la posibilidad de discutir judicialmente la decisión expropiatoria.*

En efecto, el artículo 58.1 en el primer párrafo dispone:

Art. 58.1.- Negociación y precio.- Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta (30) días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble. Para que proceda la ocupación inmediata se debe realizar el pago previo o la consignación en caso de no existir acuerdo. El retiro del valor consignado por el expropiado, que podrá requerirse en cualquier momento dentro del juicio de expropiación, no perjudicará la impugnación propuesta.

³⁴³ El artículo 232 del COA define:

“Art. 232.- Causales. La persona interesada puede interponer un recurso extraordinario de revisión del acto administrativo que ha causado estado, cuando se verifique alguna de las siguientes circunstancias:

1. Que al dictarlos se ha incurrido en evidente y manifiesto error de hecho, que afecte a la cuestión de fondo, siempre que el error de hecho resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
2. Que al dictarlos se haya incurrido en evidente y manifiesto error de derecho, que afecte a la cuestión de fondo.
3. Que aparezcan nuevos documentos de valor esencial para la resolución del asunto que evidencien el error de la resolución impugnada, siempre que haya sido imposible para la persona interesada su aportación previa al procedimiento.
4. Que en la resolución hayan influido esencialmente actos declarados nulos o documentos o testimonios declarados falsos, antes o después de aquella resolución, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de nulidad o falsedad cuando fueron aportados al expediente dichos actos, documentos o testimonios.
5. Que la resolución se haya dictado como consecuencia de una conducta punible y se ha declarado así, en sentencia judicial ejecutoriada.

El recurso extraordinario de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa 1, dentro del plazo de un año siguiente a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el término es de veinte días contados desde la fecha en que se tiene conocimiento de los documentos de valor esencial o desde la fecha en que se ha ejecutoriado o quedado firme la declaración de nulidad o falsedad.

La persona interesada conservará su derecho a solicitar la rectificación de evidentes errores materiales, de hecho o aritméticos que se desprendan del mismo acto administrativo, independientemente de que la administración pública la realice de oficio.

No procede el recurso extraordinario de revisión cuando el asunto ha sido resuelto en vía judicial, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los servidores públicos intervinientes en el ámbito administrativo.”

Y el artículo 58.2 ordena en el primer párrafo:

Art. 58.2.- Falta de acuerdo.- Expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo la entidad expropiante emitirá el **acto administrativo de expropiación**³⁴⁴ tomando como precio el establecido en el artículo anterior sin tomar en cuenta el diez por ciento (10%). **El propietario podrá impugnar dicho acto**³⁴⁵ ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, **exclusivamente en cuanto al justo precio**, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

Respecto de esta exclusión la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No 2-14-IN/21 y acumulados, de 24 de noviembre de 2021, precisó, entre otros, lo siguiente:

74. El artículo 58.2 de la LOSNCP regula el supuesto contrario, es decir, la falta de acuerdo entre la institución pública expropiante y la persona expropiada sobre el precio del bien. En este caso, el inciso primero del artículo 58.2 señala que el propietario puede impugnar el acto de determinación emitido por la entidad expropiante ante los jueces de lo contencioso administrativo *“exclusivamente en cuanto al justo precio”*.

83. Los accionantes también indicaron que las normas impugnadas son incompatibles con el derecho a recurrir. A pesar de que los accionantes no esgrimieron argumentos específicos que sustenten dicha alegación, la Corte emitirá pronunciamiento al respecto en virtud del principio *iura novit curiae*.

84. La garantía de recurrir el fallo reconocida en el literal m) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución implica la posibilidad de que una decisión *“[...] pueda ser revisada por el órgano jerárquicamente superior del cual emanó dicha decisión, para subsanar posibles errores u omisiones judiciales que se hubieren cometido, precautelando de esta manera el derecho de las partes intervinientes en los procesos jurisdiccionales y ante todo la tutela judicial efectiva”*. Esta garantía no es absoluta pues, *“su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley. En ese 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”*.

85. En el caso bajo análisis, las disposiciones impugnadas establecen expresamente la posibilidad de impugnar en sede judicial el monto a pagar por

344 Las negrillas son nuestras.

345 Las negrillas son nuestras.

el bien objeto de expropiación. De hecho, el artículo 58.2 de la LOSNCP dispone: *“El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos”*. Por ello, en abstracto, la norma impugnada no es incompatible con el derecho a recurrir.

86. En síntesis, la Corte desecha los cargos elevados por los accionantes en relación con la incompatibilidad con el derecho a la defensa y además la garantía del derecho a recurrir.

Nos parece que la Corte Constitucional fue muy parca en el análisis sobre la exclusión de la impugnación judicial del acto expropiatorio. Se limitó a plantear que el derecho a recurrir no es absoluto, pues *“su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley. En ese 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”*. Más aún, hay un pequeño gran detalle: el artículo 73 de la ley suprema dice que *“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial³⁴⁶”*.

Nos parece obvio que la libertad de configuración normativa y las justificadas limitaciones de que pueden ser objeto los derechos no habilitan para vaciar de contenido el derecho a la impugnación judicial establecido en el indicado artículo 73 de la Constitución. Claro está, y es indudable, que la discusión judicial sobre el acto expropiatorio puede ser muy relativa. Típicamente los temas a discutir no serán estrictamente jurídicos sino más bien relativos a la obra o servicio para cuyo efecto se procede a la expropiación. Los alcances de la obra, su justificación, su conveniencia, su costo, su oportunidad pueden ser algunos de los tópicos a discutir durante el proceso judicial. *“Juzgar a la administración es también administrar”* decían en Francia quienes se oponían al control de legalidad de la administración.

