TOVEDADES SURFICION SURFIC

TRIBUTACIÓN Y ÉTICA

- LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO
 - BREVES NOTAS SOBRE EL TIPO PENAL DE COHECHO



AÑO XIX NÚMERO 198 DICIEMBRE 2022





CALIDAD

Cuenta con un selecto grupo de Abogados especialistas áreas, responsables de actualizar diariamente la información publicada en el Registro Oficial, permitiendo ofrecer un producto con valores agregados y de gran confiabilidad.



EXCLUSIVIDAD

Fiel Web es el único sistema en el país que contiene la más completa información en cuanto a legislación y derecho ecuatoriano, dividido en 16 áreas principales. Es una herramienta jurídica que cuenta con: Flujogramas, Guías Prácticas, Diccionarios, Documentos históricos (Memorias Jurídicas) y Proyectos de Ley.



EFICIENCIA

Módulo de Información de Interés donde se incorporan documentos legales de gran relevancia que no han sido publicados en el Registro Oficial; concordancias 100% un simple empate automático de palabras.

CONTACTO

Quito: 098 355 9552

Un producto de:



edicioneslegales.com.ec

edicioneslegales@corpmyl.com

CONTENIDO

Tributación y Ética
Análisis
Rolando David Andrade
Gabriela Judith Valdivieso

Y ese negro.. ¿Que hace metido allíl?
Ramiro Díez y el ajedrez

La inconstitucionalidad por omisión o el control del silencio Invitado Miguel Hernández Terán

Breves notas sobre el tipo penal de cohecho
Comentarios de Derecho Penal Lyonel Calderón Tello
María del Carmen Vera Rivera

y ecuatoriano. Reflexiones desde los derechos fundamentales Derecho Comparado José Sebastián Cornejo Aguiar Jorge Isaac Torres Manrique

El principio de doble

conformidad penal peruano









Eduardo García de Enterría Perfil

La tri al rescate Prófitas

Reformas a varios cuerpos normativos en materia de política comercial, inversiones y fiscal para el desarrollo económico Didáctica

Destacamos
Noviembre 2022

CONTENIDO



Es una publicación de Ediciones Legales EDLE S.A., empresa del grupo de Corporación MYL

NOVEDADES JURÍDICAS es una revista de Derecho que nace como respuesta a la necesidad, cada vez más creciente, de los actores del mundo jurídico ecuatoriano de contar con una publicación periódica que recoja y analice problemas legales de actualidad. Busca proyectar la objetividad en el tratamiento de la información e investigación, para que esta llegue con total precisión y veracidad a sus lectores. La publicación de EDICIONES LEGALES EDLE S.A., con una trayectoria importante en el tiempo, circula en forma mensual y recoge opiniones de los operadores del derecho en torno a las situaciones de coyuntura desde una perspectiva eminentemente jurídica. Intenta la aproximación al foro, poniendo a su disposición un espacio de difusión periódica de sus puntos de vista: reflexivos y críticos sobre la realidad jurídica ecuatoriana, latinoamericana e internacional.

Presidente Corporativo: Manuel Mejía Dalmau

Gerente General: Vladimir Zambrano Tinoco Directora: Eugenia Silva Gallegos

Comité Editorial:

Ernesto Albán Gómez
Juan Pablo Aguilar Andrade
Teodoro Coello Vásquez
Fabián Corral B.
Ramiro Díez
Fabián Jaramillo Terán
Rodrigo Jijón Letort
Patricia Solano Hidalgo
Mónica Vargas Cerdán
Jorge Zavala Egas
Raiza Añasco
Carolina Jaramillo

Dirección y Suscripciones:

Guayaquil:

Alborada, Avenida Benjamín Carrión Mora S/N y Dr. Emilio Romero Menéndez, Edificio City Office piso 9, oficina L906 PBX: + 593 99 343 8745

Quito:

Los Cipreses N65-149 y Los Eucaliptos • PBX: + 593 99 937 9761 Las colaboraciones y artículos publicados son responsabilidad exclusiva de sus autores y no comprometen a la revista o a sus editores.

Se permite la reproducción total o parcial de esta revista, con la correspondiente autorización escrita de Ediciones Legales.

Publicación indexada

Registro: ISSN No. 1390-2539.

Arte, diseño y publicación: EDICIONES LEGALES EDLE S.A.

www.edicioneslegales.com

4 CRÉDITOS



CARTA EDITORIAL

Con gran ilusión esperamos el nuevo año 2023, en el que nuestra publicación iniciará su vigésimo año de circulación. Todo el equipo de Novedades Jurídicas saluda a sus suscriptores en estas fechas especiales, que abunde la paz y la felicidad en compañía de todas nuestras familias.

Ha sido un año muy fructífero, con valiosos aportes doctrinales, análisis importantes, estudios muy significativos y la actualización con-

tinua en el ámbito legislativo y jurisprudencial.

Agradecemos a cada uno de los articulistas que a lo largo de este año han generado excelente contenido y han contribuido a ampliar el conocimiento de sus lectores.

En el presente número 198 correspondiente al mes de diciembre 2022, contamos con excelentes desarrollos.

En primer lugar en Análisis, los profesores David Andrade Hidalgo y Gabriela Valdivieso Ortega, abordan el tema: "Tributación y Ética", las reglas van actualizándose y en el ámbito de la fiscalidad internacional surgió la preocupación y la necesidad de establecer que los tributos, no solamente deben ser pagados sin contrariar la normativa, sino que es fundamental que los sujetos pasivos paguen al Fisco, lo justo, lo correcto. Este artículo profundiza en estos conceptos fundamentales y evidencia la estrecha y necesaria relación que debe existir entre el derecho, la ética y la tributación, la



cual es aplicable tanto al ámbito nacional como internacional.

Nuestro Invitado, Doctor Miguel Hernández Terán, presenta su estudio sobre "la inconstitucionalidad por omisión o el control del silencio", cita importante jurisprudencia constitucional ecuatoriana y colombiana. Vincula la constitucionalidad con la responsabilidad extracontractual del Estado, el sistema carcelario, la justicia-

bilidad de los derechos, las garantías normativas, fundamentalmente.

Un reconocimiento especial al Doctor PHD Lyonel Calderón Tello, quien mes a mes ha venido ilustrándonos en el ámbito penal con sus profundos comentarios. En esta oportunidad analiza junto con la Doctora María del Carmen Vera: "Breves notas sobre el tipo penal del cohecho".

En Derecho Comparado, contamos con el artículo sobre "el principio de doble conformidad penal peruano y ecuatoriano. Reflexiones desde los derechos fundamentales", sus autores Doctores José Sebastián Cornejo y Jorge Isaac Torres Manrique desarrollan esta poca tratada figura jurídica.

Finalmente, en Perfil, destacamos un jurista que aportó significativamente en el ámbito del Derecho Administrativo. Se trata del insigne Abogado español Eduardo García de Enterría.

> Eugenia Silva Gallegos Directora





Resumen

La globalización, las TICS y sobre todo, actualmente, la expansión de la economía digital y el incremento de las transnacionales, han traído como consecuencia la generación de nuevas relaciones, no solamente entre las personas, sino también entre el Estado y los particulares, las cuales requieren una respuesta oportuna por parte de las ciencias jurídicas a fin de que no dejen de estar reguladas por el ordenamiento.

Lo indicado ha generado preocupación e incertidumbre a nivel mundial, tanto es así que, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico han establecido de mano del G20 y del G7, a través de los pilares 1 y 2, una serie de normas, en el intento de regular la potestad tributaria sobre el "impuesto a las ganancias", entre los diferentes países. Sin embargo, es menester resaltar que, uno de los principales motivos para la creación de estas nuevas reglas, es que, inclusive en el ámbito de la fiscalidad internacional surgió la preocupación y la necesidad de establecer que los tributos, no solamente deben ser pagados sin contrariar la normativa,

sino que es fundamental que los sujetos pasivos paguen al Fisco, lo justo, lo correcto. Este artículo profundiza en estos conceptos fundamentales y evidencia la estrecha y necesaria relación que debe existir entre el derecho, la ética y la tributación, la cual es aplicable tanto al ámbito nacional como internacional.

Palabras clave: Tributario, ética, moral, derecho, fisco.

Abstract

Globalization, ICTs and above all, currently, the expansion of the digital economy and the increase of transnationals, have resulted in the generation of new relationships, not only between people, but also between the State and individuals, the which require a timely response from the legal sciences so that they do not cease to be regulated by law.

This has generated concern and uncertainty worldwide, so much so that the Organization for Economic Cooperation and Development has established, through pillars 1 and 2, the G20

- Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador y Magister en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Doctorando en calidad de Ph.D en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Cádiz España.
- Vinculación Laboral: Universidad Técnica Particular de Loja, Docente Investigador del Departamento de Ciencias Jurídicas. / Profesor Titular en la Carrera de Derecho en materias de Derecho de Familia y Derecho Procesal. Docente de la Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil.
- Perfil de Autor e Investigación: ORCID: 0000-0001-7778-4868
- Perfil de Investigación UTPL: https://investigacion.utpl.edu.ec/rdandrade.



Rolando Andrade Hidalgo



and the G7, a series of regulations, in an attempt to regulate the tax power on the "income tax", between the different countries. However, it is necessary to highlight that one of the main reasons for the creation of these new rules is that, even in the field of international taxation, concern arose and the need to establish that taxes should not only be paid without contrary to the regulations, but it is essential that taxpayers pay the Treasury, what is fair, what is correct. This article delves into these fundamental concepts and shows the close and necessary relationship that must exist between law, ethics and taxation, which is applicable both nationally and internationally.

Keywords: Tax, ethics, moral, law, treasury.

INTRODUCCIÓN

Es mucho lo que se ha escrito sobre materia tributaria, pues sin duda, es una de las ramas del derecho que más atención requieren en la actualidad, debido a los avances tecnológicos que traen consigo nuevas formas de comercio, o la utilización de monedas como el bitcoin que precisan pensar en una especie de refiscalización.

No obstante, la mayor influencia para el desarrollo de esta materia es que los estados en su mayoría han adoptado en sus constituciones un modelo social, es decir, un Estado obligado a realizar prestaciones en favor de todos sus habitantes, para lo que es necesario la obtención de recursos.

Sin embargo, la doctrina tributaria poco se ha preocupado por tratar a la tributación como un fenómeno ético, que beneficia a todos; y, cuyos principales postulados son la búsqueda de la justicia, la equidad y el buen vivir. Y es que, las reformas tributarias, al menos en el caso ecuatoriano, son sumamente frecuentes, incrementándose la carga fiscal excesivamente. Al mismo tiempo los contribuyentes continuamente ingenian nuevas formas de elusión y evasión tributaria.

Trataremos entonces de evidenciar la estrecha relación que existe entre una correcta tributación y la ética, con la finalidad de que comprendamos de mejor manera el fenómeno tributario como un hecho necesario para el

- Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad de las Américas. Quito-Ecuador; Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. PhD en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Quito — Ecuador.
- Docente del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Profesora Bimodal en materia Tributaría de la Carrera de Derecho en la Universidad Técnica Particular de Loja.

Experiencia Laboral:

- Docente de la Carrera de Derecho en la Universidad Internacional de Ecuador; Docente del Programa de Maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar; Docente del Programa de Maestría de la ESPE.
- Jefe Jurídica y Asesora de la Dirección General del SRI.
- Asesora del Fiscal General del Estado en Delitos Tributarios y Aduaneros.
- Subgerente Jurídico de CELEC EP.



Gabriela Judith Valdivieso Ortega





desarrollo de los países y sus ciudadanos.

Haremos especial énfasis en los postulados establecidos en la Constitución de 2008 del Ecuador en relación al tema, donde se resaltan los fines extra fiscales de los tributos como mecanismos para lograr entre otras cuestiones, la redistribución de los ingresos, el incremento del empleo o el cuidado del medio ambiente.

Derecho, moral, ética y tributación

Aclaremos previamente que los conceptos ética y moral se consideran idénticos, en los diccionarios de sinónimos. La Real Academia Española define así a la ética: "Parte de la filosofía, que trata de la moral y de las obligaciones del hombre" 1. Se entiende. por lo mismo, que la moral pertenece a la ética y se refiere a las normas sobre la bondad como valor positivo y considera al mismo tiempo la malicia, como su antagonismo negativo. Sin entrar en otras explicaciones, esta es la razón por la cual en el desarrollo de este trabajo no hacemos ninguna distinción.

La primera observación que surge de examinar el tema propuesto nos lleva a concluir que se refiere a dos órdenes de la conducta humana que son diferentes: El Derecho y la Moral. Es necesario que previamente analicemos esas diferencias.

Las normas que rigen la conducta humana pueden agruparse en tres órdenes: religión, moral, derecho. Como las normas religiosas tienen su fundamento en creencias y en la fe, soslayemos ese problema. Nos quedan en consecuencia la moral y el derecho, para el comentario de este ensayo.

1. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22 a. ed., 2001. (Madrid, Espasa, 2001).



Los pueblos primitivos en la ingenuidad de sus ideas confundían estos conceptos, si algunas opiniones tenían sobre el asunto: las normas se establecían por costumbre, con influencias teocráticas. Hasta que se realizaron las primeras codificaciones ya en culturas avanzadas continuaba el desconcierto, el Decálogo y el Código de Hammurabi lo demuestran. Platón y Aristóteles consideraban a la justicia, valor jurídico², en términos morales, lo cual evidencia que en Grecia de ese tiempo tampoco había definiciones claras.

En Roma Ulpiano, con su innegable capacidad de pensamiento, formula los tres preceptos del Derecho: "Vivir honestamente,

no hacer mal al prójimo y dar a cada uno lo suyo"³, sin advertir que vivir honestamente es precepto moral y no jurídico. Celso cuando intentó definir al Derecho estuvo un tanto alejado del acierto, pues dijo que era el "arte de lo bueno y de lo equitativo"⁴, porque lo bueno pertenece a la Moral y lo equitativo al Derecho. Pero S. Pablo ya intuía que no toda la Moral ha tenido cabida en el Derecho cuando decía que no todo lo lícito es honesto⁵.

Con el transcurso de los siglos se va acentuando la separación de estos órdenes, con la fórmula del cristianismo Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. En lo relacionado con el Derecho ya en la mo-

dernidad se han aclarado conceptos hasta llegar a la distinción entre el derecho-norma (objetivo) y el derecho-facultad (subjetivo).

Coviello asegura que "Derecho es el poder de obrar para la satisfacción de los propios intereses, garantizado por la ley" incluye en su definición las dos facetas, porque la facultad de obrar, noción del derecho subjetivo, está comprendida en la ley, derecho objetivo.



- 2. Cfr. Diego Poole Derqui, El derecho de los juristas: Un diálogo con Luigi Lombardi. (Madrid: Dikinson, S. L., 1998), 275-277.
- 3. Cesáreo Rocha Ochoa, Manual de Introducción al Derecho. (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006), p.84.
- 4. Citado en Francisco Pérez de Ayora, *Explicación Histórica de las instituciones del emperador Justiniano*. (Madrid: Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, 1818), 16.
- 5. Citado en Juan Germán Roscio, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*. (Caracas-Venezuela: Biblioteca Ayacuhco, 1996), 156.
- 6. Nicola Covielo, Doctrina general del derecho civil. (México: Editorial Hispano-Americana, 1949), 5.



En suma, no se trata de conceptos contrapuestos, sino que son dos aspectos de una idea única, porque se complementan y corresponden entre si: la facultad sin norma, seria arbitraria, y la norma sin facultad no tendría objeto, tal como lo afirma Guillermo Cabanellas.

Debemos hacer hincapié en la necesaria distinción: El Derecho obietivo está constituido con el fin de lograr la convivencia normal, en último término, por aquel conjunto de normas que regulan la conducta, con fines propios. Esta parte del Derecho se halla en los códigos, los reglamentos, en las publicaciones que se refieren a la doctrina jurídica, en la jurisprudencia contenida en los precedentes que han establecido los juzgadores; se refieren a maneras de obrar obligatorias, señaladas por nuestros deberes jurídicos, a cuyo cumplimiento podemos ser compelidos aun contra nuestra voluntad.

Esta subdivisión se manifiesta en las ramas del Derecho, porque su amplitud precisa un orden: Derecho del Trabajo, Derecho Tributario, Derecho Civil, por ejemplo, son códigos en los cuales se manifiesta y está comprendido el Derecho objetivo.

Cuando se refiere al Derecho subjetivo Kant opina que es la facultad de "ejecutar aquellos actos, cuya ejecución universalizada no impida la coexistencia". Son facultades contenidas en las normas jurídicas para hacer posible la convivencia de la comunidad, y podemos exigir el cumplimiento de las mismas hasta coercitivamente.

Se puede observar, por lo mismo, que no es posible separar la Moral del Derecho, porque los actos humanos se regulan por estos dos órdenes, aun cuando sean de distinta naturaleza, pero en sus orientaciones coinciden muchas veces.

Estas son las distinciones que se observan:

- La Moral tiende al bien individual, y el Derecho persigue el bien común.
- El Derecho puede exigirse, hasta contra la voluntad de quien no quiere cumplir sus dictados. La Moral es de cumplimiento espontáneo, lo que significa que no puede ser exigida por otra persona.

- Las normas morales son unilaterales, en tanto que las normas jurídicas son bilaterales, pues las primeras solamente originan deberes, en tanto que las segundas otorgan facultades.
- La Moral obliga solamente en conciencia, el Derecho crea vínculo, entre dos personas o grupos de personas; como consecuencia aparecen el sujeto activo y el sujeto pasivo unidos por un nexo de carácter jurídico.
- El cumplimiento de las normas morales no puede reclamarse y hacerse valer; por el contrario, el cumplimiento de las normas jurídicas puede exigirse aun contra la voluntad de quien no quiera acatarlas.
- La sumisión a los deberes morales es espontanea, en cambio la obligación de cumplir los deberes jurídicos es exigible.
- La Moral es autónoma, libremente el sujeto cumple la norma, guiado por su conciencia elige el camino que le señala, en tanto que el Derecho es heterónomo, porque si incumple la norma el perjudicado puede recurrir a la autoridad para exigir el cumplimiento.
- 7. Citado en Leonardo César Tafor Gonzáles, De los derechos humanos en las ciencias políticas. (Colombia: Universidad Javeriana, 1960), 5.



