

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



“LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en  
Política Jurisdiccional

AUTOR

Diego Manuel Núñez Santamaría

ASESOR

Eduardo Hernando Nieto

JURADOS

Presidente: Dr. Gorki Gonzales Mantilla

Jurado: Betzabé Marciani Burgos

LIMA - PERÚ

2012

## ÍNDICE

Introducción	página 3
1. La Casación y su aplicación en Ecuador	página 9
1.1 Cultura Jurídica Formalista	página 9
1.1.1. Cultura Jurídica, una forma de mirar el Derecho	página 9
1.1.2. Cultura Jurídica Latinoamericana	página 12
1.1.3. Cultura Jurídica Ecuatoriana y el Poder Político	página 16
1.2. Función Jurisdiccional de origen europeo continental	página 32
1.2.1. Origen del Poder Judicial nulo	página 32
1.2.2. Justicia como servicio público	página 35
1.3. La Casación y su aplicación en el Ecuador	página 37
1.3.1. Concepción Clásica	página 37
1.3.2. Casación Actual	página 39
1.3.3. Fines de la Casación	página 40
1.3.4. Implementación de la casación en el Ecuador	página 43
2. El Proceso Neoconstitucionalista en la experiencia ecuatoriana: entre el desafío y la realidad.	página 51
2.1. El Paradigma del Estado Constitucional	página 51
2.1.1. El Estado de Derecho Decimonónico	página 51
2.1.2. Positivismo Jurídico Formalista	página 56
2.1.3. El Estado Constitucional	página 59
2.1.4. Principialismo	página 66
2.1.5 Neoconstitucionalismo	página 68
2.1.6. Argumentación Jurídica	página 71
2.2. El proceso constituyente 2008 y sus ofrecimientos	página 74
2.2.1 Una reformulación en América Latina	página 74
2.2.2. El <i>Sumak Kawsai</i> (Buen Vivir) como horizonte	página 77
2.2.3. Promesas Constitucionales	página 80
3. La Casación en un escenario complejo: entre el poder y la aplicación	página 85
3.1. Casación como institución de defensa del Derecho Objetivo	página 85
3.1.1. El riesgo de la no revisión material	página 86
3.1.2 Derrotabilidad: la solución a la casación formal	página 121
3.2. El olvido de la casación	página 132
3.2.1. Acción extraordinaria de protección frente a decisiones judiciales	página 132
3.2.2. Inundación de las acciones de protección	página 142
3.2.3. Fuerza normativa de los precedentes constitucionales	página 144
3.3. Las restricciones del poder y de la cultura jurídica	página 150
3.3.1. La conformación de la nueva Corte Constitucional	página 151
3.3.2. Riesgos de un Neoconstitucionalismo absorbido por el poder	página 157
3.3.3. Consulta popular y propuesta de reforma judicial 2011	página 161
4. Conclusiones	página 164
5. Bibliografía	página 172

## Introducción

El nivel de confianza de la población hacia los poderes judiciales en América Latina es realmente bajo<sup>1</sup>. Aunque debemos reconocer que algunos países se encuentran en mejor imagen que otros, pero la visión en general de los órganos jurisdiccionales es que no se ve como una institución de confianza para la población. Varios países han emprendido fuertes reformas judiciales con el fin de mejorar la cara de la justicia. El caso emblemático es el Perú que emprendió una reforma judicial a inicios de la década de 1970, sin haber tenido un éxito visible<sup>2</sup>.

Con el afán de dar una verdadera respuesta a la justicia, muchas instituciones, que han tenido un relativo éxito en países europeos, han sido adoptadas en los países latinoamericanos. Ese es el caso, por ejemplo, de la casación. En varios países latinoamericanos fue introducida en la década de 1990, excepto en Venezuela que fue adoptada en 1876<sup>3</sup>, la institución tenía el propósito de dinamizar el razonamiento judicial estableciendo una correcta interpretación uniforme de la ley. Luego de veinte años no ha sido la solución que se anunció, no ha solucionado el problema de la carga procesal y menos aún ha mejorado la confianza de la Función Judicial.

La pregunta es si el problema son las instituciones, la cultura de los operadores jurídicos o la forma en las que el poder las utiliza. El filósofo francés Michel Foucault consideraba que la verdad era *“el conjunto de reglas según las cuales se discrimina lo verdadero de lo falso y se ligan a lo verdadero efectos políticos de poder se entiende asimismo que no se trata de un combate a favor de la verdad sino en torno al estatuto de verdad y al papel económico político que juega.”*<sup>4</sup> La verdad depende entonces del poder y no sustancialmente de lo verdadero. El poder político en el Ecuador ha sido excluyente, basta revisar la actuación de los caudillos políticos en 181 años de República. Las instituciones jurídicas han sido utilizadas en beneficio de los sectores afines al poder.

---

<sup>1</sup> Informe Latinobarómetro del 2002 realizado entre 17 países de América Latina.

<sup>2</sup> En 1968 un régimen militar asumió el poder con la intención de hacer una reestructuración revolucionaria de la sociedad peruana, algunas medidas incluso agravaron los problemas que pretendían resolver. Para una evaluación HAMMERGREN, Linn. *La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras*. En PÁSARA, Luis (comp.). *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Lima. Consorcio Justicia Viva. Pp 296.

<sup>3</sup> Cfr. LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Significado del Recurso de Casación. Su Establecimiento en Venezuela*. En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ Academia de Ciencias Políticas y Social. Caracas. Vol. 75. No. 127. 1993. pp 189 y 190.

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica del Poder*. Las Ediciones de la Piqueta. Madrid. 1980. Pp 188.

Ahora bien, la filosofía del Derecho mundial parece estar en un proceso de cuestionamiento. Los fundamentos que inspiraron a las instituciones, que hemos extraído de experiencias extranjeras, parecen haber cambiado. Podría ser, entonces, saludable hacer una actualización de las herramientas jurídicas. Pero debemos haber aprendido ya de la experiencia, que no basta la sola copia elementos jurídicos; el Ecuador lleva ya casi dos siglos de vida republicana y todavía tiene población que desconoce el concepto de la República. Pero no se debe descartar todo, algunos aportes teóricos extranjeros podrían ser útiles siempre que se sepan adecuar debidamente a nuestra realidad nacional. Por lo que debemos identificar algunos vicios de origen de aquellas instituciones que nos fueron vendidas como la panacea, precisar cómo han sido adoptados en nuestra cultura jurídica y cuál ha sido la relación con el poder.

Con esta investigación me dirigiré a descubrir los problemas de la institución casación que tal vez haya sido uno de los elementos que ha contribuido en el deterioro de la imagen del Poder Judicial. Puede ser posible ya que si se considera que la casación buscaba la correcta interpretación de la ley (y de la voluntad del legislador), pues seguramente muchas leyes no incluían los intereses de los grupos minoritarios que no llegaron a estar representados en la Asamblea Legislativa. Además que debemos considerar que los conceptos de “Estado” han ido evolucionando con el tiempo. Así por ejemplo, el Estado Constitucional se presenta como una respuesta a los abusos perpetrados en nombre de la ley. La Constitución aparece como un acuerdo social cuyo contenido señala un margen mínimo de derechos sobre los cuales el legislador no puede decidir; y al mismo tiempo es elemento convergente que permite la convivencia pluralista de la población. Pues señala en principios abstractos los derechos de la población. Por ende, la labor de los jueces es fundamental porque deberán fijar el contenido de los derechos, a través del razonamiento práctico, en cada caso concreto.

En este punto es necesario mencionar, aunque suene redundante, que el Ecuador se declara constitucionalmente un Estado Constitucional de Derechos y Justicia<sup>5</sup>. De igual forma la Corte Constitucional del Ecuador, órgano guardián y supremo intérprete de la carta política, ha

---

<sup>5</sup> Constitución Política del Ecuador 2008 Art. 1.-El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

pronunciado muchas resoluciones mencionando que el modelo jurídico político que el Estado ecuatoriano ha emprendido es el de un Estado Constitucional<sup>6</sup>.

En estas páginas se intentará confrontar si las teorías jurídico políticas del Estado Constitucional y del activismo judicial han cumplido sus ofrecimientos en el caso práctico de la realidad ecuatoriana. Por un lado, aprovecharé estos aportes teóricos para encontrarle un espacio a la casación; y por otro lado, advertiré los riesgos de que sean utilizados por una cultura jurídica que beneficie al poder. De esta forma sugeriré como debería desarrollarse la casación en este nuevo marco estatal. También se pretende encontrar o esbozar las teorías y métodos de argumentación para que la casación se adecue al Estado Constitucional.

Esta nueva forma de entender la organización política del Estado, podría contribuir en el fortalecimiento de la democracia al proteger jurisdiccionalmente los derechos e intereses de las minorías. Hay que dejar a un lado la idea de que solo el juez constitucional puede interpretar la Constitución. Todas las autoridades públicas están obligadas a cumplir los mandatos constitucionales, y más aún los jueces de las cortes de casación.

Los jueces, como defensores de derechos, podrían frenar los abusos del poder político. Hemos heredado la idea de que la función jurisdiccional no es propiamente un poder del Estado. La historia lo demuestra, la pobre intervención del Poder Judicial en los grandes conflictos políticos en los que muchos inocentes salieron lesionados. Sin embargo, repensar la función de la casación podría ser una herramienta que fortalezca a la Corte Nacional (o Suprema) de Justicia para que se ubique como un equilibrio a las desmesuradas acciones del poder político.

La única forma de que este cambio se cristalice es a través de un cambio en la cultura jurídica de los operadores del sistema. La casación podría garantizar más eficazmente derechos a través de una interpretación más garantista de las leyes conforme a la Constitución. Además que para garantizar los derechos fundamentales, la casación deberá hacer una revisión material de la legislación y distinguir la interpretación más acorde a la Constitución.

---

<sup>6</sup> Fundamento Jurídico Constitucional para el Ejercicio de las Atribuciones de Control Constitucional y Garantía de Derechos Fundamentales por Parte de la Corte Constitucional, para la Transición.  
[http://www.corteconstitucional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36:fundamento-juridico-constitucional-para-el-ejercicio-de-las-atribuciones-de-control-constitucional-y-garantia-de-derechos-fundamentales-por-parte-de-la-corte-constitucional-para-la-transicion&cat](http://www.corteconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=36:fundamento-juridico-constitucional-para-el-ejercicio-de-las-atribuciones-de-control-constitucional-y-garantia-de-derechos-fundamentales-por-parte-de-la-corte-constitucional-para-la-transicion&cat) última visita 05/09/2011

En el aspecto teórico se argumentará la vinculación del Derecho a la moral generada por los derechos fundamentales, con la consecuencia de la posible derrotabilidad de las reglas<sup>7</sup>. Esta idea podría complicar el fin de la casación (de uniformar la jurisprudencia) si las reglas son derrotables, porque también lo serían los lineamientos de la Corte. Pero es un riesgo que se debe correr para que la jurisdicción responda a una justicia más sensible a la sociedad a través de un razonamiento práctico. Sobre ello podríamos afirmar que las reglas (se desarrollan sobre un razonamiento abstracto) no pueden abarcar todos los supuestos de hecho existentes, por lo que siempre se podrá encontrar una excepción. No es mi aspiración afirmar que el sistema jurídico no debe tener reglas, al contrario, son totalmente necesarias; pero su aplicación necesita tener una interpretación a través del razonamiento práctico. De esta manera en ciertas circunstancias podrían operar excepciones.

Por lo tanto la casación podría pasar a ser lineamientos *prima facie* de cómo interpretar la legislación, derrotables frente a casos concretos. La interpretación tendería ya no solo a una revisión formal de la ley, sino también de su contenido y por lo tanto, la inaplicación de ciertas reglas en situaciones particulares. Pero al mismo tiempo la actividad casatoria debe ser respetuosa de las declaraciones democráticas y de los parámetros que permiten a la democracia. Hay que aceptar que la jurisdicción no adquiere su legitimidad de las elecciones populares sino de su actuación misma. En consecuencia, su actividad también debe sintonizar con las valoraciones de la población. Y deberá entonces responder con una argumentación bastante sólida para justificar que el juez tenga la facultad para echar abajo reglas producidas por autoridades públicas (elegidas por el pueblo).

Además, este trabajo pretende confrontar los ofrecimientos de la Asamblea Constituyente ecuatoriana del 2007, frente con lo que en la realidad se ha plasmado en estos primeros años de gestión. Los Asambleaístas utilizaron el Neoconstitucionalismo como discurso jurídico de cambio. La promesa está en la Constitución, la realidad está en quienes la interpretan. Pero el éxito parece minimizarse con los abusos del poder político de las instituciones constitucionales. Se han dado algunas prácticas políticas que no se adecuan a un Estado de Derecho y menos a un Estado

---

<sup>7</sup> Pablo de Lora, comentando sobre el libro de Alfonso García Figueroa “Criaturas de la Moralidad” dice: “Tomarse tan en serio como hace García Figueroa la derrotabilidad como esencia de toda regla y el particularismo como teoría del razonamiento práctico, amén de la vinculación necesaria entre el Derecho y la Moral...” DE LORA, Pablo. Seminario dentro de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la PUCP. 14 de junio del 2010.

Constitucional. Parece ser que el supuesto cambio de cultura jurídica que la Constitución proponía se quedó en las aulas de quienes asesoraron a los constituyentes. Sin embargo una nueva Constitución está vigente y propone un cambio de pensamiento. Este cambio de ideología constitucional podría influir a todas las instituciones gubernamentales y en ese sentido es mi aspiración repensar la conveniencia de la casación. Podría ser un instrumento de control del poder que concrete las virtudes del Estado Constitucional, compromiso asumido en la Constitución del Ecuador del 2008.

Con la independencia de los países latinoamericanos en el siglo diecinueve, las corrientes liberales tomaron el continente. Inspirados en la revolución francesa y en la Declaración de Independencia de Estados Unidos, la opción fue formar una República bajo la modalidad del Estado de Derecho. En este sentido la idea fue someter la gobernación a los límites fijados por las leyes. Pero los ciudadanos representados en el Estado no eran todos los habitantes. Se legisló entonces con una exclusión hacia los indígenas. El trato que se les dio a los nativos americanos desde la conquista fue de minimización; sin diferenciar entre niños y adultos, fue tan inhumano el trato que su población se redujo de 11 millones a 800 mil habitantes<sup>8</sup>. Con la institución de la encomienda se ocultó la esclavitud y maltrato que los indígenas sufrieron. La teoría que permitió estas injusticias fue el positivismo avalorativo, que proponía la total separación entre el Derecho y la moral. La ley podía tener cualquier contenido siempre que hubiera pasado por el adecuado procedimiento.

En la primera mitad del siglo veinte las corrientes sociales influyeron una variación en la organización del Estado y propusieron nuevas inclusiones de derechos. Pero trabajaron bajo la misma lógica teórica del positivismo formalista. Se incluyeron nuevos derechos porque el legislador los había concedido, no porque le perteneciesen al pueblo. La amenaza del desconocimiento de derechos seguía latente.

Desde nuestra perspectiva no se puede continuar con esta teoría positivista, capaz de avalar segregaciones. El prisma con el que se mirará esta investigación será el no-positivismo, representado de la mejor forma por el Neoconstitucionalismo. Aunque no exista uniformidad en el criterio de lo que exactamente significa, pero su virtud está en la capacidad para acercar al Derecho a la moral. Esta vinculación de la moral trae varias consecuencias que solo el Estado Constitucional puede abarcar; ya que por vez primera se toman en serio los derechos

---

<sup>8</sup> Cfr. CHUGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de Menores*, Editora Grijley, Lima, 1995, pp 24.

fundamentales. Asimismo podemos referir que el Neoconstitucionalismo favorece al razonamiento práctico y con ello la apertura a un pluralismo eficaz. Esta posición nace en Europa como respuesta al holocausto de la Segunda Guerra Mundial. Podría ser provechosa adoptarla en lo que se refiere a la eficacia de los derechos fundamentales, a través de un razonamiento práctico y haciendo una reflexión para adaptarlo a nuestra realidad.

Para palpar la realidad de la situación en la que se encuentra la casación, esta investigación se desarrollará a partir del análisis de casos. De esta forma también obtendremos una perspectiva de cuál ha sido la política jurisdiccional del Ecuador y cuál ha sido la ideología que ha reinado en el pensamiento de los jueces de la Corte Nacional. Asimismo podremos evidenciar cómo el Poder Judicial (representada en la Corte Nacional) se ha ubicado en su función de equilibrar el poder. En cuanto a la motivación podremos observar si su función se ha limitado al estricto cumplimiento de la letra de la ley o si su interpretación ha propendido a la defensa de derechos. Y finalmente, las argumentaciones que los demandantes y demandados alegan, dará cuenta de la cultura jurídica que domina en los operadores jurídicos del país.

Lo que se proponga en la teoría no siempre podrá darse en la realidad. Aunque nos muestre un modelo bastante adecuado, la filosofía será solo una forma de ver al mundo. Como se aplique en la realidad dependerá mucho de los intereses del poder y de la resistencia cultural. El límite de esta propuesta estará en la obstinación de lo que el poder considere conveniente a su favor. Por su parte los operadores jurídicos tienden a replicar sus prácticas acríticamente, aunque bien sepan que lo que están continuando no necesariamente es lo mejor. Abogados, estudiantes de derecho y jueces se han mantenido en una cultura jurídica que parece inamovible. Tal vez cambiar estas prácticas comunes sea lo más difícil.

En cuanto a las fuentes para la investigación hemos constatado que la mayoría de la bibliografía disponible se refiere únicamente a descripciones normativas. Prácticamente son tomos enteros que se dedican a replicar que dice la ley, cuál fue la intención del legislador y cuál es su origen en el Derecho romano. Existe muy poca bibliografía en lo que se refiere a la historia práctica judicial. En cambio los libros de historia muy poco se refieren a los hechos judiciales. Hay apenas referencias tangenciales. Sin embargo con el material disponible intentaremos descubrir hacia dónde se dirige la institución casación en el nuevo Estado Constitucional ecuatoriano.

## 1. La Casación y su aplicación en Ecuador

### 1.1. Cultura Jurídica Formalista

Muchos estudios se han publicado ya sobre la casación, tanto es así que probablemente llenen estanterías enteras. Pero en la mayoría de casos se han referido unidimensionalmente solo a aspectos legislativos<sup>9</sup>. Esto se debe a la forma de entender el Derecho de los operadores jurídicos del sistema. Pero para desentrañar una institución de una forma verosímil se debe ahondar en varios otros contextos. Para ello nos serviremos de la cultura jurídica, que pretende hacer un análisis más realista del derecho. Con el fin de desarrollar una mejor lectura a continuación explicaremos algunos aspectos conceptuales, para luego describir la cultura jurídica latinoamericana.

#### 1.1.1 Cultura Jurídica, una forma de mirar el Derecho

Para Giovanni Tarello la filosofía del derecho debería ser una filosofía metajurisprudencial; para que a partir de un análisis lingüístico, historiográfico y sociológico de las doctrinas de los juristas se desarrollen los postulados de la filosofía del Derecho. Es una visión más analítica y empírica que se beneficia de las mencionadas distintas disciplinas. Entonces para Tarello, la metajurisprudencia deviene de un análisis concreto sobre las doctrinas elaboradas por un determinado grupo de juristas ante un determinado problema<sup>10</sup>.

La concepción realista del derecho de Tarello se basa en dos puntos: una teoría de la norma y una teoría conexas de la interpretación<sup>11</sup>. Primero, la norma es un enunciado lingüístico sumado a la interpretación de los operadores jurídicos según su contexto. A su vez, Tarello concibe la noción de norma en dos elementos: el enunciado normativo, que se refiere al lenguaje bien configurado, apto para interpretarse y la noción de norma que se refiere a la significación del enunciado normativo interpretado según su contexto. Segundo, la noción de interpretación tiene también dos partes, una de atribución de significado del enunciado normativo; e interpretación como el

---

<sup>9</sup> Como bien lo ha identificado Monroy Gálvez, “[La Dogmática jurídica] suele manifestarse en una serie de investigaciones que reducen su caudal a un análisis descriptivo del derecho positivo vigente.” MONROY GÁLVEZ, Juan. *De la Administración de Justicia al Poder Judicial. ¿Cambiando de oxímoron?* En *Cuadernos de Política Judicial* Año 1 No. 1 (2003) Palestra-PUCP. Pp 26.

<sup>10</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1988. Pp 11.

<sup>11</sup> Ídem. Pps 12 y 13.

producto de la actividad, es decir el significado mismo. Luego, la norma no puede tener un significado porque una norma en si es un significado, no puede actuar como un dato sino como un producto del proceso interpretativo<sup>12</sup>. Sin embargo la cultura jurídica legalista asumía que la literalidad de la ley era la norma, como veremos más adelante.

Latinoamérica hereda la cultura jurídica europea a través de la colonización. En este sentido la filosofía de Tarello es útil a fin de realizar un análisis histórico, empírico y social de las instituciones jurídicas. El origen de nuestra cultura jurídica moderna, según el iusfilósofo italiano, se halla en los códigos, que más tarde cruzaría el océano Atlántico para llegar a América.

El Código tiene dos acepciones una de autoridad y otra de libro sistemático. El de autoridad se refiere, a que se trata de un libro promulgado por una autoridad competente, dirigido a los súbditos y vigente en un territorio determinado; por otro lado, como libro sistemático de leyes es una unidad sistemática de materias destinada a facilitar a los operadores jurídicos, la aplicación de normas en un tiempo ilimitado<sup>13</sup>.

Con estas dos acepciones, se puede decir (i) que el derecho es la voluntad de la Autoridad Suprema, mutable en el tiempo y (ii) el derecho es un dato de la realidad, cuyo método del conocimiento es el método general de conocer<sup>14</sup> (el cognoscitismo del Derecho)<sup>15</sup>. La primera tiene varias características entre ellas la de que en caso de conflictos de interpretación, prevalecerá la voluntad nueva; la voluntad de la Autoridad regirá únicamente en su territorio; el derecho será un mandato, no una afirmación, se entenderá como derecho la voluntad de la autoridad legisladora.

En cuanto al derecho como dato de la realidad y parte del método de conocimiento, se entiende que cada problema jurídico debe encontrar una respuesta cierta, producto de las reglas de la lógica. El derecho es un conjunto de proposiciones jurídicas verdaderas coherentes entre sí (sin

<sup>12</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni. Ob. cit Pps 14 y 15.

<sup>13</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni. Ob. cit Pps 40 y 41.

<sup>14</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni. Ob. cit Pps 42 y 43.

<sup>15</sup> Guastini, por su parte aclara que la forma de interpretar los códigos desde el positivismo jurídico era una *“actividad interpretativa cognoscitiva de normas preconstituidas... según la cual los juristas-intérpretes... se limitan a descubrir el derecho que se encuentra ya acabado por obra del legislador.”* GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo*. Editorial Gedisa. Barcelona 1999. Pp 32.

contradicción), relacionadas lógicamente, y lo no conocido se deduce de las proposiciones conocidas<sup>16</sup>. Un sistema completo y cerrado.

Otro origen de la cultura jurídica moderna fue el hecho de que se pretendía que las leyes fueran simples, claras, pocas, breves y concisas. Sin embargo hubo tres factores políticos y sustanciales que impidieron la simplicidad del derecho (ideal de la cultura jurídica de los códigos): (i) pluralidad de estatus de los individuos de distintas clases, (ii) pluralidad de la forma de beneficiarse de los distintos bienes, y (iii) las multiplicidades de bienes jurídicos que se buscaba proteger mediante la represión coercitiva. Estos factores contribuyeron en la complejidad del derecho, complicando el ideal de la codificación que sin embargo sobrevivió y se impuso<sup>17</sup>.

Una gran influencia de la cultura jurídica italiana fue la Escuela Exegética de origen francés, que utilizaba la técnica de comentar artículo por artículo del Código Napoleónico estableciendo un método de interpretación llamado el exegético<sup>18</sup>. Este llegó a influenciar la cultura jurídica de Latinoamérica a través del Código Napoleónico que fue adaptado al Ecuador por Andrés Bello.

La cultura jurídica europea también tuvo una influencia germánica de la Escuela Científica, cuyo método consistía en la elaboración de conjuntos de conceptos ordenadores en un sistema jerárquico y en diferentes materias, en cuya fragmentación se empleaba el sistema más lógico de conceptos<sup>19</sup>.

Para el autor italiano Luigi Ferrajoli, la cultura jurídica tiene tres elementos: (i) una producción dogmática conformada por un conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por filósofos y juristas de una época; (ii) modos de pensar del Derecho, las ideologías de los operadores jurídicos; y, (iii) el sentido común de una sociedad del Derecho y de las distintas instituciones jurídicas<sup>20</sup>. En otras palabras, es la idea predominante de cómo se entiende el Derecho en un tiempo y lugar determinado.

La producción positiva de las normas y la cultura jurídica interactúan mutuamente. En Italia el papel político de la cultura jurídica desarrolló la construcción del Estado y del espíritu nacional,

<sup>16</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni. Ob. cit Pp 44.

<sup>17</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni. Ob. cit Pps 48 y 49.

<sup>18</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni. Ob. cit Pps 64 y 65.

<sup>19</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni. Ob. cit Pps 68 y 69.

<sup>20</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Cultura Jurídica y Paradigma Constitucional*. Palestra. Lima. 2010. Pp 15.

influenciada por una escuela histórica que enfrentaría a la tendencia codificadora de la escuela exegética<sup>21</sup>. La cultura jurídica no es inmutable, más bien debería ser sensible a los cambios de la sociedad. Así Ferrajoli da cuenta de la experiencia italiana en la que tras la caída del Gobierno fascista hubo un replanteamiento del Estado italiano y del paradigma del Derecho que influenció lentamente en la cultura jurídica<sup>22</sup>.

### 1.1.2. Cultura Jurídica Latinoamericana

La Cultura Jurídica latinoamericana tiene mucha influencia de la cultura europea debido a la colonización. En América del Sur se impuso una civilización que desterró a todo ordenamiento local<sup>23</sup>. Las nuevas repúblicas aplicaron modelos jurídicos europeos, donde los juristas se preocuparon más por investigar sobre términos teóricos asumiendo que esa era la realidad, tendió a una dogmática formal, ajena a las realidades sociales. Y se practicó una trasplatación de una teoría jurídica incapaz de dar soluciones a la problemática social; donde la dogmática no intentó desarrollar ninguna práctica propia<sup>24</sup>.

Una primera característica de la cultura jurídica Latinoamericana es la importación de instituciones jurídicas, sin discernir si las condiciones contextuales permitirían la implementación de dicha institución. Para el autor peruano Luis Pásara, esto se ha replicado en casi todos los países de América Latina, que parecen compartir una misma cultura jurídica. Se ha cometido el error de importar instituciones sin un diagnóstico previo ni la comprensión del medio social receptor<sup>25</sup>.

No hay nada más característico de la cultura jurídica de nuestros países sudamericanos que el fetichismo legal. El culto a la ley nace de la influencia de la escuela exegética que nuestros países recibieron. La exégesis se limitó a alabar al código y sus artículos. Esta práctica se reproduciría con mayor intensidad en América Latina. En Colombia, Julieta Lemaitre hace una observación muy válida mediante un ejemplo. En su país se celebró la sentencia de la Corte Constitucional que

<sup>21</sup> Ídem. Pp 17,18.

<sup>22</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Cultura Jurídica y Paradigma Constitucional*. Ob. cit Pp 57.

<sup>23</sup> Analizando a Francisco de Vitoria y la argumentación que se utilizó para justificar la colonización, Ferrajoli menciona que fue un deber moral de la civilización europea el de civilizar a los colonizados y por lo tanto eliminar las costumbres no civilizadas, es decir todo lo no occidentales. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías la ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 2004. Pp 137.

<sup>24</sup> Cfr. GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los Jueces carrera judicial y cultura jurídica*. Palestra. Lima. 2009. Pps 126 y 127.

<sup>25</sup> Cfr. PÁSARA, Luis. *Lecciones ¿aprendidas o por aprender?* En PÁSARA, Luis (Comp.). *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Consorcio Justicia Viva. Lima. 2004. Pp 534.

permitía que las uniones libres se aplicara a parejas del mismo sexo. Se aplaude la decisión más no su aplicación en el mundo real<sup>26</sup>. Se celebra a las reglas, o en este caso la sentencia de la Corte Constitucional, pero poca consideración se tiene si estas tienen efecto en la vida en sociedad. Esta perspectiva pretende cambiar la realidad platónicamente, como si mediante el cambio en la legislación cambiaría la realidad; y al mismo tiempo desconoce la gran brecha existente entre la producción de una ley y su aplicación<sup>27</sup>. Para otros autores esto es considerado un excesivo conceptualismo que lleva los debates jurídicos al infinito sin interesarle la aplicación en la realidad; incluso se llega a culpar a la realidad de la imposibilidad de adaptación a los conceptos jurídicos<sup>28</sup>.

La enseñanza del Derecho camina dentro del mismo esquema legicentrista<sup>29</sup>. En las aulas se enseñan teorías totalmente alejadas de la práctica. Y por su parte, la práctica se desenvuelve en un ambiente formalista de trámite, en el que cualquier persona que conozca los recovecos del oficio puede manejarse en este mundo; pero lo más trágico es que los abogados aprovechan los defectos del sistema<sup>30</sup> para que sean solo ellos (los técnicos jurídicos) los que puedan manejar el Derecho. Las Facultades de Derecho reproducen la misma cultura jurídica que estanca a los sistemas de Justicia.

Para Binder el sistema de justicia debería contar con abogados que puedan litigar en audiencias únicas y simples, que no litiguen sobre cuestiones formales, que utilicen al mínimo instrumentos de demora, que no busquen la frustración de audiencias; pero lamentablemente las universidades

---

<sup>26</sup>Cfr. LEMAITRE, Julieta. *Fetichismo Legal Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia*. Universidad de los Andes Bogotá. [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/JulietaLemaitre\\_\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/JulietaLemaitre__Spanish_.pdf)

<sup>27</sup>Cfr. LEMAITRE, Julieta. Ob. cit

<sup>28</sup> Binder plantea un muy buen ejemplo sobre el conceptualismo: “En sus versiones extremas, desplaza la responsabilidad a la realidad misma en razón de no ajustarse a los conceptos jurídicos, como si la cabeza fuera culpable de que el sombrero no le calce.” BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. En PÁSARA, Luis (Ed.) *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca. 2007. Pp 35.