La exclusión que hace la indicada norma del artículo 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: ¿es arbitraria?; ¿es inconstitucional por romper el principio de igualdad ante la ley al tratar de manera injustificadamente diferente a los particulares objeto del acto expropiatorio? Si este fuera el caso se configuraría lo que se denomina *“inconstitucionalidad por omisión relativa”*; figura que nosotros hemos definido así en nuestro

346 Las cursivas son nuestras.

trabajo “LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO”³⁴⁷:

la omisión relativa se presenta, desde nuestra perspectiva contando con algunos criterios teóricos, cuando habiéndose desarrollado ella presenta problemas de constitucionalidad: por violación al principio de igualdad, por incluir distinciones arbitrarias, por hacer exclusiones arbitrarias, por violación de disposiciones o principios constitucionales, por ser incompleta para proteger el pertinente bien jurídico, por ignorar preceptos constitucionales, por proveer contenidos constitucionales equivocados, imperinentes o improcedentes, por desarrollar contenidos que por su torpeza devienen en inconstitucionales, etc.

Lo cual potencializa la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legislativa.

A la limitación antedicha respecto de la impugnación judicial se agrega una cuestión importante: el artículo 450 del COOTAD, que instituyó el derecho a impugnar “la resolución administrativa de expropiación” fue derogado. Esta norma consagraba literalmente lo siguiente:

Artículo 450.- Impugnación.- Los propietarios de los bienes declarados de utilidad pública podrán impugnar la resolución administrativa de expropiación, dentro de los quince días hábiles siguientes; de no existir respuesta a la impugnación la declaratoria de utilidad pública quedará sin efecto. De la resolución sobre la impugnación, no habrá recurso alguno en la vía administrativa.

La derogatoria se dio a través del artículo 16 de la Ley orgánica para la eficiencia en la contratación pública, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 966 del 20 de marzo 2017. Esta derogatoria es a todas luces inconstitucional por regresiva de derechos.

En la Constitución de Colombia el artículo 58 determina³⁴⁸, entre otros:

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización

³⁴⁷ HERNÁNDEZ, Miguel (2022) “LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO”. *Revista Novedades Jurídicas*. Año XIX. Número 198. Diciembre, Quito. Ediciones Legales. Página 34.

³⁴⁸ Tomado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%20202015.pdf>

previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, **sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio**³⁴⁹.

En Chile la situación del particular también es diferente en relación con la expropiación. En efecto, el artículo 19 numeral 24 de la Constitución chilena dice³⁵⁰:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. **El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios**³⁵¹ y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización³⁵², la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. **En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez**

349 Las negrillas son nuestras.

350 Tomado de:

https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf

351 Las negrillas son nuestras.

352 Las negrillas son nuestras.

podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión³⁵³...

Hay, pues, en Chile, *control de legalidad del acto expropiatorio*. En este hermano país se ha debatido sobre la “expropiación regulatoria”.

3.- Expropiación regulatoria: el caso chileno

Matías Guilloff Titu en su trabajo titulado “La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”³⁵⁴ explica:

De un tiempo a esta parte es frecuente encontrarse con cuestionamientos a una modificación legal, basados en que implica una expropiación regulatoria. Por ésta, se alude a la doctrina elaborada en el derecho constitucional estadounidense y habitualmente ocupada en el derecho de la inversión extranjera, según la cual cuando el Estado regula un derecho de propiedad, de una forma que lleva a que éste pierda valor, se debe indemnizar. Efectivamente, esta argumentación se ha utilizado consistentemente en el último tiempo, sobre todo al debatir reformas en materia educacional, ambiental y en la regulación de los cobros por estacionamientos.

(...)

De acuerdo a la literatura, la doctrina de la expropiación regulatoria surge en el caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*. La sentencia se refirió a una ley del estado de Pennsylvania que prohibió la minería del carbón cuando ésta pudiera causar el hundimiento de cualquier estructura utilizada para la habitación humana. Todo esto en circunstancias que, en forma previa a la dictación de la ley, la compañía le había vendido a Mahon los derechos superficiales sobre una parte de su terreno, el que aceptó explícitamente todo riesgo derivado de la operación de la compañía y renunció a la interposición de cualquier demanda contra ella. En este fallo, la Corte Suprema de Estados Unidos admite, por primera vez, que una regulación puede llegar a implicar una expropiación, lo cual sucederá en aquellas hipótesis donde la regulación vaya demasiado lejos. Previo a ello, la Corte había distinguido nítidamente entre regulaciones y expropiaciones,

³⁵³ Las negrillas son mías.

³⁵⁴ Tomado de:

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200621

señalando que las primeras, aun cuando privaran de todo uso económico a la propiedad, jamás podrían llegar a ser consideradas expropiaciones.

A partir del caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, aun cuando la doctrina de la expropiación regulatoria no volverá a ser aplicada por la Corte Suprema por alrededor de 60 años, su desarrollo se va a ligar íntimamente al control de las regulaciones que buscan internalizar externalidades negativas. Lo anterior explica su resurgimiento en la literatura a fines de la década de los 60, en los clásicos trabajos de Sax y Michelman, justo cuando surge la regulación ambiental a nivel estatal y federal. Asimismo, también ayuda a entender su renacimiento en los 80, momento en que el efecto de esta y otras regulaciones sobre la propiedad es ilustrado a través del influyente libro de Epstein.

Es en ese entonces cuando la Corte Suprema vuelve a aplicar esta doctrina en los casos *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp* y *Nollan v. California Coastal Commission*, lo que reitera posteriormente en *Lucas v. South Carolina Coastal Commission* y otras decisiones. Posteriormente, en la década de los 90, varios Estados aprueban leyes estableciendo la obligación de compensar por limitaciones que reducen el valor de la propiedad. Con todo, pese a estas decisiones, dada la manera inconsistente en que es generalmente implementada por la Corte Suprema, la opinión generalizada es que se trata de una doctrina de contornos fangosos.

En Chile, durante la década de 2000, surgen las primeras alusiones a esta doctrina en el trabajo de Fermandois. De acuerdo con el citado autor, esta doctrina se hace cargo del problema de la privación de los atributos esenciales de la propiedad por una ley o regulación administrativa. Posteriormente, un trabajo de Delaveau la describe y analiza si es posible aplicarla en Chile. Un año después, se hace explícita referencia a ella en el fallo peajes de transmisión eléctrica del Tribunal Constitucional. El voto de mayoría de esta sentencia, redactado por el entonces ministro Correa Sutil, caracteriza la problemática del caso como una propia de lo que en el derecho comparado se ha denominado “expropiación regulatoria”, citando el aludido caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*.