Se infiere, por lo tanto, que las normas jurídicas son bilaterales, de cumplimiento exigible coercitivamente y heterónomas.

"El gobierno, elemento indispensable para que el Estado exista, por medio del órgano correspondiente dicta las leyes."

Ahora bien, los conceptos tributación y ética son complementarios, pues los tributos son incompatibles con la inmoralidad. Intentemos explicar las razones:

a.—El gobierno, elemento indispensable para que el Estado exista, por medio del órgano correspondiente dicta las leyes. Para que el tributo pueda funcionar es necesario que lo haya autorizado una ley (en sentido formal), de otra manera imposible. Ninguna autoridad por elevada jerarquía que tenga puede imponer tributos. Más todavía los gobernados, la comunidad, el pueblo no deciden y no puede organizarse consultas para que los ciudadanos voten sí o no, sobre la creación de un tributo. Esto sería ilógico, totalmente inconveniente y negativo. La mayoría no tiene información suficiente sobre el fenómeno ético-financiero que informa la tributación. De esta manera, espontáneamente, nadie quiere pagar tributos. Más todavía, cuando se descubren casos de corrupción, el gobernado encuentra la mejor excusa para no pagarlos. El argumento es muy simple, si lo que pago por concepto de impuestos sirve para que lo dispongan los que gobiernan a su capricho, en beneficio propio, por qué tengo que ser víctima de este abuso.

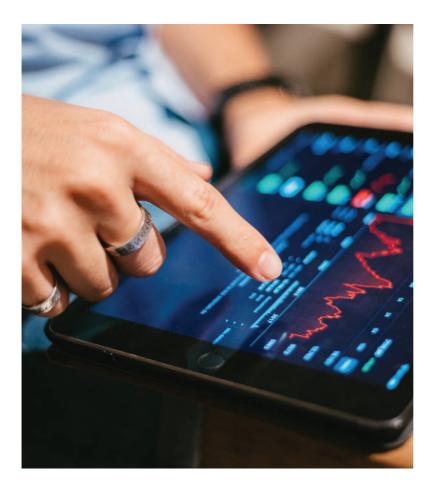
b.—Pero las leyes que crean tributos tienen una explicación que no es precisamente la voluntad del gobernante, omnímoda y unilate-

ral, que emplea la atribución impositiva, a su capricho, y sin ninguna otra explicación. El origen del tributo tiene como fundamento el poder de imperio del Estado, el cual requiere de in-

gresos para cumplir con sus fines en beneficio de la sociedad. Sería imposible que el Estado tenga la obligación de proveer a la comunidad, por ejemplo, de servicios públicos permanentemente sin recibir el pago de la tasa correspondiente; de tal manera que el derecho de gozar de los servicios públicos que tienen los individuos, se corresponde con el tributo que deben pagar como una colaboración para cubrir su costo. Y viene la primera deducción en relación a la ética: que una persona goce de todas las prestaciones que necesita, él y su familia, para vivir y, teniendo posibilidades de contribuir se rehúsa a hacerlo, está gozando de un bien que no le pertenece, en perjuicio del Estado y de los demás contribuyentes, lo cual pugna con la lógica y con la moral, por supuesto.

c.- Por tal motivo, la moral y el orden público resultan ser los límites que tiene la sociedad para regular el ámbito de la autonomía privada, que se refleja en el medio tributario, es decir, si bien el derecho establece vínculos jurídicos entre las personas, la moral, en cambio, depende de la autoconciencia que tenga el individuo en relación al cumplimiento de sus obligaciones.





Bajo esta premisa "la autonomía privada se encuentra limitada por la ley"⁸, relegando la moralidad a un plano débil que depende de los criterios de cada individuo, si aplica o no las normas legales que contribuyen en la fiscalidad de una nación, sin embargo, la moral tributaria se vincula cuando el Estado actúa como ente legislador, al incluir un sistema "tributario justo" relacionado con la "solidaridad de todos en la exigencia moral del pago de impuestos", que sostienen el cumplimiento de servicios básicos establecidos en la normativa principal.

d- Si para vivir el individuo, en caso de que no hubiera

servicios públicos tuviera que comprar el agua, y pagar profesores para la educación de sus hijos (derecho a la educación), y adquirir medicamentos y pagar a quienes ejercen la profesión de curar enfermos (derecho a la salud): y además necesita carreteras para viajar, seguridad para no ser víctima de los delincuentes. y tantos otros servicios y derechos, sin los cuales no sería posible la vida en sociedad; es lógico que tenga el deber ineludible de colaborar para poder exigir, con derecho, la prestación de estos beneficios, que por razones de la asociación y de la optimización que se logra cuando el gobernante consigue, mediante técnicos especializados organizar la prestación de un servicio en las mejores condiciones y al más bajo costo; al igual que, la plena efectividad de ciertos derechos; por tanto, allí está la razón lógica y fundamental de la tributación. Que, para regularla, después de crear el tributo el gobernante también haga uso de su facultad de formular normas imperativas, de cuyas consecuencias nadie puede sustraerse, es una necesidad de organización y conveniencia. Por más que el gobernante tenga facultades para dictar

- 8. Gloria Marín Benítez, El Derecho Tributario y la moral. Límites de la autonomía privada en el ámbito tributario. (Madrid: Actualidad Jurídica Uria Menéndez, 2017), 31.
- 9. Escribano López, F.: La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales. (Madrid: Civitas, 1988, p. 357)



leyes en relación a los tributos, la causa misma de que existan no es aquella facultad, porque antes se encuentran las razones que hemos tratado de explicar.

f.- La exigibilidad de las leyes es una característica que se encuentra también en aquellas que rigen los tributos, en tanto que la ética no puede imponerse contra la voluntad de los individuos, porque las normas jurídicas son heterónomas en el sentido que crean obligaciones que deben cumplirse, aun coercitivamente. En tanto que la ética es autónoma, porque no puede imponerse cuando el individuo no acepta voluntariamente sus dictados. No puede sancionarse, ni obligarse a nadie porque no observa un comportamiento ético, cuando el mismo no ha sido incluido en las normas jurídicas. Entonces ocurre una verdadera transformación, el precepto moral se vuelve ley y desde entonces ya goza de coercibilidad para su cumplimiento. Pero no se concibe la existencia de leyes que contradigan la moral; de otra manera dicho, la moral no puede exigirse coercitivamente, en tanto que el pago de los tributos es coercible, y las leyes que los rigen no son contrarias a la moral.

En veces las autoridades se valen de recursos que no son éticos, para exigir el pago de los tributos; entonces, aun cuando las leyes que los crearon sean exigibles coercitivamente, hay un rechazo individual y colectivo, totalmente perjudicial para el desenvolvimiento de las instituciones y de las autoridades que los cobran. La autoridad que exige a sus subordinados cantidades periódicas de recaudación, para mantenerlos en su empleo, ha rebasado el límite de sus facultades y si aquello se vuelve una costumbre inveterada, siempre tendrá el rechazo de la sociedad, aunque el obligado no pueda oponerse a ese método, que propicia verdaderos abusos. El funcionario para no perder su trabajo recaudará aun cuando sea empleando recursos reñidos con la moral.

g.-De ahí que el decálogo del abogado haya incluido como mandamiento: "Lucha por la vigencia del derecho, pero el día que encuentres contradicción entre la moral y el derecho, lucha por la Moral" 10.

Esto ocurre porque en veces el legislador que emplea formas de redacción generales, cuando se trata de aplicar esos mandatos los resultados pueden ser contrarios a la ética.

2. El caso ecuatoriano

Partiremos de indicar que "cuando el Estado o los entes que tienen reconocidos poderes legislativos, legislan en materia tributaria, están vinculados por los principios constitucionales"11, es así que estos principios rigen el derecho tributario en el Ecuador, generando deberes a sus ciudadanos como el de contribuir en el financiamiento estatal; y por otra, parte obligaciones al Estado, como la de cuidar a sus ciudadanos de pagos excesivos que contribuyan a inflar la burocracia.

Si se examinan los principios que constan en el Art. 300 de la Constitución vigente¹², que deben aplicarse al régimen tributario, todos tiene innegable contenido ético:

a.- El principio de generalidad: no sería ético que los tributos afecten solo a de-

- Eduardo J. Corture, Los mandamientos del abogado, Número 1.2012, http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Los-mandamientos-del-abogado-civilistica.com-1.2012.pdf (Consultada el 7 de marzo de 2018).
- 11. Juan Martín Queralt, La Potestad Tributaria, en Andrea Amatucci, Tratado de Derecho Tributario. (Bogotá, Editorial Temis, 2001) 149.
- 12. Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 300, Inc. 1ro. ([Quito]: Asamblea Nacional, s.f.): 36. (En adelante se cita esta norma cono CRE).



terminados individuos. Las personas que se encuentren en las circunstancias determinadas en la ley, para imponer un tributo, deben pagarlos sin excepción. Por eso, las exenciones deben ser expresas, ya que todos estamos obligados a contribuir con el sostenimiento de los gastos púbicos.

b.- La eficiencia rinde resultados prácticos, cuando se aplica a la tributación mejoran los resultados indudablemente, pero dejar pasar la ineficiencia o practicarla a propósito de ninguna manera es ético ni conveniente. Es fundamental considerar la relación costo-beneficio.

c.-La simplicidad administrativa persigue no dar vueltas innecesarias para conseguir una recaudación satisfactoria. Pero existen recursos que se emplean con finalidades nada éticas y que complican de manera particular los procesos. Este verdadero vicio de la administración está contra este principio.

d.- La irretroactividad generalmente ataca a la seguridad jurídica. En el campo del derecho siempre se legisla para lo venidero. Los derechos adquiridos, mientras rige una ley no deben perderse con una nueva ley, que solamente debe regular

los hechos a futuro, respetando los ocurridos anteriormente. No es ético quitar un beneficio que se adquirió con anterioridad legalmente. Los tributos con carácter retroactivo indudablemente no son éticos.

e.- Las formas que emplea el legislador son siempre generales; en veces aquello conlleva un error que deviene en verdaderas injusticias; la equidad corrige esos defectos. Por lo mismo prescindir de este recurso corrector en el campo tributario no es ético.

f.- La transparencia es contraria al subterfugio, al ocultamiento y al secreto con fines dolosos. Las leyes deben ser conocidas por todos, gobernantes y gobernados y formularse sin dedicatorias, ni trampas. Afectar a la transparencia para lograr una tributación satisfactoria constituve un recurso reñido con la ética. Además, los contribuyentes tienen que conocer el destino que se da a los ingresos obtenidos bajo concepto de tributos.

g.- La suficiencia recaudatoria es indispensable para que el pago del tributo alcance a cubrir el gasto público que precisa la prestación de un servicio, por ejemplo, crear tributos insuficientes significa una constante disminución de recursos que afecta la capacidad económica del gobernante, eso no puede autorizar la ética. No obstante, se pretende no ahogar al contribuyente con la carga fiscal, sino tener pocos tributos correctamente gestionados que permitan obtener los recursos necesarios.

h.- Para exigencia de los tributos es necesario tomar en cuenta la capacidad contributiva del contribuyente. El que más tiene más paga. No sería ético que una persona que no tiene lo suficiente para cubrir un impuesto lo pague realizando esfuerzos inauditos; lo que no ocurre con la persona que por tener suficiencia de bienes lo paga sin el menor inconveniente. Por esto la preferencia de los tributos directos, ya que gravan manifestaciones directas de riqueza.

Ahora bien, es admirable encontrar en la Constitución de Montecristi disposiciones que tienen relación con el tema de este estudio. Ya nos referimos en líneas precedentes al inciso primero del Art. 300 y lo examinamos, pero no podemos soslayar el inciso segundo de dicho artículo que tiene el siguiente contenido textual: "La política tributaria promoverá la



redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables"¹³.

En relación a la redistribución, indudablemente se refiere a la redistribución de bienes. De manera particular es conveniente que el dinero no se acumule en determinadas personas o empresas, para nadie es desconocido que se trata de un bien que circulando produce beneficios, en tanto que si se guarda y permanece inmóvil propicia inactividad, perjudicial para todos, terminando con el trabajo, la industria, el comercio, en fin, con las posibilidades de progreso mediante el movimiento constante del circulante. para que llegue a todos los que tengan necesidad de emplearlo.

El Ecuador ha sufrido experiencias dolorosas, cuyo recuerdo produce pánico económico que, cuando se generaliza deviene en notable perjuicio social. El feriado bancario actualmente es un verdadero fantasma, cuya posibilidad de que se repita hace que las personas que tienen dinero en los bancos lo retiren y lo guarden en cualquier lugar. No importa la pérdida inmediata que produce su inactividad, pues en última instancia su in-

versión en una póliza o por lo menos en una cuenta de ahorros es preferible a guardarlo en una caja fuerte, o en cualquier otro sitio relativamente seguro.

La incidencia de un acontecimiento inmoral como fue el recurso de prohibir a los propietarios que saquen el dinero que tenían depositado en los bancos fue fatal para todos los que sufrieron ese perjuicio. No es ético que el gobernante disponga de fondos que no le pertenecen prohibiendo su uso a sus propietarios.

La economía debe evitar esta clase de acontecimientos, porque sin mirar las consecuencias no se puede tomar una medida que acarree daños tan cuantiosos a personas que depositan su confianza en las instituciones donde el dinero se presume no corre ningún peligro.

Que en las disposiciones constitucionales se haya permitido la redistribución de bienes, además de lógico es ético, porque evita un daño de connotaciones sociales impredecibles, procurando un beneficio obvio, lo cual, resulta a la postre una finalidad ética. Y aun cuando se pudiera pensar que el legislador rebasó sus atri-

buciones al incluir esta materia en la tributación, es mejor que lo haya hecho, porque no faltan criterios interesados en propiciar la inmovilidad, con el pretexto de que no está permitida por la norma.

Estimular el empleo desde la Constitución cómo puede pensarse que no sea conveniente para el país y ético, porque es una forma de procurar que la población económicamente activa tenga oportunidades de trabajo. Una de las lacras sociales que soportan los países, más difíciles de extirpar es justamente el desempleo y el subempleo. De ahí que las instituciones encargadas de las estadísticas constantemente revelen estos datos, haciéndolos públicos, para que todos sepan la situación económica del lugar en que viven.

En relación a los bienes y servicios es obvio que las empresas, los colectivos y los individuos propicien su producción en todas partes, y cuanto mayor y mejor sea esa producción, aquello trae bienestar y prestigia a la comunidad. La Ley Suprema del Ecuador, con fines políticos que no se pudieron disimular, incluyó un verdadero programa ideal para

13. CRE, Art. 300, Inc. 2do.





lograr el bienestar colectivo que lo llamó buen vivir, pero las normas, por si solas, no logran estos objetivos; pueden haber tenido los legisladores constitucionales las mejores intenciones cuando realizaron su trabajo, pero los resultados no son los esperados. Una meta de indudable beneficio para todos ha quedado expuesta cuando se estableció que la política tributaria promoverá esa producción y nadie duda el contenido ético del propósito, que cuando deje de ser teórico y se haga objetivo constituirá un motivo de satisfacción colectiva.

En cuanto a las conductas ecológicas, sociales y económicas responsables enunciadas, reincide el legislador en la inclusión de metas, plausibles desde todo punto de vista, pero impropias para que consten en un cuerpo legal de jerarquía constitucional. Quien podría negar la conveniencia de estas aspiraciones, ni quien podría decir que no son éticas. Lo lamentable es que no se cumplan.

Hay un error de concepto si se piensa que el buen vivir puede lograrse por decreto. Debemos aceptar que el derecho, y por tanto las leyes, son medios, no fines. Pensar que los legisladores, los jueces, los doctrinarios crean normas, por el gusto de crearlas, y que el derecho propicia esa creación, simplemente para limitar la conducta de los individuos no es correcto. El derecho crea facultades, pero con propósitos absolutamente definidos.

La respuesta a las preguntas ¿Qué se propone el derecho, ¿Cuáles son las finalidades que persigue? Se contesta exacta y expresamente: El orden, la justicia, la seguridad, el bien común son las finalidades que se propuso el hombre, cuando creó el derecho, ciencia, arte, indispensable instrumento para la convivencia, cuya existencia pretende lograr orden, pues las primeras normas que se formularon posiblemente fueron para conseguirlo; los conceptos justicia, bienestar colectivo estaban muy lejanos cuando la tribu ordenaba la defensa de varias formas y con lo que tenía, y la lucha contra los fenómenos de la naturaleza, era necesario enfrentarlos con algún orden.

La justicia vino después, solamente hace dos mil años empiezan a surgir ideas claras de su contenido, la definición de Ulpiano "Dar a cada uno lo que le corresponde, con voluntad constante y permanente" 14, ya contiene su orientación do-

14. Citado en Magin Pont Mestres, Tributos y empresas (Barcelona: Universidad de Barcelona, 2004), 496.



ble: dar a cada uno lo suyo, se entiende por quienes tienen esa obligación; ya considera la bilateralidad que es característica del orden jurídico.

Cuando las sociedades logran instalar el orden y practican la justicia, porque tienen seguridad de lo que ocurrirá a quienes no obedecen los dictados de las leyes, como una consecuencia llega el bien común, el sosiego, la tranquilidad la paz social, porque todos están tranquilos y bien servidos, mirando satisfechos con la prosperidad que se presiente ;No es esto el buen vivir? Pero establecerlo por normas e incluirlas en la Constitución, esperando que suceda; y lo que es peor, se crearon instituciones para lograrlo directamente, sin propiciar conductas humanas que signifique educación, salud, trabajo, buen comportamiento, en fin, cultivo de valores que la civilización exige, que la educación y la cultura promueven. Esto es lo normal, lo lógico, lo difícil, y lo que sucede cuando los fines de derecho se han cumplido invariablemente.