<sup>29</sup> Citando a Maurizio Fioravanti en *Los derechos fundamentales*, el término legicentrismo se refiere a que “... la ley es algo más que un instrumento técnico para garantizar mejor los derechos y libertades... La ley es más bien un valor en sí y no un mero instrumento, porque sólo gracias a su autoridad se hacen posibles los derechos y las libertades de todos.” En GONZÁLES MANTILLA, Gorki. *Los Jueces carrera judicial y cultura jurídica*. Palestra. Lima. 2009. Pp 63.

<sup>30</sup> Binder acota “Miles de abogados en la región gastan sus días tramitando papeles. Conocen... los trámites al dedillo. Se mueven en un ambiente de un formalismo vinculado a la escritura, el planteo de incidencias menores y el arte de litigar alrededor de los defectos del sistema, evitando y postergando el asunto de fondo.” BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. Ob. cit Pp 22.

no desarrollan estas capacidades en sus estudiantes<sup>31</sup>. La enseñanza del Derecho se caracteriza por el formalismo: una enseñanza enciclopédica donde la meta del profesor es únicamente transmitir el derecho positivo y las evaluaciones únicamente reflejan la capacidad del estudiante de memorizar los textos legislativos<sup>32</sup>.

Es justamente este conceptualismo de la ley, extraño a la realidad, que las personas comunes y corrientes viven ajenas al mundo del Derecho, ellas prefieren realizar su vida sin darle confianza a la ley y menos a la administración de Justicia. La gente vive bajo un cuasi-Estado anómico en el que este no ofrece ningún marco de seguridad sino que más bien desorienta. El sistema normativo alucina tener el control mediante reglas que no se cumplen y donde los mismos funcionarios encargados de la aplicación de la ley son quienes la incumplen<sup>33</sup>. El Derecho (Ley) contribuye a la desorganización.

Existe un grado de incumplimiento de la ley que según el autor argentino Alberto Binder es una herencia de la tradición indiana inquisitorial cuya característica era la debilidad de la ley. Existía un doble juego en la colonia, por un lado la existencia de un Estado que proponía una vida social con raíces moralistas de la monarquía española, pero por otro, había una imposibilidad de que la legislación se cumpla; estos factores contribuyeron a que se despliegue *“la habilidad para permitir que los privilegios, incluso...los prohibidos...en la ley pudieran seguir desarrollándose sin interferencias”*.<sup>34</sup> Se generó un desprecio a la ley incubada por la ambición del español colonizador que hacía cuanto fuese necesario para satisfacer sus apetitos<sup>35</sup>.

La práctica del Derecho en nuestros países ha permitido que la ley beneficie a aquellos que gozan de poder. Esto Binder ha denominado como una *“debilidad selectiva de la ley”*<sup>36</sup>, solo se aplica para aquellas personas indefensas y no ante los dueños (y amigos) del poder. La complejidad del lenguaje jurídico, característica propia de nuestra cultura jurídica, hace que solo las personas con

<sup>31</sup> Cfr. BINDER, Alberto. *El mercado de los servicios legales y la crisis de la abogacía*. En *Sistemas Judiciales, Abogacía y Educación Legal*, año 5, n° 9, pp 65.

<sup>32</sup> Al respecto Böhmer claramente opina: *“La idea parece ser que si los egresados conocen todas las normas...si las memorizan, serán excelentes magistrados y abogados.”* Cfr. BÖHMER, Martín. *Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina*. En *Sistemas Judiciales, Abogacía y Educación Legal*, año 5, n° 9, pps 27 y 34.

<sup>33</sup> Cfr. BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. Ob. cit Pps 22-25.

<sup>34</sup> BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. Ob. cit Pp 29

<sup>35</sup> Cfr. BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. Ob. cit Pps 28 y 29.

<sup>36</sup> BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. Ob. cit Pps 36.

un cierto nivel de conocimiento avanzado, desentrañen los significados del Derecho y lo utilicen para su beneficio.

El oscuro mundo jurídico provoca que las relaciones sociales espontáneas se realicen a través de la informalidad, pero el mundo jurídico en cambio, pretende proscribir estas prácticas a través de la regulación (que no suele ser la más adecuada)<sup>37</sup>. Pero el Derecho se sigue desarrollando ajeno a este mundo informal, mientras la mayoría de la población adopta otras prácticas que no se acomodan a la ley. Simplemente hay que observar que las reglas se producen bajo el idioma oficial (español) mientras hay poblaciones que ni siquiera conocen el idioma. En Ecuador, Perú y Bolivia algunas poblaciones hablan oficialmente quichua, quechua y aimara.

Como factor común, en los países latinoamericanos parece existir una alta inestabilidad de las normas generada por la inestabilidad política. Este efecto se debe a que normalmente los caudillos proponen sus propios ordenamientos y tras su cese en el poder también cesan sus normas propuestas. Esta variabilidad no ha permitido cimentar una cultura de respeto al cumplimiento de las normas. La cultura jurídica entonces, es una cultura de evasión, que no puede ser reparada mediante reglas<sup>38</sup>, aunque el caudillo lo ordene así.

Podemos encontrar otra respuesta desde la perspectiva del filósofo ecuatoriano nacionalizado mexicano, Bolívar Echeverría Andrade, quien propuso que la cultura latinoamericana tuvo resistencia a las imposiciones culturales colonizadoras; lo que bautiza como un “ethos barroco”. Su análisis se enfoca en la fe que propugnaba la religión católica española y la fe que se desarrolló en los indígenas en función de la religión católica. Según Echeverría el mejor ejemplo es la idolatría a la Virgen de Guadalupe. Los indígenas adoptaron la religión católica pero hicieron una interpretación del monoteísmo (con la divina trinidad) según su cosmovisión y acogieron a la

---

<sup>37</sup> Como lo afirma Horacio Gago “*Los informales combaten la ley con el desuso apenas esta se promulga, y el sector más corporativo busca erradicar lo informal por el lado de la coerción, punición y sobrerregulación.*” GAGO PRIALÉ, Horacio. *Sociedad espontánea y Derecho en el Perú. Cómo el pensamiento jurídico de Joaquín Costa explica la nueva sociedad de Lima*. Introducción a la primera edición peruana de la publicación realizada en Civitas, Madrid (2000). Pp 6.

<sup>38</sup> Esta es la opinión del columnista ecuatoriano Fabián Corral, quien piensa que la cultura de incumplimiento se debe a la inestabilidad política caudillista CORRAL, Fabián. *¿Fetichismo Legal?* Publicado en Diario El Comercio del Ecuador 11/05/2006 <http://www4.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=45746> última visita 17 de enero 2011.

Virgen María como un Diosa terrenal; más próxima a su realidad<sup>39</sup>. Ampararon una religión católica formal pero politeísta en la práctica, porque el cristianismo puro era incompatible con su vida real y solo aplicable con la característica propia de la cultura de la idolatría<sup>40</sup>. Los españoles, por su parte, permitieron que existiera la idolatría a la Virgen de Guadalupe, porque con ella por lo menos se aseguraron el control de los indígenas y de que existiera religión católica.

Ahora bien, es posible que estas características se apliquen también a las instituciones político-jurídicas colonizadoras y republicanas. Las instituciones estatales jamás respondieron a la realidad que los criollos e indígenas vivían, y esta incongruencia generó una práctica distinta a la intencionada. Por lo tanto la concepción de un Estado-Nación de Derecho no se aplicó como se había idealizado sino que se idolatró a las leyes y a los caudillos permitiendo una doble existencia entre lo que la ley decía y lo que en la realidad ocurría. Exactamente como la religión: formalmente católica pero en la práctica distinta. Entonces el *ethos* barroco podría ser el fundamento de la cultura jurídica latinoamericana. Esta idea podría conllevar a un estudio más profundo que no se procurará en esta investigación.

### 1.1.3. Cultura Jurídica Ecuatoriana y el Poder Político

La cultura jurídica tiene una importante relación con el poder político porque ha sido la fórmula de manipular las instituciones jurídicas a favor de los gobernantes. La independencia judicial se ha propuesto en varias constituciones y cuerpos normativos en el Ecuador, sin embargo en la ejecución muy poco se ha plasmado. Esto comprueba la tesis de la debilidad de la ley, antes descrita. Entonces podríamos decir que la cultura jurídica fue artífice para que se cometieran grandes abusos de poder en la historia ecuatoriana. Una vez que hemos observado cuáles son las características de nuestra cultura jurídica, a continuación haré una revisión histórica del Ecuador para evidenciar la debilidad del Poder Judicial en controlar la arbitrariedad, amparada por la cultura jurídica y a pesar de que formalmente existió un Estado de Derecho. Este análisis nos podrá confirmar la idea del Poder Judicial nulo, heredado de la cultura jurídica europea, que desarrollaremos más adelante.

---

<sup>39</sup> ECHEVERRÍA ANDRADE, Bolívar. *El Guadalupanismo y el Ethos Barroco en América*. En <http://www.bolivare.unam.mx/ensayos/Guadalupanismo%20y%20barroco.pdf> pps 2 y3. Última visita 17 de febrero 2011.

<sup>40</sup> Ídem. Pp 8.

En la historia del Ecuador se han dictado veinte constituciones dentro de las cuales se puede describir dos fases marcadas. El autor ecuatoriano Hernán Salgado distingue dos etapas del constitucionalismo ecuatoriano. La primera etapa, considerada como clásica, corre desde el inicio de la República en 1830 hasta la Constitución de 1906. Las características de esta etapa son: la enunciación de derechos individuales, la separación de poderes, soberanía popular, sistema representativo por elecciones, sistema presidencial y un Estado unitario y centralizado<sup>41</sup>.

La segunda etapa, llamada como constitucionalismo social, empieza con la constitución de 1929 hasta la Constitución 1998. Varios cambios fundamentales se dieron durante este periodo. Se permitió el voto a la mujer, se reconocieron por vez primera los derechos económicos, sociales y culturales y se introdujeron garantías de derechos como el hábeas corpus<sup>42</sup>. Primordial sería el cambio de actitud que el Estado tendría en estas dos fases; pasó de un Estado abstencionista a uno más activo por el bienestar de la población.

Yo podría acotar que dentro de esta etapa de constitucionalismo social hay una sub-etapa que nacería con la Constitución 2008. Si bien existía un constitucionalismo social en las constituciones anteriores, en la práctica muy poco de los derechos económicos, sociales y culturales se aplicaron. Probablemente a consecuencia de la cultura jurídica legacentrista. Con la Constitución 2008 la corriente ideológica del Neoconstitucionalismo invadió al Ecuador. Además el país se anuncia ahora como un Estado Constitucional de Derechos<sup>43</sup>. Con esta línea, el Estado pretende ser más garantista en la efectividad de los derechos. Esta sub-etapa se la podría denominar como el “constitucionalismo social garantista”. Pero apenas han pasado pocos años de vigencia de la actual Constitución y pocos han sido los casos de efectividad de los derechos sociales (o ahora derechos del buen vivir) y más bien el gobierno de Rafael Correa ha practicado un autoritarismo desmedido que más adelante analizaremos.

Respecto a la historia del Ecuador, empezamos con la primera Constitución republicana de 1830 que estableció un Estado con separación de poderes fijando un Poder Ejecutivo, uno Legislativo y un Poder Judicial. La Función Jurisdiccional estaba conformada por una Alta Corte de Justicia,

---

<sup>41</sup> Cfr. SALGADO PESANTES, Hernán. *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Konrad Adenauer Stiftung. Quito. 1999. Pp 14.

<sup>42</sup> SALGADO PESANTES, Hernán. Ob. cit Pp 14.

<sup>43</sup> Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico... Constitución del Ecuador 2008.

Cortes de Apelación y Tribunales de Justicia. Siguiendo la teoría de separación de poderes de Montesquieu, cada poder debía tener una fuerza equilibrada para que exista un efectivo control entre poderes. Los requisitos para ser juez era únicamente ser ecuatoriano, tener al menos treinta años y haber ejercido como juez o como abogado por lo menos seis años.

El primer presidente de la República del Ecuador fue el venezolano Juan José Flores. Obtuvo la nacionalidad ecuatoriana gracias a su valiente participación en la guerra de independencia y a su matrimonio con una dama aristocrática quiteña. Se dice que no era un hombre con instrucción pero que apreciaba la literatura. Además, era un hombre mestizo que vivió en las desventajas de la sociedad de clases de aquellas épocas<sup>44</sup>. Flores tuvo que enfrentar la transición de una colonia a un incipiente gobierno democrático<sup>45</sup>, esto sumado a los problemas limítrofes con los países vecinos y la falta de una identidad nacional<sup>46</sup>. En 1831 Ecuador añadió al departamento del Cauca a su territorio, lo que causó un malestar con Colombia. El general Flores movilizó al ejército a la zona fronteriza norte; pero los soldados estaban mal pagados desde hacía ya un tiempo atrás. Este descontento militar produjo una sublevación que terminó con el asesinato de más de trescientos soldados veteranos por orden del presidente Flores. Este sangriento evento molestó al vicepresidente José Joaquín de Olmedo, quien expresó su rechazo mediante su renuncia. Este fue el primer evento que revelaría el excesivo poder de ejecutivo que caracterizará al Ecuador a lo largo de su historia. El Poder Judicial no se pronunció en ningún sentido frente a este hecho aunque era claro el exceso que el presidente cometió y que existía la responsabilidad formal de control como una República.

La Constitución de 1843 desarrolla más específicamente el estatuto jurídico de los jueces. El tiempo de duración de sus cargos era indefinido pero estaba supeditado a su buena conducta; pero se garantizó que no podrían ser destituidos sino solo por sentencia judicial o acusación

---

<sup>44</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. *Historia del Ecuador*. Editorial Colón. Quito. 1962. Pp 248.

<sup>45</sup> Una democracia entre comillas porque únicamente tenían derechos políticos los ecuatorianos mayores de 22 años que tuvieran propiedades raíces de al menos 300 pesos. Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 249.

<sup>46</sup> El Ecuador estaba dividido en tres departamentos: Quito, Guayaquil y Cuenca; cada uno buscaba su propia autonomía. Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 249.

legalmente admitida<sup>47</sup>. Por otro lado la elección de los jueces estaba a cargo del senado para la Corte Suprema y del Poder Ejecutivo para Tribunales Superiores<sup>48</sup>.

Se decidió entonces que la Constitución ya no respondía a la realidad ecuatoriana, luego Juan José Flores impuso mayoría en la Asamblea Constituyente de 1843. El venezolano fue por tercera vez presidente del Ecuador. Su opositor era Vicente Rocafuerte, quién pertenecía a la Cámara de Representantes. Él criticó mucho los excesos del presidente Flores y a consecuencia de eso fue desterrado a Lima. El gobierno de Flores se volvió más arbitrario, restringió la libertad de la prensa e impuso un impuesto absurdo<sup>49</sup> que fomentó un movimiento en su contra. La Función Jurisdiccional no hizo nada para frenar estos abusos, tal vez porque los jueces eran elegidos por decisión política de Juan José Flores. Pero lo cierto es que formalmente existía independencia y un estatuto jurídico judicial que garantizaba estabilidad pero no hubo institución que defendiera los derechos de los ciudadanos.

En la Constitución de 1851 se determinó que los jueces de la Corte Suprema serían elegidos por la Asamblea Nacional y que durarían en su cargo seis años con posibilidad de ser reelegidos<sup>50</sup>. Los jueces de los Tribunales Superiores en cambio, eran elegidos directamente por la Función Ejecutiva y mantenían su cargo por cuatro años con posibilidad de reelección<sup>51</sup>. Irónicamente para garantizar la independencia de los jueces se estableció una prohibición: los jueces no podían aceptar ningún empleo del Ejecutivo mientras ejerzan su cargo<sup>52</sup>. Los jueces no podían ser

<sup>47</sup> Artículo 77 Constitución del Ecuador de 1843  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1843.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>48</sup> Artículo 72 y 75 Constitución del Ecuador de 1843  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1843.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>49</sup> Cada ecuatoriano entre 23 y 55 años de edad debía pagar al gobierno 3 pesos al gobierno excepto indígenas y esclavos. Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 261.

<sup>50</sup> Artículo 85 Constitución del Ecuador de 1851  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1851.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>51</sup> Artículo 88 Constitución del Ecuador de 1851  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1851.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>52</sup> Artículo 90 Constitución del Ecuador de 1851  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1851.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

suspendidos sino por declaratoria legal de formación a causa, ni ser destituidos sino por sentencia judicial<sup>53</sup>.

La vigencia de esta Constitución sería fugaz por el golpe de Estado que el general José María Urbina dio, por su desacuerdo con el gobierno de Diego Noboa, el entonces presidente. La desavenencia se dio porque Noboa permitió el ingreso de la Compañía de Jesús al país, Urbina estuvo en contra de esto y asumió el poder; como un caudillo militar<sup>54</sup>. El militar estableció su propia Constitución. La Constitución de 1852 mantuvo los mismos parámetros de la Constitución anterior. El único cambio fue que el periodo de los jueces de Corte Suprema y Tribunales Superiores sería de cuatro años.<sup>55</sup> Urbina concesionó tierras baldías a los ingleses para honrar la deuda del país y trató de entregar en arrendamiento las islas Galápagos a Estados Unidos para conseguir ingresos para su gobierno<sup>56</sup>. La intolerancia y arbitrariedad del presidente Urbina se evidencia en la expulsión de los jesuitas del país. Por parte de la Función Jurisdiccional no hubo ningún control, el único opositor sería el político Gabriel García Moreno.

La Constitución de 1861 fue muy similar a la de 1852. Estableció que los jueces de Corte Suprema y Tribunales Superiores serían elegidos por el Congreso Nacional<sup>57</sup>; los jueces eran responsables de su conducta de acuerdo a la ley pero no podrían ser suspendidos ni destituidos sin una acusación justificada ni sentenciada<sup>58</sup>; no podían aceptar ningún empleo del Ejecutivo; y, su período sería de cuatro años con posibilidad de reelección<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Artículo 92 Constitución del Ecuador de 1851  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1851.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>54</sup> PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 271.

<sup>55</sup> Artículo 96 Constitución del Ecuador de 1852  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1851.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>56</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 275.

<sup>57</sup> Artículo 88 Constitución del Ecuador de 1861  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1861.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>58</sup> Artículo 92 Constitución del Ecuador de 1861  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1861.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>59</sup> Artículo 93 Constitución del Ecuador de 1861  
<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1861.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

Con esta carta política Gabriel García Moreno asumió la presidencia. García Moreno era un hombre de ideología conservadora, apegado mucho a la moral católica. Urbina, el presidente anterior era en cambio un hombre liberal, que había permitido la libertad de cultos. Con García Moreno la única religión aceptada era la Católica. La característica del presidente García Moreno fue su severidad ante cualquier persona que no cumpliera sus intereses, que supuestamente eran los intereses de la República. Empezó a gobernar con la Constitución de 1861 y pensó que ella era muy blanda porque abolió la pena de muerte por delitos políticos; entonces decidió prescindir de ella<sup>60</sup>. En su mandato no había juez que se opusiera a la voluntad del presidente García Moreno. Los siguientes presidentes fueron nombrados con la aprobación de García Moreno pero cuando hacían algo que al conservador no le agradaba significaba la pérdida de su puesto. Así en 1865 fue elegido presidente Jerónimo Carrión, quien permitió una más amplia libertad de expresión. Esto molestó a García Moreno e inmediatamente mandó a pedir su renuncia<sup>61</sup>. Frente a las elecciones populares que se acercaban, García Moreno vio que su contrincante liberal, Francisco Javier Aguirre, tenía mayores posibilidades de ganar así que decidió proclamarse dictador<sup>62</sup>. Dictó su propia Constitución en 1869.

La Constitución de 1869 tiene una carga irónica ya que García Moreno actuaba como dictador sin embargo expresamente menciona que solo la función judicial ejerce jurisdicción, que ni el presidente ni el congreso pueden ejercer funciones judiciales; y menos aún podrían abocar causas pendientes o revivir casos fenecidos<sup>63</sup>. Pero era él quien juzgaba y sentenciaba a sus contrincantes, incluso imponía la pena de muerte. En lo demás es similar a la Constitución anterior, únicamente aumentó el periodo de los jueces a seis años con opción a reelección<sup>64</sup>. Pero poco importaba lo que la Constitución establecía porque la voluntad de García podía más que cualquier norma.

El régimen de García Moreno fue despiadado y represivo. Hubo muchos exiliados y muchos opositores asesinados. El 6 de agosto de 1875 un grupo de pensadores liberales planearon la

<sup>60</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 284.

<sup>61</sup> El comandante militar de Quito fue enviado por García Moreno para decirle a Jerónimo Carrión que debía renunciar. Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 293.

<sup>62</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 293.

<sup>63</sup> Artículo 73 Constitución del Ecuador de 1869 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1869.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>64</sup> Artículo 80 Constitución del Ecuador de 1869 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1869.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

muerte del dictador junto con el comandante del ejército Francisco Sánchez y en la puerta del Palacio Presidencial fue asesinado el presidente Gabriel García Moreno.

Luego de García Moreno, en 1875 fue elegido presidente Antonio Borrero, con el apoyo de todos los anti garcianos. Pero en 1876 Ignacio de Veintimilla dio un golpe de Estado y en 1878 impuso su propia Constitución<sup>65</sup>. Como las muchas dictaduras previas, se imponía su voluntad antes que cualquier mandato constitucional.

Luego de vencer en armas a Veintimilla, asume el poder Plácido Caamaño. Caamaño fue intolerante y parcial. Benefició únicamente a sus simpatizantes por lo que lo llamaron “el gobierno de la argolla”<sup>66</sup>. El desprecio del pueblo que Caamaño se ganó, fortaleció al joven político liberal Eloy Alfaro. Luego de varias batallas triunfa la revolución liberal en 1895, donde se impusieron cambios en beneficio del indígena: se los exoneró del pago de contribución territorial, en los procesos administrativos pudieron utilizar papel normal sin la necesidad de timbres, en los juicios que perdían debían pagar la mitad de las costas y la otra mitad su procurador (en caso de mala fe o temeridad notoria) y fueron liberados los indios que fueron encarcelados por costas<sup>67</sup>. Por primera vez hubo una protección por el indígena, porque los jueces y abogados abusaban de su ignorancia. Los jueces provenían de clases altas y respondían a los intereses de su clase social y a los intereses de los políticos que los habían elegido. La Constitución siguiente sería la de 1897, pero sería la de 1906 la que plasmó la tendencia liberal.

Aquí realizaré un paréntesis para encontrar una congruencia con la historia del Perú. El autor peruano Luis Pásara, encontró una característica que apareció con la dictadura del General Velasco en 1970 en el Perú. Pronunciando las palabras de Velasco en un discurso oficial: *“Uno de los males más enraizados del Perú fue la lenta y defectuosa administración de justicia. El antiguo poder judicial fue verdaderamente el símbolo de la decrepitud y la insensibilidad de todo el orden social establecido...”*<sup>68</sup>. La actitud del dictador fue muy crítica contra la justicia y quiso fomentar una justicia más social a través de destituciones y amedrentamientos a los jueces que habían permitido la opresión social. Esto produjo una sumisión al poder por parte de los nuevos jueces.

<sup>65</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 299.

<sup>66</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 301.

<sup>67</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 308.

<sup>68</sup> Citando a Velasco en su mensaje a la Nación el 28 de julio de 1970. PÁSARA, Luis. *Tres Claves de la Justicia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2010. Pp 60.

Pero según Pásara, el gobierno de Velasco por lo menos permitió un remezón de la *“ideología judicial”*<sup>69</sup> para que los jueces pudieran cuestionar su trabajo desempeñado hasta aquel entonces. La similitud entre el gobierno de Velasco y el de Eloy Alfaro es que ambos quisieron introducir reformas para que la justicia sea más amigable con los indígenas y los pobres. Intentaron por vez primera un cambio en la cultura jurídica. Sin embargo si en el Ecuador se generó una ideología judicial, esta murió con el fallecimiento del caudillo Alfaro.

El gobierno alfarista tuvo gran oposición de los conservadores y éste tuvo que luchar contra una corrupción asentada en varias ramas del gobierno. Fue un gobernante muy benevolente, empeñado en la enseñanza pública y en la construcción del ferrocarril que uniría al litoral, a la sierra y al oriente selvático. Pero tampoco permitió que existiese una democracia libre. Cuando su mandato estuvo a punto de terminar, apadrinó al general Leonidas Plaza como su sucesor por su aprecio y confianza en la continuidad ideológica liberal. Pero en 1901 cuando Plaza asumió la presidencia, se encaminó en una orientación liberal propia; lo que molestó y alejó a Eloy Alfaro. Este distanciamiento fomentó que Alfaro retomara la revolución y en 1906 asumiera el poder nuevamente<sup>70</sup>.

En 1906, la Constitución liberal estableció por vez primera la transparencia formal del poder judicial a través de la publicidad de los juicios<sup>71</sup>. La designación de los jueces la seguía manteniendo el Congreso, pero en vacancia de este, la Corte Suprema podía llenar las vacantes temporalmente<sup>72</sup>. Al igual que las constituciones anteriores se afirmó que los jueces eran responsables de acuerdo a la ley pero únicamente destituibles por sentencia, no podían aceptar empleos del ejecutivo y su periodo era de seis años reelegibles.

Alfaro expropió varios terrenos de los clérigos y los revirtió con función social, pero nada se podía hacer contra los latifundios privados (ubicados mayoritariamente en la sierra) que mantenían esclavizados a los indígenas para labrar la tierra. Alfaro sería una persona que luchó por los

<sup>69</sup> Ídem. Pp 65.

<sup>70</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 331.

<sup>71</sup> Artículo 106 Constitución del Ecuador de 1906 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1906.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>72</sup> Artículo 104 Constitución del Ecuador de 1906 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1906.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

derechos de los indígenas, de los mestizos y de los pobres. Pero su autoritarismo influyó en el sistema de justicia. No aceptó que otra persona continuara con su proyecto liberal y tomó el poder por la fuerza. Sin embargo se podría decir que la influencia en el sistema de justicia fue positivo porque obligó a que jueces y abogados trataran mejor a los pobres, ignorantes en el lenguaje jurídico.

Pero las clases sociales altas veían una amenaza en el alfarismo. En 1911 Alfaro terminó su mandato y lo sucedió Emilio Estrada, con el afán de continuar el proyecto liberal. Pero nadie sabía de la frágil condición médica de Estrada, quien murió de un defecto de corazón el año siguiente. El evento desató una revuelta armada porque el sobrino de Alfaro, Flavio Alfaro, quería asumir el poder; por su parte Pedro Montero también. Freile Zaldumbide fue el encargado oficialmente del poder. Eloy Alfaro quiso mediar ante este derroche innecesario de sangre pero el 25 de enero de 1912 fueron apresados Eloy Alfaro, Medardo Alfaro, Flavio Alfaro, Ulpiano Páez, Manuel Serrano y Luciano Coral. El día anterior Pedro Montero ya había sido descuartizado por Zaldumbide. En el traslado a prisión de los presos ya se había planeado su muerte, mientras los desembarcaban un agente del gobierno dio muerte a Alfaro y a todos los demás presos. Sus cuerpos fueron arrastrados hasta el centro de la ciudad de Quito y dejados como trofeos en el parque central. Los conservadores habían auspiciado la masacre<sup>73</sup>. Los asesinados no fueron sometidos a ningún juicio justo sino simplemente sacrificados a los intereses del poder. Frente a las guerras del poder los jueces no pudieron hacer nada, pero no se sabe si su pasividad se debía a intereses conjuntos del poder o por no tener la fuerza suficiente para enfrentarse al poder. Aunque formalmente tenían independencia, con su estatuto jurídico constitucionalizado, pero su característica fue la inactividad frente a los excesos del poder político y en cambio rigurosidad con la justicia popular.

Las guerras dejaron endeudado al Estado y además la Primera Guerra Mundial declinó la economía mundial. Esto provocó que varios trabajadores protestaran por la devaluación de la moneda. El quince de noviembre de 1922 las protestas fueron repelidas de forma sangrienta. La manifestación pedía la liberación de algunos presos y su contestación fue disparos. Más de mil personas murieron en la protesta. Sin embargo el Presidente José Luis Tamayo no había ordenado el ataque<sup>74</sup>. No se inició ningún proceso judicial para establecer responsabilidades sobre este

---

<sup>73</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 343.

<sup>74</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit Pp 349.

incidente. Pero este evento marcaría el cambio en que los ciudadanos participarían más activamente en la vida política y rechazarían los fraudes electorales. El 9 de julio de 1925 inició la revolución juliana, donde jóvenes oficiales hicieron una Junta de Gobierno Civil. Ante el descontento del sistema de justicia este gobierno instauró tribunales de justicia popular que juzgaron con celeridad pero con emotividad, más que con racionalidad<sup>75</sup>. Los jueces fueron intervenidos por el clamor popular. La herramienta que había sido prevista para ayudar al pueblo se volcó contra ellos. Hasta que el mismo pueblo tuvo que detener la justicia popular.

El Gobierno de la Junta Civil impuso como sucesor a Isidro Ayora. Ayora fue un presidente equilibrado pero reprimió a sus opositores con prisión, destierros y restricciones a la libertad de expresión. No hubo garantía constitucional que garantizara la libertad e los opositores políticos, ni juez que hiciera efectivas las garantías. La historia menciona muy poco del Poder Judicial, pero lo que es claro es que practicó un sedentarismo en cuanto a control del poder se refería. Ayora convocó a una Asamblea Constituyente en la que lo nombraron presidente constitucional.