Con todo, más allá de que no se la rotule explícitamente como expropiación regulatoria, la idea de que una regulación deviene en expropiatoria si afecta excesivamente alguna de las facultades o atributos esenciales del dominio informa varias decisiones previas del Tribunal Constitucional. La primera de éstas es el caso *Playas I*, donde el Tribunal Constitucional,

luego de reconocer que la medida impugnada no es una privación, señala que se trata de una limitación tal de las facultades de uso y goce, “que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho a dominio”. Así, tal como lo hizo la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, el Tribunal Constitucional establece que existe un continuo conceptual entre limitación y expropiación, habiendo entre éstas tan solo una diferencia de grado, marcada por la intensidad de los efectos concretos de la medida sobre la propiedad. Posteriormente, en el fallo *Rentas Vitalicias*, el Tribunal Constitucional señala que no solo hay privación cuando al dueño se lo despoja totalmente del bien o uno de sus atributos esenciales, sino que también cuando se establecen regulaciones que le impidan ejercer libremente su derecho o una de sus facultades, cuestión que, a juicio del Tribunal, ocurría en este caso con la de disposición.

Con todo, esta interpretación es llamativa si se considera que los incisos segundo y tercero del artículo 19 N° 24 de la Constitución parecen distinguir nítidamente entre regulación y expropiación. Más llamativa es, todavía, si se atiende al hecho de que habiendo sido la regulación de la propiedad materia de un intenso debate en la Comisión Ortúzar, al punto que existió una subcomisión dedicada estudiar el tema, no se haya establecido disposición alguna que establezca que deben ser compensadas las intervenciones sobre la propiedad que no impliquen privación de sus facultades y atributos esenciales. No solo eso, independientemente que desde una perspectiva de interpretación constitucional su valor sea cuestionable, la evidencia que ofrecen las actas de la Comisión Ortúzar apunta en sentido contrario.

4.- El interés público y la justa valoración del bien

No hay duda alguna en cuanto a que la potestad expropiatoria se fundamenta en el interés general de la sociedad, y que el interés general prevalece sobre el particular. Pero la valoración del bien, su justa tasación es una cuestión completamente objetiva, libre de cualquier consideración extraña que pueda afectarla. En efecto, el Estado ni ninguna de sus instituciones puede invocar válidamente el interés público o el interés general o cualquier concepto equivalente para disminuir o afectar el monto de la justa valoración. El particular dueño del bien declarado de utilidad pública no tiene por qué soportar dicha disminución o afectación. Tal disminución o afectación—ilegítima—constituye sencillamente una proporcional confiscación. El sacrificio de la propiedad privada tiene una compensación:

el pago del bien de acuerdo con una justa valoración, sin perjuicio de la indemnización que pueda corresponder por los perjuicios sufridos o a sufrirse por la expropiación. Recuérdese que el daño futuro es un daño **cierto**, aunque ocurre con posterioridad.

La sentencia C-227-11 de la Corte Constitucional de Colombia definió respecto de la indemnización expropiatoria, entre otros³⁵⁵:

4. La función de la indemnización es, por regla general, de orden reparatoria. Comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. No obstante, en algunas circunstancias, al ser consultados los intereses de la comunidad y asumir dichos intereses un peso especial, ésta puede reducirse y cumplir tan sólo una función compensatoria.

La sentencia C-306/13 de la misma Corte colombiana definió, entre otros³⁵⁶, que:

La indemnización no siempre es restitutiva. Tampoco exige el artículo 58 de la carta política que la indemnización sea pagada por la totalidad de los daños y costos que sufre el afectado a causa de la expropiación, de manera que pueda alcanzar una situación semejante a la que tenía antes del proceso, puesto que al establecer que el valor a indemnizar debe consultar los intereses de la comunidad y del particular, es posible que en ciertos casos específicos esa reparación no tenga que cumplir una tarea reparatoria, precisamente por la función social y ecológica que envuelve a la propiedad en el Estado social de derecho. Sin embargo, esta específica situación no conduce a desconocer el carácter o la condición previa de la indemnización como tampoco la tasación justa que debe realizar en forma ponderada el juez de la expropiación, para que al menos sea compensatoria.

El artículo 58 de la Constitución de Colombia dice³⁵⁷:

Artículo 58. Acto Legislativo 01 de 1999, artículo 1°. El artículo 58 de la Constitución Política, quedará así:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida

³⁵⁵ Tomado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-227-11.htm>

³⁵⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-306-13.htm>

³⁵⁷ Tomado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. *En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio*³⁵⁸.

Bibliografía

Legislación

- 1.- Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.
- 2.- Constitución de Colombia.
- 3.- Constitución de Chile.
- 4.- Código Orgánico de la Función Judicial.
- 5.- Código Orgánico Administrativo.
- 6.- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.
- 7.- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- 8.- Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública.

Sentencias

- 1.- Sentencia No. 2-14-IN/21 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador.
- 2.- Sentencia C-227-11 de la Corte Constitucional de Colombia.
- 3.- Sentencia C-306/13 de la Corte Constitucional de Colombia.

³⁵⁸ Las negrillas son nuestras.

Libro

1.- El contenido esencial de los derechos. Doctrina y jurisprudencia. Miguel Hernández Terán.

Artículos

La inconstitucionalidad por omisión o el control del silencio. Miguel Hernández Terán.

La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena.

UNDÉCIMA PARTE

**RESPONSABILIDAD LIMITADA, SEGURIDAD
JURÍDICA Y FOMENTO A LA INVERSIÓN**

RESPONSABILIDAD LIMITADA, SEGURIDAD JURÍDICA Y FOMENTO A LA INVERSIÓN

Sumario: 1.- Constitución, economía y producción; 2.- Inconstitucionalidad por omisión relativa; 3.- La Ley de Compañías y la buena fe; 4.- Seguridad jurídica, responsabilidad limitada y fomento a la inversión. Bibliografía.