Regresemos al texto constitucional y analicemos el propósito desde varios ángulos, para demostrar que desde donde se lo mire es magnífico, pues desde su óptica, la Constitución contiene preceptos éticos y jurídicos, regidos por

una rigurosa legalidad para la imposición de tributos con el fin de limitar ciertas conductas riesgosas o eliminar prácticas dañinas en el mercado que puedan afectar el entorno del país, con base en esto la administración estatal crea tributos que generen un beneficio colectivo en los sectores de mayor interés social.

En relación a la ecología, inquieta en la actualidad a toda la población del mundo. Han cambiado los tiempos, con la explosión demográfica que se incrementó desde el siglo pasado, al extremo de volverse un problema de diagnóstico y pronóstico reservado y de haber sido necesario que el control de la natalidad se hava establecido hasta con medidas legislativas, con las cuales algo se ha logrado paliar la preocupación, por lo menos en mantener índices de población, cuando no se ha conseguido que bajen. Esto ha ocurrido particularmente en Asia, mientras que, en Europa aún se ha llegado a pronosticar la extinción de colectivos si continúa el control en la misma forma que se practica actualmente. En nuestra América el problema sigue en pie. Las capitales que llegan a los diez millones de habitantes, cada vez son más: Caracas, Lima, Santiago, Buenos Aires; y las que sobrepasan los veinticinco millones asoman imponentes

y cada vez más grandes: México, Sao Paolo. No solo sufren los pobladores con la falta de espacio, la contaminación es constante amenaza para la salud, especialmente de la población infantil. Y lo peor de todo, cómo y quién puede solucionar este problema.

Es de advertir que estas son inquietudes de última data, basadas en hecho reales. En siglos anteriores no había razón de preocuparse, había espacio y recursos renovables y no renovables suficientes. Pero ahora tenemos una realidad diferente y alarmante en relación a determinados temas, cuyo control se hace cada vez más exigente, porque de ello depende la posibilidad de vida para las generaciones venideras. Aparecen nuevas enfermedades para la humanidad y hay una cantidad impresionante de especies en peligro de extinción en la fauna de algunos países.

En cuanto a la contaminación las medidas tomadas hasta el momento son insuficientes. Los países más desarrollados, más industrializados y más poderosos, desgraciadamente son los que más contaminan. Cualquier medida que se tome produce depresión económica, despidos, pérdidas porque productos elaborados, máquinas especialmente, han dejado de



venderse en las proporciones calculadas de antemano, por lo mismo, esa mercadería que no se mueve es de proporciones mayores, cada año. Cerrar fábricas o dejar de producir anuncia pérdidas incalculables. Y, quien se atreve a exigir medidas para que paralicen de contaminar las grandes potencias que, por lo contrario, siempre se amenazan entre ellas con el empleo de armas de destrucción radiactivas masiva.

Hay ángulos múltiples para mirar el problema sin solución de la contaminación, en todas partes y a todo nivel. En los mares la presencia de basura, desechos plásticos y materia contaminante alarma y preocupa: Verdaderas islas peligrosas no sólo para la navegación, sino para la salud de los países aledaños, crecen cada día más en determinados lugares de los océanos.

La tributación, por lo tanto, cuando al mismo tiempo cumple su objetivo de procurar fondos para la persecución de los fines del Estado y además hace que sea posible la vida de las comunidades y también sirve para producir efectos ecológicos ha llegado al máximo grado de eficiencia. Y esto es lo que persigue la legislación moderna en materia tributaria.

Se han creado y se recaudan tributos que gravan industrias

y hechos contaminantes. Esto propicia que las prácticas de producción tengan en cuenta el problema, primero, con el innegable propósito de mejorar beneficios o por lo menos no perder divisas; y, después, para contribuir a la conservación de la naturaleza, que beneficia a todos.

Es fácil deducir que el constituyente consiguió un doble propósito sin alterar la finalidad de la norma tributaria. haciendo uso de los fines extra fiscales de los tributos. El responsable del hecho contaminante paga un tributo o en su defecto cumple con una sanción (multa); de esta manera dejará de contaminar por conveniencia propia. Hay conductas que afectan a la ecología y producen daños irreparables, en tales casos el tributo necesariamente beneficia al Fisco, pero también a la naturaleza porque no conviene al infractor, para su economía, seguir pagando y, en lo posible, dejará de contaminar.

Con un afán de protección, plausible y conveniente el constituyente creó un capitulo que tituló "Derechos de la Naturaleza", y por buenas que hayan sido sus intenciones aquello contiene visibles errores. El primero, la naturaleza no es sujeto de derecho, creación humana para defender a la especie. Necesariamente

que para defender a la especie existen disposiciones que defienden también a los animales y a la naturaleza. Talar bosques o incendiar bosques está restringido y justamente para defender al bosque, pero es en función del perjuicio que esa conducta produce a las personas, que pueden reclamar y exigir las medidas previstas en la ley para que eso no ocurra. Es absurdo pensar que el árbol o el bosque reclamen. Se dirá que el derecho protege a quienes no pueden reclamar procurándoles un representante. Pero se recae nuevamente en el antropocentrismo, el hombre sobre el resto de seres vivos que reclama los derechos de estos últimos solamente si lo considera necesario.

Desde que enunciamos el tema de este trabajo nos propusimos afrontar el tratamiento de dos conceptos pertenecientes a órdenes normativos de la conducta distintos: La tributación se refiere a normas que vinculan al contribuyente con el Fisco, por lo mismo, pertenecen al derecho, cuyos preceptos son de carácter bilateral, heterónomas, exigibles aun coercitivamente. En tanto que la ética no crea vinculación alguna, sus preceptos no son exigibles, es autónoma y regula la conducta de los individuos es con finalidades diferentes a las jurídicas. Sin embargo, sus contenidos esenciales no se contraponen, supuesto que, el derecho no





puede soslayar menos atacar la moral, porque no se pueden concebir leyes que propicien la inmoralidad, pero no cabe, por así decirlo, toda la ética en el orden jurídico. Existen infinidad de leyes que no pertenecen a este orden, porque los propósitos son diferentes.

Con la finalidad de ahondar un poco más en la cuestión tributaria-ambiental del país, ahora recurrimos a Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, ¹⁵; la cual creó dos impuestos ambientales en el Ecuador: el impuesto ambiental a la contaminación vehicular; y, el impuesto redimible a las botellas plásticas no retornables; los cuales fueron denominados de modo general como "impuestos verdes". Vale resaltar que a la fecha el primero de estos tributos fue eliminado de nuestra normativa por contrariar varios principios, especialmente el de capacidad contributiva. No obstante, no podemos soslayar que el legislador debió haber creado estas normas con el propósito de defender el medio ambiente, evitando que los gases provenientes de los vehículos contribuyan a contaminarlo más, y también que las botellas de plástico desechable que terminan en la basura incrementen su volumen, en proporciones que se han tornado incontrolables.

El efecto en nuestro país puede que no sea inmediato, ni muy satisfactoria la respuesta; pero, en algo habrá disminuido la contaminación y algo se ha habrá hecho para conseguirlo. Pensemos en lo que pasaría si temas de tanta importancia no inquietan a los gobernantes y nadie aporta con ninguna solución.

15. Ley de Fomento Ambienta y Optimización de ingresos del Estado, Registro Oficial Suplemento 583 de 24-nov.-2011, 2015.



Somos testigos de lo que ocurre en las urbes populosas. Por muchos esfuerzos que realicen los gobernantes y administradores, los automotores de México y de Santiago de Chile contaminan a tal extremo que los habitantes respiran un aire perjudicial para la salud, de los niños especialmente; pero no se puede prescindir del transporte. Los trenes subterráneos que se encuentran funcionando ya no contaminan en esa medida y si no se hubieran instalado el tráfico ya hubiera colapsado, y las enfermedades respiratorias hubieran cobrado mayor número de víctimas. Y es que, los tributos ambientales, son utilizados de modo general para disminuir ciertas actividades contaminantes, que por su naturaleza no pueden ser eliminadas, pues de lo contrario se aplicarían sanciones¹⁶.

En lo concerniente a las botellas plásticas "El hecho generador de este impuesto será embotellar bebidas en botellas plásticas no retornables, utilizadas para contener bebidas alcohólicas gaseosas, no gaseosas y agua. En el caso de bebidas importadas el hecho generador será su desaduanización" ¹⁷. Queda claro entonces que, cada botella plástica que exista en el país debe pagar este impuesto. Es fácil advertir que, mientras la botella funciona como recipiente no existe el problema que empieza cuando vacía es desechada y comienza a ser basura.

Algo expresamos ya sobre los desechos plásticos que terminan en el mar y en la actualidad su cantidad es tan enorme que constituye verdaderos peligros aun para la navegación. Aparte del gravamen impuesto para paliar de alguna manera su incremento, la inquietud por el aumento progresivo de envases plásticos ha producido tal preocupación que es habitual encontrar en las redes sociales consejos, y aun industrias que pueden emplear esa materia prima para reciclarla y fabricar infinidad de objetos para el servicio doméstico y también para adornos y herramientas. Sin embargo, el incremento continúa, y esas medidas solamente son un paliativo insuficiente para el control del problema en términos satisfactorios.

En estas circunstancias solo nos queda esperar lo que ocurra en los próximos años, pero mientras no se encuentre un material de duración efímera, (biodegradable) que reemplace a los envases de plástico, las medidas para controlar la basura en la que terminan serán insuficientes.

3. A modo de conclusión

Para concluir este trabajo es necesario comentar, de alguna manera, los recursos que emplean tanto los encargados de las recaudaciones, como quienes deben pagarlas. En tiempos de crisis, cuando las instituciones no tienen los recursos suficientes para el pago de los servicios que deben prestar y para otras obligaciones que deben cumplir, los recaudadores comenten abusos ilegales y por lo mismo reñidos con la ética, para de cualquier modo, conseguir dinero.

Se formulan glosas contra funcionarios que manejan fondos o contra empleados, contra empresas y personas naturales que deben pagar tributos de acuerdo a los ingresos, abusando de la facultad presuntiva, y eso no es ético. Es explicable que el funcionario recaudador, en cumpli-

- **16.** Gabriela Valdivieso Ortega, El impuesto como mecanismo de garantía constitucional del derecho a un medio ambiente sano en el Ecuador (Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 208-2012.
- 17. Ley de Fomento Ambienta y Optimización de ingresos del Estado, Registro Oficial Suplemento 583 de 24-nov.-2011, 2015, Capítulo II.



miento de sus deberes cobre las mayores cantidades posibles en beneficio del Estado. pero eso tiene un límite: la razón y la ética. Es previsible que con los avances tecnológicos de última data se podrá controlar mejor para que se facturen todas las ventas, con sus respectivos impuestos para evitar la evasión que se ocasiona cuando no se emiten facturas o cuando se altera el precio en las emitidas. El momento en el que se corrijan estas corruptelas mejorarán los ingresos y los recaudadores no tendrán ninguna necesidad de emplear recursos que, a la postre, conllevan un abuso.

Y en el caso del contribuyente que se rehúsa a pagar, tiene defensores especialistas en patrocinar prácticas, donde la inmoralidad campea y que van desde la doble contabilidad, la invención de cargas familiares, de enfermedades, y hasta la creación de empresas fantasmas, mediante las cuales se consigue la facturación sobre gastos que nunca ocurrieron, para inflar ese concepto y en esta forma bajar el monto imponible de determinado tributo.

El tema de la tributación es fascinante. Los gobiernos que lo manejan correctamente logran resultados positivos, que desaparecen completamente cuando la corrupción y el ansia por aparentar éxito hace su labor y los resultados no se hacen esperar. De alguna manera quienes cometen acciones inmorales son descubiertos, en varias oportunidades y deben pagar las consecuencias, aun cuando estos sean los casos de excepción que confirman la regla del abuso; tanto los que cobran tributos, como los que pagan no toman en cuenta el equilibrio, la razón, la ética, y con el afán de que sus intereses triunfen en todos los campos de su actividad, soslayan estos valores.

La ética es una aspiración para conseguir con su práctica un mejor desenvolvimiento de las sociedades y para que las personas que siempre se comportan dentro de sus límites sean ejemplo a seguir, a fin de que los postulados del derecho y la Justicia como su destino normal se cumplan; de otra manera por más avanzada que sea la legislación de un país y por mejores recursos que tenga, siempre estará a la zaga, pues la inmoralidad y, la corrupción que es una de sus formas, son el obstáculo más grande para el progreso.

CONCLUSIONES:

 No existe diferenciación entre moral y ética puesto que ambos términos son complementarios entre sí, partiendo que la ética se relaciona con la moral y las obligaciones que tienen los individuos en el cumplimiento de sus deberes, mientras que la moral, se enmarca dentro del concepto de la ética, donde se establecen normas, valores que dirigen una sociedad.

- La ética y la moral en el ámbito tributario se direccionan tanto para el Estado como para los contribuyentes, ya que, por un lado, los contribuyentes deben cumplir con las obligaciones tributarias que permitan cubrir los gastos del Fisco; y, por otro el Estado es el encargado de elaborar leyes tributarias justas que respeten la supremacía de la Constitución y sostener la estructura de una nación.
- El legislador y ciertas instituciones que ostentan potestad tributaria, son los encargados de crear, modificar y extinguir normas tributarias, empero, para ello deben tomar en consideración la capacidad contributiva que tiene los ciudadanos, al igual que el resto de principios constitucionales tributarios.
- La producción de normativa tributaria tiene que enmarcarse en el principio de legalidad, respetando los derechos éticos – morales



que establece la Constitución, sin embargo, se advierte que han sido insuficientes las medidas tomadas por los gobernantes, ya que, si bien se han creado tributos para corregir la desigualdad ciudadana, por medio de la prestación de servicios básicos, entre otras cuestiones, no se ha generado el impacto deseado, pues las tasas de desempleo siguen aumen-

tado, la falta de educación en los sectores periféricos ha incrementado la brecha de desigualdad, y el impacto ambiental por el extractivismo ha generado incertidumbre y preocupación por las nuevas generaciones.

– La tributación debe enfocarse en contribuir en el desarrollo de cualquier país, no obstante, esto se ha visto frustrado porque la mayoría de los gobiernos han permitido que se generen actos de corrupción o inmorales tanto por parte del Estado como de los sujetos pasivos; es por esto que, la ética juega un rol fundamental, al establecer las conductas que son permitidas, correctas y congruentes con la costumbre y el derecho en una sociedad, aportando valor a la comunidad. Del otro lado

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 300, Inc. 1ro. [Quito]: Asamblea Nacional, s.f.): 36. (En adelante se cita esta norma cono CRE).
- Corture, Eduardo J. Ver *Los mandamientos del abogado*. Número 1.2012. http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Los-mandamientos-del-abogado-civilistica.com-1.2012.pdf (Consultada el 7 de marzo de 2018).
- Derqui, Diego Poole. 1998. El derecho de los juristas: Un diálogo con Luigi Lombardi. Madrid: Dikinson, S. L.
- Escribano López, F.: *La configuración jurídica del deber de contribuir.* Perfiles constitucionales. (Madrid: Civitas, 1988, p. 357)
- Gloria Marín Benítez, El Derecho Tributario y la moral. Límites de la autonomía privada en el ámbito tributario. (Madrid: Actualidad Jurídica Uria Menéndez, 2017), 31.



- Juan Martín Queralt, La Potestad Tributaria, en Andrea Amatucci, Tratado de Derecho Tributario. (Bogotá, Editorial Temis, 2001) 149.
- Ley de Fomento Ambiental y Optimización de ingresos del Estado, Registro Oficial Suplemento 583 de 24-nov.-2011, 2015.
- Nicola Covielo, 1949. Doctrina general del derecho civil. México: Editorial Hispano-Americana.
- Pérez de Ayora, Francisco. 1818. Explicación Histórica de las instituciones del emperador
 Justiniano. Madrid: Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera.
- Pont Mestres, Magín, *Tributos y empresas*. 2004. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22 a. ed., 2001.
 (Madrid, Espasa, 2001).
- Rocha Ochoa, Cesáreo. Manual de Introducción al Derecho. 2006. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Roscio, Juan Germán. 1996. *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*. Caracas-Venezuela: Biblioteca Ayacucho.
- Tafor Gonzáles, Leonardo César. 1960. *De los derechos humanos en las ciencias políticas*. Colombia: Universidad Javeriana.
- Valdivieso Ortega, Gabriela. 2016. El impuesto como mecanismo de garantía constitucional del derecho.



Y ESE NEGRO...¿QUÉ HACE METIDO ALLÍ?

Se ven muchas cosas increíbles en este mundo, entre ellas, que niños boyscouts sean agredidos a pedradas y botellazos por gente adulta. Pero sucedió en 1963, en EE.UU. La reacción indignada se debía a que en el grupo había un boyscout negro, llamado Daryl Davies. El niño, más tarde, preguntó a sus padres por la razón, o la sinrazón del ataque, y ellos le hablaron del racismo. Entonces a Daryl le pareció extraordinario que alguien pudiera odiar y atacar a un niño como él, o a cualquier niño del mundo, por el color de su piel. Y no tuvo odio. La curiosidad por saber qué pasaba en el cerebro de los racistas fue más grande que cualquier resentimiento.

Y pasaron los años. Daryl se hizo un gran músico y, una noche, después de un concierto, un hombre blanco, sonriente, se acercó a felicitarlo. Le dio la mano y le dijo que era la primera vez en su vida que hablaba con un negro. Y algo más, que dejó petrificado a Daryl: el hombre le dijo que pertenecía al Ku Klux Klan, la oscura organización religiosa terrorista y racista que ha atacado y matado a la población negra desde el siglo XIX. En vez de gritar o salir corriendo, Daryl se sintió maravillado y le pidió que siguieran conversando. Y en los días siguientes aquel miembro del Ku Klux Klan visitó varias veces, y en secreto, la casa del músico negro, ahora convertido en su amigo.