El año de 1929 marca una nueva historia en el Ecuador. La Constitución por primera vez hacía enunciaciones sociales. Se permitió el voto de la mujer y se reconocieron los derechos económicos sociales y culturales. En lo judicial fue muy similar a la Constitución de 1906 pero añadió: que el presidente de la Corte Suprema asistiría el primer día de sesión del congreso para informar de las mejoras y reformas necesarias para el sistema de justicia<sup>76</sup>, participar consultivamente en proyectos de ley, en lo procesal tenderá a la rápida tramitación de los procesos y a la reeducación del delincuente<sup>77</sup>, la posibilidad de establecer acciones populares contra jueces que cometieran cohecho, prevaricato, abreviación de trámites judiciales, procedimiento ilegal contra garantías constitucionales y prolongación indebida de juicios criminales.<sup>78</sup> Las normas jurídicas se van endureciendo en contra de los jueces porque hubo abusos por parte de los funcionarios judiciales.

<sup>75</sup> Cfr. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. Ob. cit. Pp 351.

<sup>76</sup> Artículo 124 Constitución del Ecuador de 1929 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1929.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>77</sup> Artículo 132 Constitución del Ecuador de 1929 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1929.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>78</sup> Artículo 133 Constitución del Ecuador de 1929 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1929.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

Pero poco dice la historia respecto a la efectividad de estas medidas para frenar los abusos judiciales.

La crisis económica mundial de 1930 afectó al Ecuador también. Frente a las presiones sociales Ayora tuvo que renunciar y finalmente el ex presidente Alfredo Baquerizo Moreno tuvo que posesionarse. Entre pugnas de poder y rompimientos constitucionales llegamos a la época del populista Velasco Ibarra.

La Constitución de 1945 no cambió en nada respecto a las anteriores en el aspecto judicial. Sin embargo, la Asamblea que elaboró esta Constitución progresista tenía mayor representación de masas populares que buscaban cambios radicales<sup>79</sup>. En lo judicial incluyó que la justicia era gratuita y que se establecería procuradores gratuitos para las personas de escasos recursos<sup>80</sup>. La defensoría pública no se abriría sino hasta el año 2008. Por primera vez se introdujo al país la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales que no tenía dentro de sus atribuciones pronunciamientos vinculantes, sino que sus opiniones sometía a consulta al Congreso Nacional.

En este periodo ganó las elecciones democráticamente el doctor José María Velasco Ibarra<sup>81</sup>, quien se sintió amenazado por las observaciones constitucionales que el Tribunal de Garantías Constitucionales planteó, lo disolvió el 30 de marzo de 1946. A partir de esta fecha el presidente se declaró dictador, apoyado por las fuerzas armadas y dictó una nueva Constitución (1946) que devolvió al Consejo de Estado el supuesto Control Constitucional<sup>82</sup>.

En 1964 asumió el gobierno una junta militar que representaba los intereses de la oligarquía y de los conservadores, que se vieron amenazados por las protestas del proletariado que se alineaba al comunismo<sup>83</sup>. Al igual que los anteriores gobiernos represivos se restringió la libertad de prensa.

---

<sup>79</sup> Cfr. MORA ORTEGA, Luis (Cord.). AYALA MORA, Enrique. *Política y Sociedad 1830-1980*. Corporación Editora Nacional. Quito. 1980. Pp 26 y 27.

<sup>80</sup> Artículo 95 Constitución del Ecuador de 1945 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1945.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>81</sup> Fue cinco veces presidente del Ecuador, pero apenas concluyó un periodo, se dice que no tenía ideología pero que fue el mejor representante del populismo. OÑA VILLAREAL, Humberto. *Biografía de José María Velasco Ibarra*. En <http://www.fundacionjoseguillermocarrillo.com/sitio/disvelascoibarra.php> última visita 08 de septiembre de 2011.

<sup>82</sup> Cfr. MORA ORTEGA, Luis (Cord.). SUÁREZ VEINTIMILLA, Mariano. Ob. cit Pps 376 y 377.

<sup>83</sup> Cfr. MEJÍA, Leonardo (Cord.). CUEVA, Agustín. *Ecuador Pasado y Presente*. Universidad Central del Ecuador-Editorial Universitaria. Quito. 1976. Pp 240.

La Asamblea Constituyente de 1967 plasmó un interés social que se vio mermado por los intereses políticos en la Cámara de Representantes. Se mantuvo la existencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, con la inmensa labor de velar el cumplimiento de la Constitución. Sin embargo el Congreso, fragmentado por los intereses de los partidos políticos, tenía la facultad de intervenir en las deliberaciones del Tribunal de Garantías Constitucionales. Esto hizo que las deliberaciones se extendieran en debates infinitos sin que este organismo pueda cumplir con un verdadero control constitucional<sup>84</sup>.

En 1972 asume el poder como dictador el General Guillermo Rodríguez Lara y mandó a restablecer la vigencia de la Constitución de 1945<sup>85</sup>. En la transición a la Constitución democrática de 1979, se puede mencionar un caso particular. La diferencia fue que no hubo una Asamblea Constituyente como tal, y por lo tanto no hubo una pugna política por el poder de la Asamblea. Al electorado se le presentó un referéndum de dos proyectos de Constitución, el primero era una codificación de la Constitución de 1945 y el segundo era un nuevo proyecto de Constitución. En el referéndum de enero de 1978 triunfó el nuevo proyecto.

La constitución democrática de 1979 tuvo tres reformas una en 1984, otra en 1993 y otra en 1996. En lo judicial se estableció que el juez era responsable por el retraso de los procesos y que podría indemnizar al usuario por su deficiencia. Se mencionó expresamente que la función jurisdiccional era independiente en su ejercicio<sup>86</sup>. Sin embargo los jueces seguían siendo elegidos por el Congreso Nacional.

El presidente democrático de 1979 fue Jaime Roldós, un hombre que parecía tener el interés de reivindicar los derechos sociales de la población, murió misteriosamente en 1981 en un accidente de avión.

---

<sup>84</sup> MORA ORTEGA, Luis (Cord.). SUÁREZ VEINTIMILLA, Mariano. Ob. cit Pps 384 y 385.

<sup>85</sup> Cfr. VERDESOTO SALGADO, Luis. *Desarrollo Constitucional del Ecuador*. Anuario Jurídico. Quito. 1982. Pp 865.

<sup>86</sup> Artículo 96 Constitución del Ecuador de 1979 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1978-codificada-en-1984.pdf> última visita el 17 de enero de 2011.

La democracia siempre fue frágil en el Ecuador, un ejemplo se puede mencionar el caso del Ex presidente León Febres Cordero que en su gobierno (1984-1988) cercó a la Corte Suprema con tanques para destituirlos con el argumento que él debía imponer los mandatos constitucionales<sup>87</sup>.

En 1998 se da una nueva Constitución fue muy clara respecto a la Función Jurisdiccional. Esta fue convocada luego de la caída del presidente Abdalá Bucarám. Se estableció que existirían jueces de paz que resolverían conflictos vecinales (que hasta el 2008 jamás se implementaron), reconoció la legitimidad de la justicia indígena, los jueces no estaban sujetos a periodo fijo, solo cesarían por las causas de ley, los jueces eran elegidos por el proceso de oposición y méritos, se estableció como órgano administrativo al Consejo Nacional de la Judicatura.

EL presidente de esta época (1998-2000) fue Jamil Mahuad, un profesional muy bien educado. Pero en su ejercicio benefició a los banqueros y grandes empresarios. Los banqueros malgastaron el dinero de los depositantes en créditos a su favor (créditos vinculados). Esto provocó el quiebre bancario, Mahuad permitió el quiebre bancario e implementó la dolarización<sup>88</sup>. Miles de depositantes se quedaron con sus manos vacías y ni el Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional hicieron nada para frenar estos abusos.

Luego de varios gobiernos no concluidos Lucio Gutiérrez asume la presidencia en el 2003. Era sabido que desde la Asamblea Constituyente de 1998 los magistrados de la Corte Suprema eran simpatizantes del Partido Social Cristiano (del ex presidente León Febres Cordero), pero en el gobierno de Lucio Gutiérrez hubo una intervención bastante grosera. El 8 de diciembre del 2004 el Congreso, por mandato de Gutiérrez, destituyó a todos los jueces de la Corte Suprema y nombró a sus conocidos. Los nuevos magistrados desconocieron el juicio que se seguía contra el ex presidente destituido Bucarám, por peculado y esto enfureció a la población quiteña. El 20 de abril del 2005 Gutiérrez tuvo que renunciar a su cargo por las protestas de la población civil. Fue

---

<sup>87</sup> Juan Paz y Miño recuerda *"Para imponerse al Congreso y al país, León Febres Cordero (1984-1988) incluso sostuvo ser él quien debía garantizar el respeto a la Constitución aún imponiéndola al mismo Congreso, justificativo que empleó para desconocer la Corte Suprema de Justicia nombrada por el legislativo, a la que cercó con tanquetas y policías, para lograr la designación de otra Corte a su gusto."* Cfr. PAZ Y MIÑO CEPEDA, Juan. *La Asamblea Constituyente 2007 un nuevo ciclo histórico en el Ecuador*: [http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/ciclo\\_historico.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/ciclo_historico.pdf) última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>88</sup> PAZ Y MIÑO CEPEDA, Juan. Ob. cit

entonces que el 30 de noviembre de 2005, por primera vez los jueces de la Corte Suprema fueron elegidos por una comisión especial con la veeduría de la OEA<sup>89</sup>.

Pero en el 2007 ocurre un nuevo incidente con el Presidente Rafael Correa. También impulsó una nueva Asamblea Constituyente. El 20 de octubre del 2008 se publicó en el Registro Oficial la Constitución número veinte del Ecuador. En el referéndum aprobatorio de la nueva Constitución la Asamblea Constituyente aprobó un régimen de transición, en donde se nombraría un pequeño congreso, formado por los mismos miembros de la Asamblea, para establecer algunos cambios transicionales que la Constitución establecía. El régimen de transición se puso en funcionamiento con el referéndum que aceptó la nueva Constitución el 28 de septiembre de 2008<sup>90</sup>. En el instrumento mencionado se establecía que se reduciría el número de magistrados de la Corte Suprema de treinta y uno, a veintiuno, y que se realizaría un sorteo por parte del Consejo Nacional Electoral que determinaría quiénes serían los magistrados transitorios hasta que el nuevo Consejo Nacional de la Judicatura designe a los titulares<sup>91</sup>. Los magistrados no aceptaron este manoseo político y renunciaron la mayoría. Solo tres quedaron, quienes organizaron una Corte Suprema con los conjuces.

En toda la historia del Ecuador podemos encontrar los siguientes factores comunes: (i) Constituciones efímeras: Cada gobernante caudillo impone su propia Constitución con el fin de gobernar mejor y más acorde a sus convicciones; pero al momento de gobernar no respeta ninguna norma (ni su propia Constitución). Entre las veinte constituciones que el Ecuador ha tenido, al parecer *“una constitución ha servido más como símbolo de legitimidad política para el poder, que como norma fundante de las demás en el ordenamiento jurídico.”*<sup>92</sup>. (ii) Debilidad del Poder Judicial: Toda la vida republicana del país ha existido una democracia formal (con una separación de poderes independientes) pero incipiente en la práctica. Supuestamente el poder judicial ha tenido el poder para controlar las demás funciones. Pero en la aplicación los intereses

<sup>89</sup> En Diario La Hora [http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/473658/-1/La\\_justicia\\_est%C3%A1\\_en\\_el\\_banquillo.html](http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/473658/-1/La_justicia_est%C3%A1_en_el_banquillo.html) última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>90</sup> En [http://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum\\_constitucional\\_de\\_Ecuador\\_de\\_2008](http://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_constitucional_de_Ecuador_de_2008) última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>91</sup> Artículo 19 Régimen de Transición: El Consejo Nacional Electoral organizará un sorteo público entre las treinta y uno magistradas y magistrados quienes se les encarga las funciones y responsabilidades de la Corte Nacional de Justicia hasta que se designe a los titulares, con aplicación de los procedimientos establecidos en la Constitución.

<sup>92</sup> AYALA MORA, Enrique (Ed.). WRAY ESPINOSA, Alberto. *Nueva Historia del Ecuador*. Editorial Grijalbo. Quito. 1995. Pp 186.

políticos han sido más fuertes. Al inicio de la República el poder del Ejecutivo era fuerte bélicamente, capaz de disolver cualquier institución y así lo hizo. Más tarde el Congreso fue la institución más fuerte, que con una mayoría parlamentaria sometida a intereses políticos ha movido la Constitución a su antojo. (iii) Sedentarismo Judicial: Inactividad del Poder Judicial en control político y en cambio estricto y formal con la población. El origen podría ser que el Poder Judicial ha sido elegido durante mucho tiempo en el Ecuador por un órgano político. (iv) Estatuto jurídico independiente formal: El estatuto jurídico constitucional de los jueces siempre ha garantizado la estabilidad judicial (no podrán ser suspendidos ni destituidos sin acusación fundamentada ni sentencia judicial). Pero en la práctica poco ha importado esta garantía ya que el poder ha actuado bajo ninguna regla. (v) Poder concentrado en los caudillos: La política ecuatoriana ha seguido el hilo de los caudillos, siempre ha sido un personaje el que atrae el aprecio de un grupo del poder el que asume las funciones directivas. Por su parte el caudillo al asumir el poder acumula los poderes estatales para beneficiar a sus simpatizantes y no tiene reparos en cometer excesos. Este hecho parece encajar en lo que Guillermo O'Donnell denomina como "democracias delegativas", donde el Poder Ejecutivo aceptado por el sufragio piensa recibir el derecho de "*hacer lo que le parezca adecuado para el país*"<sup>93</sup>, si es necesario violar la Constitución y las leyes, lo hará sin pensarlo dos veces. (vi) Denegación de contenidos democráticos: Cuando el poder se ha sentido amenazado por el control del Poder Judicial, éste se vuelve un enemigo político. Entonces existe resistencia frente a la autonomía e independencia jurisdiccional. El problema es que los gobernantes no han asimilado que esta facultad es propia de una democracia, y en cambio le echan la culpa a la función jurisdiccional<sup>94</sup>. Por otro lado, el caudillismo no acepta que existan contrincantes democráticos, por eso las elecciones han sufrido varios fraudes o de otra forma el gobernante apadrinaba a su sucesor.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si el error que nuestros gobiernos cometieron fue establecer un modelo presidencial. Tal vez nuestra influencia europea continental no tenía asentadas las bases suficientes para un verdadero freno de arbitrariedades (considerando al Poder Judicial como poder nulo). Las democracias latinoamericanas surgieron bajo la idea típica de separación de

---

<sup>93</sup> O'DONNELL, Guillermo. *Acerca del Estado, la Democratización y algunos problemas conceptuales*. <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/deluca/odonnell.pdf> pp 3, última visita el 17 de enero de 2011.

<sup>94</sup> La autonomía judicial representa un supuesto riesgo para los Poderes Ejecutivos. ACUÑA, Carlos. *La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina*. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 oct. 2002, pp 15.

Poderes (al estilo Montesquieu) y el presidencialismo de la experiencia de Estados Unidos, dos conceptos con distintos contextos. Sin embargo estos factores comunes muestran resultados similares que se pueden traducirse en lo que Bruce Ackerman denomina la “*pesadilla linziniana*”<sup>95</sup> en donde los caudillos no aceptan ningún límite a lo que ellos consideran conveniente para el país. Pero la experiencia en otros países ha demostrado que la democracia ha caminado mejor bajo las bases de un modelo parlamentario<sup>96</sup>. Lo cierto es que han pasado dos siglos de vida republicana en nuestra región y la *pesadilla linziniana* se sigue repitiendo en varios países<sup>97</sup>; quizá la configuración del Estado sea importante, pero definitivamente lo fundamental será un efectivo control al poder.

La cultura jurídica latinoamericana ha sido instrumento fundamental para que el poder hiciera cuanto le conviniese. La cultura jurídica ha permitido la brecha entre los enunciados formales y la práctica en la realidad. Por lo tanto poco importará las protecciones que un estatuto jurídico establezca para los jueces para garantizar la independencia del Poder Judicial, si los intereses del poder pueden doblar a cualquier institución. En la actualidad los jueces no solo se enfrentan al poder oficialista sino también al poder mediático. Aunque la presión mediática en el Ecuador parece ser leve todavía. Más han sido los abusos gubernamentales. En definitiva en el Ecuador existe una independencia judicial formal, sin embargo hasta la actualidad el poder judicial ha actuado en beneficio del gobierno de turno, o ha omitido cualquier control y si ha sido crítico ha sido reemplazado por algún simpatizante.

---

<sup>95</sup> Tomando las ideas de Juan José Linz en *La Crisis del Presidencialismo*, Ackerman describe a este curioso dato: “*Generaciones de liberales latinoamericanos han tomado las teorías de Montesquieu, junto con el ejemplo estadounidense, como inspiración para crear gobiernos constitucionales que dividen el poder legislativo entre presidentes electos y congresos electos, sólo para ver sucumbir sus constituciones a manos de presidentes frustrados que desbandaban congresos intransigentes y se instalaban ellos mismos como caudillos con la ayuda de los militares o plebiscitos extraconstitucionales.*” ACKERMAN, Bruce. *La Nueva División de Poderes*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2007. Pp 29.

<sup>96</sup> En los países de Europa del este, aquellos que adoptaron un modelo parlamentario sobrevivieron mejor sus instituciones democráticas ante irrupciones autoritarias, que los países presidencialistas. Citando a Robert Dahl en *Thinking about Democratic Constitutions: Conclusions from Democratic Experience*. En ACKERMAN, Bruce. Ob. cit Pp 140.

<sup>97</sup> Refiriéndose a la situación de Venezuela, Pérez Perdomo dice “*La vía revolucionaria usada ha tratado de mantener la apariencia del Estado de Derecho... para la represión, se usa grupos violentos afectos al gobierno, pero que no corresponden a ninguna estructura del Estado... a pesar de las declaraciones constitucionales y las inversiones en le sistema judicial, no hay duda de que Venezuela está más distante del Estado de Derecho ahora que en 1998. Es la incompatibilidad entre el proyecto político autoritario... y la idea de Estado de Derecho que se debe esa distancia.*” PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *Reforma judicial, estado de derecho y revolución en Venezuela*. En PÁSARA, Luis (comp.). *En busca de una justicia distinta. Experiencia de reforma en América Latina*. Ob. Cit, Pps 373,374.

## 1.2. Función Jurisdiccional de origen europeo continental

Como ya hemos mencionado anteriormente, mucho de lo que la cultura jurídica latinoamericana es actualmente tiene su origen de lo desarrollado en Europa. Esto incluye los vicios y tergiversaciones de las instituciones jurídicas. Hemos recibido la idea de un Estado separado en poderes, capaz de equilibrar el poder. En América del Sur esta idea se la tomó como una verdad absoluta, casi como un dogma. Sin embargo hoy en día se ha desmentido esta teoría. El Poder Judicial nació limitado por la desconfianza a los jueces, consecuencia del contexto de la época en Europa. Entender esta limitación podría permitir aplicar cambios que sean efectivos para lograr un Poder Judicial más activo en el control del poder.

### 1.2.1. Origen del Poder Judicial nulo

Para averiguar la posición de los Poderes Judiciales en la teoría europea, el análisis debe basarse en el fundamento de la soberanía parlamentaria que nació en la revolución francesa. En Francia la actividad parlamentaria (soberana) fue una respuesta al abuso de los jueces del Antiguo Régimen (*Parlements*), quienes interpretaban las leyes en favor de los intereses fundamentales del reino<sup>98</sup>. Además, que fueron conservadores en las interpretaciones y no aceptaban los postulados liberales que se fraguaban en la época. La justicia no se consideraba un servicio y menos un derecho; era una caridad del rey<sup>99</sup>. Esto fomentó el repudio al rey y a las cortes de justicia que lo apoyaban, siendo estos los motivos de la revolución.

Entonces Montesquieu propone un Estado en el que el poder de juzgar no podía estar en las mismas manos del que legislaba, ni del que ejecutaba<sup>100</sup>. Es más, ante la penumbra de la ley no era el juez el que podía aclararlo sino solo el mismo funcionario que la creó, el legislador. Así llegamos

---

<sup>98</sup> Los tribunales de justicia del Antiguo Régimen francés eran conocidos como Parlamentos. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Traducción de P. de Luis Durán. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6, No. 17, Mayo-Agosto, 1986. Pp 20.

<sup>99</sup> Cappelletti se refiere a la resolución de conflictos en el Antiguo Régimen y menciona que “*su actividad [judicial] debía ser pagada por cada litigante, como si fuese un privilegio impartir justicia y no un deber.*” Ídem. Pp 20.

<sup>100</sup> Ídem. Pp 21.

a la propuesta del mismo Montesquieu en que el juez únicamente estaba autorizado a aplicar la literalidad de la ley<sup>101</sup> y por lo tanto conformaba un poder nulo<sup>102</sup>.

Consecuentemente la ley, como voluntad soberana del pueblo, era garantía de libertad frente a las arbitrariedades del Antiguo Régimen. Y en ese sentido sería impensable que un juez pudiera revisar lo que el legislador había aprobado. Éste más bien debía estar subordinado a la ley para garantizar que no intente cambiar las victorias de la revolución. Pero esta función, casi automática, hizo que se atrofiara su capacidad de razonamiento; se les mantuvo en mediocridad. Y el fin, de equilibrar los poderes, quedó en el olvido porque nadie controlaría al Legislativo<sup>103</sup>.

Cappelletti encuentra aquí el oxímoron del filósofo francés. Según el autor italiano, Montesquieu había pensado en la posibilidad de que existieran leyes fundamentales no escritas de origen en la razón humana, pero él había constatado que la actividad judicial había sido mediocre desde los Parlamentos; por lo tanto no hubiesen sido capaces de manejar la argumentación necesaria de estas leyes fundamentales. Una de las razones de porqué a los jueces no se les encargó la posibilidad de hacer control constitucional fue esta mediocridad heredada. En cambio se prefirió que se crearan órganos especiales que tuvieran esta función, alejados de la insuficiencia judicial<sup>104</sup>.

A la subordinación del juez obediente de la ley, se debe sumar que éstos también estaban sometidos a la voluntad organizativa del Poder Ejecutivo. Esta fue una característica del Antiguo Régimen que no cambió con la revolución francesa<sup>105</sup>. Pues como funcionarios, jamás tuvieron autonomía de decisión en los medios materiales ni en la infraestructura administrativa; cuestiones esenciales de la organización que siempre fue encargada al Poder Ejecutivo a través del Ministerio

<sup>101</sup> El juez boca de la ley no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley. Ídem. Pp 21.

<sup>102</sup> Citando a Montesquieu *“De los tres poderes de los que hemos hablado, el judicial en cierto sentido es nulo.”* Ídem. Pp 23.

<sup>103</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional.* Ob. cit Pps 24, 25.

<sup>104</sup> En palabras de Capelletti: *“... esta mediocridad social y profesional de los jueces (civiles) continentales ordinarios iba a convertirse en una de las razones por la que no servirían para afrontar el desafío de la revisión judicial de los actos legislativos y administrativos.”* CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional.* Ob. cit Cita 28 pp 23.

<sup>105</sup> Los jueces del Antiguo Régimen, como servidores del rey, tenían funciones administrativas y judiciales que tras *“La Revolución Francesa y la adopción del principio de separación de poderes no supuso la ruptura de la vinculación entre juez y poder ejecutivo en el aspecto orgánico... [existió] la inserción del juez como funcionario en la estructura de una administración que se situaba bajo la dirección del ministerio de justicia, y... del gobierno.”* LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional.* Palestra. Lima. 2001. Pp 131,132.

de Justicia<sup>106</sup>. El ideal de tener jueces elegidos, como Montesquieu había pensado, nunca se afianzó y más bien se consolidaron como funcionarios administrativos<sup>107</sup>.

América no adoptó exactamente este modelo de subordinación organizativa y más bien aceptó cierta influencia de la organización judicial de Estados Unidos, con un papel preponderante en la Corte Suprema<sup>108</sup>. Así, en América Latina el gobierno de los jueces se encargó a las Cortes Supremas de Justicia, marcando una distancia con el del Poder Ejecutivo y el modelo europeo<sup>109</sup>. Sin embargo de esta supuesta independencia, ha sido siempre una preocupación la determinación y ejecución del presupuesto judicial<sup>110</sup>. Esto ha mermado de cierta manera la imagen de la Función Judicial como Poder.

Más tarde se propuso la creación de un órgano no jurisdiccional, independiente de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que se encargaría de la gestión del Poder Judicial. En Europa (posguerra) se crearon los Consejos de la Magistratura que se ocuparon de lo que el Ministerio de Justicia realizaba<sup>111</sup>. En algunos países de Latinoamérica también se implementó esta figura, separando las funciones administrativas de las jurisdiccionales de las Cortes Supremas. Pero esta división ha generado pugnas internas que no han contribuido en la consolidación de la Función Judicial como Poder<sup>112</sup>.

---

<sup>106</sup> López Guerra afirma que *"Es el gobierno quien elabora el presupuesto de la justicia... y quien ejecuta ese presupuesto. También es el gobierno quien proporciona los locales para las sedes judiciales, y quien suministra el personal administrativo auxiliar, bajo la dependencia del ministerio de justicia."* Ídem. Pp 133.

<sup>107</sup> Según López Guerra *"A partir de 1810, los jueces franceses vuelven formal y definitivamente a la incardinación administrativa..."* Ídem. Pp 133.

<sup>108</sup> El modelo de Estados Unidos es un auto gobierno aún más complejo dividido entre los Tribunales Supremos de cada Estado y un *Judicial Conference* a nivel Federal. Ídem. Pp 139-141.

<sup>109</sup> López Guerra confirma que *"el papel directivo se asigna a los mismos órganos judiciales, y, más específicamente, a las Cortes Supremas de Justicia de cada país... en algún caso ni siquiera existe ministerio de justicia..."* Ídem. Pp 136, 137.

<sup>110</sup> En algunos países incluso se ha determinado un porcentaje fijo que se debe asignar al Poder Judicial. Por ejemplo Costa Rica que ha asignado el 6 % de su presupuesto nacional del Estado, sin embargo en 1998 solo se había asignado un 5.75 %. WILSON, Bruce. *The Best Laid Schemes... Gang Aft A-gley. Judicial Reform in Latin America – Evidence from Costa Rica.* En *Journal of Latin American Studies*. 2004. Pp 528.

<sup>111</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis. Ob. cit Pp 142-145.

<sup>112</sup> Es el caso por ejemplo de Argentina, donde la Corte Suprema a minimizado la función del Consejo de la Magistratura, negando las funciones de este último. FUCITO, Felipe. *El Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación y la designación de los jueces.* 2002. Pp 1-3.

### 1.2.2. Justicia como servicio público

Ahora bien, considerar a la Función Jurisdiccional como un prestador de servicios públicos podría ser beneficioso y contraproducente al mismo tiempo. Para quienes consideran que es necesario declarar a la justicia como un servicio, piensan que ser un Poder es una utopía que blinda a la jurisdicción de las modernizaciones. Mientras que los que opinan que la Función Judicial reducida a una simple gerencia, pierde el estatus de Poder y por lo tanto pierde la capacidad de equilibrar el gobierno; entonces sería un mero organismo operativo que se encargaría tan solo de administrar justicia.

Para el profesor español Javier Tajadura la Administración de Justicia ha quedado atávica en el siglo XIX y sorda ante los procesos de modernización; lo cual queda demostrado con la pobre opinión pública de la justicia<sup>113</sup>. Ideales como la justicia total<sup>114</sup> y la judicialización de la política han llevado a que la Administración de Justicia se sature con un alto nivel de litigiosidad y que ponga en riesgo el carácter democrático del Estado<sup>115</sup>. Estas serían preocupaciones que alejarían a la Administración de Justicia de la innovación.

Para entender la plausibilidad del Poder Judicial como servicio público, Tajadura hace una distinción de conceptos de justicia. Así define a la justicia en distintos planos como: valor, entendida como principio u objetivo fundamental de la Constitución; como función del Estado, encargada del monopolio para resolver conflictos en Derecho; como organización, son los órganos como tales, encargados de la función jurisdiccional (tribunales, juzgados) y los medios al servicio con los que funcionan (infraestructura, medios materiales, sedes judiciales); como servicio público, es la estructuración instrumental de la organización hacia la concreción de los fines del Estado social<sup>116</sup>. Una modernización de la justicia tendrá que funcionar igual que la modernización de cualquier otro servicio, garantizando su eficacia<sup>117</sup>.

Para el autor los conceptos de Poder Judicial o Servicio Público son excluyentes. Su fundamento se origina en considerar que el Poder Judicial es un poder indirecto, bajo las premisas de que éste no

<sup>113</sup> Cfr. TAJADURA, Javier. *Reflexiones en torno a la configuración de la Justicia como Servicio Público*. En [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/8/art/art8.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/8/art/art8.pdf) Pp 178.

<sup>114</sup> Entendida como la posibilidad de que cualquier daño sea reparado. Ídem. Pp 181.

<sup>115</sup> Cfr. Ídem. Pp 181, 182.

<sup>116</sup> Cfr. Ídem. Pp 184, 185.

<sup>117</sup> Cfr. TAJADURA, Javier. Ob. cit Pp 185.

tiene voluntad propia sino meramente aplicativa y que su actuación se da solo a merced de instancias ajenas<sup>118</sup>. Por lo tanto debemos aceptar que la configuración judicial en la cultura jurídica europea es de servicio y no de Poder<sup>119</sup>; ya que a diferencia de lo que ocurrió en Estados Unidos, los jueces obtienen su legitimidad al aplicar la ley democrática<sup>120</sup>. Tras la idea de Justicia-Poder e independencia, se ha ocultado el repudio a la transformación. Con este argumento se ha evitado la implementación de mecanismos de control democráticos y ha considerado a cualquier intento de intervención como una ofensa a la independencia judicial<sup>121</sup>.