Desarrollo

1.- Constitución, economía y producción

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998³⁵⁹ consagró el sistema de economía social de mercado. Antes de definir las funciones de dicho sistema económico proclamó en el artículo 242 que “La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y a la propiedad de los medios de producción.”

Se destacan dentro de los objetivos permanentes de la economía en dicha Constitución: 1.- “El desarrollo socialmente equitativo, regionalmente equilibrado, ambientalmente sustentable y democráticamente participativo”; 2.- “El incremento y la diversificación de la producción orientados a la oferta de bienes y servicios de calidad que satisfagan las necesidades del mercado interno”; 3.- “La participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional”³⁶⁰.

Ya propiamente como funciones del Estado dentro del sistema de economía social de mercado, el artículo 244 de dicha Constitución estableció, entre otros: 1.- “Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza...”; 2.- “Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos...”; 3.- “...fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones...”³⁶¹

³⁵⁹ Publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998.

³⁶⁰ Artículo 243 numerales 1, 3 y 5.

³⁶¹ Artículo 244 numerales 1, 3 y 9.

La Constitución vigente del Ecuador, de 2008³⁶², consagra en el artículo 283 que “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.”³⁶³

Esta Constitución fija objetivos de la *política económica* en el artículo 284, entre los cuales destacamos los siguientes: 1.- “Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas...la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional”; 2.- “Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural”; 3.- “Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales”; 4.- “Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo”³⁶⁴.

Esta ley suprema habla del “régimen de desarrollo”, al cual conceptualiza como “el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*”³⁶⁵. Y para la consecución del buen vivir determina “deberes generales del Estado” en el artículo 277, entre los cuales puntualizamos: 1.- “Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza”; 2.- “Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley”³⁶⁶.

Desde el punto de vista de las personas y las colectividades, y sus diversas formas organizativas, para la consecución del buen vivir a ellas les corresponde, según el artículo 278 numeral 2 de la Ley suprema, “Producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental”.

En ambas Constituciones, tanto la de 1998 como la de 2008, es claro, entre otros, que: 1.- la producción tanto con visión interna como externa constituye un concepto rector; que la competitividad es igualmente un pilar en la visión constitucional; 2.- al ordenamiento jurídico (“orden jurídico”, dicen ambas Constituciones) le

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

363 Párrafo primero.

364 Numerales 2, 5, 6 y 7 del artículo 284.

365 Artículo 275 párrafo primero.

366 Artículo 277 numerales 1 y 5.

corresponde un imperativo: **promover y fomentar las actividades económicas**. En la Constitución de 2008 se habla también de “defender” el desarrollo de las actividades económicas. En la de 1998 se habla de “generar confianza” respecto del desarrollo de dichas actividades.

El mencionado imperativo del orden jurídico es un “deber general” en la Ley suprema de 2008. Por consiguiente, tratase de un mandato inderrotable, inevitable, de forzoso cumplimiento, cobijado por el principio de supremacía constitucional. La legislación de la materia debe ser necesariamente consecuente con dicho mandato. Recuérdese además que según el artículo 3 numeral 4 de la misma Ley suprema es deber primordial del Estado, entre otros, la garantía del ordenamiento jurídico³⁶⁷, y que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución según el artículo 426 párrafo primero³⁶⁸. Y, aún más, que el derecho a la seguridad jurídica “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, de acuerdo con el artículo 82.

2.- Inconstitucionalidad por omisión relativa

Este deber general para la consecución del buen vivir dispuesto por la Constitución en el artículo 277 numeral 5 no debe pasar inadvertido, entre otras razones, por la existencia de la competencia de la Corte Constitucional consagrada en el artículo 436 numeral 10 de la ley máxima:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

³⁶⁷ **Art. 3.-** Son deberes primordiales del Estado:

(...)

4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.”

³⁶⁸ **Art. 426.-** Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.”

Dentro de la trascendente institución jurídica de la inconstitucionalidad por omisión existe la llamada “inconstitucionalidad relativa”, la cual *mira a la calidad de la norma expedida*. Es decir, se puede incurrir en inconstitucionalidad relativa no obstante haberse expedido efectivamente una determinada normativa jurídica si esta no cumple el mandato ordenado. En otras palabras, si su contenido es inconsecuente o incoherente con el mandato constitucional. Hay ley, doctrina y jurisprudencia al respecto. En efecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en el artículo 129 numeral 2 lo siguiente:

“Art. 129.- Efecto de las omisiones normativas.- Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:

(...)

2.- En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada.

El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.

En nuestro trabajo titulado “LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO”³⁶⁹ afirmamos, entre otros:

Ahora bien, en doctrina la omisión normativa absoluta se configura cuando hay una ausencia total de normativa jurídica a pesar del mandato constitucional concreto de elaborarla. Y la omisión relativa se presenta, desde nuestra perspectiva y contando con algunos criterios teóricos, cuando habiéndose desarrollado ella presenta problemas de constitucionalidad: por violación al principio de igualdad, por incluir distinciones arbitrarias, por hacer exclusiones arbitrarias, por violación de disposiciones o principios constitucionales, por ser incompleta para proteger el pertinente bien jurídico, por ignorar preceptos constitucionales, por proveer contenidos constitucionales equivocados, impertinentes o improcedentes, por desarrollar contenidos que por su torpeza devienen en inconstitucionales, etc.

³⁶⁹ Contenido en la revista “Novedades Jurídicas”. Año XIX. Número 198. Diciembre de 2022. Ediciones Legales. Quito. Página 34.

Citamos en el mismo trabajo la sentencia C-091-2014 de la Corte Constitucional de Colombia³⁷⁰, la cual consideró, entre otros:

También puede acontecer que el precepto considerado incompleto, realmente no contenga la regulación exigida, pero que esta se encuentre en otra disposición o que la lectura aislada de un texto legislativo tenga por resultado la verificación de una omisión que, sin embargo, resulte superada por una interpretación sistemática de la legislación que, al incorporar otros preceptos en el análisis, permita concluir que no hay omisión relativa y que el legislador ha proveído respecto del pretendido faltante, salvo que lo ha hecho de manera tal que le corresponde al intérprete o al aplicador del derecho efectuar el ejercicio interpretativo que conduzca a evidenciar la regulación completa de una materia.