Daryl le dijo al hombre blanco que quería entrevistarse con Roger Kelly, el máximo líder del Ku Kux Klan. Pero la respuesta fue clara: "Te matará, sin duda. Kelly nunca podría estar junto a un negro." Daryl se atrevió. Le pidió una cita para una entrevista, sin decirle que era negro. Acordaron encontrarse en un hotel. Cuando vieron que Daryl se acercaba, Kelly y sus guardaespaldas desenfundaron las armas. Daryl le habló y Kelly quedó atónito. No obstante, aceptó sentarse a conversar con Daryl, custodiado por sus guardias. En un momento sonó algo como el chasquido de un arma rastrillada, lista para disparar. Hubo terror en todos, y enseguida descubrieron que era el hielo que se derretía en una cubeta. Por primera vez hubo una sonrisa colectiva

Daryl y Kelly, el máximo dirigente del Ku Klux Klan se hicieron grandes amigos, y luego le presentó a otros



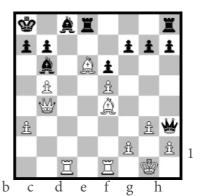
destacados miembros de la organización. Entonces sucedió lo imposible: Kelly y muchos otros desertaron del Ku Klux Klan. Hoy se han convertido en voceros de un mundo sin racismo, y le han regalado sus túnicas blancas, sus capuchas y sus cruces a Daryl, su amigo negro.

LOS DEL KU KLUX KAN GANARON PORQUE NO TUVIERON MIEDO AL NEGRO. GANARON AMIGOS Y GANARON COMO SERES HUMANOS. AQUÍ TAM-BIEN, CON INTELIGENCIA, EL BLANCO GANA. SEMERK-SUKUNDA. COPA DE PULA 1993.

1: TC8! +; TC8

2: AB7+ Y MATE Enseguida, con de4.

DESCRIPTIVA: 1)TXA JAQUE!-TXT 2) AXP JAQUE. RXA 3) D4R MATE.



AJEDREZ 25



LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN O EL CONTROL DEL SILENCIO

Miguel Hernández Terán	
Migher Hernangez Teran	

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.

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 dimensiona-

miento de la materia estudiada.

2.- Las omisiones y la responsabilidad extracontractual del Estado

La llamada "COMISIÓN DE CONSTITU-CIÓN" 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 Morales¹ . 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

- 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.
- Doctor en Jurisprudencia; Magíster en Derecho Constitucional; Magíster en argumentación jurídica.
- Director de las Maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho con mención en Derecho Procesal, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Profesor de Derecho Administrativo en la misma Universidad.
- Profesor de diversos posgrados.
- Autor de 20 obras jurídicas y de muchos artículos en la misma disciplina.



Miguel Hernández Terán



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 la actividad de los servicios públicos **o de los actos** ² 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 1967³.

¿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

- 2. Las negrillas son nuestras.
- 3. 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."



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.

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 omi-

siones 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.

"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"

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:

 (\ldots)

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

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 2021⁴, 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:

Tomado de:

 $http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiZDNi-Mjg4OC00MTBkLTQwNDYtOTMyOC1hZjdjM2FmNGU3M2MucGRmJ30=.$





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.

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 Administrativo⁵ 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 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**⁶ para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

- 5. Publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial No 31 del 7 de julio de 2017.
- 6. Las negrillas son nuestras.



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.

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 ga-



rantía 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)⁷ 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 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-CC⁸, 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

- 7. 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."
- 8. Tomado de: http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/afe6cb0b-e067-4d81-9065-295ad0651226/0005-10-IO-res.pdf.



estuviesen estipulados por el constituyente—, sino el de la importancia e indispensabilidad de la mediación legislativa para el cumplimiento 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 ⁹.

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 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:

9. Las cursivas son nuestras.





Cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes¹⁰. Esta concepción de la Ley de Garantías Jurisdiccionales es realmente amplia, y por lo mismo permite una extensa configuración de la omisión normativa relativa¹¹

En Colombia la Corte Constitucional en la sentencia C-543/96¹² 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

- 10. Las cursivas son nuestras.
- 11. 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 omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión."
- 12. Tomado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm.





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 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-352/17 ¹³:

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

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



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-091-2014¹⁴:

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 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.

 $\textbf{14.} \quad \text{Tomado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-091-14.htm.}$





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-CC ¹⁵ 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 meca-

nismos 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 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 expe-

 $\textbf{15.} \quad Tomado \quad de: \quad http://doc.corteconstitucional.gob.ec: 8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/2d00a4e9-1240-40a0-8c6c-2c5ae5b97c34/0001-14-io-sen.pdf?guest=true.$



dito 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-IN¹⁶ y acumula-do/21 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 he-
- $\label{localized-equality} \textbf{16.} \quad \text{Tomado} \quad \text{de:} \quad \text{http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pd-GUnLCB1dWlkOic5NTJmY2RhZS1hMWFhLTQ3YjgtYjEyNS02NmVjOGI4MzJmMjEucGRmJ30=.}$



cho 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 esta, 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 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 resolutiva 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 ha-



ber 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 SU-PLENTE Y PRECARIO" ¹⁷ 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 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 dificilmente se van a encontrar en el seno de una Corte Constitucional, donde la mentalidad y los estilos imperantes, así

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



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 Constitución 18, 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 Estado¹⁹. 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 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).

- 18. "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."
- 19. Claro está, siempre que se cumplan todos los requisitos exigibles.



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 derechos²⁰.

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 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 1830 ²¹, 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. Estos 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.

- 20. Las cursivas son nuestras.
- 21. TRABUCCO, Federico (1975). Constituciones de la República del Ecuador, Quito: Editorial Universitaria de la Universidad Central del Ecuador.



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.

Pero ¿qué sucede si a pesar del carácter jurídicamente indubitable de la orden, esta 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 incons-

titucionalidad 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-CC ²² 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, 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.

 $\label{eq:22.} \begin{tabular}{ll} \end{tabular} $22.$ Tomado de: $$http://doc.corteconstitucional.gob.ec: $8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/afe6cb0b-e067-4d81-9065-295ad0651226/0005-10-IO-res.pdf. $$$



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 agravar 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 menoso

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.



- Narváez Rivadeneira, L. (1997). La Diplomacia y las Negociaciones Internacionales.
 Revista AFESE N°30, 41-52.
- Nweihed, K. G. (1992). Frontera y Límites en su marco Mundial: una aproximación a la "fronterología". Caracas: Instituto de Altos Estudios de América Latina | Universidad Simón Bolívar.
- Ojeda Segovia, L. (2000). La Descentralización en el Ecuador: avatares de un proceso inconcluso. Quito: Abya-Yala.
- Parés, M. (27 de agosto de 2020). *Democracia y decisiones públicas*. *Introducción al análisis de políticas públicas*. Obtenido de Coursera, NYU Wagner School of Public Service: https://es.coursera.org/lecture/democracia/3-1-que-es-un-actor-politico-gF9xi.
- RO 38. (26 de agosto de 1963). Registro Oficial N° 38. *Decreto Supremo 262 * Junta Militar * Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- RO 531. (3 de junio de 1954). Registro Oficial N° 531. Decreto Ejecutivo N° 808 * José María Velasco Ibarra, Presidente de la República * H. Junta Consultiva de Relaciones Exteriores. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- RO 70. (2 de octubre de 1963). Registro Oficial N° 70. *Decreto Supremo N° 539 * Junta Militar de Gobierno * Ley Orgánica del Servicio Exterior*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- RO Supl. 118. (03/07/2007). Resolución N° 0043-2006-TC. Quito: Registro Oficial.
- Rodríguez Castelo, H. (1984). *Letras de la Audiencia de Quito (Período Jesuístico)*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Suárez Pasquel, M. A. (2018). Análisis del cambio de la perspectiva diplomática ecuatoriana sobre la cuestión territorial ecuatoriano-peruana desde la suscripción del Protocolo de Río de Janeiro de 1942 hasta la firma de los Acuerdos de Paz de 1998. Quito: Universidad Andina Simón Bolivar.
- Valdano, J. (2007). *Identidad y Formas de lo ecuatoriano*. Quito: Eskeletra.



edicioneslegales.com.ec

✓ edicioneslegales@corpmyl.com



Informes generados a partir de los estados del caso, acompañados de gráficos estadísticos.



BREVES NOTAS SOBRE EL TIPO PENAL DE COHECHO

Lyonel Calderón Tello María del Carmen Vera Rivera

Resumen

La mayoría de los delitos contemplados en el Código Penal son, unidireccionales, es suficiente un único autor para que se realice el comportamiento típico, sin embargo, existen otras conductas típicas denominados delitos de encuentro, en los que se requiere necesariamente la intervención de dos o más personas, esto es lo que sucede en el delito de cohecho. Por otro lado, se trata de un tipo penal que incide en el fenómeno de la corrupción por lo que la compren-

sión de los riesgos de corrupción es clave para la prevención y detección exitosas del soborno dentro de las empresas y el Estado. El acceso a los datos puede ayudar a obtener una imagen más clara y completa de este delito al arrojar luz sobre los patrones de comportamiento en ambos extremos de las transacciones corruptas y ayudar a identificar esquemas de soborno, lo que permite una mejor anticipación y mitigación de riesgos.

Palabras Clave: Cohecho, soborno, corrupción, COIP.

- Docente Investigadora Universitaria de grado y posgrado con amplia experiencia.
- Doctora en Derecho (PhD) por la Universidad Complutense de Madrid.
- Magister en Derecho Público por la misma universidad.
- Abogada por la UCSG. Fundadora y Presidenta Vitalicia de la Fundación de Asistencia Jurídica Social MACATIBEL.
- Directora de Trabajos de Fin de Grado. Abogada litigante. Correo electrónico: maria.verariv@ug.edu.ec.



María del Carmen Vera



Abstract: Most of the crimes contemplated in the Criminal Code are unidirectional, a single perpetrator is enough for the typical behavior to be carried out,

however, there are other typical behaviors called encounter crimes, in which the intervention of two or more is necessarily required. more people, this is what happens in the crime of bribery. On the other hand, it is a criminal type that affects the phenomenon of corruption, so understanding the risks of corruption is key to the successful prevention and detection of bribery within companies and the State. Access to data can help gain a clearer and more complete picture of this crime by shedding light on patterns of behavior at both ends of corrupt transactions and helping to identify bribery schemes, allowing for better anticipation and mitigation of bribery risks.

Keywords: Bribery, bribery, corruption, COIP.

I

La mayoría de los delitos contemplados en el Código Penal son, unidireccionales, es suficiente un único autor para que se realice el comportamiento típico, sin embargo, existen otras conductas típicas denominados delitos de encuentro, en los que se requiere necesariamente la intervención de dos o más personas. El delito de cohecho es uno de estos últimos, en el que el funcionario público, sobornado por un particular, realiza un acto injusto en el ejercicio de su cargo o deja de realizar otro que debiera practicar, aquí se encuentran dos conductas típicas diferenciadas que, de conformidad al tratamiento del COIP, tienen una gravedad equivalente, lo que se corresponde con una pena equivalente.

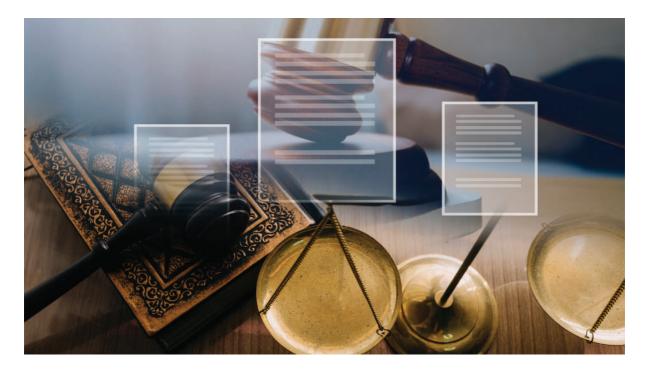
De lo anterior inferimos que el legislador no ha considerado al cohechador activo un partícipe en el cohecho del funcionario, con lo que habría que castigar a aquél, según las reglas de la participación delictiva, como un inductor o un coautor del cohecho pasivo, sino que, por tratarse de dos conductas autónomas, ha tipificado, por una parte, el cohecho del funcionario y, el cohecho del particular, ambas conductas constantes en el art. 280 del COIP, en donde se castiga, como delito independiente, al no-funcionario que corrompe o intenta corromper a los funcionarios que cometen o cometerían algunos de los distintos cohechos pasivos: un acto constitutivo de delito, un acto injusto pero no delictivo.

- Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Guayaquil.
- Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal.
- Miembro de la Academia Ecuatoriana de Ciencias Penales y Criminológicas.



Lyonel Calderón Tello





II

El criterio para distinguir entre el cohecho propio y el impropio es el carácter justo o injusto del acto objeto del delito, sería cohecho propio aquel en el que se persigue la obtención de un acto injusto, en tanto que sería impropio aquel en el que se busca la realización de un acto justo, abundamos, cohecho impropio porque, a diferencia del cohecho propio, en el que el sobornado realiza actos ilegales de una mayor o menor gravedad, el funcionario no comete acto injusto de clase alguna, sino que se limita a aceptar regalos sin contraprestación alguna o a admitirlos para realizar, en el ejercicio de su cargo, una acción u omisión conforme a Derecho es decir no prohibida legalmente.

Por lo que se refiere a los particulares que entregan las dádivas al funcionario responsable de un cohecho impropio, la responsabilidad afecta tanto a los funcionarios, como a los particulares que entregan las dádivas, cuyo comportamiento es punible, contrariamente a lo que sucede, por ejemplo, en la legislación penal española.

III

Especial referencia al cohecho como conducta típica que ayuda a explicar fácilmente la equivalencia jurídico penal entre la autoría mediata y autoría inmediata, pues en este tipo penal, el legislador ha establecido la autoría mediata como forma de autoría, cuando dice que el funcionario público que recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase, el legislador ha remarcado el carácter de equivalente de estas formas de autoría de conformidad con la previsión establecida en el artículo 42 del COIP, cuando regula la autoría.



IV

Sobre el bien jurídico protegido, debemos señalar que lo constituye la infracción de los deberes del cargo, el derecho protegido es solo el interés que tiene el Estado en que todos sus agentes, en su esfera propia, cumplan con los deberes de su respectivo cargo, infracción de deberes (que se identifican con la deslealtad o infidelidad que suponen el abuso de la confianza depositada por el Estado al funcionario) y el tráfico de funciones. Por lo que la actuación por precio sería una agravante general del tipo.

Con la autonomía en el delito cometido por el funcionario y el cometido por el particular, se observan dos bienes jurídicos, en el que se mantiene el primero y se añade en el supuesto del particular la lesión del respeto que este debe al normal funcionamiento de la Administración. Fundamento jurídico de lo anterior es el principio constitucional de imparcialidad (y racionalidad), es decir la obligación de la administración de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados, cualquiera que sea su naturaleza, ofendido cada vez que los órganos de la Administración, manteniendo relaciones o sufriendo influencias de particulares, fuera de los casos permitidos por las leyes, someten por ánimo de lucro, a la función pública que desempeñan a la satisfacción directa o indirecta de fines privados. Se identifica con la confianza que los ciudadanos depositan al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

٧

ESTRUCTURA DEL TIPO DE INJUSTO

COHECHO PASIVO ARTÍCULO 280 COIP				
	Tipo Objetivo		Elemento	
Sujetos	Conducta Típica	Objeto Material del Delito: Acto Injusto	Subjetivo	
La autoridad o, funcionario público, (que) por sí o por persona interpuesta	Recibiere o solicitare, dádiva, favor o retribución de cualquier clase	para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo	Dolo neutro	
	o, aceptare ofrecimiento o promesa	o, para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar		



COHECHO ACTIVO 424 CÓDIGO PENAL				
	Tipo Objetivo			
Sujetos	Conducta Típica	Objeto Material del Delito: Acto Injusto	Elemento Subjetivo	
El particular	Que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que	acto contrario a los deberes inherentes a su cargo	Dolo neutro	
	participe en el ejercicio de la función pública	acto propio de su cargo (PROPIO)		
		Para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función.		

VI

En relación a los elementos del tipo de injusto, solicitar, es pedir y manifestar que se quiere o desea alguna cosa, o pretender una cosa con diligencia, cuando se incorpora esta acción rectora dentro del tipo penal de cohecho se solucionan: a) los supuestos en donde es el propio funcionario el dueño de la iniciativa de la producción del soborno; b) el problema que para la jurisprudencia acarreaba intentar a través de esta conducta contener la tentativa en el delito de cohecho; c) lograr que el delito se consumará anticipadamente al logro o finalidad del acuerdo. La solicitud puede estar expresa o

implícita a través de actos concluyentes, como acto de comunicación que contiene un mensaje debe llegar a su destinatario, sin que se exija la comprensión de este o la aceptación de dar lo pedido, puesto que el tipo no lo exige, basta que la solicitud sea reconocible objetivamente. Señalar, que existe una intrínseca relación entre esta conducta típica y el delito de concusión en la legislación extranjera y el delito de exacciones ilegales en España, además del posible concurso con el delito de amenazas, en el supuesto de coacción.

Aceptar y Recibir, suponen una actividad de un tercero, entregar u ofrecer, estas conductas



hacen posible la denominación de cohecho pasivo, puesto que la iniciativa la encontramos en el particular, constituyen el núcleo del hecho típico, y lo que denomina la doctrina alemana como acuerdo injusto: inicia con la solicitud se cierra con la aceptación y se realiza con la recepción. En estos supuestos, de delitos de carácter pluripersonal o de encuentro, encontramos la necesidad de una acuerdo, el mensaje se supone aquí recibido y aceptado, acordado.

Recibir, la recepción se realiza cuando el funcionario incorpora a su patrimonio la dádiva, favor o retribución de cualquier clase o... (el) ofrecimiento o promesa; la conducta se realiza de dos maneras: a) recibiendo; y, b) no devolviendo lo que se debe, la segunda opción no se identifica con la omisión, sino con una conduc-

ta pasiva, efectivamente no devuelve lo que debía devolver, la dádiva, sin embargo, lo realiza mediante una conducta comisiva, la apropiación. Aceptar, esta conducta precisa la actuación de dos personas, el particular que ofrece y el funcionario que acepta, podríamos interpretar como un estadio tempo-

ral anterior del acto de recibir, sin embargo, se podría afirmar que en la aceptación el funcionario recibe la voluntad de entregar la dádiva o retribución en un momento posterior de aquel.