Pero reducir a la Función Judicial como una simple Administración, podría evitar que cumpliera su rol de control del Poder. Incluso, el término Administración de Justicia puede llevar a entender que éste es dependiente de otro Poder; por eso en la Constitución española de 1978 se decidió utilizar el término Poder y no Administración<sup>122</sup>. Finalmente podríamos decir que entender al Poder Judicial como un Poder nulo, lleva al concepto de Administración de justicia como “... un acto administrativo, temporal, circunstancial y pasajero...”<sup>123</sup>. Pero esto generaría un desenfreno en la voluntad del legislador, quien no tendría institución que controlara su poder.

Servicio público o Poder Judicial podrían no ser conceptos excluyentes, como lo considera Tajadura. Al contrario podrían ser complementarios. Considerar a la justicia como servicio público implica que este es un instrumento para los fines del Estado Constitucional. Pero sería imposible cumplir los propósitos del Estado Constitucional si se permiten abusos de las mayorías parlamentarias y del poder político. Así como sería improbable que la Función Judicial fuese un Poder legitimado si no garantiza derechos al resolver conflictos eficazmente y por lo tanto es su

<sup>118</sup> Cfr. TAJADURA, Javier. Ob. cit Pp 188.

<sup>119</sup> Al comentar que el control constitucional en Europa se designó a un órgano *ad hoc* Tajadura comenta que “*De lo expuesto fácilmente se deduce que en cualquier sistema jurídico de impronta napoleónica... la justicia debe ser entendida, claramente y sin complejos, como lo único que realmente es y puede ser: un servicio público, de trascendental importancia sin duda- pero servicio al fin. No como un Poder.*” Cfr.

TAJADURA, Javier. Ob. cit Pp 192.

<sup>120</sup> Cfr. TAJADURA, Javier. Ob. cit Pp 190.

<sup>121</sup> Tajadura nos aclara afirmando que “*El corolario lógico de tal proceso no es otro que la afirmación de que sólo la Justicia puede reclutar a la Justicia, u organizar a la Justicia, o gobernar a la Justicia, o evaluar a la Justicia, o sancionar a la Justicia. La intervención de cualquier otra institución en alguno de estos campos entrañaría siempre un grave peligro para la independencia de la Justicia-Poder.*” Cfr. TAJADURA, Javier. Ob. cit Pp 196.

<sup>122</sup> Citando a Óscar Alzaga en su obra *La Constitución española de 1978. Comentario Sistemático*. “... la expresión Administración de Justicia que ha hecho creer en ocasiones que se trataba de una vertiente del Ejecutivo que, en concreto, dependía del Ministerio de Justicia.” En TAJADURA, Javier. Ob. cit Pp 184.

<sup>123</sup> MÓNROY GÁLVEZ, Juan. Ob. cit Pp 42.

obligación valerse de las olas modernizadoras para brindar un servicio efectivo; sin esta legitimación no podrá actuar como freno del poder.

### 1.3. La Casación y su aplicación en el Ecuador

Frente al grave problema de la extensa duración de los juicios en el Ecuador se propuso como solución la casación. Esta institución de origen europeo tenía el propósito de darle un papel relevante a las Cortes Supremas de Justicia que, por medio de este instrumento, guiarían la correcta actuación de los juzgados inferiores. Ahora revisaremos su origen e implementación en el Ecuador.

#### 1.3.1. Concepción Clásica.

Algunos autores mencionan que el origen de la institución Casación puede remontarse a la época romana. Otros autores mencionan que la Casación se origina en la “*querella nullitatis*” de la época medieval. Pero la mayoría confluyen en que la institución como la conocemos ahora inició en el Estado francés post revolucionario.

Para entender la institución debe analizarse su contexto y su origen, y muchos coinciden que ha sido Piero Calamandrei el mejor jurista en realizar esta recopilación histórica. Para Calamandrei, la Casación es un proceso evolutivo histórico que se desarrolló a partir de la práctica judicial que posteriormente sería recogida positivamente en normas procesales<sup>124</sup>. Podríamos determinar tres etapas claras: una romana, una correspondiente al derecho común y una moderna.

Para los romanos, había la posibilidad de que las sentencias sean justas o injustas. Las sentencias injustas eran aquellas que tenían un error de derecho (*in iure*). Estas sentencias eran nulas y por lo tanto inexistentes. A diferencia de la gravedad pública que tenía el error *in iure*, el error de hecho era mínimo, porque el particular podía hacer valer sus derechos por medio de una apelación. Es la indefensión que la ley tenía frente al caso de que el juez la aplique erróneamente la que le da el carácter público. Las decisiones del juez en contra del Derecho son conocidas como “*contra ius constitutionis*”<sup>125</sup>. La afectación que una sentencia injusta por error de derecho produce es un

<sup>124</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. Pp 24.

<sup>125</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ob. cit Pp 24.

efecto más grave que un error de hechos, porque en esta, está en juego la generalidad y abstracción de la ley.

En la siguiente etapa se considera la necesidad de un medio de impugnación para dejar sin efecto esta sentencia viciada. Para ello cambió la idea de que la sentencia nula era inexistente. Se considera entonces que las sentencias (aunque tengan errores *in iure*) tenían una fuerza formal. Por lo tanto se llegó a la necesidad de un medio de impugnación, que actuaría igual que una apelación, incluso con tiempos de preclusión. La sentencia injusta es entonces anulable, y gracias a su fuerza formal, si no es impugnada a tiempo adquiere validez. Esta fue la llamada “*querela nullitatis*”<sup>126</sup>.

La idea moderna de Casación viene de Francia. Esta se deriva en dos etapas: el *Conseil de Parties* y el resultado de la revolución francesa. El “*Conseil de Parties*”<sup>127</sup> se desarrolla en una etapa monárquica, en la que los ciudadanos podían presentar ante el Rey una queja para que conociera una injusticia cometida por los órganos jurisdiccionales conocidos como Parlamentos. El objetivo del Conseil era cuidar el cumplimiento de los mandamientos reales. La “*demande de cassation*”<sup>128</sup> controlaba la obediencia de los parlamentos a la voluntad del rey.

Ya en la etapa de la revolución se demuestra que la única fuente en la que se confiaba era la ley (cuya soberanía residía en el pueblo) y se temía la transgresión por parte de los jueces. Calamandrei menciona que la misma institución del régimen monárquico cambia de ropaje para ser utilizada por el nuevo régimen revolucionario. En vez de buscar la obediencia del rey ahora se busca la obediencia de la ley. Así nace el Tribunal de Casación, que mucho se parece al *Conseil de Parties*, con el objeto de trabajar como centinela que vigile el efectivo cumplimiento frente a los jueces<sup>129</sup>. En este momento histórico es Montesquieu el autor más influyente y es él quien advierte la necesidad de controlar que los jueces (ex funcionarios del rey) no distorsionen el contenido de la ley<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*

<sup>127</sup> Cfr. CALDERÓN, Carlos; ALFARO, Rosario. *La Casación Civil en el Perú*. Editora Normas Legales S.A. Trujillo. 2001. Pp 7.

<sup>128</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ob. cit Pp 31.

<sup>129</sup> En realidad Robespierre fue el creador de la idea de tener un centinela que observara el cumplimiento de la ley. Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ob. cit Pp 33.

<sup>130</sup> Cfr. SILVA VALLEJO, José Antonio. *La Casación Civil, su crisis actual, necesidad de derogarla y de sustituirla por el recurso extraordinario de injusticia procesal y el Certiorari*. Ara Editores. Lima. 2010. Pp 20.

Las características de la Casación francesa post revolución eran: (i) cuidaba el interés de la ley comparable con el *ius constitutionis* romano; (ii) a petición de parte o de oficio anulaba una sentencia que contraviniera el texto claro y expreso de la ley; (iii) no conocía el fondo de las sentencias; y (iv) respetando firmemente la separación de poderes, reenviaba al juez para que corrija su resolución. Hay que tomar en cuenta que el Tribunal de casación no era un órgano jurisdiccional sino un vigilante negativo, que anulaba toda interpretación fuera de la ley. Si el juez se negaba a cumplir con el reenvío había la posibilidad de dictar un decreto de interpretación ley, conocido como “*référé obligatoire*”<sup>131</sup>.

### 1.3.2. Casación Actual

Para Calamandrei, la institución casación es un binomio que se compone: (i) por un órgano especializado para responder las exigencias procesales; y (ii) el recurso de impugnación que permitirá a la corte hacer una revisión limitada con los fines que la ley procesal establezca<sup>132</sup>.

Luego, la Corte de Casación como institución, ejerce jurisdicción sobre particulares indirectamente, porque no es su fin. El fin de la Corte de Casación es vigilar la exacta observancia del conocimiento de las leyes, que se aplique la correcta interpretación de la norma general y abstracta a los casos. Pero debe tomarse en cuenta que los destinatarios son los jueces inferiores, quienes deben conocer exactamente el alcance de las leyes que deben aplicar. La interpretación judicial de las leyes es la “*jurisprudencia*”<sup>133</sup>, por ende, la Corte de Casación es la unificadora de la jurisprudencia. Es una finalidad constitucional en dónde el Supremo Tribunal ejerce una función pacificadora entre el trabajo legislativo y la función jurisdiccional, para que exista una correcta interpretación de la voluntad soberana. Esto implica que la jurisprudencia permitirá una adecuación dinámica del Derecho adaptando la ley.

El recurso de casación es una herramienta procesal híbrida, porque por medio de los incidentes de particulares, evalúa y diseña el derecho objetivo con fines públicos (la unificación de la jurisprudencia). Así entonces el particular se beneficiará porque la Corte de Casación corregirá una errónea interpretación de la ley, no necesariamente porque sea una sentencia injusta. La revisión

<sup>131</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ob. cit Pp 34.

<sup>132</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ob. cit Pp 10.

<sup>133</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ob. cit Pp 14.

que el recurso permite es solo parcial, se circunscribe únicamente al error de interpretación que el recurrente ha denunciado.

Otra característica especial del recurso es que únicamente se revisa el defecto en Derecho de una sentencia impugnada. Entonces, su condición solo le permite hacer un control de legalidad mas no de mérito. Si la Corte de Casación revisaría el mérito de la impugnación ya no sería casación sino una tercera instancia<sup>134</sup>. Su trabajo será proyectar hacia el futuro la interpretación teórica de la ley, sin importar hacer justicia en el caso concreto<sup>135</sup>.

También, existe una importante relación entre el recurso y la ley que establecerá los parámetros de la casación; determinará también el ámbito en el cual se desea se desarrolle la Corte de Casación. Este será el punto inicial que determinará el camino de la Corte y cuál será el filtro de accesibilidad de los recursos. La revisión en Derecho se limita a los motivos tasados en la ley<sup>136</sup>.

### 1.3.3. Fines de la Casación

Como bien lo ha mencionado el jurista argentino Augusto Morello, la casación tiene un fin puro y otro bastardo<sup>137</sup>. El puro se refiere a la revisión únicamente in iure (sin conocer ningún hecho o mérito), para defender que la ley se aplique en el sentido para la que fue creada, esta es conocida como la función nomofiláctica. También debe cumplir el rol uniformador de la jurisprudencia. La casación pura tiene un fin público, es el de proteger la ley general y abstracta de las interpretaciones desviadas que los jueces podrían derivar<sup>138</sup>.

Un fin distinto, considerado como impuro, es el de asegurar axiológicamente que el resultado de la jurisdicción sea la justicia. Esto implica que se deben revisar los hechos (mérito), revisar el proceso, controlar la motivación y el razonamiento. Para Morello, este fin se ha venido desarrollando en Argentina luego de haber adoptado un sistema casacional de corte español<sup>139</sup>. Es decir que luego de haber importado la institución casación, esta adoptó características específicas

<sup>134</sup> Cfr. MORELLO, Augusto M. *La Casación*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Pp 12.

<sup>135</sup> Cfr. TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Palestra Editores. Lima. 2005. Pp 80.

<sup>136</sup> Citando a la Corte Suprema del Perú Cfr. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Recurso de Casación Civil*. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2009. Pp 32.

<sup>137</sup> Cfr. MORELLO, Augusto M. *La Casación*. Ob. cit Pps 11-13.

<sup>138</sup> Las palabras de Morello son "Un juez no puede fallar contrariando a la ley aunque lo haga contrariando a la justicia." MORELLO, Augusto M. *La Casación*. Ob. cit Pp 12.

<sup>139</sup> Cfr. MORELLO, Augusto M. *La Casación*. Ob. cit Pp 13.

en su aplicación. El autor argentino señala que esta característica es una nueva etapa de la casación, que no sería incongruente con la institución sino solo diferente. Al parecer este sería un fin particular, dar justicia al caso concreto. Pero el argumento de que la justicia es un derecho fundamental y que una justicia efectiva legitima la actuación del Poder Judicial, lo convierten en un fin público.

Taruffo por su parte, refiriéndose a la Corte de Casación italiana, establece que los fines son: (i) vigilar la exacta observancia de la ley, lo que implica que más que fijarse en la interpretación lo que vigila es que la ley se aplique en judicaturas inferiores. (ii) Designar una correcta observancia de la ley, implica en cambio, definir un significado propio de la norma estableciendo un criterio general sin importar el caso concreto. Estos dos fines son disyuntivos, pero en la práctica parece ser que en Italia se aplica el primero sobre el segundo<sup>140</sup> (iii) La observancia de la ley “exacta”, esto implica que el fundamento o el razonamiento debe ser preciso y riguroso como una especie de cálculo (de trazo positivista) en el que la interpretación de una norma, en un sistema autosuficiente, es el resultado de un cálculo deductivo. (iv) Observar la exacta interpretación, conlleva a descartar varias otras interpretaciones y decir con autoridad cuál es la correcta. (v) Uniforme interpretación de la ley, se deriva de que existe una exacta interpretación de la ley que debe ser replicada por todas las judicaturas en el mismo momento (sincrónico) o en distintos momentos (diacrónico). (vi) Unidad del Derecho objetivo nacional, también se refiere a un exacto significado de la ley realizada por la máxima autoridad judicial, que le permite hacer una cuasi auténtica interpretación, que dirige hacia el futuro la interpretación de judicaturas inferiores; y también hace un control al pasado por medio de las impugnaciones, anulando las interpretaciones alejadas de la exacta observancia de la ley<sup>141</sup>.

La casación no llegó pura a América. Como lo ha señalado Morello, también lo ha recalado Juan Carlos Hitters, el modelo asumido en América Latina ha sido el experimental español; cuyo énfasis

---

<sup>140</sup> Taruffo menciona que podría haber un fin de justicia sustancial de la casación, “Finalmente se podría hipotizar que aquí justicia significa justicia sustancial, es decir, que la Casación es vista como el garante supremo de la justa decisión de las controversias, no sobre la base de una legalidad formal, sino según algún criterio de justicia material. Sin embargo, esta hipótesis... parece particularmente débil: la norma no habla de justicia sustancial y privilegia, en cambio, cánones de legalidad formal...” TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Ob. cit Pp 91.

<sup>141</sup> Cfr. TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Ob. cit Pps 90-104.

estaba en la jurisdiccionalidad más que en el interés dogmático<sup>142</sup>. Entonces el fin sería hacer justicia en el caso concreto a favor de los litigantes (*ius litigatoris*) y ya no solo a favor del Derecho (*ius constitutionis*)<sup>143</sup>. Pero el mismo autor que elogió tanto la casación, vio que su futuro debía relacionarse con la justicia. Es así como Calamandrei cambia de posición tan drásticamente que vale la pena citar sus palabras:

A veces cuando observo en la práctica profesional de todos los días el modo cómo institucionalmente funciona la Corte de Casación, con su tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, que parece expresamente creada para llevar a la exasperación las exigencias equitativas del caso concreto, me pregunto si ese delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social, como son los nuestros, en que el derecho en formación está todavía lleno todo él de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado. Y me pregunto también, sin que lo impida aquel antiguo amor de estudioso que hace ya casi cuarenta años me lanzó a recorrer la historia gloriosa de este instituto, si la primera responsable de esta reducción de la justicia a un juego de lógica formal, no es precisamente la Corte de Casación, que casi desdeñando el impuro contacto de los casos controvertidos, por excesivo amor a la pureza lógica, llega a una fabricación en serie de abstractas premisas mayores, que obligan a los jueces de reenvío a concluir el silogismo en contraste con las exigencias de la realidad y a menudo con la de sus conciencias... yo no puedo resignarme a creer que el sistema de la Casación haya agotado su ciclo histórico; y estoy persuadido de que el adecuar el funcionamiento de la Casación a las nuevas exigencias de los tiempos que vivimos, que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empíreo de la lógica pura, depende no tanto de los dispositivos procesales cuanto de los hombres que los administran. Y puesto que tengo confianza en estos hombres, confío también en que la Corte de Casación terminará por ser, en el futuro, cada vez más próxima y sensible a las exigencias de la justicia sustancial.<sup>144</sup>

Finalmente podemos agregar las palabras del autor peruano Manuel Sánchez-Palacios Paiva también acepta que la casación en su país está obligada a uniformar la jurisprudencia por medio de la revisión de la aplicación del Derecho en el caso concreto. Es decir en términos de Calamandrei, no es una casación pura, porque puede revisar los hechos del caso concreto. De este

---

<sup>142</sup> Como menciona Hitters haciendo referencia a Guasp, "*La adopción de este sistema [casatorio], que tiene precedentes en los proyectos y ensayos anteriores, no obedece a preocupaciones de tipo dogmático o científico, sino a razones exclusivamente prácticas fundadas en la conveniencia y utilidad de los litigantes...*" Cfr. HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. 1994. Pp 127.

<sup>143</sup> Ídem. Pp 131.

<sup>144</sup> Citando a Calamandrei, Ídem. Pps 131 y 132.

lineamiento Sánchez-Palacios encuentra dos fines: (i) igualdad ante la ley, significa que la casación garantiza que la ley se aplique de igual en casos iguales; y (ii) previsibilidad de los fallos, contribuye a la seguridad jurídica porque la uniformidad de la jurisprudencia permitiría a la ciudadanía conocer de qué forma se considera cierto aspecto jurídico (saben exactamente a qué atenerse)<sup>145</sup>.

#### 1.3.4. Implementación de la casación en el Ecuador

La historia del Ecuador cuenta con veinte Constituciones de distintas tendencias. El primer antecedente de una Corte jerárquicamente Suprema de Justicia en el Ecuador fue pre republicana. En 1822 el Mariscal Antonio José de Sucre ordenó la creación del Primer Tribunal de Justicia con sede en la ciudad de Cuenca, fundamentado en la Constitución de Cúcuta de 1821<sup>146</sup>. Para esta época Ecuador todavía no había logrado su independencia.

Luego, en la primera Constitución republicana de 1830 la Función Judicial estaba conformada por una Alta Corte de Justicia, Cortes de Apelación y Tribunales de Justicia<sup>147</sup>. Aunque el texto de la Constitución es ambiguo, se puede determinar que la Alta Corte de Justicia tuvo como competencias: (i) resolver en tercera instancia los casos que hayan sido apelados de las Cortes de Apelación<sup>148</sup>, (ii) tendría la competencia para conocer los casos de responsabilidad de los ministros de las Cortes de Apelación, y (iii) organizar las demás Cortes de Apelación y Tribunales de Justicia<sup>149</sup>.

<sup>145</sup> Cfr. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. Ob. cit Pps 52-54.

<sup>146</sup> Cfr. VALDIVIESO, Simón. *La FENAJE y el Tiempo Transcurrido*. [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2291&Itemid=426](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2291&Itemid=426) última visita 17 de enero de 2011.

<sup>147</sup> Artículo 45 Constitución del Ecuador 1830 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1830.pdf> última visita 17 de enero de 2011.

<sup>148</sup> Artículo 49 Constitución del Ecuador 1830, curiosamente solo estableció que no existirían más de tres instancias y que cada sentencia debía ser fundada. <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1830.pdf> última visita 17 de enero de 2011.

<sup>149</sup> Artículo 50 Constitución del Ecuador 1830, se le había encargado al Congreso Nacional resolver la responsabilidad de los jueces de la Alta Corte de Justicia. <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1830.pdf> última visita 17 de enero de 2011.

Con la Constitución de 1835, la Alta Corte de Justicia cambió su nombre a Corte Suprema de Justicia. Mantuvo las mismas funciones que la Constitución de 1830 estableció, con las mismas vaguedades remitiéndose a leyes sucesivas<sup>150</sup>.

La Constitución de 1843 fue la primera en determinar específicamente el número de magistrados, que en este caso fueron cinco, que conformarían la Corte Suprema de Justicia<sup>151</sup>. Mantuvo su competencia de ser tercera instancia, fuero de los ministros de las Cortes de Apelación, directora administrativa del Poder Judicial y se añadió una nueva función: la de proponer anualmente al Congreso Nacional observaciones sobre defectos, vacíos o inconveniencias de las leyes<sup>152</sup>. Sin embargo era el Congreso el que decidía aceptar o no, las observaciones de la Corte Suprema.

En adelante la conformación y función de la Corte Suprema es muy similar. Los cambios empiezan con la Constitución ecuatoriana de 1978. Esta carta magna es importante porque marcó el regreso a la democracia luego de una dictadura petrolera encabezada por el General Guillermo Enríquez Lara<sup>153</sup>. Además de establecer mayores derechos (incluyendo los llamados derechos económicos, sociales y culturales) y garantías a los ciudadanos se estableció que no se sacrificaría la justicia por la sola omisión de formalidades. La Corte Suprema adquirió dos nuevas facultades en esta Constitución: (i) la posibilidad de que en pleno pudiera dirimir contradicciones sobre un mismo punto de derecho, siendo su decisión obligatoria para el futuro<sup>154</sup>, y (ii) la posibilidad de que los magistrados de la Corte Suprema puedan inaplicar leyes que se consideren inconstitucionales, debiendo reportar a la Cámara Nacional de Representantes las cuestiones para que este órgano

<sup>150</sup> Artículo 75 Constitución del Ecuador 1835, la única diferencia que esta Constitución introdujo fue la creación de Distritos Judiciales para las cortes de apelación. <http://www.cortesuprema.gov.ec/cn/wwwcn/pdf/constituciones/13%201835.pdf> última visita 17 de enero de 2011.

<sup>151</sup> Artículo 72 Constitución del Ecuador 1843, <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1843.pdf> última visita 17 de enero de 2011.

<sup>152</sup> Artículo 76 Constitución del Ecuador 1843 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1843.pdf> última visita 17 de enero de 2011.

<sup>153</sup> En esta época se consolidó el modelo desarrollista de configuración capitalista. Cfr. PAZ Y MIÑO CEPEDA, Juan. *La Asamblea Constituyente 2007: Un nuevo Ciclo Histórico del Ecuador*. [http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/ciclo\\_historico.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/ciclo_historico.pdf) última visita 17 de enero de 2011.

<sup>154</sup> Artículo 102 Constitución del Ecuador 1979 <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1979.pdf> última visita 17 de enero de 2011.

decidiera el futuro de la ley inconstitucional<sup>155</sup>. En 1984 se reformó la Constitución Democrática y se introdujo por segunda ocasión un Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>156</sup>. Sin embargo el único intérprete autorizado de la Constitución era el Congreso Nacional.

Es solo con la reforma constitucional de 1993 que la Corte Suprema de Justicia adquiere la calidad de Corte de Casación<sup>157</sup>. La reforma fue producto de un bloque legislativo que emprendió la reforma del ordenamiento jurídico ecuatoriano; además que derogó todo lo referente a la tercera instancia y promulgó la primera ley de casación ecuatoriana mediante Ley 27 publicada en el Registro Oficial número 192 del 18 de mayo de 1993. Según el autor ecuatoriano Santiago Andrade Ubidia esta reforma implicó la transformación de la Corte como administrador de justicia a un órgano de control para la defensa del Derecho objetivo y unificador de la jurisprudencia, regulando la correcta interpretación del Derecho<sup>158</sup>. Parecía entonces que el Ecuador pretendía instituir una casación pura como Calamandrei había propuesto en Italia, cuidar al derecho objetivo de las aplicaciones caprichosas de jueces que rompan la unidad del sistema<sup>159</sup>. La Corte también asumió un papel de colegislador mediante los precedentes jurisprudenciales vinculantes, siempre que haya existido triple reiteración en la materia; sin embargo la Suprema Corte tenía libertad para apartarse de los precedentes sin mediar motivación alguna<sup>160</sup>. Además se debe recalcar que en las materias que existían más de una sala, criterios que adoptaba una no siempre los compartía la otra. Esta característica, según Andrade, permitía a la Corte desarrollar en el tiempo jurisprudencia acorde a los cambios de la sociedad<sup>161</sup>. Pero para otros autores, como Luis Cueva Carrión, la dinámica de los precedentes resultaba perjudicial para la seguridad jurídica del país. Cueva Carrión hacía una revisión histórica para sustentar esta afirmación, él decía que era costumbre de la administración de justicia tomar en cuenta la conveniencia de cada momento

<sup>155</sup> Artículo 138 Constitución del Ecuador 1979 <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1979.pdf>

<sup>156</sup> El primer Tribunal de Garantías Jurisdiccionales ecuatoriano se instaló con la Constitución de 1945 pero fue cesada casi inmediatamente por el presidente Velasco Ibarra. SALGADO PESANTES, Hernán. *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Ob. cit Pp 15.

<sup>157</sup> Artículo 102 Constitución del Ecuador 1979 reformada en 1993 <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1978-codificada-en-1993.pdf>

<sup>158</sup> Cfr. ANDRADE UBIDIA, Santiago. *La Casación Civil en el Ecuador*. Fondo Editorial. Quito. 2005. Pp 18.

<sup>159</sup> *Ibíd.*

<sup>160</sup> *Ibíd.*

<sup>161</sup> Cfr. *Ídem*. Pp 19.

antes que el derecho y la justicia; lo que impediría cimentar un sistema jurídico justo y previsible<sup>162</sup>.

La idea que la casación quiso establecer en el Ecuador tenía una tendencia positivista formalista. Así Andrade Ubidia cita al autor argentino Fernando de la Rúa, afirmando que si bien la Corte Suprema puede desarrollar precedentes (como colegislador), esto no se debe entender que puede crear derecho; los jueces solo pueden interpretar la ley, encontrar el significado de la voluntad del legislador, pero jamás aumentar contenido a las normas<sup>163</sup>.

La Constitución de 1998, para algunos autores ecuatorianos, fue considerada como una codificación de la Constitución 1978-1979 más que una nueva Carta Magna<sup>164</sup>. Sin embargo, esta confirmó la voluntad del constituyente de establecer un órgano que controlara la defensa del Derecho objetivo y su correcta interpretación a través de una Corte de Casación<sup>165</sup>. Dos cosas diferenciaron esta Constitución de las demás: (i) control difuso: permitió que cualquier juez inaplicara normas del ordenamiento jurídico inconstitucionales (reservado anteriormente solo para la Corte Suprema) y (ii) garantismo constitucional: un papel más activo del Tribunal Constitucional, reformulado en esta Carta Constitucional. Sin embargo seguía siendo el Congreso Nacional el único órgano autorizado para interpretar la Constitución.

La inicial Ley de Casación de 1993 estableció cinco causales que permitían acceder al recurso, las mismas que hasta la codificación del 2004 se han mantenido sin ninguna modificación. Se puede recurrir frente a sentencias y autos que ponen fin a los procesos de conocimiento de las cortes provinciales. La modificación a la Ley de Casación de 1997 añadió el término procesos de conocimiento puesto que antes no lo mencionaba, así dejó afuera de la casación a aquellos procesos que no se pronuncian sobre un derecho. Las causales se refieren a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (cada una excluyentemente) de: normas de derecho, normas procesales que hayan causado indefensión e influido en la decisión, en la interpretación de la valoración de la prueba que haya influido en una equivocada aplicación de la norma, que haya resuelto fuera de la materia de la causa u omitido los puntos de la litis, y cuando las

<sup>162</sup> Cfr. CUEVA CARRIÓN, Luis. *La Casación en lo Civil*. Ediciones Cueva-Carrión. Quito. 1993. Pp 83.

<sup>163</sup> Cfr. ANDRADE UBIDIA, Santiago. Ob. cit Pp 21.

<sup>164</sup> Cfr. OYARTE MARTÍNEZ, Rafael. *Curso de Derecho Constitucional: Tomo II la Función Legislativa*. Fondo Editorial Andrade & Asociados. Quito. 2005. Pps 67 y 68.

<sup>165</sup> Artículo 200 Constitución del Ecuador 1998  
[http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/constitucion\\_1998.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/constitucion_1998.pdf)

sentencias no tuvieran los requisitos exigidos por ley o que sus disposiciones sean contradictorias o incompatibles. Hay una forma adicional para que la Corte conozca un recurso que ha sido negado a través del recurso de hecho. Con este recurso, también extraordinario, permite al recurrente que la Corte Suprema conozca el recurso sin que el inferior lo califique. El inferior únicamente puede negarlo fundamentadamente, este podría ser el motivo por el cual la Corte desborda su capacidad de trabajo frente al número de recursos que debe resolver. Desde el inicio de la primera Ley de Casación se criticó la posibilidad de que la Corte conociera recursos de hecho porque desnaturalizaría la institución casación (debido a que le permite revisar hechos y no una revisión puramente *in iure*) y porque en la práctica los operadores jurídicos la utilizarían para alargar injustificadamente los procesos<sup>166</sup>.

De las causales para que proceda la Casación podemos hacer dos observaciones: (i) no establece como prioridad el hecho de guardar una conformidad con la Constitución (lo cual podría subsanarse con los mandatos constitucionales de superioridad jerárquica en el ordenamiento jurídico) y (ii) no se trata de una Casación pura (revisión *in iure* como Calamandrei lo había concebido) debido a que las dos últimas causales hacen un control de motivación de las sentencias más que un control de defensa del derecho objetivo.

Para el profesor Santiago Andrade la casación ha tenido un efecto positivo en modernizar la Administración de Justicia porque la corte en sus resoluciones ha limitado la incorrecta utilización del recurso y además, gracias a conjueces temporales se ha logrado despachar la carga de recursos en la Corte<sup>167</sup>.

Podría decirse que la Constitución 2008 dio un cambio importante a la Corte de Casación. Aunque confirmó que la Corte Nacional tendría la competencia para resolver recursos de casación, también le estableció la obligación de revisar recursos de revisión<sup>168</sup>. Los recursos de revisión permiten revisar hechos y de esta forma la Corte Suprema ya no es únicamente una Corte de Casación.