Agregamos a continuación en dicho estudio:

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No 001-17-SIO-CC³⁷¹ expedida el 27 de abril de 2017, que se refiere a un caso de inconstitucionalidad por omisión *relativa* definió, entre otros:

Por las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional del Ecuador observa que si bien el Código Orgánico Integral Penal recoge una serie de prescripciones normativas de naturaleza sustantiva y adjetiva relacionadas con la temática del caso subjuice, las mismas no responden al mandato del constituyente contenido en el artículo 81 de la Constitución de la República respecto a la existencia de un procedimiento especial y expedito para el juzgamiento de delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.

Procedimiento que en armonía con lo expuesto en párrafos precedentes a más de ser especial y expedito deberá brindar todos los mecanismos jurisdiccionales necesarios tendientes a garantizar la efectiva vigencia y ejercicio de los derechos reconocidos por el constituyente a los beneficiarios del mandato en cuestión, así como también deberá estar orientado a brindar la protección correspondiente que por su condición de vulnerabilidad se

³⁷⁰ Tomado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-091-14.htm>

³⁷¹ Tomado de:
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/2d00a4e9-1240-40a0-8c6c-2c5ae5b97c34/0001-14-io-sen.pdf?guest=true>

encuentran asistidos, sin dejar de lado los derechos de los demás intervinientes en el proceso.

En tal virtud, esta Corte Constitucional en atención a lo establecido en el artículo 129 numeral 2 último inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional declara la existencia de una inconstitucionalidad relativa por omisión del mandato contenido en el artículo 81 de la Constitución de la República en relación al establecimiento de un procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.

Ahora bien, al verificarse una inconstitucionalidad por omisión relativa, en el caso concreto, este Organismo, en virtud del principio constitucional de reserva de ley penal adjetiva, sustantiva, dispone que la Asamblea Nacional en ejercicio de su facultad prevista en el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en el plazo perentorio de un año contado a partir de la notificación de la presente decisión, expida las disposiciones normativas que instrumentalicen el procedimiento especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.”³⁷²

Entonces, en este caso la Corte Constitucional refleja que: a) el procedimiento especial y expedito legislado en el COIP incumple el mandato constitucional del artículo 81; b) la especial protección jurídica ordenada por la ley suprema fue decepcionante en su desarrollo legislativo. En definitiva, la inconstitucionalidad por omisión relativa tiene un amplio espectro de desarrollo. Nosotros destacamos líneas atrás, y lo reiteramos ahora, que dicha inconstitucionalidad puede darse por: a) violación de principios constitucionales; b) por el carácter incompleto de la norma para proteger el pertinente bien jurídico; c) por ignorar preceptos constitucionales; d) por proveer contenidos constitucionales equivocados,

³⁷² El artículo 81 de la Constitución establece:

“**Art. 81.-** La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.”

impertinentes o improcedentes; e) por desarrollar contenidos que por su torpeza devienen en inconstitucionales. Obviamente estos enunciados no son taxativos.

En el caso de la citada sentencia No. 001-17-SIO-CC la Corte Constitucional dejó sentado, entre otros, lo siguiente:

En este sentido resulta evidente que el legislador incluyó en el Código Orgánico Integral Penal una serie de prescripciones normativas tanto sustantivas como adjetivas propias y coherentes con la temática prevista en el artículo 81 de la Constitución de la República del Ecuador.

No obstante de aquello, **esta Corte no observa de las disposiciones normativas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal que la Asamblea Nacional haya instrumentado un procedimiento uniforme, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar³⁷³, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.**

Por lo que **si bien las prescripciones normativas sustantivas y adjetivas guardan coherencia y son pertinentes con la complejidad que trae consigo la temática en cuestión, las mismas no resultan ser suficientes para dar cumplimiento a lo ordenado por el constituyente en el artículo 81 de la Constitución de la República, en lo referente al establecimiento de un procedimiento especial y expedito³⁷⁴.**

Esta figura de la inconstitucionalidad por omisión relativa es muy pertinente tenerla presente, pues pudiera darse el caso de que el imperativo constitucional de fomentar y promover las actividades económicas (deber general del Estado para la consecución del buen vivir, según el artículo 277 numeral 5) sea desarrollado de tal manera que no cumpla su propósito de fomento y promoción. En efecto, ese desarrollo (normativo) pudiera ser incompleto, contraproducente, excluyente de ciertos sectores de la sociedad, injustificadamente desigual, visiblemente orientado a la ineficacia, torpe hasta el punto de llegar a la inconstitucionalidad, irracional, desproporcionado, etc.

Un ejemplo de desarrollo normativo irracional y contraproducente podría ser: a) eliminar la distinción entre socio o accionista y la sociedad o compañía; b) eliminar el estándar de la responsabilidad limitada de los socios y accionistas al

³⁷³ Las negrillas son nuestras.

³⁷⁴ Las negrillas son nuestras.

monto de su inversión (acción o participación) en la compañía; no distinguir en el ámbito de la gestión de la sociedad en relación con la responsabilidad ante terceros, entre buena y mala fe del actuante; d) hacer oponible ante terceros las limitaciones impuestas al representante legal de la compañía por la junta general de socios o accionistas, sin que tales limitaciones consten en el estatuto de la sociedad.