Dádiva, favor o retribución de cualquier clase, sobre este punto los criterios se forjan alrededor de si estos conceptos o se extienden más allá del contenido patrimonial, sin querer desarrollar mucho esta cuestión, considero que es reveladora la reforma de la ley penal en Chile y Ecuador con el COIP que al momento de referirse a este elemento en este tipo penal, expresamente emplea añade la expresión "beneficio económico", con lo que de una u otra manera se asume lo que mayoritariamente la doctrina entiende

sobre favor, retribución, dádiva, etc. Sin embargo es menester expresar que esta retribución interpretada con un contenido patrimonial debe ser reducida a una cuantificación económica, la misma que estará sujeta a los criterios de adecuación social vigentes en un determinado momento, el derecho penal no se puede activar sino solo en aquellos casos en los que se configuren cuestiones relevantes para el mantenimiento y vigencia de la norma, es de decir de la sociedad en su conjunto.

VII

En cuanto al objeto material de la acción, que se constriñe al acto injusto, la determinación de la injusticia se realiza en función de criterios jurídico materiales, la injusticia de la resolución

"El acto injusto realizado o por realizar, que se constituye en la contraprestación del funcionario a favor del particular, un acto contrario a los deberes inherentes al mismo en su calidad de funcionario o autoridad, y puede ser una falta penal, un ilícito civil o un ilícito administrativo"

es un elemento normativo específico del tipo, la aplicación rigurosa de la ley debe corresponderse con la búsqueda del sentido adecuado de la resolución del caso, es decir que la vara que mide la injusticia es la ley, esta no entendida desde un sentido formalista y abstracto sino integrada en las fuentes y dotada de contenido material a través del proceso de interpretación, la sana crítica reglada.

El acto injusto realizado o por realizar, que se constituye en la contraprestación del funcionario a favor del particular, un acto contrario a los deberes inherentes al mismo en su calidad de funcionario o autoridad, y puede ser una falta penal, un ilícito civil o un ilícito administrativo.



Es de notar que el tipo expresa que la actuación del derecho penal en esta conducta se realiza sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado debido a la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito, lo que implica la posibilidad del concurso de delitos.

VIII

Respecto de los sujetos, se debe señalar que, lo constituyen la autoridad o funcionario público o quien actúe en virtud de una potestad estatal. La ley penal, considera como circunstancia agravante de la responsabilidad penal prevalerse del carácter público que tenga el culpable, circunstancia genérica aplicable a todos los tipos penales, excluyendo a todos aquellos tipos en dónde la condición de funcionario público esté dentro de la conducta típica, como es el caso del cohecho. Sobre el concepto jurídico penal de funcionario público sería importante traer a colación la definición que realiza el artículo 24.2 del Código Penal español en el cual se lee: "Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."

Del artículo transcrito se deduce qué funcionario público es quien participa del ejercicio de las funciones púbicas, ya sea este ejercicio con carácter permanente o transitorio, a través de nombramiento directo o elección, por contra prestación o gratuitamente, por reglamento, encargo o comisión, bastando el hecho de participar en el ejercicio de la función pública, cualquiera que sea el rango con el que se haga. En este esquema las actividades susceptibles de ser tomadas como relevantes penalmente son aquellas que se realizan en el marco de acción de una entidad pública. Lo esencial, desde el punto de vista objetivo es la posibilidad de contener tanto los actos que emanan del ejecutivo, como como los producidos por órganos legislativos o judiciales, todos los actos de poder ejercidos por cualquiera de las funciones del mismo son susceptibles sus autores y sujetos activos de ser imputados penalmente.

IX

Las consideraciones anteriores nos llevan al punto de contacto entre la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, esta que, en algunos supuestos puede tener consecuencias incluso mucho más graves que aquella, lo que nos coloca anticipadamente en el principio non bis in idem, dicho principio impone la pro- hibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisible reiteración en el ejercicio del ius puniendi, además la prohibición de duplicidad de san- ciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, con la excepción de los supuestos en los que se justifique el ejercicio de la sanción por parte de la Administración y de la jurisdicción penal, este es solo admisible cuando el interés jurídicamente protegido es distinto en ambas jurisdicciones.

En los tipos penales en los que se exija la condición de funcionario público del sujeto activo como en los supuestos de prevaricación, cohecho, malversación, etc., no cabe más que la imposición de la correspondiente sanción penal; y, cuando se trate de delitos que no exijan la cualidad de funcionario público del sujeto activo serían posibles las dos sanciones: penal y disciplinaria, puesto que nos encontramos frente a dos bienes jurídicos distintos y además se exija y justifique proporcionalidad de las sanciones.

De conformidad a la regulación de la imprudencia adoptada por el COIP, el tipo penal de cohecho solo admite la acción típica dolosa.



En el delito de cohecho pasivo el requerimiento de dolo requiere solamente que el funcionario sea consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción del soborno y que de todas maneras quiera actuar, no interesa cual sea la motivación o lo que lo impulsa, en definitiva no interesa a la adecuación típica el origen de su decisióno

BIBLIOGRAFÍA:

- Valeije, I.: "El Tratamiento Penal de la Corrupción del Funcionario: El Delito de Cohecho", Ed. Edersa, Madrid. 1995.
- Olaizola, I.: "El Delito de Cohecho", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- Rodríguez, M.: "El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios", Ed. Arazandi, Pamplona, 1999.
- Sánchez-Vera, J.: «Sobre la Figura de la Autoría Mediata y su tan solo Fenomenológica Trascendencia», Adpcp, T. Li, T. Li. 1998, Pp. 319-364.
- Bacigalupo, E.: Derecho Penal, Parte General, Edit. Hammurabi, Segunda Ed., Buenos Aires, 1999.
- Calderón, L. (2016). El Delito de Blanqueo de Capitales: Problemas en torno a la imprudencia y la receptación.
- Ragués, R.: «Lavado de Activos y Negocios Standard», en nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, en homenaje al Prof. Claus Ro xin, Edit. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001.
- Ragués, R.: El dolo y su prueba en el proceso penal, Edit. Bosch, Barcelona, 1999.



EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD PENAL PERUANO Y ECUATORIANO REFLEXIONES DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

José Sebastián Cornejo Aguiar Jorge Isaac Torres Manrique

Resumen

n la presente entrega, los autores desarrollan y analizan la importante como poco tratada figura jurídica penal, de la doble conformidad. Ello, desde una perspectiva bifronte: esto es, a partir de los sistemas jurídicos ecuatoriano y peruano, así como también, a través de un enfoque de derechos fundamentales.

Palabras clave: Doble conforme. Doble conformidad. Doble y conforme. Derechos Fundamentales.

Abstract

In the present issue, the authors develop and analyze the important as little treated criminal legal figure, of double compliance. This, from a two-pronged perspective: that is, from the Ecuadorian and Peruvian legal systems, as well

• Abogado por la Universidad Internacional Sek (Quito, Ecuador). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador); Candidato a Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador); Evaluador de la Revista Colombiana de fundamentación jurídica DIKAION, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana; Autor de los libros Mundo, Alma y Vida; Senderos de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial; Breves Nociones de la Criminología, la Penología y la Victimología en el Contexto Criminal; Teoría General de los Recursos y Remedios Procesales en el COGEP, La Antijuridicidad y las Causas Excluyentes del Injusto Penal en el COIP; coautor del Libro Legitimación de la Pena en el Sistema Penal Ecuatoriano y sus Teorías; y, El Proceso Penal Acusatorio en Iberoamérica. Conferencista nacional e internacional en Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.scor1719@hotmail.com.



José Sebastián Cornejo Aguiar



as, through a fundamental rights approach.

Keywords: Double compliant. Double compliance. Double and conformable. Fundamental rights..

El principio de la "doble conforme" es de origen canónico (y se mantiene hasta hoy en el ordenamiento de la Iglesia: v. inc. 1 del canon 1641 del Código de Derecho Canónico) e irradió su influencia sobre la "jurisdicción secular" como "método" para limitar el número de apelaciones posibles. En el derecho histórico español regía el principio de la "triple conforme"¹.

Luego, tenemos que la Corte Internacional de Derechos Humanos (Corte IDH), utilizó primigeniamente la denominación de derecho de doble conforme, en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela (Sentencia de 17/11/09), párrafo 129, 2009, señalando: "La Corte es consciente que el señor Barreto Leiva cumplió con la pena que le fue impuesta. Sin embargo, los perjuicios que una condena encierra todavía están presentes y este Tribunal no puede determinar que los mismos son consecuencia de una condena legítima o no. Esa es una tarea del Estado (supra párr. 24) que aún no ha sido cumplida, ya que todavía está pendiente el doble conforme".

Así en el mencionado caso, la Corte IDH dictó importante derrotero a seguir, señalando que no podía validarse el cumplimiento de una condena, cuando la sentencia correspondiente no fue apelada en su momento y como consecuencia de ello, se haya tenido dos fallos judiciales adversos. Por ello, afirmó que ameritaba el cumplimiento de lo prescrito por el principio de doble conformidad penal.

Por principio de doble conforme o doble y conforme, debemos entender, en atención del Art. 35°. Inc. 3., in fine del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. N° 1067—Decreto Supremo N° 013-2008-JUS—en referencia a los medios impugnatorios y recursos, registra: "En los casos a que se

- 1. ARIANO DEHO, Eugenia. En la búsqueda de nuestro "modelo" de apelación civil. En línea: recuperado en fecha 07/08/18 de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/viewFile/2439/2391, Lima, p. 02.
- Consultor jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, y Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Docente Principal, Representante Académico Internacional y Director de Desarrollo Curricular, de la California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA). Consejero Editorial de la Revista American Journal of Science and Technology (USA). Revisor de la Revista Forensic Research & Criminology International Journal (USA). Director del Capítulo Perú de la Asociación Civil Juristas de Latinoamérica y El Caribe (México). Miembro de la Red de Expertos Iberoamericamos en Gestión Pública (España). Profesor Asesor del Área de Derecho Constitucional del Centro de Estudios e Investigación Scientia Et Iuris (Perú). Miembro del Cuerpo Editorial de Evaluadores de la Revista Universitaria Jurídica Juris del Centro Universitario Toledo Araçatuba —UNITOLEDO (Brasil). Articulista e investigador del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latin-Iuris (Ecuador). Columnista de la Asociación Civil El-terno.com (Lima). Distinguished Lawyer of Perú, for Law Integration Integração Jurídica (Brasil).



Jorge Isaac Torres Manrique





refiere el artículo 26 no procede el recurso de casación cuando las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, en caso de amparar la pretensión".

Entonces, es de verse que lógicamente lo que se busca es evitar que se accione vía casación de manera indiscriminada, cuando ha habido igual criterio, confirmado el parecer judicial u lo que es igual, logrado la doble conformidad en dos instancias. Ergo, no tendría sentido recurrir a la corte suprema.

Es así, que el principio de doble y conforme se configura en sede contenciosa administrativa, esto es, con la finalidad de impedir que se utilice la casación como tercera vía. Y a propósito, queda claro que dicho principio no resulta ser unimismable al principio de doble instancia o pluralidad de instancia.

La vigencia del principio de doble conformidad, comporta pues, una quintaesencia basilar como capital. Ello en tanto que, garantiza la salvaguarda de los derechos fundamentales: i) al debido proceso, ii) seguridad jurídica, iii) doble instancia, iv) legalidad, v) defensa, vi) cosa juzgada, vii) legitimidad; entre otros.

Mención aparte requiere acotar, que la observancia del principio de doble conformidad, requiere de un cuidado sumo o a *fortiori*. Ello, en razón a que de lo que trata es garantizar en sede casacional o suprema, el amparo de los derechos fundamentales referidos, puesto que es de entenderse que la jurisprudencia o juzgar prudente, resulta ser más estricta que las decisiones de primera o segunda instancia. Y ello se logra, cuando se ampara una casación al determinarse que no se configuró el principio de doble conformidad. Y así también, al desestimarse



cuando se dicho principio quedó amparado en la jurisdicción ordinaria.

1.- EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFOR-MIDAD PENAL PERUANO

Empero, como tiene que corresponder en las demás ramas del derecho adjetivo, esto es, la aplicabilidad del principio de doble conforme, en la presente entrega, toca revisar si lo propio acontece en el proceso penal peruano.

Al respecto, tenemos que respecto del principio de doble y conforme, el Num. d), Inc. 1., del Art. 428, del Nuevo Código Procesal Penal, en relación a la desestimación, esto es, que La Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando: "el recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación". (El subrayado y cursiva, son nuestros).

No obstante, pongámonos en el supuesto que la norma legal adjetiva penal, no contemplase el principio de doble conformidad. ¿Dicho principio no podría ser aplicado en sede procesal penal?, ¿y de igual modo en las demás sedes procesales?.

Al respecto, tenemos que el Inc. h, del Apart. 2., del Art. 8., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); sobre las garantías judiciales, establece, el: "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

En consecuencia, consideramos que al encontrarse amparado en las referidas normas convencionales, el principio de doble conformidad tiene correlato constitucional. Por lo cual, es de aplicación no solo en sede penal, sino, en la totalidad de ramas del sistema jurídico peruano.

2.- EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMI-DAD PENAL ECUATORIANO

Cabe mencionar que este es un tema de gran trascendencia porque se trata de una garantía que se sustenta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14, inciso 5 permitió el desarrollo del derecho del imputado o procesado a impugnar la sentencia condenatoria; y, la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 8.2.h establece el derecho a recurrir del fallo ante un Juez o Tribunal superior; instrumentos que han generado el doble conforme.

Lo cual nos da a entender sin lugar a dudas que el derecho al recurso contra el fallo condenatorio en materia penal (doble conforme o doble conformidad judicial), como ha sido llamado por la doctrina, es una garantía básica y mínima que todo Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha obligado a respetar y garantizar en la legislación interna².

Esta garantía impacta necesariamente la forma en la cual se estructuran los procedimientos penales, en la medida que todo fallo o sentencia de naturaleza condenatoria habilita al imputado o acusado para ejercer ante un juez o tribunal superior el recurso o control formal y material respecto del fallo para revisar la justicia del mismo. Como se trata de una obligación internacional de los Estados Parte y su incumplimiento es una violación de los derechos contenidos en la Convención, es de suma importancia verificar el nivel de cumplimiento o adecuación de las legislaciones internas.

Gabriel Jaime Salazar Giraldo, «La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal», Revista Ratio Juris Vol 10 N°21, 2015, http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view-File/21/56. p.7.





Lo cual implica manifestar que en la conceptualización no existe claridad, pues en ocasiones se confunde con el principio de doble instancia, y se lo relaciona con la casación, por lo que para lograr una mejor comprensión, se debe precisar su alcance y sobre todo a quien o quienes ampara.

Debido a que la garantía del doble conforme, está dirigida

a favor del sentenciado cuya finalidad es impedir la ejecución de la pena, sin que un ente superior confirme la legalidad de la condena, coincidiendo o discrepando con la sentencia, lo cual le otorga mayor seguridad y tutela a través de una doble verificación que consiste en la valoración de la prueba, según sea el tipo de recurso que se plantee, o de la aplicación, interpreta-

ción de la norma sustantiva o adjetiva.

Tal es así que la Constitución de la República del Ecuador otorga la facultad de impugnar decisiones judiciales, a fin de garantizar la seguridad jurídica principalmente fundada en la legalidad que guía al proceso penal como medio de realización de la justicia la que



Ecuador otorga la facultad de impugnar decisiones judiciales, a fin de garantizar la seguridad jurídica principalmente fundada en la legalidad que guía al proceso penal como medio de realización de la justicia la que debe responder a sus principios fundamentales como legalidad, mínima intervención penal y motivación.

debe responder a sus principios fundamentales como legalidad, mínima intervención penal y motivación.

En razón que la doble instancia es un derecho fundamental que tiene únicamente el imputado, mientras que la doble conformidad es una decisión legislativa que busca dotar de seguridad jurídica a los intervinientes del proceso, por otra parte, las sentencias han dejado claro que la doble conformidad se encuentra totalmente apegada a la Constitución.

Siendo por tal sentido que el principio de doble instancia o doble conforme, una máxima o axioma procesal que se fundamenta en establecer una jerarquía judicial, como regla general, de que todo juicio sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía. El principio se estructura básicamente como fuente de la impugnación a una sentencia no ejecutoriada y en función

al principio de igualdad ante la ley o de pariedad entre las partes, se formula para brindar la seguridad jurídica a la parte que piense que el fallo de instancia afectara sus derechos. En consecuencia a lo alegado es una herramienta del debido proceso para hacerlo efectivo.

Principio que en el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, que invoca una necesaria supremacía constitucional como arma imperativa a nuestro ordenamiento jurídico, es necesario que el Estado a través de una función llamada judicial que según el artículo primero del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que serán los jueces quienes deben seguir múltiples principios que los establece la constitución, los tratados internacionales y la ley, entre los cuales sin lugar a dudas se encuentra en el artículo 76.7, literal m de la constitución de la

República del Ecuador, como garantía normativa recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre su derecho, se lo aplique, lo cual nos faculta el doble conforme y la casación.

Es necesario explicar, lo que es el derecho a recurrir, que se refiere el artículo antes enunciado el mismo que haciendo una necesaria correlación de este con lo que se conoce como el derecho de acción y contradicción, en virtud de llevar al proceso a través del principio de la segunda instancia busca que la acción se ejercite a cabalidad.

Es decir este derecho a recurrir se entendería como la relación existente entre los tribunales de distinto grado, que no es propiamente jerárquica pues no existe poder de supremacía ni deber de subordinación entre unos y otros en el ámbito del ejercicio de la función materialmente jurisdiccional, basándose la revisión judicial por otro tribunal exclusivamente en un control técnico ideado por el legislador.