<sup>166</sup> Cfr. ALBÁN GÓMEZ (Comp.), Ernesto; CORONEL JONES, César. *La Casación estudios sobre la ley No. 27*. Corporación Editora Nacional. Quito. 1994. Pp 16.

<sup>167</sup> Cfr. ANDRADE UBIDIA, Santiago. Ob. cit Pp 22.

<sup>168</sup> Artículo 184 Constitución del Ecuador 2008  
[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

Además la última Constitución ecuatoriana complicó el método en el que la Corte Nacional pueda producir precedentes vinculantes. Anteriormente solo se necesitaba que existiera una triple reiteración, ahora se requiere la triple reiteración más una aprobación del pleno de la Corte que se debe pronunciar en sesenta días; caso contrario se vuelve obligatoria automáticamente<sup>169</sup>. También la nueva Carta sustrajo la capacidad de los jueces de inaplicar normas consideradas inconstitucionales (control difuso), ahora si es que un juez en un proceso encuentra alguna norma inconstitucional debe suspender el proceso y enviar a la Corte Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad<sup>170</sup> (control incidental)<sup>171</sup>.

Adicionalmente otro cambio que se podría mencionar de trascendencia en la Carta Constitucional del 2008 es que el Ecuador se proclama como un Estado Constitucional. Por su parte la Constitución de 1998 proclamó al Ecuador como un Estado Social de Derecho lo que según Andrade Ubidia era un desarrollo fundamental, porque en función de este principio se debe interpretar cada postulado de la Constitución<sup>172</sup>. Si la nueva Constitución ecuatoriana propone un Estado Constitucional, este entonces también deberá ser guía del funcionamiento de todas las instituciones del país.

La nueva institución protagonista de la Constitución 2008 ha sido la Corte Constitucional, quien asumió la máxima autoridad para interpretar la Constitución<sup>173</sup> (anteriormente era reservada al Congreso Nacional). Le ha restado poder a la Corte Nacional de Justicia debido a que la nueva Carta Magna le permite resolver acciones extraordinarias de protección contra sentencias y autos

<sup>169</sup> Artículo 185 Constitución del Ecuador 2008  
[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

<sup>170</sup> Artículo 428 Constitución del Ecuador 2008  
[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

<sup>171</sup> En España, Alemania e Italia funciona este nuevo modelos llamado sistema incidental en las palabras de Pegoraro, "... consiste en que el órgano llamado a ejercer la justicia constitucional es único y especializado... pero, al igual que en Estados Unidos, cada juez está interesado en el ejercicio del control de constitucionalidad: ellos pueden... realizar un juicio preliminar de conformidad con la Constitución de la ley a aplicar en un caso concreto y, solo si tiene dudas de contradicción de la norma con la Constitución, elevará la cuestión al Tribunal Constitucional." PEGORARO, Lucio. *La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional*. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2002. Pp 399.

<sup>172</sup> Cfr. ANDRADE UBIDIA, Santiago. Ob. cit Pp 15.

<sup>173</sup> Artículo 436 Constitución del Ecuador 2008  
[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

definitivos, firmes que hayan violentado el debido proceso o derechos constitucionales<sup>174</sup>. Con esta medida constitucional la casación ya no es definitiva y se podrá hacer revisiones materiales a casaciones para verificar si se han violentado derechos fundamentales.

Para armonizar las normas de la nueva Constitución se implementó un nuevo Código Orgánico de la Función Judicial. En este se reafirmó que la casación es un recurso extraordinario, al igual que el de revisión, que le corresponden resolver a la Corte Nacional<sup>175</sup>. También, se impuso la obligación de publicar todas las sentencias casatorias en el Registro Oficial.

El Código Orgánico de la Función Judicial modificó a varias leyes de orden procesal. En el Código de Procedimiento Civil se implementó un nuevo procedimiento breve de ínfima cuantía, bajo el cual se resolverían todos los casos civiles de cuantía inferior a 5,000 dólares. Dentro de este procedimiento no cabe recurso de casación<sup>176</sup>. Esta imposibilidad desnaturaliza el objetivo público de la Casación. Para que exista una defensa cierta del Derecho Objetivo no debería importar cuantías, sino solo el hecho de violar el correcto sentido de la disposición normativa.

Lamentablemente no existen estudios empíricos de la aplicación de la Casación en el Ecuador. Toda la literatura jurídica que se puede encontrar es solo análisis normativo, y no de cómo se plasmó en la práctica. Podría decirse que esta deficiencia de estudios empíricos también se deba a una cultura jurídica que practica un fetichismo legal.

En la práctica ecuatoriana la Casación ha sido mal utilizada. Puede que se deba a que los operadores jurídicos no hayan entendido el funcionamiento de esta institución, o puede ser que los usuarios, cuando han perdido, siempre han interpuesto recurso de casación para probar suerte y ver si la Corte falla a su favor. Además de las frases citadas anteriormente del ecuatoriano Cueva Carrión podemos deducir la opinión de la Corte de Casación. Cueva temió la facultad de la Corte para producir precedentes vinculantes, porque en la historia la Suprema Corte siempre se había alineado con el poder político, más que ser un control de éste. Lo cierto es que la casación se ha

<sup>174</sup> Artículo 437 Constitución del Ecuador 2008  
[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

<sup>175</sup> Artículo 10 y 184 del Código Orgánico de la Función Judicial 2009  
[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp\\_ecu-int-text-cofj.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cofj.pdf)

<sup>176</sup> Artículo 407 Código de Procedimiento Civil del Ecuador reformado por Código Orgánico de la Función Judicial Artículo 10 número 23 [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp\\_ecu-int-text-cofj.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cofj.pdf)

utilizado como una tercera instancia<sup>177</sup>, no solo en el Ecuador, sino en Argentina<sup>178</sup> y en Perú<sup>179</sup>. Lo cual podría responder a una cultura jurídica, más que a deficiencias normativas. Finalmente será importante repensar los fines de la Casación, orientada a la defensa de derechos fundamentales, como un verdadero Estado Constitucional propone.



---

<sup>177</sup> Así lo manifestó el Ministro de Justicia del Ecuador, Gustavo Jalkh, en una entrevista brindada a un medio de comunicación. [http://ip-174-142-111-17.static.privatedns.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=80311&umt=Ministro%20de%20Justicia:%20hay%20que%20develar%20temores%20t%C9nicos%20de%20crear%20una%20Corte%20Constitucional](http://ip-174-142-111-17.static.privatedns.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=80311&umt=Ministro%20de%20Justicia:%20hay%20que%20develar%20temores%20t%C9nicos%20de%20crear%20una%20Corte%20Constitucional)

<sup>178</sup> MORELLO, Augusto. Ob. cit Pp 12.

<sup>179</sup> SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. Ob. cit Pp 9.

## 2. El Proceso Neoconstitucionalista en la experiencia ecuatoriana: entre el desafío y la realidad.

### 2.1. El Paradigma del Estado Constitucional

Cuando se habla de paradigmas se habla de concepciones que predominan en la sociedad<sup>180</sup>. Normalmente un Paradigma vence a otro cuando en la práctica la sociedad acepta una nueva visión y deja a un lado otra. Podríamos hablar que el paradigma del Estado de Derecho venció en la historia durante fines del siglo dieciocho y se mantuvo hasta mediados del siglo veinte. Desde entonces hasta la actualidad parece ser que un nuevo paradigma se ha posesionado en el mundo, el Paradigma del Estado Constitucional. A continuación revisaremos cuáles han sido los cambios fundamentales.

#### 2.1.1. El Estado de Derecho Decimonónico

Es importante para iniciar la comparación entre el paradigma del Estado de Derecho y el Estado Constitucional, una revisión sucinta del Estado Clásico de Derecho. Prescindiendo de los antecedentes remotos<sup>181</sup>, empezamos mencionando que las declaraciones de derechos pasaron de ser una concesión del rey soberano a favor de sus súbditos, a una declaración constituyente del pueblo (que sería el único soberano). Así los antecedentes principales del Estado de Derecho serían la Declaración de Derechos del Estado de Virginia y la Declaración de Derecho del Hombre y Ciudadano de Francia, que fueron los primeros auto-reconocimientos del pueblo como soberano<sup>182</sup>. La idea del cambio fue cortar de raíz el régimen absolutista. Las características de un Estado de Derecho serían entonces la garantía de derechos y libertades fundamentales, la separación de poderes, la primacía absoluta de la ley (que respondería a la voluntad general a través de sus representantes en expresión de la soberanía de la nación) y la legalidad de la Administración<sup>183</sup>. Aunque esta ideología del poder soberano en el pueblo fue auspiciada por el

<sup>180</sup> BARZELAY, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. México: FCE. 2000. p. 41. Una definición de paradigma podría ser: "la manera fundamental de percibir, pensar, evaluar y hacer vinculada a una particular visión de la realidad. Un paradigma dominante...se transmite por medio de la cultura y a generaciones sucesivas...se transmite por la experiencia directa." HARMON, Willis, *An Incomplete Guide of the Future* Norton, Nueva York, 1970, citado en BARKER, Joel Arthur, *Discovering the Future: The Business of Paradigms*. Ili Press, St. Paul, Minn., 1985, pp. 13-14.

<sup>181</sup> En la Antigüedad la cultura griega ya mantuvo el ideal del dominio de la ley frente al capricho despótico, citando a LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estado liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955, en DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus. Madrid. 1983. Pp 23.

<sup>182</sup> Cfr. DÍAZ, Elías. Ob. cit Pp 27.

<sup>183</sup> Cfr. DÍAZ, Elías. Ob. cit Pps 27-31.

iusnaturalismo racionalista hizo que el poder omnímodo de la ley consolidara la cultura jurídica positivista.

Sobre la garantía de los derechos fundamentales hay que precisar que dentro del Estado de Derecho Liberal clásico la realización de los derechos beneficiaba exclusivamente a la clase burguesa, que eran los ciudadanos activos en la democracia (únicos autorizados a actuar por su patrimonio y contribución al Estado). Esta clase era la que estaba representada en las Asambleas Legislativas y privilegiaban a sus homogéneos con el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica; mientras que a las demás personas solo se les reconocía formalmente el derecho a la igualdad y a la propiedad de todo<sup>184</sup>.

Respecto a la división de poderes se le entendía como funciones que cada segmento del Estado podía realizar. Así solo el legislativo podrá crear leyes soberanas, solo el judicial podrá juzgar y el ejecutivo se limitará a ejecutar la voluntad del soberano. Lo principal fue entonces evitar la concentración del poder. Pero según Díaz el Estado de Derecho funcionaría únicamente si se aplicaba correctamente los pesos y contrapesos, asignándole un peso especial al Legislativo<sup>185</sup> como creador del Derecho, procurando la independencia judicial y permitiendo la actuación del Ejecutivo dentro del marco legal<sup>186</sup>.

Sobre la primacía o imperio de la ley se debe entender que ley era únicamente la que había cumplido los requisitos formales y había sido emitida por la institución de representación popular. Esta estaba controlada formalmente por la Constitución que revisaba su conexión y subordinación<sup>187</sup>.

En cuanto a legalidad de la Administración procuraba que esta actuara únicamente en el ámbito permitido por la ley. Este era entonces, el parámetro de control y de responsabilidad de la Administración, que era garantizado por un control jurisdiccional de la Administración. Los actos

---

<sup>184</sup> Cfr. DÍAZ, Elías. Ob. cit Pp 39.

<sup>185</sup> Más que una distinción era una “*primacía del poder legislativo, creador del Derecho, frente a los poderes ejecutivo y judicial, aplicadores del mismo...*” DÍAZ, Elías. Ob. cit Pp 35.

<sup>186</sup> Cfr. DÍAZ, Elías. Ob. cit Pps 33-36.

<sup>187</sup> Cfr. DÍAZ, Elías. Ob. cit Pps 31-33.

discrecionales se limitaban al mínimo, todo lo demás estaba controlado por ley y garantizado por los recursos contenciosos administrativos<sup>188</sup>.

El autor italiano Gustavo Zagrebelsky coincide en mucho de lo anteriormente descrito, pero señala otros matices. El Estado de Derecho como forma de organización del Estado pretendió, como elemento fundamental, eliminar la arbitrariedad de la actuación pública para proteger a los ciudadanos<sup>189</sup>. Sin duda el Estado de Derecho fue una victoria histórica de la civilización humana, al erradicar los excesos que los gobernantes regios cometían frente a sus súbditos. El principio que dominaba a los regímenes anteriores era el de autoridad. Luego, se establecieron límites a la voluntad de los gobernantes sujetos ahora al Derecho, el “*Gobierno del Derecho, no de los hombres*”<sup>190</sup>. Por primera vez en la historia, en el siglo dieciocho, el poder se sometió al Derecho. Entonces el principio esencial de esta forma de gobierno era el principio de legalidad, que fijó taxativamente los límites de la actividad estatal y definía el espacio de libertades de los ciudadanos. El Estado de Derecho (con la supremacía de la ley sobre la administración, ley producida por un parlamento representativo, con órganos jurisdiccionales independientes que aplicarían únicamente la ley) se manifestaría en la representación electiva, la separación de poderes y derechos de los ciudadanos para protegerlos frente a la arbitrariedad de la Administración<sup>191</sup>. Por otro lado el Estado de Derecho adquiere la connotación de “liberal” cuando ciñe a la autoridad a la libertad de la sociedad a través de la ley<sup>192</sup>. El Principio de Legalidad influyó en que el Estado de Derecho fuese eminentemente legislativo. La Ley obtuvo una primacía para cuya voluntad no era oponible nada. El Derecho se redujo a la ley y sometiendo a ella, todas las fuentes del Derecho<sup>193</sup>. Su legitimidad la obtenía de la soberanía del pueblo, transferida al órgano legislativo mediante la elección popular. Pero según el profesor italiano, Zagrebelsky, en Europa continental el cambio del Absolutismo al Estado de Derecho mantenía la misma cultura jurídica, era un mero cambio de manos de poder; se transfirió la fuerza soberana del rey a la asamblea

<sup>188</sup> Cfr. DÍAZ, Elías. Ob. cit Pps 36-38.

<sup>189</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Pp 21.

<sup>190</sup> Sobre este tema “*Rule of law and not of men*” Joseph Raz complementa “*Este tiene dos aspectos: (1) que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo, y (2) que el Derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él.*” RAZ, Joseph, *El Estado de Derecho y su virtud*. En (comp.) CARBONELL, Miguel “*El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina*”. Palestra. Lima. 2009, pp 18.

<sup>191</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pps 22 y 23.

<sup>192</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 23.

<sup>193</sup> La primacía de la ley señalaba la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Regime*. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 24.

legislativa<sup>194</sup>. Esta situación marca la característica de la ley soberana y suprema en la historia del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho determinó ya una función garantista formal: al establecer por ley los derechos individuales frente al Estado; al limitar el poder político a reglas y control jurisdiccional; y al fundar el Estado bajo el principio de legalidad<sup>195</sup>. Se podría decir entonces que esta forma de organización ya hacía distinciones respecto a las normas según su forma y según su contenido, característica que más adelante el Estado Constitucional abordará con fuerza.

Con el fin de garantizar la libertad de los ciudadanos y limitar la autoridad de la administración, el principio de legalidad (junto al principio de libertad) determinaba que el ciudadano, en función del señorío de su voluntad, podía hacer todo cuanto no estuviese prohibido por ley; mientras el Estado solo podía actuar en cuanto lo que la ley le permitiese<sup>196</sup>.

La ley debía responder a los principios de igualdad, de imparcialidad y de seguridad. Por eso la ley fue general y abstracta. Siendo general hizo que ninguna persona tuviera privilegios, y solo así todos eran iguales ante la ley. La imparcialidad se relaciona con la división de poderes porque si las leyes se podían dirigir a algún sector específico, sería el legislativo el que pudiera hacer todas las funciones, incluso juzgar. Finalmente la seguridad se aseguraba con la abstracción, porque la ley no se agotaría en una aplicación, sino que serviría para todos los casos futuros<sup>197</sup>.

Ahora bien, Zagrebelsky distingue muy bien una circunstancia histórica que sería el fundamento de la interpretación del Derecho. La cámara de representantes estaba tomada por la burguesía, y esta hizo prevalecer los intereses suyos como si fueran nacionales. El Estado Liberal de Derecho

---

<sup>194</sup> En cambio el *Rule of Law* seguía otro camino por su propia cultura jurídica, la ley pertenecía al sistema complejo del "*common law*" y el Parlamento devino de una suerte de órgano jurisdiccional consultivo del rey, que perfeccionaba el common law frente a los casos concretos. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pps 25 y 26.

<sup>195</sup> Citando a Guastini en "*Note su Stato di diritoo, sistema giuridico e sistema politico*" (1992), Alfonso García Figueroa menciona que existía una legalidad formal y otra material. La formal establecía competencias y procedimientos de órganos; y la material contemplaba límites materiales a la actividad normativa del poder político. Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Pps 59 y 60.

<sup>196</sup> El Estado Liberal de Derecho era opuesto al paternalismo del Estado de Policía, en el que el ciudadano solo podía actuar en lo que la administración le permitía, en función del interés público. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pps 27 y 28.

<sup>197</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 29.

favorecía únicamente a los que comparecían en la Asamblea Legislativa<sup>198</sup>. El monopolio político estaba en manos de una clase social homogénea que entendía intrínsecamente cuáles eran los principios del Estado que querían. Pero en realidad no existía un punto que garantizara la coherencia entre el conjunto de leyes. De esta comprensión tácita de los principios (como intereses de la burguesía) se desarrolla la interpretación sistemática del Derecho. En caso de dudas o lagunas en el conjunto de leyes, los intérpretes podían intuir inductivamente del sistema pleno del Derecho la solución<sup>199</sup>.

La ley estaba contenida en los complejos códigos que recogían todos los aspectos de la vida. El código era la máxima expresión de la racionalidad<sup>200</sup>. La ley (código) como expresión racional del legislador era capaz de respondería a todos los ámbitos de la vida, existía una única respuesta correcta ante cualquier situación, según la intención del legislador. Pero la visión del legislador racional era utópica, más adelante la historia revelaría que el poder de la cámara de representante respondía a los intereses de quienes ocupaban los cargos de legisladores<sup>201</sup>.

La omnipresencia de la ley, considerada como justa en su esencia, hizo que el concepto de Constitución sea meramente programática. La Constitución no se consideraba como norma jurídica vinculante y por lo tanto incapaz de vincular a los poderes y limitar el abuso de la fuerza<sup>202</sup>.

En cuanto a los jueces, su única función era la aplicación estricta de la ley. La casación cerraba este sistema al velar por el correcto cumplimiento estricto de la ley y sancionar al juez que se aparte de la voluntad del legislador<sup>203</sup>. Esta desconfianza generada por los antecedentes históricos de los jueces era corregida por esta supervisión exagerada a las sentencias. Incluso en un inicio se pensó que el órgano encargado de revisar la casación (correcta interpretación de la ley por parte de los

<sup>198</sup> Las fuerzas antagonistas no encontraban expresión en la ley. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 31.

<sup>199</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pps 30-32.

<sup>200</sup> El código fue obra del iusnaturalismo racionalista, que representaba al racionalismo utópico, político y burgués. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992. Pp 100.

<sup>201</sup> Citando a John Austin en *The province of jurisprudence determined (1832)*, Prieto Sanchís señala: "...las determinaciones del Derecho positivo encarnaban la voluntad, más o menos caprichosa, de los detentadores del poder político..." Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Ob. cit Pp 100.

<sup>202</sup> Cfr. GASCON ABELLÁN, Marina. *La Argumentación en el Derecho*. Palestra Editores. Lima. 2003. Pp 16.

<sup>203</sup> El recurso de casación fue concebido para "evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clara de este esfuerzo para garantizar la primacía del legislativo sobre el juez." Cfr. GASCON ABELLÁN, Marina. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pp 18.

jueces) debía ser una institución política y no jurídica porque su trabajo no resultaría complicado al revisar si los jueces aplicaron o no la ley<sup>204</sup>.

Finalmente la filosofía del Derecho generada por esta corriente, a partir del Estado de Derecho decimonónico, es el Positivismo Jurídico formalista. El único objeto de estudio sería la ley y el método de interpretación por excelencia la exégesis<sup>205</sup>. El sistema de reglas positivizadas rehusaba la importancia de los principios y la moral en el Derecho, por su ambigüedad<sup>206</sup>. La precisión que los códigos expresaba, autorizaba al operador jurídico, únicamente subsumir la aplicación de la regla al caso concreto. La subsunción suponía un trabajo relativamente ligero de acomodación del hecho a la consecuencia jurídica. Sin embargo frente al cambio de paradigma al Estado Constitucional, también se ha descubierto la necesidad de requerir de un procedimiento más reflexivo que la subsunción; este espacio es la Argumentación Jurídica sobre la que hablaremos más adelante.

### 2.1.2. Positivismo Jurídico Formalista

Para iniciar esta descripción del Positivismo Jurídico hay que advertir que existen varias ramas de esta corriente filosófica, que ha evolucionado en el tiempo y sigue hasta hoy día vigente. Partiendo de la didáctica clasificación que Norberto Bobbio hizo en 1961, el ius-filósofo español Luis Prieto Sanchís distingue tres tipos de positivismo. (i) El Positivismo como metodología (busca la explicación de cómo aproximarse al Derecho)<sup>207</sup>. Dos parámetros describen a esta corriente: la existencia del Derecho sin importar su valor moral y la idea de que el Derecho es una creación social. Su característica parte de la neutralidad. El Derecho se lo describe como un hecho, no como un valor (el Derecho es un concepto avalorativo). Lo que lo define no es su contenido sino la forma en la que se hace el Derecho. El contenido será algo secundario, considerado como algo histórico y

<sup>204</sup> Refiriéndose al Tribunal de Casación “...no un órgano judicial, sino un órgano de control constitucional, puesto al lado del poder legislativo para vigilar la actividad de los órganos judiciales y reprimir las injerencias con que los jueces trataron de sustraerse a la observancia de la ley, un centinela” el autor se refiere a control constitucional, pero hay que entender que en el contexto de la época la Constitución era una norma infra-legal, más bien sería un control de legalidad. CALAMANDREI, Piero. Ob. cit Pp 33.

<sup>205</sup> El Derecho sería la ciencia que estudiaba la legislación positiva, escindiéndole de los derechos y la justicia; la interpretación estaba al servicio de la ley a través de la exégesis (búsqueda de la voluntad del legislador). Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pps 33.

<sup>206</sup> El carácter ambiguo y vago de los principios estaba en conflicto con la pretensión de precisión de la codificación Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Ob. cit Pp 42.

<sup>207</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Fontamara. México. 1999. Pps 11-13.

contingente, nada más. Pese a las observaciones de Nino<sup>208</sup>, una norma jurídica era obligatoria en la conducta de las personas por su capacidad de sancionar o recompensar a un comportamiento previsto en ella; si además los destinatarios cumplen la norma por sentirse comprometidos por algún otro motivo, eso respondería a una razón moral más que jurídica<sup>209</sup>. Entonces, el deber de obediencia afirma que existe una total separación entre Derecho y moral. El Derecho se define independientemente del contenido moral, se lo identifica en función de la organización del uso de la fuerza. Dicho esto, es importante adicionar que el Derecho es producto de una convención, de origen social, y si en ella reproducen cuestiones morales será coincidencia. (ii) El Positivismo Teórico (cómo entender el Derecho)<sup>210</sup>. Esta teoría nos dice qué es lo que debemos entender como Derecho. La naturaleza del Derecho se entiende como aquello que se vincula con la fuerza (en su ejercicio y organización), son únicamente las normas producidas por el Estado (legalismo), las que imponen estándares de conducta a los ciudadanos; es decir, son un conjunto ordenado de normas con unidad plena y sin contradicciones (Derecho como sistema), cuya aplicación se debía realizar de forma automática por parte de los operadores jurídicos (principalmente los jueces) a través de la subsunción. De esta última (teoría mecanicista de la interpretación), el positivismo teórico rechaza la discrecionalidad del juez. El Derecho como sistema, es tan explícito que no le permite al juez ningún espacio de libertad de decisión. Frente a esta posición radical, el mismo positivismo ha postulado argumentos mediadores que aceptan la discrecionalidad<sup>211</sup> y por lo tanto deberían admitir también que el juez crea Derecho en sus decisiones. (iii) Positivismo ideológico (cuándo se debe obedecer al Derecho)<sup>212</sup>. Este modelo de positivismo tiene dos versiones, una radical y una moderada. La versión radical afirma que el Derecho en si mismo representa la justicia y por eso debe ser obedecido; por lo tanto lo que el Derecho manda se entenderá como justo y lo que prohíbe como injusto. Esta posición ha sido la menos defendida entre los positivistas. La versión moderada declara que el Derecho al ser un orden para la convivencia pacífica, garantiza

---

<sup>208</sup> Nino ya había observado del positivismo metodológico que una norma podía ser injusta y seguir siendo jurídica, no era suficiente que un comportamiento sea moral para que sea norma, el Derecho no dice nada acerca de los motivos que fundamentan una obligación moral de obediencia. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Ob. cit Pp 12.

<sup>209</sup> Citando a Guastini 1990. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Ob. cit Pp 12.

<sup>210</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Ob. cit Pps 13-15.

<sup>211</sup> Hart propone que *“las leyes, costumbres y precedentes disciplinan la realidad social y no son, por tanto, meras fuentes de inspiración de los fallos judiciales, pero tampoco estos últimos representan la ejecución mecánica de aquellas normas, sino que existe un irreductible momento de discrecionalidad.”* HART, 1977. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Ob. cit Pp 14.

<sup>212</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Ob. cit Pp 15.

ciertos valores morales. De esta forma uno tiene la obligación de obedecer el Derecho porque lo considera conveniente para la armonía social<sup>213</sup>.

Por otro lado el profesor Alfonso García Figueroa complementa la descripción de la teoría del positivismo (metodológico) cuando menciona que la tesis de la separación (no existe relación entre Derecho y moral) fundamenta a otros dos aspectos, la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la falibilidad moral. Según las fuentes sociales el Derecho es un fenómeno social; y según la tesis de la falibilidad moral, una cosa es la validez del derecho y otra su mérito<sup>214</sup>. El positivismo proponía que frente a un caso concreto siempre existiera una única respuesta correcta, fundamentados en la plenitud del sistema jurídico. Sin embargo esta tesis se ha ido debilitando, y como ya hemos mencionado, han aceptado la existencia de la discrecionalidad del juez. Pero esta discrecionalidad no debe permitir arbitrariedad y debe estar domesticada bajo la razón. En este punto se abre la puerta nuevamente a la Argumentación Jurídica, de la que hablaremos más adelante<sup>215</sup>.

La respuesta de los positivistas metodológicos fue que si bien se ha aceptado la existencia de un espacio discrecional del juez, la relación de Derecho y moral será casual cuando el juez contemple principios extrasistémicos en su discrecionalidad<sup>216</sup>. No se acepta la coincidencia entre Derecho y moral sino solo por contingencia, porque es Derecho aquello que le acompaña la fuerza del Estado, es decir el pronunciamiento del juez.

La teoría del Derecho que se generó a partir de la revolución francesa y con el Estado de Derecho decimonónico era el Positivismo Ideológico, donde, la ley (o Derecho) se obedece porque es justa en sí misma, al haber sido pronunciada por la racionalidad del pueblo soberano. El contenido de la ley no tenía importancia, porque su legitimidad estaba pre-configurada en la voluntad del pueblo<sup>217</sup>, representado en el órgano legislativo. De esto último se desprende que el Positivismo

---

<sup>213</sup> Prieto distingue que no todos los ordenamientos garantizarán los mismos valores, pero al menos al garantizar mínimos, existe una obligación de obediencia a *prima facie*. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Ob. cit Pp 15.

<sup>214</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Ob. cit Pp 56.

<sup>215</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Ob. cit Pp 57.

<sup>216</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Ob. cit Pp 56.

<sup>217</sup> La soberanía tenía el poder "*Legibus Solutus, de manera que la ley, expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier control.*" Cfr. GASCON ABELLÁN, Marina. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pp 16.

Teórico también imperaba en la época. El Derecho legalista formaba un sistema completo y tan racional en sus mandatos, que el juez solo debía limitarse a aplicar el Derecho acriticamente.

### 2.1.3. El Estado Constitucional.

Frente a las características del Estado de Derecho Legislativo y a la teoría del Derecho Positivista eminentemente formalista, el Estado Constitucional representa una evolución. El pensador italiano, Gustavo Zagrebelsky, distingue, entre varias diferencias, los cambios en el concepto de ley. En el Estado Constitucional la ley ya no es absoluta, sino que pasa a estar sometida a la adecuación y subordinación de la Constitución. No solo es la sujeción al Derecho de todos los organismos del Estado, este sería el cambio general; pero la transformación concreta generará un cambio en la concepción del Derecho<sup>218</sup>.

El canon que había regido en el Estado Liberal de Derecho, rezaba que el particular podía hacer todo cuanto no estuviese prohibido y el Estado solo podía actuar únicamente en lo que le estaba permitido, queda relativizado en la modernidad de la coyuntura del Estado Constitucional. La función garantizadora del Estado deja de ser estática y pasa a tener una visión de gestión directa hacia los grandes intereses de la población. Entonces cada organismo que ejecuta la garantía de intereses públicos necesitará la autonomía de decisión para ser eficiente<sup>219</sup>; para lo cual toma reglas de eficiencia empresariales como el enfoque de servicio de calidad dirigido al cliente<sup>220</sup>. Luego, las necesidades de la comunidad son cambiantes y el legislador no siempre trabaja a la velocidad de ellas, mientras las organizaciones públicas deben responder a esos intereses. El imperativo de la autonomía funcional de la Administración impide que la actividad administrativa sea una mera ejecución de la ley, sino que la legislación se limitará a identificar a la autoridad pública y a darle carta abierta para su actuación, rompiendo así el principio de legalidad de la administración pública<sup>221</sup>. En cuanto a la libertad de actuación de los particulares es la situación de la modernidad que limitará los espectros de autonomía. La regla que regía en el Estado Liberal se

<sup>218</sup> Zagrebelsky afirma que la idea del *Rule of Law* era someter a todos los poderes del Estado al Derecho, del que estaba libre el Legislativo. En este sentido el Estado Constitucional sería solo la perfección del Estado de Derecho, pero más adelante desglosa cada característica y encuentra un cambio más genético. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ob. cit Pp 34.