3.- La Ley de Compañías y la buena fe

Cabe enfatizar que la Ley de Compañías del Ecuador ha sido tradicionalmente muy acertada en cuanto a sus concepciones sobre la buena fe en relación con terceros, así como en cuanto a la inoponibilidad de ciertas limitaciones. La legislación societaria de estos tiempos es muy clara. Así, la “LEY REFORMATORIA A LA LEY DE COMPAÑÍAS PARA LA OPTIMIZACIÓN E IMPULSO EMPRESARIAL Y PARA EL FOMENTO DEL GOBIERNO CORPORATIVO”, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 269 del 15 de marzo de 2023 establece, entre otros:

- **“Artículo 2.-** Reemplácese el penúltimo inciso del artículo 3 de la Ley de Compañías por el siguiente:

La compañía quedará obligada frente a **terceros de buena fe**³⁷⁵ por todos los actos o contratos ejecutados o celebrados por sus administradores, aun cuando tales actos o contratos excedan los límites determinados por su objeto social o de las funciones del respectivo representante legal. Como excepción, la compañía no quedará obligada por dichos actos o contratos si ella demuestra que el tercero conocía que el acto o contrato excedía los límites fijados por su objeto social o los límites fijados para el ejercicio de sus funciones no pudiendo ignorarlos, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. La sola publicación del estatuto social en el portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros no constituirá prueba suficiente para demostrar los escenarios señalados anteriormente. En los casos previstos en este inciso, la compañía podrá ejercer las acciones de repetición que correspondan en contra de los administradores que hubieren ejecutado o celebrado un acto o contrato que hubiere excedido los límites fijados por su objeto social, o en contra de los socios o accionistas con su voto plasmado en una previa junta general o asamblea, que los hubieren autorizado, para resarcir cualquier egreso o gasto en los que la compañía hubiere tenido que incurrir para cumplir dichas obligaciones.

³⁷⁵ Las negrillas son nuestras.

- “**Artículo 8.-** Reemplácese el artículo 17 de la Ley de Compañías por el siguiente:

La compañía, creada por acto unilateral o por contrato, goza de personalidad jurídica propia y, en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto de sus socios, accionistas y administradores.

Sin embargo, la distinción prevista en el inciso precedente no tendrá lugar cuando se comprobare que la compañía fue utilizada en fraude a la ley o con fines abusivos en perjuicio de terceros, sin perjuicio de la nulidad absoluta de dichos actos. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al acto unilateral o al contrato social referidas en el artículo 33 de esta Ley y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.

Se incurrirá en fraude a la ley cuando una compañía hubiere sido utilizada como un mero recurso para evadir alguna obligación o prohibición legal o contractual, mediante simulación o cualquier otra vía de hecho semejante. Por su parte, se incurrirá en el abuso de la personalidad jurídica cuando una compañía, de manera deliberada, hubiere sido utilizada con intención de causar daño a terceros o para alcanzar un propósito ilegítimo.

Las obligaciones nacidas y los perjuicios derivados de los actos señalados en el inciso precedente se imputarán personal y solidariamente a la persona o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando del abuso o del fraude a la ley.

En general, por los fraudes o abusos que se cometan a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables, además de las personas señaladas con anterioridad en este artículo, quienes los hubieren ordenado, ejecutado, realizado o facilitado. También serán personal y solidariamente responsables los tenedores de los bienes respectivos para efectos de su restitución, **salvo los que hubieren actuado de buena fe**³⁷⁶.

(...)

En la sentencia o laudo en que se ordene el levantamiento del velo societario se dispondrá que, de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del abuso o del fraude a la ley, y que los responsables respondan personal y solidariamente por las obligaciones contraídas, sin

376 Las negrillas son nuestras.

perjuicio de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios irrogados. **En todo caso, se respetarán y no podrán afectarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe...**³⁷⁷

- **“Artículo 14.-** Sustitúyese el artículo 30 de la Ley de Compañías, por el siguiente:

Art. 30.- ... La falta de inscripción del documento constitutivo no puede oponerse a terceros que hayan contratado, **de buena fe**³⁷⁸, con una compañía en formación que hubiere funcionado, notoriamente, como compañía regular...

Artículo 76.- Agréguese, a continuación del artículo 272 de la Ley de Compañías, los siguientes artículos:

(...)

Art. 272.8.- ... La compañía quedará obligada frente a **terceros de buena fe**³⁷⁹ por todos los actos o contratos ejecutados o celebrados por un administrador de hecho u oculto. Como excepción, la compañía no quedará obligada por dichos actos o contratos si ella demuestra que el tercero conocía que el acto o contrato no fue celebrado por un administrador legalmente designado o no podía ignorar dicha realidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. En los casos previstos en este inciso, la compañía podrá ejercer las acciones de repetición que correspondan en contra de los administradores de hecho u ocultos que hubieren ejecutado o celebrado un acto o contrato a nombre de la compañía...

Por lo demás, la Ley de Compañías reconoce a la buena fe y le asigna efectos, entre otros, en las siguientes disposiciones:

Art. 51.- El acuerdo de la mayoría obliga a la minoría sólo cuando recae sobre actos de simple administración o sobre disposiciones comprendidas dentro del giro del negocio social.

Si en las deliberaciones se enunciaren pareceres que no tuvieren mayoría absoluta, los administradores se abstendrán de llevar a efecto el acto o contrato proyectado.

³⁷⁷ Las negrillas son nuestras.

³⁷⁸ Las negrillas son nuestras.

³⁷⁹ Las negrillas son nuestras.

Art. 52.- Si a pesar de la oposición se verificare el acto o contrato con **terceros de buena fe**³⁸⁰, los socios quedarán obligados solidariamente a cumplirlo, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizados por el socio o administrador que lo hubiere ejecutado.

Art. 220.- Los accionistas responderán ante los acreedores de la compañía en la medida en que hubieren percibido pagos de la misma con infracción de las disposiciones de esta Ley. Este precepto no será aplicable cuando **de buena fe**³⁸¹ hubieren percibido cantidades como participación de los beneficios.

La compañía por su parte, tampoco podrá reclamar cantidades que los accionistas hubieren percibido **de buena fe**³⁸² como participación de los beneficios.

Los derechos de que se trata en este artículo prescribirán en cinco años contados desde la recepción del pago.