En donde en ocasiones al ser tan importante esta de-



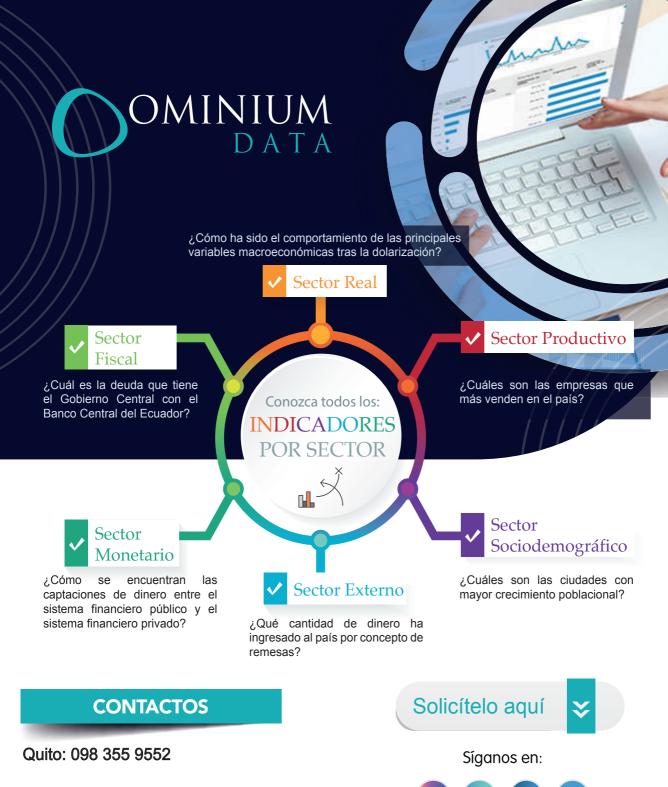
cisión se vulneran derechos, por ende el derecho a recurrir es sumamente importante ya que busca corregir el error judicial cometido, además, es entendido como un medio procesal denominado doble grado, o doble instancia.

Lo cual deja a relucir que el interés para recurrir se basa en una pretensión de que el juez ha violado la ley, al negar el cumplimiento de ciertos aspectos, por ende se solicita bajo pedido se corrija el fundamento legal por parte del superior. Mediante la debida interposición del recurso, la cual es muy importante ya que la sentencia si bien es cierto ya es entendida como un silogismo lógico, debido a que posee un criterio estructural compuesto de premisa mayor, premisa menor y conclusión, que estaría siendo sometida a una nueva revisión por parte de un órgano superior.

Es necesario mencionar, que este derecho a recurrir es una innovación de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, que en su artículo 76 núm. 7 literal l menciona "Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.", es decir este derecho consagrado como una garantía básica al debido proceso, nos permite recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, no obstante debemos mencionar que este derecho ya se encontraba reconocido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 8.2.h que menciona "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superioro

BIBLIOGRAFÍA:

- ARIANO DEHO, Eugenia. En la búsqueda de nuestro "modelo" de apelación civil.
 En línea: recuperado en fecha 07/08/18 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/
 derechoprocesal/article/viewFile/2439/2391, Lima.
- SALAZAR GIRALDO, Gabriel Jaime, «La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal», Revista Ratio Juris Vol 10 N°21, 2015,
 http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/viewFile/21/56..



edicioneslegales@corpmyl.com



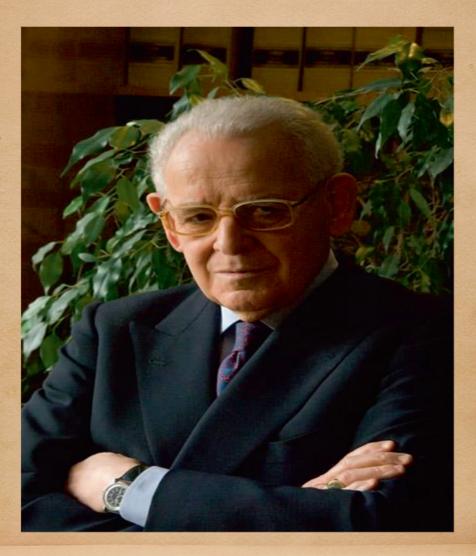






Eduardo García de Enterría

Abogado y jurista español, nacido en Ramales de la Victoria, en la comarca de Liébana, Santander, el 27 de abril de 1923 y fallecido en Madrid el 16 de septiembre de 2013. Es considerado uno de los juristas españoles más importantes del siglo XX.



Por: Eugenia Silva Gallegos
Directora

Biografía

Cursó los estudios de Derecho en las Universidades de Barcelona y Madrid. En la Universidad Complutense obtuvo el Premio extraordinario de Licenciatura en 1946 y de doctorado en 1952 por la tesis *El dogma de la reversión de concesiones*. Posteriormente, en 1964 fue becado por la Fundación Juan March para realizar el trabajo sobre *Teoría y derecho de los funcionarios públicos*.

En 1947 ingresó, por oposición, en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, donde ejerció como auditor hasta 1963. Miembro y colaborador del Instituto de Estudios Políticos, desde 1948 hasta 1950, fue desde 1951 miembro de número del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas de Bruselas.

Inició su tarea docente en 1952 como profesor adjunto por oposición de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Más tarde, en 1957 obtuvo la cátedra de Derecho de la Universidad de Valladolid.

En 1962 ganó, por oposición la primera cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid (hoy Universidad Complutense), donde además de desempeñar la tarea docente, dirigió el departamento de Derecho Administrativo. Hasta su fallecimiento fue catedrático emérito de esta universidad.

Académico de número de la Real de Jurisprudencia y Legislación, leyó su discurso de ingreso el 16 de marzo de 1970. Ese año fue elegido vocal de la Comisión General de Codificación.

Fundador de la editorial Civitas, García de Enterría fue director de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, desde su aparición en 1974 y secretario y consejero de redacción de la *Revista de Administración Pública*.

En 1977 fue investido doctor *honoris causa* por la Universidad parisiense de La Sorbona y el 25 de abril de 1978 fue elegido juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa por un período de nueve años.

Fue miembro de diversos organismos y profesor visitante en numerosas universidades extranjeras: Tublingen, París, Roma, México y Río de Janeiro, entre otras. El 22 de junio de 1984 fue galardonado con el premio *Príncipe de Asturias* de Ciencias Sociales.

En febrero de 1988 fue nombrado doctor *honoris* causa por la Universidad Autónoma de Nuevo León de la ciudad mexicana de Monterrey, así como por la Universidad Juárez del estado mexicano de Durango.

En abril del mismo año fue fundador, junto al profesor Fuentes Quintana, de la Escuela Libre de Derecho y Economía de Madrid, que se inauguró el día 27 de ese mes. En octubre de ese mismo año



fue nombrado presidente de la FIDE (Federación Internacional de Derecho Europeo), organización que agrupa a juristas de los países de la CE, además de otros cuatro países adheridos.

El 15 de mayo de 1992 fue investido doctor honoris causa por la Universidad de Bolonia; el 3 de junio de ese mismo año por la Universidad de Valladolid y el 28 de abril de 1995 por la Universidad de Cantabria. En esta ocasión García de Enterría realizó un discurso que tituló *Reflexión sobre el proyecto de Constitución europea*.

En 1993 intervino en el curso de Derecho Comunitario Europeo organizado por la Universidad de Granada y el Consejo General del Poder Judicial.

Experto en legislación comunitaria, García de Enterría fue uno de los seis juristas que formaron parte de la Comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución Europea y fue miembro del Grupo Europeo de Derecho Público, integrado por los principales catedráticos y profesores que imparten esta disciplina en la CE.

El 11 de noviembre de 1993 fue elegido académico de la Academia Real de la Lengua Española en sustitución del fallecido Alfonso García Valdecasas, ocupó el sillón *U* mayúscula.

Como miembro de diversas comisiones oficiales, García de Enterría participó en la redacción de varios proyectos legislativos como la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa, Ley de Aguas, Ley de Bases del Patrimonio del Estado, Ley General Tributaria, legislación complementaria de la Ley del Suelo, Ley Especial del Municipio de Barcelona, Ley del Área Metropolitana de Madrid, Ley de Contratos del Estado, Estatuto de la Renfe y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Fue autor de numerosos libros sobre Derecho Administrativo, entre los que destacan: Curso de Derecho Administrativo en colaboración con Tomás Ramón Fernández, reeditado en varias ocasiones y traducido al italiano y portugués; La Administración española, Los principios de la Ley de Expropiación Forzosa, Estudios de ciencia administrativa, Legislación delegada, potestad reglamentaria y contemporánea, Lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, Código de las leyes administrativas y Código de la Administración Local y del Urbanismo, los dos últimos en colaboración con J.A. Escalante.

Su faceta literaria se concentró en su obra La poesía de Borges y otros ensayos, publicado en 1992.

En 1969 le fue concedida la Gran Cruz de Alfonso X el Sabio, y realizó varias recopilaciones legislativas y numerosos artículos especializados en revistas de todo el mundo. Colaboró en diecisiete libros colectivos, como *La Constitución Española de 1978, El sistema europeo de protección de los derechos humanos y Código de leyes administrativas.*

En junio de 2006 recibió el premio Menéndez Pelayo, otorgado por la Universidad Internacional del mismo nombre; su rector, Luciano Parejo, destacó su "fecundo magisterio".

Fuente: https://www.mcnbiografias.com/

70 PERFIL



LA FORMACIÓN Y EL DESARROLLO EN EUROPA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

SU ADQUISICIÓN DEFINITIVA DE UN STATUS DE JURISDICCIÓN PLENA Y EFECTIVA

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid

SALUTACIÓN Y RECONOCIMIENTO.—I. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA COMO CREACIÓN DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y SU DESARROLLO Y ASENTAMIENTO INSTITUCIONAL.—II. LA IRRUPCIÓN INESPERADA DEL LEGISLADOR A FINALES DEL SIGLO XX Y COMIENZOS DEL XXI PRIVANDO AL CONSEIL D'ÉTAT DE SU MONOPOLIO SOBRE LA EVOLUCIÓN Y PERFECCIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. LA LEGALIZACIÓN COMPLETA DEL RÉGIMEN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y LA NUEVA RECONFIGURACIÓN DEL SISTEMA.—III. LA CONVERSIÓN DE TODA LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EN UNA PLENA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA, CON FACULTADES EJECUTIVAS DIRECTAS Y CON UN SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES SUMAMENTE MATIZADO Y EFECTIVO.—IV. LA SIMULTANEIDAD DE UNA EVOLUCIÓN ANÁLOGA EN ALEMANIA, PORTUGAL, ITALIA Y ESPAÑA. LA SUPERACIÓN DEL VIEJO STATUS DE «ADMINISTRADO» PASIVO DEL CIUDADANO Y LA ENTREGA A ÉSTE DE PODERES EFECTIVOS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL «CONCRETIZADO» EN ALEMANIA Y SU IRRUPCIÓN EN 1961. LA NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EDIFICADA SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBERTAD.

RESUMEN

La jurisdicción contencioso-administrativa surge con la Revolución Francesa como algo completamente novedoso, cuyas raíces no estaban en los grandes fundamentos históricos en que hasta entonces había arraigado todo el Derecho europeo. Originariamente careció de las características que hoy tiene y que hacen de ella una jurisdicción plena y efectiva. El presente trabajo analiza cómo, de manera simultánea, países como Francia, Alemania, Italia, Portugal y España, a través de sus legislaciones nacionales, han fortalecido su jurisdicción contencioso-administrativa otorgando al juez facultades directas de ejecución forzosa de sus sentencias y amplios poderes para graduar y hasta excluir la ejecutoriedad autoritaria de los actos administrativos. Con ello, el ciudadano ha superado definitivamente su viejo *status* de administrado pasivo y ha alcanzado la condición de ciudadano que controla a la Administración pública y que es capaz de contender con ella con igualdad de armas.

PERFIL 71



Palabras clave: jurisdicción contencioso-administrativa; división de poderes; sometimiento de la Administración a la Ley; Consejo de Estado francés; recurso de anulación; ejecución de sentencias; medidas cautelares.

* Texto del discurso pronunciado en la Universidad de Oporto el día 15 de mayo de 2009 al recibir el doctorado *honoris* causa de la misma.

I

La justicia administrativa fue una más de las grandes innovaciones institucionales introducidas por la Revolución Francesa, que, como tantas otras, fue perfilada y puesta a punto por su principal ejecutor testamentario, Napoleón Bonaparte.

Fue una creación jurídica enteramente nueva, que carecía de raíces en los grandes fundamentos históricos en que hasta entonces se había arraigado todo el Derecho europeo (Derecho Romano, Derecho Germánico, Derecho Canónico, ius commune medieval o moderno, el common law, el Derecho Natural y de Gentes). Surge súbitamente en la Revolución Francesa en el mismo año 1789, se afirma y madura a lo largo del siglo XIX y conoce un espectacular despliegue durante todo el XX, para aparecer ahora, recién inaugurado el siglo XXI, tras las reformas generalizadas en el último cambio de siglo, como una pieza central e inexcusable del orden democrático sustantivo, lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho.

La justicia administrativa aparece de forma súbita como algo completamente novedoso que pone en pie la Revolución Francesa para intentar hacer real, con una sorprendente lucidez y resolución, uno de los principios básicos formulados por LOCKE y por ROUSSEAU, «poner a la Ley por encima del hombre». Nadie puede ejercer el poder en una sociedad de hombres libres si no es en virtud de la Ley. ROUSSEAU dijo, de forma categórica:

«Un pueblo libre obedece pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes, y es por la fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres».

Y concluye ROUSSEAU este pasaje capital de sus Lettres écrites de la Montagne:

«Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando en quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las Leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto».

72 PERFIL



Esta idea esencial pasará a la capital Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con la que se inaugura la obra jurídica de la Revolución Francesa. El artículo 5.0 de esta Declaración proclama:

«Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena».

Y en el artículo 7.0, a propósito del poder punitivo, establece el principio básico de que

«nadie puede ser juzgado ni condenado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe» (es el básico principio nullum crimen, nulla poena sine lege, que aparece en el iluminismo italiano y que deslumbra a todos los juristas de la Ilustración),

para concluir

«sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer en virtud de la Ley debe obedecer al instante».

Todos estos principios producen el impresionante fenómeno histórico, completamente decisivo para entrar en la modernidad, de la legalización general del poder y de la obediencia, lo que será llamado expresivamente «el reino de la Ley» (expresión que se inscribirá en las primeras monedas revolucionarias en sustitución de los perfiles de los reyes que hasta entonces habían ilustrado mayestáticamente esos valiosos y significativos objetos).

Toda la tradición que había precedido ese momento revolucionario consideraba al aparato administrativo como un simple instrumento personal del monarca, el cual monopolizaba además el poder legislativo, aunque él mismo se proclamase *legibus solutus*, absuelto, libre de la Ley, que él sí podía utilizar para quebrantar derechos anteriores y otorgar exenciones, para crear nuevo Derecho, sin límites jurídicos efectivos.

La Revolución opera así uno de sus capitales cambios en el sistema jurídico: la Ley deja de ser un simple *instrumentum regni*, con el que el Príncipe podía quebrantar cualquier derecho de sus súbditos, según se había entendido hasta entonces, y pasa a ser ahora precisamente el instrumento que define y delimita la extensión y el contenido del propio poder real o del ejecutivo, en la nueva terminología impuesta por la implantación del principio de la división de poderes que había teorizado MONTESQUIEU unos años antes. La Administración va a pasar ahora a ser, en virtud también de ese capital principio de división de los poderes que convirtió en Ley el artículo 16 de la misma Declaración de Derechos del Hombre, una organización llamada a la ejecución de la Ley, la cual previamente ha determinado su organización, su competencia, los objetivos de su actuación, los límites concretos de todo su poder.



Este sometimiento de la Administración a la Ley para ser efectivo necesitará de una garantía eficaz. El propio ROUSSEAU, después de haber proclamado, como ya hemos visto, el principio básico de sometimiento de toda la actuación del Estado a la legalidad, añade:

«no habrá libertad en un Estado en el que el cuerpo encargado de aplicar la Ley tuviese derecho a hacerla hablar según sus fantasías, pues podría ejecutar como Leyes sus voluntades más tiránicas».

Por ello, la Declaración de Derechos de 1789, que inaugura brillantemente la obra jurídica de la Revolución Francesa, en su artículo 15 se ve obligada a establecer rotundamente el capital principio de la responsabilidad política y personal de todos cuantos ejerciesen un poder político, en estos términos:

«La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su Administración».

El artículo 16 de la Declaración destaca el carácter esencial del principio (subrayando su significación al equipararle con el dogmático y capital principio de división de los poderes):

«Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución».

Ese aseguramiento o garantía efectiva de los derechos exige, pues, una «dación de cuenta» de los agentes, lo que hace que éstos dejen de ser en adelante propietarios de sus oficios, como ocurría en el Antiguo Régimen. Pasarán a ser ahora, como explicó LOCKE, *trustees*, ligados por un *trust* o relación de confianza con el pueblo, ante el cual deberán responder (la palabra «responsabilidad» surge con ese sentido de dación de cuenta justo en el momento mismo de la Revolución, en todas la lenguas).

Esos agentes pasarán a ser, en lugar de propietarios de sus oficios, servidores de los ciudadanos y responsables ante ellos, cambio sustancial.

El artículo 15 de la propia Declaración de Derechos del Hombre de 1789 destaca con energía:

«La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración».



Ese «pedir cuentas» será lo que se llamará a partir de ahora responsabilidad, término que surge justamente en este preciso momento histórico en todas las lenguas europeas¹.

En la Constitución de 1791, la primera de los revolucionarios franceses, el artículo 4.0, Sección 2.a, Capítulo IV, Título IV (esta Constitución no enumera sucesivamente su articulado, sino independientemente en cada una de sus partes), dice:

«Pertenece al poder legislativo [esto es, a la Ley] determinar las reglas y el modo en que los administradores ejercen sus funciones»

Y en el artículo 3.0, Sección Primera, Capítulo II, Título III:

«No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir la obediencia».

Se hace aquí visible el momento fundacional del moderno Derecho Público, fundamentado en la resuelta extensión de la Ley no ya sólo a la organización de la Administración (que eso ya lo había hecho el Antiguo Régimen), sino, y sobre todo, al contenido entero de su competencia y de todas las formas de ejercicio del poder que ejerce.