<sup>219</sup> Existe una corriente que critica la burocracia estática del Estado y proponen una nueva gestión más eficiente pero que reconozca valores públicos. BARZELAY, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Ob. cit

<sup>220</sup> Cfr. VILLORIA, Manuel. *Modernización administrativa y gobierno postburocrático*. En BAÑÓN, Rafael; y CARRILLO, Ernesto (comps.). *La Nueva Administración Pública*. Alianza. Madrid. 1997. Pp 92.

<sup>221</sup> Cfr. BARZELAY, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Ob. cit pp 47.

invertirá por la connotación social del Estado contemporáneo<sup>222</sup>, siendo la prohibición general de autonomía privada la regla y la autorización la excepción en ciertas circunstancias. El estudioso italiano pone dos ejemplos que manifiestan mejor la limitación de la voluntad privada<sup>223</sup>. El primero se refiere a los recursos escasos de interés colectivo en los que no se puede permitir una explotación indiscriminada. La libertad de actuación estará supeditada a la autorización oficial y en caso de que sea permitida deberá recompensar de alguna forma a la colectividad. El segundo caso se refiere a la tecnología y la vida. Los grandes desarrollos tecnológicos que pueden afectar a la vida, como la genética, abortos, eutanasia, etc. no pueden ser ejercidos en un plano de libertad sin responsabilidad. Lo más importante respecto al ámbito privado o público será que el razonamiento abstracto puede ser perfectible. Podrá haber ámbitos en lo público en que la ley sea un obstáculo (ante el fin de servicio) y en lo privado situaciones en que no se puede hablar de libertad indiscriminada.

En cuanto a la característica de generalidad y abstracción, propios de la ley en el Estado de Derecho Decimonónico, aparece el pluralismo de la sociedad. La generalidad se ve vencida por la exigencia de normas sectoriales que respondan a intereses más acordes. La abstracción por su parte se ve deslegitimada por el hecho de que las demandas sociales son cambiantes, y algunas de ellas finitas; por lo tanto las leyes serían sustituidas acorde a los requerimientos. Además, la producción de las leyes responderían a criterios de contractualización y ocasionalidad. Contractualización porque los procesos de formación legislativa se verían influenciados por la movilización de distintos grupos de presión. Esta característica deviene también a la ocasionalidad, ya que en distintos momentos distintos grupos de presión ganarán o perderán fuerza, haciendo que las leyes respondan a la ocasionalidad de la circunstancia<sup>224</sup>. Como consecuencia tendremos una multiplicidad de leyes en función de las distintas necesidades.

En disconformidad con la homogeneidad de la sociedad burguesa post revolucionaria, la sociedad contemporánea se caracteriza por la diversidad, esencia que debe estar representada en el Estado democrático y pluralista. Las leyes deben representar una heterogeneidad de valores e intereses

---

<sup>222</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 35.

<sup>223</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 36.

<sup>224</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 37.

como si no hubiera una definición exacta de ellas<sup>225</sup>. Las diferencias implican que las leyes ya no son un instrumento armónico de organización sino que responden a intereses particulares en continuo enfrentamiento social.

El rol que la Constitución juega para enfrentar estas nuevas necesidades sociales, que desbordaron a la ley, es importantísimo. Esto no implica que ya no se deban producir leyes, al contrario, la legislación responderá a criterios de mayor tecnificación; pero se necesita un parámetro que tenga fuerza obligatoria incluso sobre el legislador (que antes estaba *legibus solutus*). Para ello se debe orientar la dificultad entre la heterogeneidad y ocasionalidad a través de un conjunto de principios y valores constitucionales superiores<sup>226</sup> que representen un consenso en la población<sup>227</sup>. Estas convergencias sociales serían el marco estructural para la convivencia política y social, dejando afuera de toda discusión sobre este marco estructural; para Ferrajoli esto implica un complemento para un equilibrio contra-mayoritario de la democracia<sup>228</sup>. Esta afirmación trae a colación una discusión sobre la preeminencia de la democracia sobre el constitucionalismo o si triunfa el constitucionalismo sobre la democracia<sup>229</sup>, debate sobre el cual no ahondaremos pero basta mencionar que el Estado Constitucional considera que existen pre-compromisos innegables que garantizarán la vigencia de la convivencia plural pacífica y de la democracia; y que la

---

<sup>225</sup> Alfonso García Figueroa toma una metáfora de Zygmunt Bauman al decir que: “... *la modernidad ha pasado de una <fase sólida> a otra <líquida>... El ritmo de transformación de nuestras formas sociales (usos, hábitos, instituciones) es tal que apenas consiguen solidificarse.*” GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pps 31 y 32.

<sup>226</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 40.

<sup>227</sup> El consenso podrá representar un acuerdo sobre algunas prácticas básicas o mínimas, pero desacuerdo sobre temas fundamentales. Cass Sunstein describe a esto como “*Incompletely theorized agreements*” característica básica para una democracia constitucional. SUNSTEIN, Cass. *Desingning Democracy*. Oxford University Press. Nueva York. 2001. Pp 9.

<sup>228</sup> La subordinación de la ley a los principios constitucionales también tienen un efecto en la democracia como límite y complemento: “*Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que –como la experiencia enseña– podrían de otro modo arrollar junto con los derechos, al propio método democrático.*” Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. En CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp 19.

<sup>229</sup> Una defensa del precompromiso constitucional en HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. En ELSTER J. y SLAGSTAD R. (comp.) *Constitucionalismo y Democracia*. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 1999. Para una defensa de la democracia en WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons. Madrid. 2005.

jurisdicción constitucional será importante para la garantía de derechos frente a la naturaleza clientelar de la política democrática.

Zagrebelsky hace una muy buena distinción al decir que el Estado Constitucional no se lo debe concebir tan solo como el régimen en el que la norma jerárquicamente superior es la Constitución<sup>230</sup>. La Constitución fundamentalmente abierta (a través de los principios) permite que los distintos aspectos del Derecho, que antes estaban estáticos y concentrados en la ley, se amolden a la coyuntura de la sociedad. Como hemos visto el sistema jurídico (como ley) ya no puede ser entendido pleno, sus normas contradictorias no podrían dar respuesta a vacíos ni antinomias porque de un sistema contradictorio no se pueden inferir soluciones.

Para el español, Alfonso García Figueroa, la diferencia estridente que el Estado Constitucional brinda es que vincula al legislador a sus normas materiales. El Legislativo ya no solo se somete a las normas procesales (formales) sino que debe corresponderse a las normas sustantivas (materiales) de la Constitución. Las constituciones pasan a ser catálogos que incorporan valores morales a través de los derechos fundamentales, que funcionan en el sistema jurídico como principios. Estos principios operarán distinto que las reglas, sin ahondar en la diferencia, señala que facilitan definitivamente la incorporación del Derecho a la Moral<sup>231</sup>. El teórico español hace un esbozo de lo que implicaría el cambio al Estado Constitucional a partir de algunos postulados de Robert Alexy: *“Al concepto de norma se le opone el de valor; a la idea de subsunción le sucede la de ponderación; a la independencia de las normas legales le sustituye la ‘omnipresencia de la Constitución’...y finalmente, frente a la autonomía del legislador democrático se impone la ‘omnipotencia de los tribunales’...”*<sup>232</sup>. De esta frase de Alexy, podemos inferir las características de un Estado Constitucional. En cuanto a las normas del ordenamiento jurídico, convivirán reglas y principios (valores), estos últimos entendidos como derechos fundamentales<sup>233</sup>. La forma de

<sup>230</sup> Afirmar únicamente la jerarquía constitucional sería igual que proclamar la jerarquía legal del Estado de Derecho clásico, solo se transferiría el poder soberano antes en el rey, luego en la ley y ahora en la Constitución; lo cual es errado. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 40.

<sup>231</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Ob. cit Pps 61-62.

<sup>232</sup> Hay que hacer una distinción en este punto, García Figueroa muestra una posición tibia en esta edición, pero en futuras publicaciones se decanta definitivamente por el modelo Neoconstitucional como en *“Criaturas de la Moralidad”* 2009. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Ob. cit Pp 61.

<sup>233</sup> Alexy desarrolla su Teoría de los Derechos Fundamentales sobre la actuación del Tribunal Constitucional alemán: *“Las ponderaciones de bienes muestran con máxima claridad que el Tribunal Constitucional Federal concibe a las normas de derecho fundamental (en todo caso también) como principios.”* ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Pp 71.

aplicación de principios es distinta a la de reglas; una regla en contradicción con otra puede ser eliminada del sistema mediante criterios (como el de jerarquía) pero un principio no puede eliminar a otro. Esto implicaría que un derecho fundamental sería superior a otro, lo cual no se puede afirmar en abstracto sino en el caso concreto se pueden hablar de pesos distintos a través de la ponderación<sup>234</sup>. Por ese motivo el Estado Constitucional no puede solo aplicar subsunciones sino que también deberá ponderar. En cuanto a la independencia de las normas legales, estas se deberán adecuar al contenido material y formal de la Constitución. Esto también implica que una Constitución deberá ser rígida<sup>235</sup>, porque en su defecto la Constitución estaría a merced de la ley y ya no sería control de ella. Por omnipresencia de la Constitución también podría entenderse como un efecto irradiación en el que los derechos fundamentales abarcan todo el ordenamiento jurídico<sup>236</sup>. Ahora sobre la omnipotencia de los tribunales debo disentir, al igual que lo hace Zagrebelsky<sup>237</sup>. Definitivamente el legislador ya no tiene el poder omnímodo como en el Estado de Derecho decimonónico, ahora está limitado por el contenido material de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución. La característica del Estado Constitucional sería entonces, que exista una garantía jurisdiccional que vigile el cumplimiento constitucional; pero no en la forma de considerar a uno superior a otro sino en una relación de coordinación para la concretización de derechos fundamentales.

Bien hace el maestro Luis Prieto Sanchís, en precisar que el Estado Constitucional tiene dos corrientes. Una, en que la Constitución es una regla de juego superior, aplicable en todos los campos y garantizada por la jurisdicción<sup>238</sup>. Esta es la concepción de origen norteamericano que

---

<sup>234</sup> La ponderación implica un complejo razonamiento para asignar pesos a los principios en contradicción en un caso concreto. Véase la Formula del Peso. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Palestra Editores. Lima 2010. Pp 457. Guastini por su parte define que cuando un principio vence será porque obtienen una "jerarquía móvil" GUASTINI, Ricardo. *Los principios en el Derecho Positivo*. Gedisa. Barcelona. 1999. Pp 170.

<sup>235</sup> Para que una Constitución sea rígida se necesita que su modificación exija un procedimiento "más complejo que el procedimiento legislativo ordinario..." FERRERES COMELLA, Víctor. *Una defensa de la rigidez constitucional*. En *Doxa*, N.º 23, 2000. Pp 30.

<sup>236</sup> Cada precepto legal contiene un norma constitucional, el sistema está saturado de principios y derechos; esta sería la característica de una Constitución rematerializada por los derechos fundamentales. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. En CARBONELL, Miguel (Ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pps 213-217.

<sup>237</sup> Muy en claro lo deja Zagrebelsky al decir que "...los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional..." ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit Pp 153.

<sup>238</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación Judicial*. Editorial Palestra. Lima. 2002. Pp 112.

considera a la Constitución como norma superior y concede a los jueces la capacidad de inaplicar leyes consideradas inconstitucionales a través del “*judicial review*”<sup>239</sup>. La otra corriente es de origen europeo, donde se concibe a la Constitución como un programa directivo, que no solo determina las reglas de juego sino que pretende influir en el bienestar de la población<sup>240</sup>.

El autor peruano, Pedro Grández, ha seleccionado algunos pensamientos que podrían apoyar a la idea de la construcción del Estado Constitucional. Por parte de la influencia norteamericana, es destacado el protagonismo depositado en los jueces que forjaría un modelo de Estado Constitucional. Citando las palabras de Hamilton en *El Federalista* No. 78 plantea que “*Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece... determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse... la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.*”<sup>241</sup> Los jueces entonces rompen el esquema que Montesquieu había planteado y son ahora guardianes de los acuerdos del pueblo recogidos en la Constitución<sup>242</sup>. Para el Estado Constitucional el juez toma una posición más activa para garantizar la superioridad constitucional frente a los actos legislativos. Desde el lado europeo, el Estado Constitucional es una evolución histórica que permite una forma más eficiente de controlar el poder a través de la Constitución<sup>243</sup>.

Por su parte Ricardo Guastini encuentra que el Estado de Derecho sufrió un proceso de constitucionalización, entendido como que todo el ordenamiento jurídico se impregna de normas constitucionales, y en este proceso se reconocen siete condiciones<sup>244</sup>: (i) Constitución rígida: como ya habíamos mencionado, una Constitución escrita será rígida si no puede ser derogada o

<sup>239</sup> Por una defensa del *Judicial Review*, y a favor del constitucionalismo: HART ELY, John. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press. 1980.

<sup>240</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación Judicial*. Ob. cit Pp 112.

<sup>241</sup> *El Federalista* No. 78 En GRÁNDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. Palestra Editores. Lima. 2010. Pp 30

<sup>242</sup> Además el autor distingue que en Estados Unidos los “*derechos no emanan de la voluntad del Estado, sino que preexisten a dicha organización. Mientras que en Europa los derechos existen gracias a la ley...*” Cfr. GRÁNDEZ, Pedro. Ob. cit Pps 25-29.

<sup>243</sup> Así se pueden mencionar tres etapas, una primera de un Estado de Derecho formal, la segunda un Estado Democrático de Derecho y un tercero con un proceso democrático atado a contenidos y asegurados institucionalmente. Cfr. ALEXY, Robert. *Ley fundamental y teoría del discurso*. En GRÁNDEZ, Pedro. Ob. cit Pp 23.

<sup>244</sup> Cfr. GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pps 49-58.

modificada fácilmente; (ii) Garantía Jurisdiccional: consecuencia de la rigidez, debe haber un órgano que garantice su cumplimiento<sup>245</sup>; (iii) Fuerza vinculante de la Constitución: ocurre en aquellas cartas políticas que se regulan las relaciones entre ciudadanos y Estado, y sus normas son vinculantes independientemente de su estructura; (iv) Sobreinterpretación de la Constitución: una Constitución puede contener en su texto un número finito de circunstancias, pero consecuencia de sus condiciones anteriores implicará que se puedan sobrentender cuestiones que se pensaban tenían lagunas; (v) Aplicación directa de normas constitucionales: sus principios pueden operar en cualquier ámbito de la sociedad, sea público o entre particulares; (vi) Interpretación conforme de las leyes: una norma puede interpretarse de distintas posiciones, si alguna ley pudiera tener interpretaciones constitucionales e inconstitucionales, se utilizarán las interpretaciones que se adecuen a la Constitución; y (vii) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: puede ser que los órganos de jurisdicción constitucional tengan la facultad de dirimir conflictos de competencia política, o que abiertamente entren en el debate político para demostrar razones ponderativas (o en su defecto aplicar dejar que el legislador lo haga por su legitimidad democrática), y las normas constitucionales serán argumentos para la actividad política.

Además se puede añadir el aporte del filósofo alemán Peter Häberle: la Constitución no es tan solo el texto literal de los acuerdos de la población, la Constitución es una institución que camina con la cultura, “*El Estado constitucional vive en el ‘curso del tiempo’ para arribar a la dialéctica entre estática y dinámica, entre conservación y cambio...*”<sup>246</sup>. De esta forma se cambian todos los parámetros que se habían considerado de una Constitución y más aún de cuál es su función en la organización del Estado. Pero también el Estado Constitucional combina: la dignidad humana (como cultura), a través de la soberanía popular, la división de poderes, los derechos fundamentales, mientras horizontalmente pervive la tolerancia y la pluralidad<sup>247</sup>.

---

<sup>245</sup> Guastini cita tres modelos: *a posteriori*, como es el control judicial en Estados Unidos; *a priori* como el caso francés, funciona antes de que se expida la ley; y *a posteriori* con excepción, como en España, Alemania, etc. son todos los que funcionan con Tribunales Constitucionales ejercen control posterior expulsando normas del sistema. Cfr. GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano*. Ob. cit Pps 51 y 52.

<sup>246</sup> VALADÉS, Diego en estudio introductorio a HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones de Jurídicas Serie Doctrina Jurídica No. 47. Lima. 2003. Pp XXVI.

<sup>247</sup> Cfr. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. cit Pp 3.

Como ya hemos señalado, una característica fundamental del Estado Constitucional es la inundación de principios, entendidos como derechos fundamentales, en la Constitución. Esto traerá distintas consecuencias pero señalaremos las siguientes.

#### 2.1.4. Principialismo

En este aspecto se han desarrollado varias descripciones a partir de la diferencia entre reglas y principios. No ahondaré en ese tema pero señalaré algunas consecuencias de que las constituciones modernas contengan catálogos de principios (derechos fundamentales). Las que me interesan destacar son las siguientes.

(i) La validez de las normas. El sistema de normas está compuesto de normas formales y de normas sustanciales. Aquí tomaremos algunos pensamientos del teórico italiano Luigi Ferrajoli. Anteriormente la validez de la norma venía dada por su sola adecuación a los procedimientos establecidos, independientemente de su contenido<sup>248</sup>. Pero cuando las constituciones incluyen normas sustanciales, como son los principios, para que una norma sea válida debe también adecuarse al contenido material de la Constitución. Las normas que se han adecuado al procedimiento formal tendrán vigencia o existencia; pero solo serán válidas si tienen coherencia con las normas sustanciales<sup>249</sup>.

(ii) Derecho y Moral. Como ya hemos visto, el positivismo jurídico formalista rechaza definitivamente la unión entre Derecho y moral. Pero con esta dicotomía resulta muy espinoso contestar a los casos difíciles<sup>250</sup>. A partir del ejemplo trabajado sobre el caso *Riggs versus Palmer*<sup>251</sup> se descubre la conjunción del Derecho y la moral y una forma de zanjar las lagunas jurídicas. Luego, las constituciones modernas han incorporado valores morales que por sus características se expresan mejor como principios más que como reglas, y con ello el concepto del Derecho tiene

---

<sup>248</sup> Ferrajoli menciona que según las teorías de Kelsen, Bobbio y Hart la validez se identificaba según la pertenencia a un ordenamiento jurídico según su conformidad a las reglas de producción. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías la ley del más débil*. Ob. cit Pp 20.

<sup>249</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías la ley del más débil*. Ob. cit Pp 21.

<sup>250</sup> La discusión inicia con Ronald Dworkin en su crítica al positivismo jurídico de Hart. Los positivistas desconocían a otras normas que no fueran reglas. Cfr. ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel. Barcelona. 2004. Pp 23.

<sup>251</sup> El caso se da en Nueva York, donde el nieto de una persona con capital, decide asesinar a su abuelo para heredar su patrimonio. La regla decía que el nieto bien podía heredar, pero el tribunal decidió no entregarle la herencia interpretando el principio de que "nadie puede beneficiarse de su propia deuda". Cfr. ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ob. cit Pp 24.

una vinculación moral<sup>252</sup>. A partir de ello se genera la nueva teoría del Derecho denominada Neoconstitucionalismo, sobre el que hablaremos más adelante.

(iii) Efecto irradiación. A partir de una Constitución Material<sup>253</sup>, que goza de garantía judicial se conciben a los derechos como normas supremas, que deben ser observados en toda aplicación del Derecho<sup>254</sup>. Como habíamos mencionado en el punto anterior, el derecho y la moral se han conectado y esto implica que los derechos fundamentales se expanden e irradian todo el sistema jurídico<sup>255</sup>. Los principios son abiertos y conviven armónicamente en abstracto en la Constitución. Pero podrían estar en conflicto en distintos casos concretos<sup>256</sup>. En este punto debemos afirmar que en un sistema en el que existan principios debe existir ponderación, hay una relación necesaria para que los principios puedan coexistir. Dicho esto, se llega a la conclusión de que no existe una separación entre el mundo político (supuestamente inmune) y la influencia constitucional; el modelo político que relacione a la democracia y a la constitución deberá ser un modelo argumentativo<sup>257</sup>. Como los principios lo irradian todo, cualquier ámbito es susceptible de ponderar principios.

(iv) Derrotabilidad de las normas. El Derecho debe ser perfectible por bases éticas, así si se presentan ciertas condiciones, se podrán aplicar excepciones a las normas. García Figueroa aduce que los principios tienen una propiedad disposicional que las hacen operar como reglas *prima facie*<sup>258</sup>. Pero esta característica es posible por encontrar un grado de conexión del Derecho y la moral<sup>259</sup>. Sin el ánimo de proponer un sistema jurídico inestable y trabajándolo con bases éticas, podría afirmarse que: si consideramos que existe una disposición de corrección moral del Derecho

<sup>252</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Ob. cit Pps 61-62.

<sup>253</sup> Constitución material es la que “*presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices)...que es decirle al poder... como ha de organizarse y...qué es lo que ...debe decidir.*” PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ob. cit Pp 213.

<sup>254</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ob. cit Pp 213-216.

<sup>255</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ob. cit Pp 216.

<sup>256</sup> Prieto incluso afirma que “*...casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a si otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria.*” PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ob. cit Pp 219.

<sup>257</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ob. cit Pp 221.

<sup>258</sup> El autor la llama a esta como la “*Tesis de la disposición a la corrección*” Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. En *Diritto & questioni pubbliche*, N° 3, 2003. Pps 215,216.

<sup>259</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. Ob. cit Pp 217.

(por medio de los principios) y añadimos que los principios irradian todo el sistema, entonces podrían existir normas derrotables en todo el sistema jurídico. Esta será premisa fundamental para el postulado de esta investigación respecto a la casación.

Como se ha mencionado anteriormente, los cambios que el Estado Constitucional ha presentado, sumado a la conexión de Derecho y moral, parece que el concepto de Derecho necesita una nueva cultura jurídica para explicarse<sup>260</sup>. Así llegamos al Neoconstitucionalismo.

### 2.1.5 Neoconstitucionalismo

Al parecer la primera vez que el término apareció como hoy lo conocemos fue en el año 1997 cuando la profesora Susanna Pozzolo lo mencionó en una conferencia dictada en Argentina, refiriéndose a una teoría distinta de entender y aplicar el Derecho<sup>261</sup>. Sin embargo los elementos que conformarían esta nueva cultura jurídica se vinieron desarrollando mucho antes. Así por ejemplo Mauro Barberis sostiene que la aparición del Neoconstitucionalismo se da con el debate entre Ronald Dworkin y Herbert Hart sobre principios, y bajo la conclusión de que es totalmente distinto entre el iuspositivismo y iusnaturalismo dado que el Derecho se vincula con la moral<sup>262</sup>. Ahora bien, parece ser entonces que nace como un ataque al positivismo, y un acercamiento al iusnaturalismo, pero como veremos más adelante pretende ser una teoría totalmente independiente de estas corrientes.

Paolo Comanducci distingue dos acepciones del término Neoconstitucionalismo (o constitucionalismo), una como corriente (teórica, ideológica y/o metodológica) y otra como sistema jurídico-político<sup>263</sup>.

Como corrientes encontramos las siguientes. (i) Neoconstitucionalismo teórico<sup>264</sup>: describe los avances de la constitucionalización; cambia al estatismo, legacentrismo y la interpretación

<sup>260</sup> Así lo menciona Prieto Sanchís y encaja en el paradigma constitucionalista a autores como Atienza, MacCormick, J. Raz, R. Alexy, C. Nino y L. Ferrajoli. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ob. cit. Pp 213.

<sup>261</sup> Cfr. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitución como provisión e irradiación constitucional*. En <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/5208/4534> 7 de junio del 2011.

<sup>262</sup> Cfr. BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo. Democracia e Imperialismo de la Moral*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp 260.

<sup>263</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp 75.

formalista por el modelo de constitución irradiadora, positivización de derechos, omnipresencia constitucional, interpretación ponderativa. Aquí nace una primera divergencia interna, hay teóricos que piensan que se aplica la misma metodología (iuspositivismo) a un objeto distinto y otros que piensan que el cambio implica una nueva metodología. También puede haber una distinción dentro del objeto de estudio, algunos estudian a la Constitución como norma mientras otros estudian el modelo axiológico de la Constitución<sup>265</sup>. Según el modelo de Constitución que adopten, su forma de interpretarla variará.

(ii) Neoconstitucionalismo ideológico<sup>266</sup>: su objetivo primordial es garantizar los derechos fundamentales y subsecuentemente limitar el poder del poder público; esto se debe al cambio de concepción de Estado. Antes el Estado era la fuente de los abusos y ahora (el Estado Constitucional) parece ser herramienta para las soluciones. Los logros del constitucionalismo tienden a extenderse en esta ideología a través de mecanismos institucionales de tutelas de derechos. Es comparable con el positivismo ideológico por el deber moral de cumplir las leyes, solo que en esta corriente existe el deber moral de cumplir la Constitución. Los que estudian al Neoconstitucionalismo como ideología toman un modelo de Constitución axiológica y su forma de interpretar y aplicarla será distinta a la legal.

(iii) Neoconstitucionalismo metodológico<sup>267</sup>: en respuesta al positivismo metodológico, de la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la separación estricta entre Derecho y moral, el Neoconstitucionalismo como metodología utiliza el Derecho constitucionalizado (principios y derechos fundamentales) para justificar la conexión necesaria entre Derecho y moral.

En este esquema de Neoconstitucionalismo metodológico encontramos al profesor español, Alfonso García Figueroa, quien claramente nos indica que el debate entre positivismo y

---

<sup>264</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. Ob. cit Pps 83-85.

<sup>265</sup> Los que ven a la Constitución como norma ven a las reglas constitucionales jurídicamente fundantes y por lo tanto superiores a otras normas y utilizan un método de interpretación legal; mientras que ven el modelo axiológico de la Constitución toman el mismo concepto de norma constitucional pero su fundamento se basa en valores, su forma de interpretar será distinta. Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. Ob. cit Pps 84.

<sup>266</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. Ob. cit Pps 85,86.

<sup>267</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. Ob. cit Pps 86, 87.

iusnaturalismo<sup>268</sup> se centró en el dualismo que separaba Derecho y moral. En respuesta el Neoconstitucionalismo pretende encontrar un gradualismo entre estos dos, en el que exista un orden normativo práctico que conduzca a la corrección del Derecho<sup>269</sup>.

En cuanto al sistema jurídico-político, el Neoconstitucionalismo abraza el concepto de Estado que funciona con un modelo constitucional, limitando los poderes del Estado y protegiendo derechos fundamentales<sup>270</sup>. Es decir, esta nueva cultura jurídica se desarrolla a partir de lo experimentado en los Estados Constitucionales y sus jurisdicciones constitucionales.

La distinción que Comanducci realizó sobre el constitucionalismo es exhaustiva. Pero así también podemos mencionar, entre otras, los aportes de Luis Prieto Sanchís y de Miguel Carbonell que pueden reforzar lo ya descrito. Prieto Sanchís afirma que el Neoconstitucionalismo tiene tres acepciones: como organización política (en que el Estado Constitucional es la forma ideal de organización), como teoría (para explicar cómo funciona el modelo) y como ideología (para justificar la fórmula política)<sup>271</sup>. Que se traducirían a los términos de Comanducci como: la acepción jurídico-política la primera, al Neoconstitucionalismo metodológico e ideológico la segunda, y como Neoconstitucionalismo ideológico y teórico la tercera. Por su parte el autor mexicano, Miguel Carbonell también considera que existen tres características del Neoconstitucionalismo. Primero que los textos constitucionales dejan de ser meramente organizativos, pasan a describir derechos y establecer medidas para garantizarlos (Neoconstitucionalismo ideológico). La práctica judicial es el segundo punto, la interpretación constitucional debe evolucionar con las nuevas constituciones que irradian dentro de toda la vida social; también demandan activismo (Neoconstitucionalismo metodológico). Y el tercer punto es que la dogmática que apoya esta nueva posición no solo se limita a contemplar al objeto de estudio sino que ayuda a su efectivización (Neoconstitucionalismo teórico e ideológico)<sup>272</sup>.

---

<sup>268</sup> “Más bien, los errores del positivismo ponen de manifiesto que tanto positivismo como jusnaturalismo conforman una dialéctica basada sobre unos presupuestos comunes que son discutibles.” GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Críaturas de la Moralidad*. Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp 99.

<sup>269</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. Ob. cit Pp 217.

<sup>270</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. Ob. cit Pp 75.

<sup>271</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación Judicial*. Ob. cit Pp 110.

<sup>272</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: Elementos para una Definición*. Revista Jurídica del Perú N°88. Lima. Junio del 2008. Pps 16-18.

Como vemos, no existe un concepto unívoco de Neoconstitucionalismo; pero lo que si podemos afirmar con claridad es que *“La idea central es que el Derecho ha cambiado y ello exige que la teoría del Derecho refleje esos cambios.”*<sup>273</sup> Parte de este cambio es la forma en que opera el Derecho si asumimos un Estado Constitucional, una Constitución rematerializada (vinculación entre Derecho y moral) y un modelo argumentativo de Estado. En este esquema la argumentación jurídica juega un papel fundamental.

#### 2.1.6. Argumentación Jurídica

La argumentación jurídica entra en el Neoconstitucionalismo como teoría de interpretación y razonamiento jurídico que contribuirá con la consolidación del Estado Constitucional. *“Existe cierto consenso en que una teoría del derecho ha de contener, al menos... c) una teoría de la interpretación jurídica y d) una teoría del razonamiento jurídico.”*<sup>274</sup> Aceptando esta afirmación la Teoría de la Argumentación Jurídica será el complemento perfecto del Neoconstitucionalismo y del Estado Constitucional.