4.- Seguridad jurídica, responsabilidad limitada y fomento a la inversión

La legislación debe tener, pues, necesariamente un contenido calificado; debe ser coherente en su desarrollo en relación con las normas y los principios que debe ejecutar; esa coherencia debe darse en relación con el genuino sentido del principio o norma a desarrollar; el carácter calificado, cualitativo o virtuoso de la legislación se configura en relación con el respectivo bien jurídico protegido; la suficiencia y la eficacia de la legislación también se configuran en función del respectivo bien jurídico protegido; la legislación tiene que ser clara en su redacción y en su contenido conceptual para facilitar su entendimiento y aplicación; debe propender a mejorar el contenido de los derechos, máxime en un Estado constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano. Un ejemplo de claridad conceptual es el contenido del artículo 284 numeral 7 de la Constitución de la República, que define como uno de los objetivos de la política económica “7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.”

Perder de vista la necesidad del carácter calificado de la legislación supone una notoria miopía jurídica que impide mirar y entender el genuino papel del Derecho

380 Las negrillas son nuestras.

381 Las negrillas son nuestras.

382 Las negrillas son nuestras.

en la sociedad: el ser un instrumento que al regular los diversos tipos de interacciones busca la realización de la justicia de la forma más universal posible, y la consecuente paz social de la manera más intensa y penetrante.

En nuestra obra “APLICACIÓN DEL DERECHO, IMPERIO DE LA LEY Y NEOCONSTITUCIONALISMO” destacamos³⁸³: “No sólo el Derecho es necesario para la convivencia pacífica. También, y prioritariamente, lo es su aplicación. Si el Derecho no se materializa carece de utilidad. Pero además esa aplicación o materialización debe ser *correcta*. El estándar es que toda norma jurídica lleva envuelta una pretensión de corrección, la cual no debe romperse a través de una ejecución equivocada de la misma. Tanto las previsiones, en términos descriptivos, como las soluciones, en lo de fondo, deben tener efectivamente un carácter correcto, acordes con la pretensión antes señalada. Ambas se materializan con la aplicación también correcta de la respectiva norma de Derecho. Éste es un norte, un camino necesario que todos debemos recorrer, tanto el Estado como los particulares. Tiene sus complejidades, pero en ningún caso éstas deben ser excusa para escapar de su fidelidad.”

Así las cosas, el desarrollo de la legislación que debe ejecutar el deber general del Estado de *impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y defiendan*³⁸⁴ debe ser coherente con dicho mandato. Para que dicho impulso se dé jurídicamente el contenido de la legislación debe ser efectivamente idóneo, suficiente, calificado, conceptualmente eficaz para lograrlo. Es decir, la sola expedición de la legislación no basta para cumplir dicho mandato. Es condición necesaria la idoneidad, suficiencia, calificación y eficacia conceptual de la normativa pertinente. La expedición de la legislación si bien es jurídicamente necesaria en términos constitucionales, no es sinónimo de aptitud para lograr dicho impulso. No sirve, pues, al emprendedor, al empresario la sola existencia de la legislación. Esta será útil en tanto cumpla los estándares que enunciativamente hemos señalado.

Hace unos días se publicó en el suplemento del Registro Oficial No 525 del 25 de marzo de 2024 la “LEY ORGÁNICA PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES TURÍSTICAS Y FOMENTO DEL EMPLEO”. Ley que constituye una expresión del deber general del Estado de *impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y defiendan*. Esta ley, según su artículo 1, tiene por objeto “el fomento inmediato y fortalecimiento de las actividades turísticas”. Su finalidad, según el artículo 4,

383 HERNÁNDEZ, Miguel (2020) *Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo*, Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. Página 82.

384 Parte del artículo 277 numeral 2 de la Constitución.

es “la reactivación del sector turístico a través de la aplicación de medidas tributarias y económicas, para enfrentar la grave crisis que afronta el sector”. Una de esas medidas es la señalada en el artículo 13, que dispone:

Artículo 13. A continuación del artículo 65, agréguese el siguiente artículo innumerado:

“Art. (...).- Previo dictamen favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, el Presidente de la República del Ecuador, mediante decreto ejecutivo, podrá reducir al 8% la tarifa general del Impuesto al Valor Agregado para la prestación de los servicios definidos como actividades turísticas de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Turismo durante los feriados nacionales o locales, y los días sábado y domingo que los preceden o siguen, sin superar en cada año 12 días en total.

La reducción de la tarifa aplicará a las prestaciones de servicios cuyo hecho generador ocurra en las fechas que detalle el decreto ejecutivo.

Nosotros hemos tenido una insistente posición en el sentido de que la seguridad jurídica debe mirar necesariamente al contenido, a la calidad de la legislación. El cumplimiento de legislación mal concebida, mal configurada, no idónea para la realización de su propósito no abona en términos reales a la seguridad jurídica. A la sociedad, que es la destinataria del ordenamiento jurídico, le interesa que la legislación sea útil en relación con los pertinentes propósitos preconcebidos.

De la mano con lo que hemos señalado en este trabajo debemos expresar que la responsabilidad limitada de los socios y accionistas al monto de sus respectivos aportes en la sociedad constituye, en el mundo societario, condición necesaria para el desarrollo de las pertinentes operaciones mercantiles. De no ser así se comprometería el patrimonio personal de dichos socios y accionistas, lo cual constituiría la antítesis al impulso de las pertinentes actividades económicas; apuntaría en dirección contraria al desarrollo económico, al dinamismo de la economía y del mercado, al incentivo a la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas³⁸⁵, a la inserción estratégica en la economía mundial³⁸⁶, al impulso al pleno empleo³⁸⁷, al mantenimiento de la estabilidad económica³⁸⁸ (entendida esta como “el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo, según el artículo 284 numeral 7 de la Constitución), a la redistribución

385 Parte del segundo objetivo de la política económica según el artículo 284 numeral 2 de la Constitución.

386 Parte del mismo objetivo.

387 Parte del sexto objetivo de la política económica según la misma disposición, numeral 6.

388 Séptimo objetivo de la política económica según el artículo 284 numeral 7.

del ingreso por medio de los tributos³⁸⁹, a la “generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables”³⁹⁰, a la promoción del desarrollo sustentable³⁹¹, al fortalecimiento del aparato productivo y la producción nacional.³⁹²