Aunque la propia Constitución ha previsto una sanción penal a la inobservancia por los administradores de esa vinculación a la Ley (art. 8 de la misma Sección 3.a del Capítulo 4.o, dedicada a la Administración interior), lo más característico va a ser lo que el artículo 5.o de la misma Sección y Capítulo establece en favor del Rey como poder formal:

«el derecho de anular los actos de las Administraciones de Departamento contrarios a las Leyes y a las órdenes que el propio Rey les haya dirigido».

Esa anulación no podía confiarse en este momento al poder judicial porque estaba ya establecido el capital principio revolucionario de separación entre la *Administración y la Justicia* con anterioridad a la Constitución, por la básica Ley de 16-24 de agosto de 1790², que marcará todo el sistema político francés hasta hoy mismo, y que dispuso:

- 1. Cfr. mi libro *La Lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 3.a ed., Madrid, 2009, págs. 165 y ss., y allí citados. La palabra responsa- bilidad en su sentido de «dación de cuenta» aparece por vez primera en un texto revolucionario norteamericano de 1776; en francés en 1787, y, por cierto, en España ya se incluye en el Diccionario de TERREROS, que se publica en 1787-88, pero que se había concluido, según pare- ce, en 1786; remito sobre ello a mi libro citado.
- 2. En realidad, esta Ley venía ya exigida por la Administración del Antiguo Régimen. VIVIEN, en sus Etudes administratives, 3.a ed., París, 1845, pág. 20, dice: «El primer cuidado de la Asam- blea Constituyente en el momento en que ella misma fundaba el régimen nuevo» fue declarar que «las funciones judiciales son distintas y deberán permanecer siempre separadas de las funciones administrativas», y decidió que «los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, molestar [«troubler»] de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones», Ley que no sólo ha sido mantenida en vigor hasta hoy mismo, sino que el Conseil Constitutionnel de la V República la ha reconocido de rango constitucional en fechas aún recientes. Hoy, por cierto, como veremos más adelante, esta Ley, que jugó, como veremos, un papel esencial en la construcción del sistema contencioso-administrativo, ha sido luego «desenganchada» del carro constitucional y hay que considerarla ya como, simplemente, derogada.



«Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni intervenir [troubler, molestar] sobre las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones».

Este criterio está ya recogido en el propio texto constitucional de 1791 (en particular: art. 3 del Capítulo V), lo que determinará que la Constitución tenga que definir como una facultad explícita atribuida al mismo poder ejecutivo —no, pues, a los jueces— la de *anular los actos* de la *Administración «contrarios a la Ley* o a las órdenes que la autoridad de ese Poder, el Rey [con el Gobierno], les hubiera dirigido».

El artículo 5 de la misma Sección II, «de la Administración interior», del Capítulo IV («del ejercicio del Poder ejecutivo»), estableció por ello:

«El Rey tiene el derecho de anular los actos de los administradores de Departamento contrarias a las Leyes»,

poder que se atribuye igualmente a la Administración central respecto de las Administraciones de distrito (art. 5), y a estas últimas sobre los actos de los «subadministradores de distrito» o municipales. Aquí está el primer esbozo de una jurisdicción contencioso-administrativa, jurisdicción, evidentemente, «retenida» en las manos de la propia Administración, al no ser posible ya que este control pudiese ser ejercido por el poder judicial.

Esta jurisdicción, sin embargo, no se formalizará como tal hasta la primera Constitución napoleónica, la del año VIII, que crea en el artículo 52 un Conseil d'État, Consejo de Estado al que se encomienda redactar los proyectos de Ley y los reglamentos de Administración pública y «resolver las dificultades que surjan en materia administrativa». Es esta última función la que va a hacer del Consejo de Estado, desde ese mismo momento hasta hoy mismo, la pieza esencial que configura para varios siglos el sistema francés de justicia administrativa, que marca el origen del sistema contencioso-administrativo, como comenzará a precisar el Reglamento de ese órgano de 26 de noviembre de 1799, cuyo artículo 72 establece el básico principio de responsabilidad de los ministros por los actos que adopten «si son contrarios a la Constitución, a las Leyes y a los Reglamentos», según la básica concepción revolucionaria del principio del sometimiento de los actos a la estricta legalidad.

En desarrollo de esos principios, la Ley napoleónica de 28 pluvio- so del año VIII reguló los órganos administrativos a los que se va a encomendar el conocimiento de los recursos contra los posibles actos de la Administración, que la ya mencionada Ley de separación entre la Administración y la Justicia había excluido que pudiesen ser órganos judiciales formalmente tales. Estos dos órganos administrativos serán el *Conseil d'État* para los actos de las autoridades centrales de la Administración, y los Consejos de Prefectura para los actos emanados de las



autoridades del departamento o provincia, autoridades estas últimas que tenían ya atribuida la facultad de controlar también los actos de los municipios y arrondissements; por otra parte, las decisiones de los Consejos de Prefectura serían, a su vez, apelables ante el Consejo de Estado, el cual aseguraba así un control plenario y efectivo sobre todos los actos de la Administración, manteniendo la unidad de la interpretación y aplicación de las Leyes. Es la primera piedra de la formidable construcción histórica que ha sido la jurisdicción contencioso-administrativa y aun del Derecho Administrativo mismo, surgido como un subproducto, una consecuencia de tal jurisdicción.

En 1806 se organiza ya en el seno del Consejo de Estado una *Comission du contentieux* y se dictan las primera normas de procedimiento para estos asuntos, que quedan ya orgánicamente separadas de las funciones consultivas que eran propias del Consejo en la materia administrativa general, como ha continuado hasta hoy.

Se especializan así en el seno de los órganos consultivos los que asumirán la materia contencioso-administrativa. Es el sistema llamado de la justicia retenida, puesto que la decisión final correspondía al Emperador oyendo al Consejo de Estado. Desaparecidos en 1870 los dos Imperios, se atribuirá en 1872 el poder de decisión al Consejo de Estado mismo, que actuará a partir de ahora como jurisdicción delegada, asumiendo por sí solo, pues, la responsabilidad entera de la decisión. La notable calidad de la jurisprudencia de este órgano técnico da lugar a una doctrina nueva, a la que se llamará justamente Derecho Administrativo, articulada sobre el principio básico de la sujeción de la Administración a la Ley, Derecho que se desarrolla teóricamente ya desde los comienzos del siglo XIX. Este ordenamiento singularizado alcanza su culminación al jurisdiccionalizarse enteramente el Consejo de Estado en 1872 (sin perjuicio de mantener separada la función consultiva a la que debe su nombre). Lo que, como ya indicamos, dio lugar al sistema de jurisdicción delegada o independiente. El comentario y sistematización de esta jurisprudencia, cada vez más motivada y sutil, da contenido y rigor institucional al Derecho Administrativo, nueva rama del Derecho que conocerá un perfeccionamiento y depuración sucesivos hasta hoy mismo. En el origen, este sistema estructura y da sentido a los criterios que la jurisprudencia del Consejo de Estado va depurando, cada vez con una sustancia institucional más firme y elaborada.

La justicia administrativa acierta así a poner en pie un sistema jurídico que carecía de precedentes en la larga evolución de los sistemas políticos y jurídicos europeos y que terminará caracterizándose, como hoy se reconoce ya universalmente, como una pieza esencial del actual Estado de Derecho.

De este sistema de justicia administrativa destacará resueltamente el llamado recurso de anulación, creación nueva enteramente jurisprudencial. El Consejo de Estado comienza a admitir recursos en los que se reprocha a la Administración una actuación groseramente ilegal en sus fundamentos, aunque el recurrente no exhiba un verdadero derecho en la materia. La calidad administrativa del Consejo de Estado le hace sensible a lo que podría considerarse como una mera denuncia de una



actuación completamente irregular, de «orden público», como se dirá en España en el momento de su temprana recepción con el mismo sistema de atribuir el papel central a la misma pieza esencial del Consejo de Estado, creado a esos fines. Terminará por exigirse en Francia al recurrente una qualité pour agir o legitimación, que es un interés en el recurrente, interés que se concibe ahora como mera «exigencia de seriedad», y que no tendrá en el fallo del proceso ninguna transcendencia (incluso si el recurrente hubiese desistido del recurso tras haber puesto en marcha el proceso, éste continúa hasta el fallo), dando lugar así a un recurso que será calificado de «objetivo», en el que el recurrente, dirá aún HAURIOU ya entrado el siglo XX, actúa al modo de un Ministerio Fiscal. En Francia, la consagración de un sistema de jurisdicción contencioso-administrativo delegada, esto es, decidiendo el Consejo de Estado ejecutoriamente por propia autoridad, y tras un corto período de tiempo de interrupción en 1849, con la II República, tiene lugar con la Ley de 5 de mayo de 1872, fecha a partir de la cual el desarrollo del sistema será esencialmente jurisprudencial hasta prácticamente finales del siglo XX, como veremos.

La depuración constante de esta jurisprudencia, matizada y perfeccionada por un Consejo de Estado objeto de un culto y una admiración sin reservas, hizo del sistema contencioso-administrativo francés, y dentro de él al recurso de anulación, el paradigma mismo de la excelencia. En 1929, la gran autoridad de Gaston JÈZE decía: «el excés de pouvoir es la más maravillosa creación de los juristas, el arma más eficaz, la más práctica que existe en el mundo para defender libertades», juicio repetido y desarrollado por las sucesivas generaciones de especialistas y de expertos, sin excepción.

H

Pero he aquí que, de una manera súbita e inesperada, el legislador francés irrumpe resueltamente a finales del siglo XX y comienzos del XXI en el sistema contencioso-administrativo, rompiendo, por de pronto, la tradición de dejar su perfeccionamiento, como venía ocurriendo desde hacía dos siglos, a la sage lenteur, la sabia lentitud, de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que avanzaba parsimoniosamente, por pasos medidos, para pulir cuidadosamente, con una complacencia casi estética, los rasgos de una institución que se tenía por la perfección misma, respetada, admirada y amada por jueces, profesores, justiciables y políticos, así como envidiada por la generalidad de los Estados europeos.

Abruptamente, he aquí que esa creación jurisprudencial tan bien construída y admirada va a ser ahora abiertamente desautorizada por un legislador que irrumpe inesperadamente para privar, por de pron to, al Consejo de Estado del monopolio con que venía dirigiendo y perfeccionando la configuración de la pieza clave del sistema, el recurso de anulación, que era su carácter puramente declarativo, en el que se quintaesenciaban y sublimaban limitaciones procedentes de los mismos dogmas revolucionarios primigenios. Las Leyes de 1980 y de 8 de febrero de 1995, más tarde sistematizadas y completadas por otras Leyes de 4 de mayo y 30 de junio de 2000, ordenadas luego en un espectacular y novedoso *Código de la Justicia Administrativa*, han supuesto, por de pronto, la privación al Consejo de Estado de su protagonismo virtualmente exclusivo sobre la justicia administrativa, procediéndose



a una insólita codificación total, absolutamente novedosa, de toda la materia contencioso-administrativa.

Pues no se ha tratado de una mera sistematización en una Ley de las creaciones jurisprudenciales de la materia, tan cuidadosamente depurada por el Consejo de Estado, sino de una modificación absolutamente esencial del sistema mismo construido por éste, en dos puntos capitales del mismo, hasta el punto de hacer de él, a partir de ahora, un sistema enteramente nuevo. Esos dos extremos objeto de una transformación sustancial han sido la tutela cautelar, que ha experimentado un desarrollo desconocido en cualquier otro sistema legal europeo (con la reserva del sistema alemán, al que luego nos referiremos con más detalle), y, sobre todo, el valor de las sentencias estimatorias de los recursos contencioso-administrativos, atribuyendo en este momento íntegra ahora a la propia jurisdicción contencioso-administrativa un poder jurisdiccional plenario, en la misma medida de que disponen todas las jurisdicciones ordinarias



y del que hasta ahora carecía radicalmente, por virtud del principio básico de la «separación» entre la Administración y la justicia, que afectaba, por supuesto, a la propia jurisdicción contencioso-administrativa, la de ejecución forzosa de sus propias sentencias, tanto sobre la Administración misma como sobre los administrados afectados por ellas. Se ha puesto así fin espectacularmente a una serie de principios y criterios que habían venido considerándose durante sus casi dos siglos de existencia como esenciales a la jurisdicción contencioso-administrativa y al mismo Derecho Administrativo, para establecer ahora una paridad virtualmente absoluta entre esta jurisdicción y las demás jurisdicciones ordinarias. Es, sin duda, la mayor transformación que la jurisdicción contencioso-administrativa ha experimentado en Francia hasta ahora desde sus mismos orígenes. Toda ella ha pasado a ser ahora una jurisdicción plenaria y efectiva, con el abandono resuelto de su reducción al solo plano declarativo y el explícito reconocimiento de su posibilidad de ejecutar forzosamente sus sentencias frente a una Adminis tración o unos administrados renuentes. La vieja regla impuesta por la Revolución de la inmunidad de la Administración respecto de los jueces, que ha durado más de dos siglos, como hemos visto, y que se consideraba hasta ahora de rango constitucional, ha desaparecido pura y simplemente.

III

Toda esa cuidadosa construcción, obra predilecta de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con su sage lenteur, su sabia lentitud, que avanzaba parsimoniosamente por pasos medidos, con una



complacencia casi estética, admirada, elogiada y amada por políticos, justiciables, profesores y jueces, todo ese impresionante edificio, cuando apenas si existía una crítica de alguna entidad contra el mismo, acaba de ser desautorizado, en efecto, por un legislador que ha irrumpido inesperadamente en la materia, poniendo fin así al protagonismo prácticamente exclusivo del Consejo de Estado sobre esa nueva especie de justicia que él había imaginado, configurado y perfeccionando paciente y sabiamente durante casi dos siglos completos.

Inesperadamente, súbitamente, ha irrumpido, pues, el legislador, en efecto, en los años finales del siglo XX y comienzos del XXI para cambiar enteramente el sistema contencioso-administrativo francés.

A partir de las Leyes francesas de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1995, culminadas en un Código de Justicia Administrativa aprobado por la Ordenanza de 4 de mayo de 2000, y su Reglamento por el Decreto de la misma fecha, en efecto, se reconfigura resueltamente el sistema, un sistema hasta ahora entregado en exclusiva al Consejo de Estado, poniendo así fin de una manera espectacular al monopolio que éste ha mantenido durante dos siglos de la responsabilidad de su concepción y de su desarrollo. Se ha aprobado como Ley y como Decreto de desarrollo un insólito Code de Justice Administrative, que es una legalización completa y absoluta de toda la extensión y funcionamiento de esa justicia, por cierto con una precisión y un detalle como no existen hoy probablemente otros en ningún otro Estado. Lo más significativo, sin embargo, no es el hecho mismo de esa codificación, con un pormenor y una extensión desconocidos en cualquier otro Derecho positivo, sino el hecho simple de que ese nuevo Código se haya hecho no como una sistematización de la venerada jurisprudencia del Consejo de Estado, su creador exclusivo hasta ahora, sino introduciendo en el sistema un cambio absoluto de los principios básicos sentados por esa jurisprudencia a lo largo de sus dos siglos de existencia. Simplemente dicho, esta innovación legislativa cambia radicalmente los principios mismos del sistema contencioso-administrativo francés, convirtiendo ahora a sus Tribunales específicos en unos Tribunales judiciales plenarios, como se hace visible sobre todo en dos terrenos completamente nuevos, la competencia plena para ejecutar sus propias sentencias, hasta ahora puramente declarativas, como sabemos, haciéndoles, pues, Tribunales de plena jurisdicción, en la propia terminología francesa, y la disponibilidad de un sistema extraordinariamente rico y matizado de medidas cautelares, que han venido a poner fin al carácter básico y central del principio de ejecutoriedad de las decisiones de la Administración, en cuanto autoridad superior respetada, no afectada hasta ahora, salvo en excepciones muy señaladas y resueltamente limitadas.

Destaca, con toda evidencia, la conversión de la jurisdicción con- tencioso-administrativa en una jurisdicción «plena», según la categoría de la bien asentada doctrina procesal francesa. El viejo principio de «separación» entre la Administración y los Tribunales, no obstante su énfasis y su papel central en el origen y en la configuración del contencioso-administrativo francés, e incluso su rango constitucional reconocido por el Conseil Constitutionnel ya bajo la V República, ha desaparecido, simplemente. Hoy los poderes del juez contencioso-administrativo respecto de la Administración como parte en el proceso han pasado a ser exactamente los mismos que los que tiene el juez ordinario en las actuaciones procesales civiles, laborales o penales sobre los ciudadanos ordinarios: el juez contencioso-administrativo ha dejado de



ser, pues, un juez limitado y menor, como, no obstante todo el énfasis puesto en la sutileza y rigor de la doctrina del Consejo de Estado, apoyada en el viejo principio revolucionario de la «separación» entre la Administración y los Tribunales, como había venido ocurriendo hasta ahora.

Hay que notar que esta radical transformación del sistema jurisdiccional contencioso-administrativo ha tenido lugar también en otros sistemas europeos, y por las mismas fechas, por cierto, como si obedeciese a un verdadero acuerdo comunitario o internacional (que no ha existido, desde luego), o al menos a una conciencia común y aguda en toda Europa sobre la necesidad de acabar de golpe con todas las convencionales e históricas limitaciones que atenazaban una jurisdicción que ha dejado con ello de ser un cuadro teórico y exquisito que no afectaba de manera sustancial al papel manifiestamente prepotente con que se configuró la Administración surgida de la Revolución Francesa, la cual debía seguir «separada» también de la justicia administrativa por su propia y enaltecida esencia de poder.

El juez contencioso-administrativo ha dejado así de ser un juez limitado y menor, como había ocurrido hasta ahora, no obstante el énfasis puesto en la sutileza y rigor de su jurisprudencia, para *adquirir desde ahora la integridad de los poderes de cualquier otro juez sobre sus justiciables*. Es una modificación absolutamente sustancial —que, por cierto, ha venido a coincidir, como si de un misterioso «espíritu del tiempo» se tratase, con transformaciones análogas en las jurisdicciones contencioso-administrativas de otros Estados europeos, España entre ellos.