En una primera definición general podemos decir que la Argumentación Jurídica es una disciplina que se encarga de ofrecer buenas razones para la aplicación del Derecho en una u otra forma<sup>275</sup>. La argumentación tiene mucha importancia en el razonamiento jurídico porque demostrará cuál es el proceso de aplicación del Derecho. Así, en la época del Estado de Derecho decimonónico la aplicación del Derecho se limitaba a la mera aplicación de silogismos, si los hechos se ajustaban al supuesto que la ley racional acogía, entonces se aplicaba la consecuencia. Pero más adelante había quienes pensaban que eran las ideologías y las emociones las que dirigían la aplicación del Derecho; estos son conocidos como *“realistas”*<sup>276</sup>.

El docto ideólogo alemán, Robert Alexy, inicia su Teoría de la Argumentación Jurídica con la premisa de que la subsunción lógica ya no es la única forma de aplicar el Derecho; cuestiones como la vaguedad del lenguaje, la posibilidad de conflictos entre normas, las lagunas jurídicas y la

<sup>273</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Ob. cit Pp 60.

<sup>274</sup> ORTEGA GOMERO, Santiago (Dir.). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Presentación. ARA Editores. Lima. 2010. Pp 13.

<sup>275</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pps 43 y 44.

<sup>276</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pp 43-45.

posibilidad de que se juzgue incluso en contra del tenor literal de una norma en ciertos casos concretos, hacen que sea necesario un método racional para la valoración de una solución a los casos<sup>277</sup>. Eso no quiere decir que no se deba subsumir, sino que se debería entender que se subsume porque se ha valorado que no existen fuertes contraargumentos para no hacerlo<sup>278</sup>. Ahora bien, estas valoraciones que se realicen son moralmente relevantes porque afectan los intereses de una persona o se restringirán sus intereses, entonces el juez deberá decidir de acuerdo a valoraciones moralmente correctas<sup>279</sup>. El autor propone cuatro formas para valorar: basarse en convicciones fácticamente existentes, valoraciones que puedan ser extraídas de material jurídico existente (jurisprudencia), principios suprapositivos y conocimientos empíricos<sup>280</sup>. Así llegamos a la argumentación jurídica, que es *“una actividad lingüística que tiene lugar (entre otras)... en el proceso de la discusión científico-jurídico. De lo que se trata... es de la corrección de los enunciados normativos... Será conveniente designar tal actividad como ‘discurso’, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como ‘discurso práctico’. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.”*<sup>281</sup>

Ahora bien, Alexy hace una distinción de perspectivas empíricas, analíticas y normativas. Según la perspectiva empírica explica la contextualización de determinados argumentos según los grupos de hablantes, situaciones lingüísticas, efecto de los argumentos, la motivación o concepciones dominantes en el grupo<sup>282</sup>. La perspectiva analítica revisa la posibilidad lógica de los argumentos<sup>283</sup>. Y la perspectiva normativa examina si se fundamentan argumentos para la racionalidad del discurso jurídico<sup>284</sup>.

Alfonso García Figueroa complementa afirmando que la Teoría de la Argumentación jurídica es una teoría que describe, conceptualiza y sistematiza la argumentación jurídica<sup>285</sup>. De esta forma

<sup>277</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pps 27-33.

<sup>278</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pps 36 y 37.

<sup>279</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pp 38.

<sup>280</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pp 42.

<sup>281</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pp 44.

<sup>282</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pp 45.

<sup>283</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pp 45.

<sup>284</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pp 45.

<sup>285</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pp 46.

utilizará un metalenguaje (discurso) para el estudio del discurso jurídico<sup>286</sup> y se diferencia de la práctica jurídica porque esta opera en otro nivel<sup>287</sup>.

Por otro lado el autor español Manuel Atienza, encuentra tres concepciones de argumentación que se han presentado en la vida jurídica, con la debida aclaración de que funcionarán de forma distinta según el operador que las utilice sea el legislador, el juez, o el dogmático. La primera es la concepción de Argumentación Formal: se toman enunciados sin interpretar, no importa si su contenido es verdadero o correcto porque la validez se otorga por las reglas de inferencia (su forma), y a través de deducciones esos enunciados (o premisas) llegan a otros enunciados (o conclusiones)<sup>288</sup>. La segunda es la concepción de Argumentación Material: lo fundamental será conocer la verdad o corrección de los enunciados, su forma será algo secundario; busca encontrar la validez de las premisas a través de identificar cuáles son las razones para creer que el enunciado es correcto<sup>289</sup>. Y la tercera concepción es la Argumentación Pragmática: la argumentación es un tipo de actividad social, que a través del lenguaje busca persuadir a un auditorio o interactuar con otro para llegar a un acuerdo sobre algún problema; bajo un esquema de reglas<sup>290</sup>. Las dos primeras pueden realizarse individualmente, pero la tercera necesariamente es social.

La apuesta por demostrar la racionalidad de la argumentación jurídica se justifica en la separación del contexto de descubrimiento y el contexto de justificación en la motivación de las decisiones judiciales<sup>291</sup>. La motivación es un elemento fundamental para el control de la arbitrariedad en los procesos judiciales, sometiendo los jueces al Derecho y abriendo la posibilidad a recursos. Dentro de la motivación parece ser que están las razones y los motivos. En el contexto de descubrimiento hablamos de los motivos: las causas psicológicas que te mueven a hacer una acción<sup>292</sup>. Motivar, no

---

<sup>286</sup> Al igual que cuando se analiza un poema se utiliza un metalenguaje con sus propias características para estudiarlo, la teoría de la argumentación jurídica analiza el discurso jurídico Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pp 47.

<sup>287</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pps 46, 47.

<sup>288</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra Editores. Lima. 2004. Pps 14 y 15.

<sup>289</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ob. cit Pp 15.

<sup>290</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ob. cit pp 15.

<sup>291</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pps 133 y 134.

<sup>292</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pp 136.

se puede limitar a explicar las causas, sino que debe justificar jurídicamente con razones<sup>293</sup>. Justificación implica dar razones jurídicas que fundamenten una decisión. Por su parte la justificación puede ser interna y externa. No ahondaremos en este tema, sin embargo, en los términos de Alexy definimos a la justificación interna como aquella que mira si las premisas se siguen lógicamente para llegar a la fundamentación sobre normas dentro del sistema<sup>294</sup>. Y la justificación externa busca la corrección de las premisas normativas a través de normas extrasistémicas o razones no jurídicas que puedan fundamentar la sentencia<sup>295</sup>.

Todas estas corrientes jurídico-políticas, teóricas e interpretativas han ido desarrollando un nuevo paradigma desde fines de los años setenta. En América Latina la influencia ha sido progresiva a partir de los años noventa. Este es el caso del Ecuador que a raíz del proceso constituyente del año 2008 decide abrazar al Neoconstitucionalismo y al Estado Constitucional en su última Constitución. Revisaremos a continuación.

## **2.2. El proceso constituyente 2008 y sus ofrecimientos.**

El Ecuador no es un país que se caracterice por su estabilidad política, como ya hemos visto en el primer capítulo de esta investigación. El factor común ha sido promulgar una Constitución que respalde el plan del caudillo vigente. Esto podría responder a distintos factores económicos, políticos, sociales, culturales, etc. sin embargo ahora pasaremos revista a los ofrecimientos que en la Asamblea Constituyente 2007 se dieron y en qué sentido la Constitución 2008 adoptó el paradigma Neoconstitucionalista.

### **2.2.1 Una reformulación en América Latina**

El sociólogo portugués Boaventura de Sousa, ha plasmado algunas perspectivas en función de la coyuntura sudamericana refiriéndose a dos enemigos: el capitalismo y el colonialismo. Parece ser que Sudamérica se ha dividido en dos caminos políticos a inicios del siglo veintiuno. Uno, se plantea de izquierda, pero este Estado propugna construirse junto con el capitalismo; este es el caso de Brasil (con Lula) que es una socialdemocracia con preocupación en grupos vulnerables

<sup>293</sup> Sin perjuicio de que García Figueroa señala que existe divergencia en la dogmática “no conviene separar ambas esferas de una manera tajante.” Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pp 144.

<sup>294</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pp 306.

<sup>295</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit Pp 161.

conectado con el comercio internacional<sup>296</sup>. Otra es la izquierda que se perfila considerando el fin del capitalismo, este es el llamado socialismo del siglo veintiuno; su dificultad está en imaginar cómo remplazará el modelo<sup>297</sup>. Este es el camino que sigue el Ecuador. En el primer caso vemos que existe una relación transclasista de la población porque propone utilizar las herramientas del mercado para que todos ganen, reduciendo la desigualdad de ingresos pero manteniendo el esquema de dominación. La legitimidad de este tipo de Estado está en las poblaciones históricamente excluidas, que tienen ahora nuevas expectativas; para el autor este modelo tiene una visión limitada hacia el futuro<sup>298</sup>. El escenario del segundo esquema es más complicado, enfrenta un conflicto de clases que solo encuentra paliativos pero no soluciones; las poblaciones no pueden encontrar verdaderos pactos por la continuación de la dominación capitalista y esto sumado a las dificultades de una coordinación de las plurinacionalidades a un Estado adecuado<sup>299</sup>. Pero esta guía de Estado podría encontrar resultados más amplios cuando logre su estabilidad.

En cuanto al colonialismo, la primera formulación niega la existencia de un colonialismo vigente. Según ellos el colonialismo terminó con la independencia, los conflictos se dan entre clases sociales y no reconocen las luchas étnico-raciales<sup>300</sup>. La otra vertiente critica el hecho de que luego de la independencia se mantuvo un colonialismo interno que ha sido un modo de convivir de quienes se han beneficiado de ello y de quienes la han sufrido; la bandera de este litigio es encontrar una verdadera igualdad étnico-racial<sup>301</sup>.

Se han planteado algunas transformaciones al Estado en la región desde la década de 1970 hasta la actualidad. El profesor brasileño denomina a la corriente mercantilista como el “*Estado comunidad-ilusoria*”<sup>302</sup>: trabaja con ciertas políticas de redistribución de riqueza, prestación de servicios, pero su enfoque hacia la pobreza es como una mera cuestión técnica y no un principio de cohesión; a través del gerencialismo se busca la mayor eficiencia del Estado; el poder económico domina al poder político y fomenta la corrupción; el poder Ejecutivo obtiene mayores poderes políticos junto con el órgano estatal financiero; inversión en el sistema judicial pero con el

<sup>296</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ediciones Abya-Yala. Quito. 2010. Pps 25 y 26.

<sup>297</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 27.

<sup>298</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 28.

<sup>299</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 29.

<sup>300</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 31.

<sup>301</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 32.

<sup>302</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 96.

fin de que sea una ayuda para la inversión; y un supuesto discurso nacionalista absorbido por el imperialismo<sup>303</sup>. Este es el Estado es ilusorio porque finge solucionar los problemas con el transclismo, ya mencionado. El otro esquema lo ha denominado como el Estado de “*las venas cerradas*”<sup>304</sup>: mantiene las características de un Estado clásico<sup>305</sup> pero intenta refundarse consagrando las reivindicaciones de los movimientos indígenas, que habían sido excluidos en el Estado clásico<sup>306</sup>. Pero la refundación se enfrenta a siete desafíos: (i) dificultad en la transformación por la inercia de los 300 años que lleva el modelo de Estado, además que refundar implica trabajar sobre lo ya establecido; (ii) el modelo de Estado moderno está tan penetrado en el tejido de la sociedad que el cambio no solo es político sino cultural, social, de mentalidades; (iii) la reivindicación requiere el apoyo de grupos más amplios, no solo de los excluidos; (iv) las instituciones antes se formaban por choques culturales, ahora se requiere un diálogo intercultural que genere convergencias; (v) la refundación del Estado requiere un profundo cambio en la dirección económica; (vi) hay una divergencia entre los que proponen el cambio, los aliados al movimiento indígena quieren un nuevo modelo, mientras que los indígenas prefieren el modelo precedente a la conquista; y (vii) hay una tendencia a la social democracia en América Latina, que debe soportar las críticas de los organismos internacionales financieros y alejarse del fracaso revolucionario ruso<sup>307</sup>.

Para plantear una verdadera respuesta es necesario salir del esquema eurocéntrico y el camino más adecuado es el “*Constitucionalismo transformador*”<sup>308</sup>. El constitucionalismo que se había venido aplicando mantenía el *statu quo* de las exclusiones a los grupos minoritarios. Por eso de Sousa identifica que se necesita un constitucionalismo diferente, que tenga la fuerza para cambiar el esquema capitalista colonialista. Y observa que en los procesos constituyentes de las últimas décadas en el continente sudamericano la movilización social ha sido más fuerte. Así se ha creado un constitucionalismo desde abajo que propone un cambio de institucionalidad con la plurinacionalidad, cambio territorial con autonomías asimétricas, cambio en legalidad con

<sup>303</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pps 96 y 97.

<sup>304</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 98.

<sup>305</sup> Como poder centralizado del Estado, control de fronteras, diferencia entre nacionales y extranjeros, universalidad de las leyes, privilegios a un monismo cultural, étnico y religioso, división de poderes y monopolio de la fuerza contra enemigos internos. Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pps 98 y 99.

<sup>306</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 99.

<sup>307</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pps 100 y 101.

<sup>308</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 103.

pluralismo jurídico, cambio en régimen político con una democracia intercultural y reconocimiento de subjetividades individuales y colectivas<sup>309</sup>.

Con esta visión descrita por el profesor brasileño Boaventura de Sousa, se consideró que el Neoconstitucionalismo era la teoría del Derecho que fundamentaría el constitucionalismo que catalizaría el cambio social a través de un Estado Constitucional. A pesar de los tropiezos políticos que tuvo la Asamblea Constituyente del Ecuador 2007<sup>310</sup>, finalmente se concertó que *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”*<sup>311</sup> Con esta proclamación todas las características del Estado Constitucional, antes mencionadas, serán entonces el marco de actuación del Ecuador; por lo tanto el Neoconstitucionalismo será la forma de justificación y la Argumentación Jurídica será su forma de aplicación.

### 2.2.2. El *Sumak Kawsai* (Buen Vivir) como horizonte.

Hay algo que se debe observar dentro del último proceso constituyente ecuatoriano que lo distingue de todas las Constituciones anteriores. Primero, el amplio espacio al debate para toda la población a través de una masiva difusión del proyecto y apertura a audiencias en la Asamblea Constituyente<sup>312</sup>; esto marca una diferencia con aquellas constituyentes atribuidas solo a ciertos grupos aristocráticos intelectuales como la Constitución anterior *“aprobada en 1998 en un cuartel*

<sup>309</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 103.

<sup>310</sup> Fueron dos los más importantes: el primero fue la ruptura de ideología en un socialismo del siglo XXI débil representada por el presidente Correa y uno más progresista representado por Alberto Acosta que terminó con la separación de Alberto Acosta del proyecto político de Alianza País y su renuncia como presidente de la Asamblea Constituyente; y el segundo fue la pugna abierta con los grupos religiosos que no estaban de acuerdo con la línea de la Constitución. Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pps 113 y 114.

<sup>311</sup> Artículo 1 Constitución Política del Ecuador Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del 2008.

<sup>312</sup> Aquí hubo un punto de quiebre entre las tendencias del partido de gobierno (Alianza País). La Asamblea tenía una vigencia de 8 meses, pero hasta los 7 meses el proyecto no había terminado el debate, pero el presidente de la República conminó a cerrar el debate. El presidente de la Asamblea Constituyente no estaba de acuerdo con ello y decidió renunciar con estas palabras: *“En consecuencia, renuncié a la Presidencia de la Asamblea Constituyente, a la cual fui elegido por casi unánime adhesión. Me opuse a esa suerte de embutimiento de textos, a forzar las intervenciones de los Asambleístas y a limitarlas...Pero eso, sin embargo, más allá de algunos errores lamentables en la redacción, no afecta el sentido histórico de la Constitución de Montecristi.”* ACOSTA, Alberto. *No hay un camino para la Constituyente, la Constituyente es el camino*. En KINTTO, Lucas(ed.). *Entre el quiebre y la realidad Constitución 2008*. Ediciones Abya-Yala. Quito. 2008. Pp 14.

*militar y sin contar con el pronunciamiento popular.*<sup>313</sup> Segundo, se escogió como el mejor modelo jurídico-político el Estado Constitucional, más dúctil para los fines del Estado, pero el ideal de vida de los ecuatorianos es ahora el *Sumak Kawsai*. Es de esta forma el “buen vivir” es el prisma con el que se debe leer el Estado Constitucional. A continuación describimos algunos parámetros que definirán esta aspiración.

Este paradigma intenta influir en el ámbito económico. Se quiere cambiar la idea del canibalismo económico propugnada por el neoliberalismo, la economía por sí sola no puede dar soluciones; por eso la idea de solidaridad hará que el mercado, el Estado y la sociedad garanticen al ser humano como centro de acción<sup>314</sup>. Se pretende garantizar el derecho a la propiedad bien habida, se desea proscribir las explotaciones laborales y proteger a los comerciantes y artesanos informales. Esto implica un cambio de aquella economía social de mercado que se había propuesto en la Constitución anterior y que ha demostrado su ineficacia al cambio. El *Sumak Kawsai* propone una economía social solidaria, inspirada en la cosmovisión de los pueblos originarios cuyo eje central de la economía es la vida<sup>315</sup>.

El Estado ha venido actuando reconociendo únicamente a los formales, a las empresas y a los empleados, mientras que otras formas de producción se han considerado como atrasadas; y el objetivo era generar empresas y emprendedores generando una economía basada en capital<sup>316</sup>. La economía social y solidaria incluye a la economía diversa con todos sus actores y relaciones. La relación de producción-consumo se regula alejándose de la acumulación (ganancia) como fin y pasa a ser medio del bienestar responsable<sup>317</sup>. La economía, como cualquier acción del ser humano, debe ser simbióticamente amigable con el medio ambiente. Más aún aquellas economías que se sostienen en el extractivismo de recursos naturales, donde las demandas de mercado

<sup>313</sup> Citando a Ramírez 2008 en DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ob. cit Pp 112.

<sup>314</sup> Cfr. ACOSTA, Alberto. *Siempre más democracia, nunca menos*. En (comps.) ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *El Buen Vivir, una vía para el desarrollo*. Ediciones Abya-Yala. Quito. 2009. Pp 20.

<sup>315</sup> Cfr. LEÓN, Magdalena. *Cambiar la economía para cambiar la vida*. En (comps.) ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *El Buen Vivir, una vía para el desarrollo*. Ob. cit Pps 63 y 64.

<sup>316</sup> Cfr. LEÓN, Magdalena. *Cambiar la economía para cambiar la vida*. Ob. cit Pps 65 y 66.

<sup>317</sup> Cfr. LEÓN, Magdalena. *Cambiar la economía para cambiar la vida*. Ob. cit Pp 67.

exigen una explotación inviable; la utilización de recursos debe encontrar un equilibrio entre las formas de vida, su restauración y continuidad ambiental<sup>318</sup>.

Este es el siguiente punto fuerte del *Sumak Kawsai*, la relación del Estado y el medio ambiente. Existe una gran preocupación a nivel mundial de la forma en que el desarrollo (occidental) está idealizado. Es una “*crisis civilizatoria*”<sup>319</sup> que a partir de la industrialización ha concebido al consumo y al supuesto crecimiento como ilimitado; ha propugnado el bienestar como acumulación de riquezas sin importar la depredación de la naturaleza<sup>320</sup>. La evidencia está clara, la capacidad productiva global de la tierra “...*está siendo explotada más allá de su capacidad de reposición.*”<sup>321</sup> Y la preocupación frente a la disipación de los recursos naturales limitados es que el rico simplemente se hace más rico quitándole recursos al pobre; realidad oculta entre los medidores económicos en los que la acumulación de riquezas no aparece como empobrecimiento ambiental<sup>322</sup>.

El problema ha sido que América del Sur ha basado su modelo de desarrollo en función de la extracción de recursos naturales y existe gran dificultad en cambiar de modelos, recuperar la apropiación de recursos y reducir el impacto ambiental<sup>323</sup>. La propuesta de la Asamblea Constituyente, en cambio fue reconocer que el desarrollo está limitado por los recursos naturales finitos y por lo tanto se debía crear un marco constitucional que encontrara una relación armónica con el medio ambiente<sup>324</sup>. Así, la Constitución del Ecuador 2008 rompe las posiciones tradicionales respecto a la naturaleza, y la determina como sujeto de Derechos; es decir que garantiza jurídicamente su capacidad de regenerarse<sup>325</sup>. Pero no se debe entender que la *Pachamama* como sujeto de Derechos, es inmaculada. Sino que debería leerse como que las actividades humanas

<sup>318</sup> Cfr. LEÓN, Magdalena. *Cambiar la economía para cambiar la vida*. Ob. cit Pp 72.

<sup>319</sup> LANDER, Edgardo. *Hacia otra noción de riqueza*. En (comps.) ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *El Buen Vivir, una vía para el desarrollo*. Ob. cit Pp 31.

<sup>320</sup> Cfr. LANDER, Edgardo. *Hacia otra noción de riqueza*. Ob. cit Pp 31.

<sup>321</sup> LANDER, Edgardo. *Hacia otra noción de riqueza*. Ob. cit Pp 32.

<sup>322</sup> El ejemplo del autor venezolano es muy gráfico, narra la historia de un asentamiento humano al sur del río Orinoco, cerca a la Amazonía. La riqueza ecológica es inconmensurable y en la zona hay oro. Por la explotación de este mineral se han contaminado ríos y perjudicado a la población, pero el oro recogido acrecienta la supuesta riqueza del país. Cfr. LANDER, Edgardo. *Hacia otra noción de riqueza*. Ob. cit Pps 32-34.

<sup>323</sup> Cfr. GUDYNAS, Eduardo. *Seis puntos claves en ambiente y desarrollo*. En (comps.) Cfr. ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *El Buen Vivir, una vía para el desarrollo*. Ob. cit Pps 39-41.

<sup>324</sup> Cfr. WRAY, Norman. *Los retos del régimen de desarrollo*. (comps.) ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *El Buen Vivir, una vía para el desarrollo*. Ob. cit Pps 52 y 53.

<sup>325</sup> Cfr. WRAY, Norman. *Los retos del régimen de desarrollo*. Ob. cit Pp 54.

pueden continuar siempre que no afecten a la capacidad de la naturaleza a regenerarse y continuar existiendo<sup>326</sup>.

Es una complicada tarea en la que se embarca el Ecuador, porque el Buen Vivir implica la cosmovisión indígena de armonía con la naturaleza, pero también busca la plena vigencia de los derechos económicos sociales y culturales; interpretando así al *Sumak Kawsai* como tolerancia, diálogo, reconocimiento de derechos y deliberación democrática<sup>327</sup>.

Finalmente podemos decir que el *Sumak Kawsai* es un ideal de desarrollo bajo el esquema de beneficiar a la colectividad social, dejando a un lado la acumulación de riquezas como fin, viviendo en armonía con la naturaleza y respetando derechos democráticamente. Podría sonar a retórica comunitarista<sup>328</sup>, su examen final se verá en lo que se plasme en la realidad.

### 2.2.3. Promesas Constitucionales

Ha sido un elogio a la nueva Constitución el hecho de que se haya redactado mediante principios de carácter general para la interpretación de Derechos<sup>329</sup>. El autor ecuatoriano, Ramiro Ávila, utiliza entonces la teoría de Alexy, considerando a los principios como mandatos de optimización para alterar el sistema jurídico y la realidad. En el trabajo del autor que utilizamos para esta investigación, el autor hace una comparación del constitucionalismo andino. En el artículo Ávila cae en un error descriptivo formal, al aseverar que la Constitución del Perú no regula principios generales<sup>330</sup>, pues como muy bien él lo señala, los principios son parámetros de interpretación, es

<sup>326</sup> Cfr. WRAY, Norman. *Los retos del régimen de desarrollo*. Ob. cit Pp 57.

<sup>327</sup> Cfr. WRAY, Norman. *Los retos del régimen de desarrollo*. Ob. cit Pp 54.

<sup>328</sup> A diferencia del liberalismo, los comunitaristas "...argumentan que estos derechos [liberales] no son suficientes, y que algunas formas de diferencia cultural sólo pueden acomodarse a través de medidas...constitucionales que vayan más allá...se argumenta a favor de ciertos derechos específicos para los grupos minoritarios." DORADO PORRAS, Javier. *Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo*. En (eds.) ANSUÁTEGUI, F. J. *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Dykinson. Madrid. 2005. Pp 77.

<sup>329</sup> Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. En (ed.) SAAVEDRA, Luis Ángel. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. Quito. 2009. Pp 27.

<sup>330</sup> Idea que no compartimos porque el Tribunal Constitucional peruano ha venido desarrollando un trabajo mucho más proactivo que la Corte Constitucional ecuatoriana, a pesar de una supuesta Constitución no progresista (1993), haciendo interpretaciones de los principios (derechos fundamentales) vale mencionar como ejemplo el Exp. 4677-2004-PA, del que una lectura constitucional se prohibía la acción de amparo contra normas, pero de la interpretación en esta sentencia se desprende que si cabe amparo contra normas autoaplicativas.

decir normas, por lo que torna relativamente importante como las disposiciones constitucionales estén redactadas. El profesor Ávila, también acota que la titularidad de los Derechos han sido tomados en serio en cuanto a derechos colectivos. La Constitución anterior tenía un corte individualista liberal y dejaba en un segundo plano a los derechos colectivos. Esta nueva Constitución establece que todos los derechos humanos tienen una doble dimensión horizontal individual y subjetiva<sup>331</sup>. De esta forma puede ser ejercido según la circunstancia lo requiera. En cuanto a la exigibilidad de Derechos, la nueva Carta Política ha establecido que en caso de violación a derechos humanos cualquier persona o grupo de personas reclamen la satisfacción del Derecho<sup>332</sup>. Toda norma válida constitucionalmente (en los términos de Ferrajoli) es de inmediata aplicación frente a cualquier servidor público o juez y como lo afirma el pensador ecuatoriano “*En el Neoconstitucionalismo toda norma constitucional es aplicable, aún cuando tenga la estructura de un principio.*”<sup>333</sup> Que una norma constitucional es de inmediata y directa aplicación implica considerar a la constitución como una norma jurídica vinculante y ya no tan solo como una sugerencia programática. Esto se combina con el hecho de que todo derecho es justiciable, no importa su distinción entre derechos civiles y políticos, derechos económicos sociales y culturales y derechos colectivos<sup>334</sup>. Además, se establecen tres parámetros: está prohibido que alguna norma de inferior jerarquía establezca restricciones a derechos y sus garantías, esto se relaciona con la supremacía constitucional (validez formal y material)<sup>335</sup>; principio *pro homine*<sup>336</sup> por el cual en caso de duda se aplicará lo más favorable al ser humano; y, el principio de progresividad en el que no se puede desmejorar una situación de derechos<sup>337</sup>. Para cambiar la mentalidad de la burocracia weberiana<sup>338</sup> la nueva carta fundamental ha establecido la obligación servidores públicos y jueces de que cuando haya contradicción entre normas, se aplicará aquella que más favorezca a la

<sup>331</sup> Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pp 27.

<sup>332</sup> Aunque esta prerrogativa ya existió en la Constitución de 1998 y rige para Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pp 34.

<sup>333</sup> ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pp 39.

<sup>334</sup> Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pp 40.

<sup>335</sup> En la Constitución de 1998 se había creado el amparo constitucional que fue desnaturalizado por resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, ahora imposible con la nueva Constitución. Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pp 42.

<sup>336</sup> El autor menciona la existencia de este principio pero no acota cuál es su origen. Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pp 42.

<sup>337</sup> Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pps 42 y 43.

<sup>338</sup> La burocracia estática y rígida que no genera bienestar al usuario cliente, una crítica en BARZELAY, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Ob. cit

efectiva vigencia de derechos en función de los derechos y el contexto del caso concreto<sup>339</sup>. Pongamos un ejemplo, de esta forma, un funcionario público no podría negar una petición de un usuario por la razón de que su solicitud no contiene los requisitos establecidos en el reglamento interno, basta que su solicitud sea legítima y conforme al derecho de petición constitucional para que sea aceptada. Sobre los derechos fundamentales, la Constitución, ha determinado expresamente que todos los principios (derechos fundamentales) son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía<sup>340</sup>. Esto es un supuesto avance porque cuando el autor compara esta descripción con el resto de países andinos, señala que solo el Ecuador los garantiza taxativamente cada una de estas características. En cuanto a las fuentes de los derechos, el Ecuador abandona la ambigüedad iusnaturalista que había dejado en la cláusula abierta de derechos a los que se originen de la naturaleza humana. Ahora la carta fundamental establece como fuentes de los derechos a la Constitución, a los tratados internacionales y (como cláusula abierta) la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades para su desenvolvimiento<sup>341</sup>. Así se empata con el *Sumak Kawsai*, debería entenderse que los derechos de la dignidad humana, no escritos en la Constitución, existen y una forma de encontrarlos es a través de los parámetros del buen vivir.

Los derechos del *Sumak Kawsai* o derechos sociales si pueden ser efectivos a partir de la Constitución 2008. La investigadora ecuatoriana, Carolina Silva, desarrolla varias consideraciones dogmáticas y de la práctica constitucional colombiana, y finalmente concluye que las medidas positivas respecto a derechos sociales (o derechos del Buen Vivir) son ejecutables mediante las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana<sup>342</sup>.

Por su parte, las garantías de los derechos fundamentales son más efectivas en la nueva Constitución. Por lo menos el texto constitucional intenta cambiar la perspectiva de los jueces ecuatorianos de que la acción de protección (amparo) es un proceso de conocimiento<sup>343</sup>. Se

<sup>339</sup> Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pps 43 y 44.

<sup>340</sup> Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pps 45 y 46.

<sup>341</sup> Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los Principios de Aplicación de Derechos*. Ob. cit Pps 47-50.