El principio de la responsabilidad limitada de los socios y accionistas constituye:

- a) Un estímulo natural al emprendedor y al empresario para el desarrollo de sus actividades empresariales;
- b) Un estímulo *permanente* para lo antes indicado;
- c) Un factor claro de desarrollo de la economía privada;
- d) Un factor de confianza para el emprendedor y el empresario respecto de las consecuencias patrimoniales de la gestión de la sociedad o compañía;
- e) Un símbolo de certeza cuando es aplicado por las autoridades competentes;
- f) En los hechos, un elemento de garantía de conservación del patrimonio del socio o accionista en la parte que excede al monto de su inversión en la sociedad o compañía;
- g) Un elemento que facilita la disposición, sin otras limitaciones que las establecidas en las leyes aplicables, del patrimonio del socio o accionista en la parte que excede al monto de su inversión en la sociedad o compañía;
- h) Un factor de claridad patrimonial para los acreedores de la sociedad o compañía;
- i) Un factor para la inversión en otros emprendimientos o desarrollos empresariales.

³⁸⁹ Parte del segundo objetivo específico de la política fiscal según el artículo 285 numeral 2 de la Constitución.

³⁹⁰ Tercer objetivo específico de la política fiscal, al tenor del artículo 285 numeral 3 de la Constitución.

³⁹¹ Parte de uno de los deberes primordiales del Estado al tenor del artículo 3 numeral 5 de la Constitución.

³⁹² Uno de los objetivos de la política comercial según el artículo 304 numeral 3 de la Ley suprema.

En términos de *coherencia* con la Constitución, el principio señalado de la responsabilidad limitada de los socios y accionistas al monto de sus respectivos aportes a la sociedad es técnicamente inderogable. Por ser condición necesaria de las actividades económicas cobijadas bajo la forma societaria no puede ser tachado de obsoleto. Sería irracional invocar su falta de actualidad. Si llegase a derogarse formalmente tal derogatoria sería técnicamente ineficaz por ser contraria a varios de los postulados enunciados líneas atrás. Recordemos el artículo 424 párrafo primero de la Constitución ecuatoriana: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”

Dice Francisco Balaguer Callejón, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, en su trabajo sobre la coherencia del ordenamiento jurídico³⁹³, que “el problema de la coherencia no debe enfocarse desde la inexistencia de antinomias (del mismo modo que el problema de la plenitud no debe enfocarse desde la inexistencia de lagunas) sino desde la previsión por el ordenamiento de principios que hagan posible la solución de las colisiones normativas y la determinación del Derecho aplicable. Y es que el conflicto normativo se produce siempre en la fase de aplicación del Derecho, momento en el que la unidad del ordenamiento se presenta como una exigencia ineludible, obligando a una interpretación del material normativo que permita la adopción de una decisión jurídicamente correcta.”

Jesús Alfaró Águila Real en su trabajo “*A propósito de Ron Harris, A New Understanding of the History of Limited Liability: An Invitation for Theoretical Reframing*”³⁹⁴ destaca:

(...)

es un error ligar de forma exclusiva el problema de la responsabilidad limitada a la posición de accionista de una sociedad anónima. El error se explica porque en el siglo XX la constitución de una sociedad anónima es la vía jurídica dominante para limitar la responsabilidad de los socios. Pero no hay nada que conecte intrínsecamente a la responsabilidad limitada con la personalidad jurídica corporativa. Si acaso, es al revés: la atribución de personalidad jurídica tenía como consecuencia natural que

³⁹³ El artículo se titula *La coherencia del ordenamiento jurídico*. Tomado de: https://www.ugr.es/~redce/REDCE37/articulos/09_BALAGUER.htm

³⁹⁴ Tomado de: <https://almacenederecho.org/historia-de-la-responsabilidad-limitada-de-los-accionistas>

los miembros de la corporación se convirtieran en terceros ajenos a cuyos patrimonios no alcanzaba la responsabilidad por las deudas contraídas por los individuos que podían vincular el patrimonio corporativo.

Bibliografía

- 1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 1998.
- 2.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.
- 3.- “LEY REFORMATORIA A LA LEY DE COMPAÑÍAS PARA LA OPTIMIZACIÓN E IMPULSO EMPRESARIAL Y PARA EL FOMENTO DEL GOBIERNO CORPORATIVO”.
- 4.- “LEY ORGÁNICA PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES TURÍSTICAS Y FOMENTO DEL EMPLEO”.
- 5.- “APLICACIÓN DEL DERECHO, IMPERIO DE LA LEY Y NEOCONSTITUCIONALISMO”. Miguel Hernández Terán.
- 6.- Artículo: “LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO”. Miguel Hernández Terán.
- 7.- Artículo: “La coherencia del ordenamiento jurídico”. Francisco Balaguer Callejón.
- 8.- Artículo: “*A propósito de Ron Harris, A New Understanding of the History of Limited Liability: An Invitation for Theoretical Reframing*” Jesús Alfaro Águila Real.

El Derecho está arraigado en lo más profundo de mi ser. Lo llevo siempre conmigo. Es, pues, parte de mi vida. Somos inseparables. Le rindo todos los honores a causa de su grandeza. Le doy todo el tiempo que puedo, sin afectar lo más profundo: mi familia. En el tiempo que me quede de vida siempre habrá lugar para el Derecho. La pasión por esta ciencia me ha llevado a enseñarlo con amor durante algunas décadas. Ahora los tiempos son difíciles por las distracciones provocadas por la tecnología. Aun así, mi compromiso y vocación siguen incólumes.

Los años han pasado y nunca he dejado de escribir sobre temas jurídicos. Siempre me gustó pensar jurídicamente y compartir mis análisis. Aquí una prueba más de ello.

El autor.



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

GYE WhatsApp: 099 274 7594

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

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

P.V.P.: USD 35.00

ISBN: 978-9942-10-915-6



9789942109156