Finalmente, una tercera Ley, la de 30 de junio de 2000, incluyó en el Código de la Justicia Administrativa una regulación completa y circunstanciada de las medidas cautelares que la jurisdicción es ahora capaz de imponer a la Administración demandada, rompiendo con ello otro de los dogmas convencionales del anterior sistema, el de la inexorable ejecutividad de sus actos, como propios de un verdadero poder público frente al cual el ciudadano habría de tener siempre una posición jurídica subordinada y menor.

Hoy la posición del ciudadano discrepante ha dejado de ser una simple tolerancia para pasar a ser la del titular de un verdadero derecho subjetivo a una justicia efectiva, en los términos del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exige, también en la esfera contencioso-administrativa, una tutela efectiva, en «igualdad de armas» procesales con la Administración, sin que con la misma pueda producirse indefensión alguna, «con todas las garantías», como dice expresamente dicho precepto, aplicable según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la materia contencioso-administrativa, con alguna limitada excepción. De este modo, el nuevo Código de Justicia Administrativa ha pasado a contener una regulación pormenorizada de la tutela cautelar ejercitable contra la Administración, de manera realmente espectacular, hasta el punto de que un autor cualificado como René CHAPUS ha podido decir recientemente nada menos que esta materia de las medidas cautelares «domina a partir de ahora el Estado de Derecho», sin duda porque ha venido a reconfigurar los papeles que dentro de ese Estado corresponden a la Administración y al juez contencioso-administrativo, que a partir de ahora ha pasado a ser un juez plenario y verdadero.

IV

No tendría interés intentar exponer ahora las soluciones (por cierto, virtualmente análogas a las que en el mismo momento del cambio del siglo XX-XXI han llegado a otros países europeos, Ale-

JNOVEDADES JURÍDICAS



mania, Portugal, Italia, España), sin que ningún convenio o decisión comunitarios o de otro carácter les obligase a ello. Como en pocas ocasiones, el «espíritu del tiempo» parece haber obrado por sí solo para que los Estados democráticos europeos viniesen a coincidir en soluciones similares de fortalecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente en cuanto a la superación definitiva del carácter meramente declarativo de sus sentencias, reconociendo ahora a sus Tribunales por primera vez las mismas facultades de imponer y controlar la ejecución forzosa, así como un poder nuevo de graduar y hasta excluir la ejecutoriedad autoritaria de los actos administrativos mediante un matizadísimo sistema de medidas cautelares.

En Alemania ello tuvo lugar ya con su premonitoria Ley de la Jurisdicción Administrativa de 21 de enero de 1960 (modificada parcialmente en 1991 y 2008), la cual se limitó a prescribir que para



la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas serían de aplicación, simplemente, lo dispuesto para la ejecución de las sentencias civiles por su Ley de Enjuiciamiento Civil (parágrafo 123, apartado 3, de la *Verwaltungsgerichtsordnung* de 21 de enero de 1960, mantenido en su versión actual de 19 de mayo de 1991). Lo mismo, justamente, en lo referente a la generalización de las medidas cautelares (parágrafo 123, apartado 33, de la misma Ley).

Debe subrayarse en todo caso la *primacía que el Derecho portugués*, aunque inspirado en ese precedente alemán, *ha ganado con toda justicia en esta capital corriente europea última*, con su importante *Código de los Tribunales Administrativos*, aprobado por la Ley 15/2002, que siste- matiza y ordena una corriente innovativa que se remonta a 1985 y que continuaron varias Leyes y Decretos-Leyes posteriores.

Me permitiré recordar que yo mismo tuve el honor de comentar en las páginas de nuestra REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (ya sexagenaria, por cierto, y permítanme decir que es uno de los orgullos en el que suele complacerse nuestro administrativismo actual, que nació justamente con ella). Concretamente en su número 162, de diciembre de 2003, con el título de «El nuevo Código portugués del proceso de los Tribunales Administrativos», comenté esa importante innovación legislativa portuguesa, con la traducción íntegra del texto de este importantísimo Código, que realizaron dos Profesores de la Universidad de Vigo, tan cercanos a todas las novedades jurídicas portuguesas, Pablo MENÉNDEZ y Patricia VALCÁRCEL [por cierto, aquí presentes hoy].

En Inglaterra ello está siendo el resultado de su capital Human Rights Act de 1998, con vigencia plena a partir del principio del año 2000, que ha convertido en norma interna la totalidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con su capital artículo 6.0, al que ya nos 3 hemos referido³.

En fin, en España la Constitución de 1978, artículo 106.1, incluyó a los Tribunales contencioso-administrativos en el género común de Tribunales, a los cuales compete «juzgar y ejecutar
lo juzgado» (art. 117.3), lo que ha determinado que nuestra Ley vigente de la jurisdicción
contencioso-administrativa de 1998, artículo 103.1, establezca con naturalidad (corrigiendo
la anterior situación de sus Tribunales) que «la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden
jurisdiccional», previéndose incluso que es también facultad del órgano jurisdiccional decidir
las fórmulas compensatorias que procedan en caso de «imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia» (arts. 105 y ss.).



El ciudadano ha ganado con este paso decisivo la superación definitiva de su viejo status de «administrado» pasivo frente a una Administración superior, de cualidad más alta, armada de sus tradicionales y abusivos —en el terreno de la justicia— privilegios de poder público. El sistema de la justicia administrativa ha venido así a elevar su rango de ciudadano, al ser ya capaz de contender «con igualdad de armas» con la vieja Administración heredera directa del Rey absoluto.

Los derechos que el ciudadano ostenta en la compleja sociedad actual, derechos hoy enriquecidos por el sustancial de no poder ser afectada en los intereses materiales y morales de su existencia, sobre los que se fundamenta su esencial posición jurídica de hombre libre e independiente, si no es en virtud de una Ley, han quedado sustancialmente elevados. Hoy el juez contencioso tiene la obligación estricta de tutelar en su plenitud ese espacio sustancial de libertad, sólo desde el cual pue- de el hombre de hoy ser capaz de construir y proteger una vida personal primaria, en su integridad.

La evolución ha conducido, pues, a la conquista definitiva de una jurisdicción plenaria y efectiva para garantizar de manera completa y plena, por primera vez en la historia, los derechos y libertades de los ciudadanos frente a una Administración que había acertado a mantenerse en una inmunidad sustancial última en virtud de viejos y convencionales mitos cuidadosamente presentados como supuestamente derivados de «la naturaleza de las cosas», y que escondían, sim plemente, la conveniencia práctica de los administradores y su orgullo de titulares efectivos de un verdadero poder público, frente a una ciudadanía de menor rango, a la que correspondía, sobre todo, obedecer.

V

Hemos visto cómo sobre la temprana iniciativa alemana, que es la primera en dar el paso esencial, y, por cierto nada más normalizada su condición de Estado tras la ocupación militar de que fue objeto durante varios años después de la segunda guerra mundial (no resulta arriesgado suponer que se trata de una deliberada rectificación de la condición absolutamente sometida en que los ciudadanos habían sido situados bajo el régimen nacionalsocialista), ha terminado por generalizarse en todos los grandes Estados europeos la formidable revolución que ha supuesto la superación resuelta y sistemática del estrechísimo molde que resultaban para los ciudadanos de la limitación de las posibilidades de reacción contra las decisiones autoritarias de la Administración en su diaria actuación. Pues resultaba, en efecto, que el tan enaltecido y admirado sistema francés de lo contencioso-administrativo, primero, no era una verdadera protección jurisdiccional, nada menos, pues debía moverse sin afectar al fundamental principio de que los Tribunales no podían interferir, y ni siquiera «molestar» [«troubler»], el funcionamiento de la Administración (regla declarada de rango constitucional por la jurisdicción constitucional francesa, ella sí una verdadera jurisdicción, aunque también todavía afectada por limitaciones sumamente graves, aunque no sea ésta la ocasión de comentarlas), y además porque resultaba que sus decisiones carecían de verdadera «fuerza ejecutiva», pues ese mismo principio de «separación» impedía radicalmente su ejecución forzosa, que quedaba así confiada a la pura benevolencia (en estricto sentido) de la propia Administración y de sus agentes, técnicamente superiores tanto a los ciudadanos como a los jueces.



La reconstrucción como una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa, no sometida a la paradójica condición de carecer totalmente de la potestad de poder *ejecutar* sus propias sentencias y de tener que respetar la regla revolucionaria básica de la «separación» entre la Administración y la Justicia, tuvo que ser realizada, al margen de su fuente originaria en el mítico contencioso-administrativo francés, justamente por Alemania en la temprana fecha de 1961, cuando había asumido con resolución y clarividencia bien marcadas la constitución de un verdadero Estado material de Derecho y estableció la primera Ver waltungsgerichtsordnung. De ahí la simplicidad y resolución con que abandonó y corrigió las extrañas y malignas reglas de la «separación» entre la Administración y los tribunales y de la privación virtual a los jueces contencioso-administrativos del poder de ejecutar sus sentencias y la competencia de protección cautelar a las pretensiones de los ciuda danos. En efecto, como hemos visto, el legislador alemán rompió con resolución y simplicidad con esas dos gravísimas limitaciones y constituyó así el nuevo modelo de justicia administrativa integral y efectiva, con el poder íntegro de ejecutar y hacer cumplir sus propias sentencias y con la disponibilidad plena de disponer de la misma panoplia de medidas cautelares que los jueces civiles contra una Administración por tradición altiva y todopoderosa.

La innovación resulta decisiva, pues esos dos grandes poderes del juez le fueron entregados en su plenitud, haciendo aplicables al juez contencioso-administrativo la integridad de los poderes de que dispone el juez civil —o laboral, o penal— sobre quienes son partes procesales en sus procesos propios.

Como ya sabemos, esa capital innovación alemana ha concluido por ser recibida por los demás Estados europeos, comenzando por Francia misma, que articuló y perfeccionó el sistema contencioso-administrativo de los siglos XIX y XX, *iniciando con ello una época nueva de la Administración, como un poder propio de un verdadero Estado Constitucional de Derecho*. El modelo se ha extendido en su totalidad, sin perjuicio de que en España y en algún otro país (no en Portugal, ciertamente) necesitemos aún urgentemente una recepción más efectiva y operativa del paradigma inequívoco del nuevo modelo del Derecho Administrativo efectivamente constitucionalizado y plenario.

Los ciudadanos europeos se encuentran hoy con un formidable poder de control sobre el aparato y las decisiones de la Administración, poder que ha subrayado así la plenitud de la posición en que hoy han alcanzado a ser situados como sujetos primordiales del actual Estado de Derecho, edificado definitivamente sobre el principio de la libertad efectiva de los mismos respecto de todo el aparato público, el cual ha dejado de ser con ello un instrumento para su sometimiento o dominación, lo contrario precisamente a un aparato concebido para el servicio integral y efectivo a esos ciudadanos, precisamente

1. Cfr. mi libro *La Lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 3.a ed., Madrid, 2009, págs. 165 y ss., y allí citados. La palabra responsa- bilidad en su sentido de «dación de cuenta» aparece por vez primera en un texto revoluciona- rio norteamericano de 1776; en francés en 1787, y, por cierto, en España ya se incluye en el Diccionario de TERREROS, que se publica en 1787-88, pero que se había concluido, según pare- ce, en 1786; remito sobre ello a mi libro citado.

FUENTE: Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 179, Madrid, mayo-agosto (2009), págs 167-183.



Prófitas

l triunfo sin precedente de la selección ecuatoriana en el partido inaugural de la Copa Mundial de fútbol y su participación durante las subsiguientes semanas -al igual que en ocasiones anteriores- despertó un inusual espíritu de unidad en Ecuador, lo cual resulta favorable para el debilitado gobierno ecuatoriano.

Por un lado, sirve para bajar las tensiones de una creciente polarización política que en más de una ocasión ha amenazado la estabilidad del régimen durante este año. Difícilmente las fuerzas de oposición -en la Asamblea Nacional o en las calles- podrán promover iniciativas desestabilizadoras en medio de un evento global que consume la atención y genera empatía entre los ecuatorianos.

Por otro lado, el entusiasmo con respecto a la Copa del Mundo, parecería estar generando un impulso adicional a las actividades comerciales, lo que sumado a un tradicionalmente activo mes de diciembre, podría mejorar la percepción pública sobre la situación económica y el desempeño del gobierno. En junio de 2014, cuando Ecuador participó por última vez en un mundial, las ventas locales crecieron al 7,6% anual, mientras que en el mes previo habían crecido al 4,1%. Sin embargo, ese repunte fue momentáneo, ya que en el siguiente mes ralentizaron su crecimiento al 5,5% anual.

Claro está, otras iniciativas desestabilizadoras de menor perfil pueden pasar bajo el radar, cuando toda la atención se encuentra en la Copa del Mundo. Tal como sucedió con la destitución de cuatro miembros del Consejo de Participación Ciudadana, lo cual fortalece a la oposición y augura nuevos conflictos hacia adelante.

Pero sin duda el desempeño mundialista que tuvo "la Tri" y las próximas festividades de diciembre, están efectivamente sirviendo para bajar las tensiones políticas y reforzar la estabilidad del gobierno. Al menos en lo que resta del año.







Es la firma de consultoría líder en el análisis y la gestión gos que el entorno político produce en los mercados.

Somos un grupo de profesionales que combinan los negocios y las ciencias sociales para ofrecer una visión estratégica, objetiva y no-partidista, sobre el impacto de la política en la economía y los negocios.

> Para mayor información: www.profitas.com info@profitas.com

REFORMAS A VARIOS CUERPOS NORMATIVOS EN MATERIA DE POLÍTICA COMERCIAL, INVERSIONES Y FISCAL PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 586 publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 186 del 10 de noviembre de 2022, se dispuso reformas a cuerpos normativos en materia tributaria, contratación pública, producción, comercio, inversiones, entre otras.

Los cuerpos afectados son los siguientes: Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, Reglamento a la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19, Reglamento para la aplicación del impuesto a la Salida de Divisas, Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y documentos complementarios, Reglamento para la aplicación de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y el Reglamento General a la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación.

Entre las reformas más relevantes que afectan al Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno se encuentra la definición de servicios profesionales, además se sustituye lo referente a la calificación de empresas inexistentes, fantasmas o contribuyentes con transacciones inexistentes. Se implementa la reducción de la tarifa de impuesto a la renta para el desarrollo de inversiones nuevas, además, se establece que son imputables y asociados a los ingresos efectivamente percibidos todas las inversiones, costos y gastos efectuados. Por último, en lo referente al régimen tributario de las empresas mineras se establecen condiciones para amortizaciones y depreciaciones; y se implementan los registros contables por concesión minera.

Dentro del Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en cuanto a los contratos de inversión se agregó el silencio administrativo positivo en favor del solicitante por medio de resolución motivada. Por el

Contenido: Raiza Añasco | Diseño: Daniela Gomezjurado

mismo lado, en el Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se agrega la sección sobre la exoneración a tributos al comercio exterior con la firma de contrato de inversión, su procedimiento, así como la seguridad jurídica y estabilidad sobre exenciones en contrato de inversión.

En el Reglamento de Aplicación del Libro IV del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en materia de política comercial, sus órganos de control e instrumentos, se eliminaron los documentos de control previo, la publicidad de las licencias de importación y exportación y presentación de solicitudes dentro de las medidas no arancelarias en materia de comercio exterior.

Para finalizar, en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se modificó lo relacionado a la resolución de inicio bajo régimen especial, la cual ya no deberá dejar constar la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación.



10

duct 8



DESTACAMOS

Por: Raiza Añasco Departamento de Investigación y Contenido

Se declara el estado de excepción por grave conmoción interna en las provincias de Guayas y Esmeraldas.

Decreto Ejecutivo No. 588 (R.O. 185-4S, 9-XI-2022)

La presente declaración se basa en las actividades de grupos de delincuencia organizada, cuyas acciones, amenazas y prácticas delictivas amenazan a la sociedad.

Reformas a varios cuerpos normativos en materia de política comercial, inversiones y fiscal para el desarrollo económico.

Decreto Ejecutivo No. 586 (R.O. 186-3S, 10-XI-2022)

Se reforma por ejemplo, el Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, Reglamento a la Ley Orgánica para el desarrollo económico y sostenibilidad fiscal tras la pandemia covid-19, entre otros.

3

Amplíese el ámbito territorial de aplicación del Decreto Ejecutivo No. 588.

Decreto Ejecutivo No. 589 (R.O. 185-4S, 9-XI-2022) Se amplía el estado de excepción a las provincias de Guayas, Esmeraldas y Santo Domingo de los Tsáchilas.

NOVIEMBRE 2022

4

Restricción a la libertad de tránsito correspondiente al estado de excepción en las provincias de Guayas, Esmeraldas y Santo Domingo de los Tsáchilas.

Decreto Ejecutivo No. 590 (R.O. 187-2S, 11-XI-2022) Se expide el nuevo horario de aplicación del estado de excepción en las provincias respectivas, siendo todos los días desde las 23h00 hasta las 05h00.

5

Código Municipal del Distrito Metropolitano de Quito. Ordenanza Metropolitana No. 037-2022 (R.O. E.E. 615, 21-XI-2022)

Se expide la nueva Codificación al Código Municipal de DMQ.

6

Ley Orgánica de pagos en plazos justos, primero las MYPES.

Ley Orgánica s/n (R.O. 194-2S, 22-XI-2022) Tiene por objeto desarrollar un marco de protección para las personas naturales y jurídicas calificadas como micro y pequeñas empresas y a las organizaciones que integran la agricultura familiar campesina y la economía popular y solidaria.



Código de la niñez y adolescencia

NUEVA PRAXIS ACTUALIZADA 2022

~ **(** 25%



La respuesta justa a su necesidad de información

POR TEMPORADA NAVIDEÑA





- Incluye todas las reformas dispuestas en la Ley Ornánica de la Deferencia del Pueblo.
- Incluye Formularios de Demanda, Rebaja, Aume
- de Persion Almentica, entre otros.

 Tablas de Paraissas Minimas Alimentirias
- en el COP.

odicionarlamalar com









Difiera a 3 meses sin intereses y reciba 2 meses de gracia con sus tarjetas Diners.



Envíos a todo el país con costo adicional.

Aceptamos todas las tarjetas y pagos en línea.