<sup>342</sup> Determinado en el Artículo 85 de la Constitución del Ecuador 2008. Cfr. SILVA PORTERO, Carolina. *La exigibilidad de las medidas positivas derivadas de los derechos del buen vivir*. En (ed.) SAAVEDRA, Luis Ángel. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Ob. cit Pp 320.

<sup>343</sup> El Tribunal Constitucional e investigadores ecuatorianos habían considerado a la acción de amparo exclusivamente como una medida cautelar y no de conocimiento. Cfr. CORDERO HEREDIA, David. *¿Al fin una*

concibe ahora a las garantías de los derechos fundamentales como medidas eficaces para la protección de los derechos exhortando a que los jueces entiendan: que estos procesos no necesitan formalidades (clásicas de la cultura jurídica latinoamericana), lo que implica que los jueces pueden adoptar cualquier medida necesaria para la protección de derechos, incluso no convencionales; que no se debe limitar a que se agoten vías previas para la reparación del derecho, entendiendo que ante cualquier informalidad del peticionante el juez puede invocar el derecho por el principio *iura novit curia*; que se debe tomar la vía más adecuada para la protección de derechos, no necesariamente la constitucional, pudiendo dictar medidas cautelares para la protección<sup>344</sup>.

La Constitución se concibe como irradiadora a todo el ordenamiento jurídico e introduce horizontalmente el proyecto del *Sumak Kawsai* a todo ámbito de desenvolvimiento humano. Así las aspiraciones del pensador ecuatoriano Alberto Acosta, quien fuera presidente de la Asamblea Constituyente 2007, fue pensar en un límite al endeudamiento público que fuese limitado por la justicia del buen vivir. Él se planteó que *“La contratación de la deuda pública externa y también interna debería sustentarse no sólo en evaluaciones financieras y económicas, sino también sociales y ambientales. Estos requisitos deberían plasmarse constitucionalmente.”*<sup>345</sup> Y así fue como ocurrió, la Constitución ha establecido este límite textualmente en su artículo 290<sup>346</sup>.

Con estos ofrecimientos constitucionales, entendemos que Ecuador ha querido desarrollar un Estado Constitucional del Buen Vivir. El Neoconstitucionalismo garantista es el modelo de pensamiento del Derecho que se quiere adoptar. La argumentación jurídica será entonces la forma más adecuada para que los principios constitucionales encuentren armonía. Esta carta fundamental está vigente desde el veinte de octubre del 2008. Hay que reconocer que su estirpe es más democrática. Ha utilizado como aliado un cambio en la perspectiva del Derecho, intentando vencer al positivismo formalista. Las aspiraciones son ambiciosas y están dadas. Pero un cambio de texto normativo no será un verdadero cambio sin su efectiva aplicación. Parece ser

---

*garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección.* En (ed.) SAAVEDRA, Luis Ángel. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Ob. cit Pp 246.

<sup>344</sup> Cfr. CORDERO HEREDIA, David. *¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección.* Ob. cit Pps 252-254.

<sup>345</sup> ACOSTA, Alberto. *Bitácora Constituyentes*. Ediciones Abya-Yala. Quito. 2008. Pp 112.

<sup>346</sup> Art. 290. El endeudamiento público se sujetará a las siguientes regulaciones:....2.- Se velará para que el endeudamiento público no afecte a la soberanía, los derechos, el buen vivir y la preservación de la naturaleza. Constitución Política del Ecuador 2008.

que el cambio debe ser más interno, tal vez dejar de lado esa cultura jurídica descrita en el primer capítulo sería un primer paso, y la Constitución se presta para ello. En el siguiente capítulo haremos una comparación teórica de cómo debería ubicarse la institución casación, inicialmente concebida como herramienta del Estado de Derecho decimonónico, ahora en un Estado Constitucional y bajo una Constitución rematerializada. Luego la ubicaremos en el contexto ecuatoriano y finalizaremos advirtiendo de cuáles serían los riesgos de cambiar las instituciones sin que cambie la cultura.



### 3. La Casación en un escenario complejo: entre el poder y la aplicación.

#### 3.1. Casación como institución de defensa del Derecho Objetivo.

La casación nació como un instrumento de protección de la ley, o como dice Morello “*La Corte de Casación está hermanada (como un hermano menor) a la ley.*”<sup>347</sup> En esencia su compromiso es con el Derecho Objetivo y no con la justicia. Tan es así este fin, que este recurso no puede revisar los hechos del caso. Sin embargo, la ley no siempre es la expresión de racionalidad sino de los intereses de quienes detentan el poder político<sup>348</sup>. Si se mantiene este sentido avalorativo, la casación podría escudar vicios de inconstitucionalidad.

Debemos entender que en un Estado Constitucional la Constitución es una garantía que protege a las minorías, aún cuando no tengan la fuerza parlamentaria<sup>349</sup>. La Carta Magna es garantizada jurisdiccionalmente para asegurar su vigencia. Este control de constitucionalidad, en algunos países de Latinoamérica, se ha encargado no solo a un órgano *ad hoc* llamado Tribunal (o Corte) Constitucional, sino también a los Poderes Judiciales<sup>350</sup>. En Ecuador, desde el 2008<sup>351</sup>, los jueces tienen la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de normas jurídicas, sometiéndolo a consulta a la Corte Constitucional (control incidental)<sup>352</sup>. Entonces la Corte de Casación tiene esta doble obligación, de revisar la constitucionalidad de las normas jurídicas y de velar por la correcta

<sup>347</sup> MORELLO, Augusto. *La Casación*. Ob. cit Pp 11.

<sup>348</sup> Citando a John Austin en *The province of jurisprudence determined (1832)*, Prieto Sanchís señala: “...*las determinaciones del Derecho positivo encarnaban la voluntad, más o menos caprichosa, de los detentadores del poder político...*” Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Loc. Cit. Pp 100.

<sup>349</sup> En las palabras de Kelsen “*Asegurando la confección constitucional de las leyes y, en especial, su constitucionalidad material, la justicia constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. El dominio de la mayoría no se hace soportable sino cuando es ejercido de manera regular.*” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, Julio-Diciembre. 2008. Pp 43.

<sup>350</sup> Así Pegoraro ha observado que “*También en América Latina, donde no se puede encontrar un modelo unitario, en algunos ordenamientos –como Perú, Ecuador, Paraguay, Guatemala, Colombia-, junto al control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces, se ha previsto por recientes constitucionales un control concentrado que se ejerce por un órgano ad hoc.*” PEGORARO, Lucio. Ob. cit Pp 402.

<sup>351</sup> La Constitución de 1998 establecía la posibilidad de que los jueces ejercieran control difuso de la Constitución. Art. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución... Constitución del Ecuador 1998.

<sup>352</sup> Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución... suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional... Constitución del Ecuador 2008.

interpretación de las leyes (función nomofiláctica). Sin embargo la segunda se deberá adecuar a la primera por la supremacía de la Constitución.

La Corte de Casación debe defender el Derecho Objetivo siempre que haya pasado un control de validez material. Caso contrario los jueces simplemente serían meros aplicadores de la ley y estarían protegiendo normas que podrían ser inconstitucionales. Al momento de hacer una revisión de errores sobre la correcta interpretación de una ley deberán verificar si esta ha cumplido sus requerimientos formales y más si se adecua a los principios materiales de la Constitución. Solo así será una correcta interpretación, caso contrario se estaría defendiendo leyes con cualquier contenido.

Además debemos aceptar que existe una vinculación del Derecho a la moral, fomentada por los principios establecidos en los catálogos de derechos fundamentales constitucionalizados. Esto implica que el Derecho tiene una disposición a la corrección con bases éticas<sup>353</sup>, es decir, que el Derecho no es perfecto y puede ser mejorado para que haga justicia en los casos concretos.

### 3.1.1. El riesgo de la no revisión material

Para evidenciar el riesgo de inconstitucionalidad que corre la Casación (por afectación a derechos fundamentales), al no revisar la adecuación material de las leyes a la Constitución, vamos a revisar algunos casos de casación ecuatoriana.

Primer caso, sentencia N°2 sobre el contenido del recurso de casación Sala de lo Penal de la Corte Suprema<sup>354</sup>, José Adalberto Zambrano Santo interpone recurso de casación ante la sentencia del Tribunal Penal de los Ríos, en el que se absuelve a Fausto Valentín Villegas Alzada por el delito de estupro sobre una menor de edad. El señor Zambrano argumenta que la sentencia es ilegal porque el Tribunal Penal no ha valorado exhaustivamente las evidencias, beneficiando así al acusado y dejando en desprotección a la menor; quien es una ingenua campesina. Por su parte el Fiscal aduce que no existe violación a la ley en la sentencia, por lo que no cabe el recurso de casación. La Corte Suprema acepta los argumentos del Fiscal y se pronuncia en los siguientes términos:

---

<sup>353</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. Ob. cit Pps 215,216.

<sup>354</sup> Gaceta Judicial Año XCIV. Serie XVI. No. 1. Pág. 36. 26 de julio de 1993. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

La casación es un recurso especial, extraordinario, por el que únicamente puede corregirse errores de derecho constantes en la sentencia y no permite a la Corte Suprema revisar el proceso para nueva apreciación de los hechos y pruebas. Ante la inexistencia de esos errores, La Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara que no ha lugar al recurso interpuesto y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia.<sup>355</sup>

Esta sentencia se dio en los primeros meses de vigencia de la casación en el Ecuador. La posición entonces fue ser tajante respecto a los errores de derecho y la no revisión de hechos. En el presente caso existe la duda sobre si se hizo justicia o no. Es verdad que el Tribunal Penal debía valorar las pruebas de tal forma que no quede ninguna duda razonable para condenar al acusado, las pruebas debían vencer al principio de presunción de inocencia. Pero la Corte de Casación no podía pronunciarse sobre el trabajo que el Tribunal Penal hizo al valorar la prueba porque el mismo instituto le prohibía hacerlo. Entonces queda en el sentimiento de la población que la Corte Suprema es una institución fría e insensible, que le preocupa las leyes y no la justicia.

Segundo caso, sentencia sobre el recurso de casación formalista Sala de lo Social y Laboral<sup>356</sup>, Ricardo Vélez Cedeño interpone recurso de casación de la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Superior de Portoviejo. La sentencia desestima el reclamo laboral que el recurrente propuso en contra de Ramón Zambrano Vélez, porque no se llegó a justificar la existencia de la relación laboral. El recurrente aduce que la sentencia de la Corte Superior infringió el artículo 92 de la Constitución<sup>357</sup> y la Corte Suprema, al pronunciarse sobre este alegato, afirma la supremacía normativa que tiene la Constitución y sorprendentemente declaran que *“de tal manera que, todas las disposiciones legales secundarias tienen que someterse al imperio de la norma constitucional; y al no haberse observado en la aludida sentencia dictada por el Tribunal de Alzada es una sentencia inconstitucional, y por lo mismo, ilegítima.”*<sup>358</sup> Sin embargo, luego la Corte de Casación manifiesta que la ley ha establecido taxativamente las causales que permiten operar el recurso y esta no se puede analizar de oficio cuestiones que no se hayan planteado. Finalmente rechazan el recurso de casación declarando que:

<sup>355</sup> Gaceta Judicial Año XCIV. Serie XVI. No. 1. Pág. 36. 26 de julio de 1993. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>356</sup> Gaceta Judicial. Año XCIV. Serie XVI. No. 1. Pág. 118. 2 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>357</sup> **Artículo 92.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. No se sacrifica ésta por la sola emisión de formalidades. Constitución del Ecuador de 1979 codificada en 1993.

<sup>358</sup> Gaceta Judicial. Año XCIV. Serie XVI. No. 1. Pág. 118. 2 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

El Tribunal de Casación en definitiva no puede revisar la sentencia recurrida por causales no invocadas, ni por fundamentos que la impugnación no trae; en fin, su misión no es alterar o modificar los hechos. En definitiva la casación es un recurso formalista, no es recurso de Instancia... el recurrente no determina las causales en que se funda y mucho menos explica de qué manera ha influido en la parte dispositiva de la sentencia cada una de las causales en que podía fundamentarse... se desecha el recurso de casación formulado por improcedente.<sup>359</sup>

Este caso demuestra claramente la cultura jurídica de la época. Los jueces supremos llegan a aceptar que la Constitución es una norma jerárquicamente superior a todas las demás de inferior rango; incluso llegan a decir que la sentencia de la Corte Superior, al no pronunciarse sobre el argumento de constitucionalidad planteado, podría ser inconstitucional e ilegítima. Sin embargo es un argumento paradójico ya que a continuación actúan como si la Constitución no fuera vinculante, sino únicamente la ley. Porque la ley de casación (norma inferior a la Constitución) al no permitirles revisar nada más allá de lo que las causales señalaban, y al no estar en ella la posibilidad de revisar la constitucionalidad de los fallos, entonces, no les era posible hacer valer la Constitución sobre las normas de inferior rango.

Tras el argumento de que la casación es un recurso formalista se evita que los jueces puedan hacer justicia sobre el caso concreto (porque no pueden revisar hechos) y tampoco permite que se pronuncie sobre ninguna cuestión que esté fuera de las causales de la ley de casación (ni siquiera de la constitucionalidad de los fallos). Además la Corte suprema asevera que no se puede examinar de oficio aspectos que no han sido denunciados en el recurso de casación. Esto no sería absoluto con la Constitución 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debido a que en esta última se encuentra expresamente señalado el principio *iura novit curia*<sup>360</sup> mediante el cual el juez conoce el Derecho y puede invocar, en cuestiones de Derecho, argumentos que no han sido llamadas por los sujetos procesales<sup>361</sup>.

<sup>359</sup> Gaceta Judicial. Año XCIV. Serie XVI. No. 1. Pág. 118. 2 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>360</sup> **Art. 4.- Principios procesales.**- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: #13. *iura novit curia.*- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional 2009.

<sup>361</sup> En España, Ezquiaga Ganuzas define al *iura novit curia* como: “una presunción de conocimiento del Derecho aplicable por parte del Juez, que desempeña al menos dos funciones principales: sintetiza los poderes del Juez y expresa una regla procesal de reparto de la actividad probatoria (la de los hechos correspondería a las partes y la del Derecho –cuando sea precisa- al órgano jurisdiccional... La primera de las funciones... puede ser denominada la aportación de oficio del Derecho aplicable y la segunda la investigación

Sobre la justicia en el caso concreto, repetimos que, al no haber podido revisar los hechos queda la duda si existió o no relación laboral, y por lo tanto si el recurrente tenía derecho o no a la indemnización. Pero como ocurre con la casación, el formalismo prima sobre los derechos fundamentales.

Tercer caso, fundamentación del recurso de casación sentencia N°1 Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema<sup>362</sup>, Fernando Rodrigo Díaz interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, que rechazaba la impugnación a la resolución No. 92-1390-ADM de la Superintendencia de Bancos. Esta resolución destituía del cargo que ocupaba el recurrente, en la Superintendencia de Bancos. La Corte Suprema analiza la ley de casación en el punto sobre que es el último juez que ha tramitado el proceso el que debe calificar la admisibilidad del recurso, sin embargo la Corte de Casación considera que también tiene la facultad de volver a examinar los aspectos materiales de la admisibilidad del recurso. El recurrente afirma que ha habido indebida aplicación porque se le ha sancionado con la destitución por haber proferido injurias contra otro funcionario público y no se ha tomado en cuenta el Artículo 496 del Código Penal. Sin embargo él argumenta que las injurias fueron recíprocas y de acuerdo al mencionado artículo<sup>363</sup>, ninguna de las dos partes podía iniciar acción. La Corte Suprema entonces observa que en la legislación ecuatoriana la jurisdicción contenciosa administrativa solo tenía una instancia, y pues no cabía apelación sino solo recurso de casación. Por lo tanto el recurso debía reunir los requisitos legales, incluyendo la fundamentación de la indebida aplicación o errónea interpretación de la norma. Al no haber cumplido con estos mandatos la corte aplica la facultad de admisibilidad que le corresponde al juez de última instancia y deniega el recurso en los siguientes términos sin entrar a calificar el recurso:

...se advierte claramente que si bien el recurso de casación está presentado contra una sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en esta ciudad de Quito; y que este fallo no es susceptible de impugnación por medio del recurso de apelación; no es menos cierto que el citado escrito no contiene la fundamentación exigida por el número 4 del art. 6 de la Ley de Casación,

---

*de oficio del Derecho aplicable.*" EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2000. Pp 25.

<sup>362</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. Nro. 2. Pág. 479. 3 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>363</sup> Art. 496.- Cuando las injurias fueren recíprocas en el mismo acto, ninguna de las personas ofendidas podrá intentar acción por las que se hubieren inferido en dicho acto... Código Penal del Ecuador codificación de 1970.

que ordena... Por lo tanto, quien recurre no ha observado este precepto legal, que contiene la obligación de dar las razones en que se apoya el recurso. Además, se han confundido los fines de la casación, que son los que se relacionan con la recta observancia de la Ley, o sea, la integridad de la misma, impidiendo su indebida aplicación, así como la unificación de la jurisprudencia; no pudiendo pretender que mediante el recurso de casación se efectúe una nueva valoración de la prueba... No siendo necesario ningún otro análisis, ya que no es obligatorio ni vinculante para la Sala la calificación del recurso por parte del juzgador de instancia, es absolutamente procedente que se declare que si no ha cumplido lo ordenando en el número 4 del art. 6 y en la circunstancia tercera del art.7 de la Ley de Casación. Por las consideraciones que antecedente, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aplicando el último inciso del art. 7 de la Ley de Casación, se deniega el recurso de casación...<sup>364</sup>

En este caso podemos sacar dos conclusiones. La primera sobre la inconvencionalidad de la casación en los juicios contenciosos administrativos por no cumplir el derecho a acceder a un recurso sencillo y efectivo contra actos arbitrarios; y la segunda que la Corte hace una interpretación extensiva de la facultad del artículo 7 de la ley de casación y se permite a sí misma decidir sobre admisibilidad. Es decir extiende sus facultades para negar recursos pero no para garantizar derechos.

La jurisdicción contenciosa administrativa fue una victoria histórica al limitar los excesos de arbitrariedad del Estado<sup>365</sup>. La ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador, data de marzo de 1968. Desde aquel entonces se había señalado que el Tribunal Contencioso Administrativo resolvería en única instancia las impugnaciones a las actuaciones de la Administración Pública<sup>366</sup>. Pero debemos tomar en cuenta que el Ecuador ya había asumido las obligaciones interamericanas al suscribir la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969 y ratificándola el 8 de diciembre de

<sup>364</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. Nro. 2. Pág. 479. 3 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>365</sup> Refiriéndose al principio de interdicción de arbitrariedad, Alejandro Nieto recuerda: *“En España, la introducción del principio [de interdicción de la arbitrariedad] y de la correspondiente técnica de control se debe en gran parte... a García de Enterría, quien hace muchos años –en pleno franquismo- defendió su exigencia para evitar los desmanes del Poder y singularmente de la Administración Pública...”* NIETO, Alejandro. *El Arbitrio Judicial*. Ariel. Barcelona. 2000. Pp 356.

<sup>366</sup> Art. 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo: a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad... Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo del Ecuador 1968.

1977<sup>367</sup>. En este instrumento internacional se ha señalado, como derecho a la protección judicial, la posibilidad de acceder a un recurso sencillo y rápido que sea defensa contra actos que vulneren derechos fundamentales<sup>368</sup>.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia afirmando que es una obligación de los Estados Parte ofrecer a las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos que transgredan derechos fundamentales<sup>369</sup>. Pero no basta que el recurso exista en el ordenamiento jurídico (formalmente) sino que este debe ser efectivo<sup>370</sup>. Además que debe existir certeza para que las víctimas de actos ilícitos, sepan exactamente a qué vías acudir para reclamar sus derechos<sup>371</sup>.

Con este panorama, la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana establecía que luego de haber sido resuelta la causa ante el Tribunal Contencioso no cabía apelación sino solo casación. La misma Corte Suprema ecuatoriana lo acepta al decir que “... se advierte claramente que si bien el recurso de casación está presentado contra una sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en esta ciudad de Quito; y que este fallo no es susceptible de impugnación por medio del recurso de apelación...”<sup>372</sup>. Pero la casación no es un recurso de instancia, no puede revisar hechos sino solo la errónea interpretación del Derecho. Por lo tanto si la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo llegare a tener vicios por vulnerar

<sup>367</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html> última visita 2 de octubre de 2011.

<sup>368</sup> **Artículo 25. Protección Judicial** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.. Convención Americana Sobre Derechos Humanos 1969.

<sup>369</sup> En el caso YATAMA vs. Nicaragua se refiere a la negativa que el órgano de Control Electoral le dio a la organización YATAMA para que participara en las elecciones. Aunque YATAMA presentó recursos ante la decisión sus derechos no fueron atendidos. Caso YATAMA vs. Nicaragua, CIDH fundamento 167.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf) última visita 3 de octubre de 2011.

<sup>370</sup> Caso Yatama vs. Nicaragua, CIDH fundamento 169.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf) última visita 3 de octubre de 2011.

<sup>371</sup> En el caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú se refiere al despido de un grupo de 257 trabajadores del Congreso Nacional del Perú, mediante una resolución del mismo órgano del 31 de diciembre de 1992. En el fundamento 129. “En conclusión, la Corte observa que... es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo.” Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú. CIDH [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf) última visita 4 de octubre de 2011.

<sup>372</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. Nro. 2. Pág. 479. 3 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

derechos fundamentales, esta no podía ser revisada porque el legislador había considerado que solo debía tener una instancia. Solo podía recurrir a la casación y este recurso no puede revisar si hubo o no vulneración de derechos sino si hubo una incorrecta interpretación del Derecho. Es más si el recurso no reúne los requisitos formales ni siquiera es admitida. De esta forma entonces, no se cumplía con los parámetros interamericanos de protección judicial adecuada, pues el recurso de casación no es un recurso sencillo ni efectivo que ampare contra actos que vulneren derechos fundamentales. En el presente caso cabe la duda si la destitución del cargo fue o no correcta, pero al recurrente no le quedó ninguna opción para que su separación fuese revisada. Vale mencionar que a la época (1994) no estaba regulada constitucionalmente la acción de amparo<sup>373</sup>.

Ahora sobre la interpretación extensiva de la Ley de Casación, podemos decir que en un primer momento el legislador había previsto que era el juzgador de última instancia quien debía admitir o negar el recurso<sup>374</sup>. Esto implicaba que a la Corte de Casación solo le quedaba resolver el recurso. Sin embargo en esta sentencia la Corte hace una interpretación de la facultad que la ley le concedía para condenar en costas a los recurrentes que fundamentaban su recurso sin base legal alguna<sup>375</sup>, para concluir que ellos también pueden pronunciarse sobre la admisibilidad. Cabe recalcar que la motivación de esta interpretación es apenas aparente porque no justifica cómo se relaciona su facultad de condenar en costas con la facultad del juez de última instancia de admitir o negar el recurso. Es decir la Corte usurpa una competencia que el legislador le había asignado directamente al juez de última instancia. Esta interpretación amplía las competencias de la Corte pero de forma negativa, solo para negar recursos. Sin embargo no encontramos el mismo activismo interpretativo para ampliar la casación en defensa de derechos fundamentales. Es decir son estrictamente legalistas en cuanto a los requisitos formales del recurso pero permiten interpretación abierta a las facultades de la Corte (aunque solo para negar recursos).

---

<sup>373</sup> La reforma constitucional de 1996 amplió el número de garantías de derechos con el amparo, el habeas data y el defensor del pueblo. SALGADO PESANTES, Hernán. Ob. cit Pp 16.

<sup>374</sup> **Art. 7.-** Interpuesto el recurso, el órgano judicial respectivo, dentro del plazo de tres días hábiles, examinará si concurren las siguientes circunstancias... El órgano judicial respectivo, con exposición detallada de los fundamentos o motivos de la decisión, admitirá o denegará el recurso. Ley de Casación del Ecuador 1993.

<sup>375</sup> **Art. 18.-** Se condenará en costas al recurrente siempre que se declare desierto el recurso o aparezca en forma manifiesta que lo ha interpuesto sin base legal o con el propósito de retardar la ejecución del fallo. En los mismos casos podrá también imponerse, según la importancia del asunto, una multa de hasta el equivalente de quince salarios mínimos vitales. Ley de Casación del Ecuador 1993.

Cuarto caso, sentencia N° 2 de fundamentación del recurso de casación Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia<sup>376</sup>, en la que Carlomagno Manuel Flori Rodríguez interpone recurso de casación sobre la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que desechaba su demanda. El recurrente impugnaba la resolución del Directorio de la Comisión de Tránsito del Guayas mediante la cual le daban de baja del Cuerpo de Vigilancia. La Corte de Casación utiliza los mismos argumentos señalados por el caso anterior sobre la capacidad de la Corte para declarar la admisibilidad del recurso, incluso son textualmente iguales los argumentos. El recurrente solo se ha limitado a enumerar los artículos de la ley Jurisdicción Contencioso Administrativa y del Código de Procedimiento Civil que considera han sido vulnerados, pero no explica su relación. Este es motivo suficiente para rechazar el recurso.

Sin embargo hay algo interesante en esta sentencia, pues existe un voto salvado pronunciado por dos de los cinco magistrados que conforman la sala. El voto salvado es más amplio en la motivación, explica bien la intención del recurrente de que se declare anulada la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo para que lo restituyan en el cargo de Subinspector de la Comisión de Tránsito del Guayas. De forma comprensible aceptan que la casación es una institución nueva en el Ecuador, que debe tecnificarse con el tiempo y aunque la fundamentación del recurso es mínima, la Corte sí puede sobrentender las causales del recurso:

La Sala considera que si bien el Tribunal inferior no ha sido exigente en la calificación de los requisitos de admisibilidad del recurso, situación comprensible por lo nuevo de la legislación sobre la casación y la ausencia de abundancia de precedentes obligatorios de aplicación de la Ley; no es menos cierto, que si bien Flori Rodríguez invoca cuatro de las causales que prescribe el art. 3 de la ley de la materia, aunque no muy técnicamente ha fundamentado el recurso, su exposición permite dificultosamente extraer las disposiciones del ordenamiento jurídico que estima violado.<sup>377</sup>

Luego vuelve a ratificar que la casación es un recurso extraordinario que no lleva el caso a una siguiente instancia sino que anula sentencias que han quebrantado el Derecho objetivo por errores *in procedendo* o *in iudicando*. Además menciona que en casación no hay términos probatorios sino que todo gira alrededor de los fundamentos jurídicos que se señalan en la demanda de casación. La institución se fundamenta en tres principios: taxatividad, no hay más

<sup>376</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. Nro. 2. Pág. 480. 3 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>377</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. Nro. 2. Pág. 480. 3 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

causales que las señaladas en la ley; limitación, que la Corte no puede de oficio referirse a causales que no fueron invocadas en la demanda; y prioridad, debe existir un orden de prelación en las causales indicadas y la Corte ha señalado que *“En este orden de ideas, correspóndele valorar en primer término, los cargos que denoten errores in procedendo, pues en el supuesto de prosperar algunos de éstos, se hace innecesario el examen de los que recaen sobre errores in iudicando.”*<sup>378</sup> La sala entonces revisa las causales que el recurrente ha invocado y las divide entre aquellas de fondo y de forma. Finalmente considera que existe un error de forma ya que la atribución para destituir al Subinspector era privativamente del Director Ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Guayas y no del Directorio, quienes firmaron la resolución que separó a Carlomagno Manuel Flori. Por lo tanto acepta la demanda y casa la sentencia.

... ésto es, de que el Directorio de la Comisión de Tránsito del Guayas al expedir la Resolución de Febrero 21 de 1992 con que se dió de baja al recurrente de las filas del cuerpo de vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, dicho Directorio no actuó con capacidad legal, ya que esta atribución es privativa y excluyente del Director Ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Guayas, según así lo establece el art. 32, numeral 4 del Reglamento Interno de la antes citada Comisión, R.O. No. 590 de 19 de octubre de 1955 y las reformas publicadas en el R.O. No. 520 de 22 de julio de 1958, en concordancia con los literales a) del art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Administrativo, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia pronunciada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo... Se deja a salvo el derecho de la Comisión de Tránsito a rectificar el procedimiento iniciado para analizar el informe del Jefe de Tránsito, Comandante del Cuerpo de Vigilancia, respecto a la conducta de Carlomagno Flori Rodríguez.<sup>379</sup>

En el expediente en mención, si bien existe una opinión más flexible de la casación es solo de la minoría. La Corte volvió a ratificar su criterio formalista de admisibilidad del recurso y no aceptó la demanda de casación. El voto salvado es importante analizar porque muestra un criterio que con el tiempo pudo tomar fuerza. Los magistrados que salvaron su voto mostraron una flexibilidad al sobrentender la fundamentación del recurso, pues el recurrente solo mencionó algunos artículos de distintos cuerpos legislativos que estimó violentadas con el fallo. De cierta forma los jueces supremos cumplieron con el principio *iura novit curia*. Sin embargo, se mantiene la idea de que la casación no se encarga de hacer justicia. Es más, al señalar los principios de la casación asumen que es de mayor relevancia resolver las cuestiones de forma que las de fondo. Es decir que si

<sup>378</sup> *Ibíd.*

<sup>379</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. Nro. 2. Pág. 480. 3 de mayo de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

encuentran un vicio de forma ya no importa si hay o no vicio de fondo, simplemente se casa la sentencia. Con esto se reafirma la desconexión entre la casación y justicia. Se evidencia en el caso *sub judice*, los jueces de la minoría creen que se debe casar la sentencia porque la autoridad que emitió la resolución de destitución no era la competente para hacerlo. Pero al no revisar el fondo no sabemos si la destitución fue o no arbitraria. Incluso llegan a decir que se debería anular la sentencia pero sin embargo quedaría salvo el derecho para que la Comisión de Tránsito del Guayas utilice el procedimiento adecuado para proceder con la separación. Es decir que el derecho del recurrente a que se le proteja contra destituciones arbitrarias no tiene ninguna relevancia para la casación.

Quinto caso, sentencia de fundamentos del recurso de casación Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia<sup>380</sup>, los señores Marco Muñoz Proaño, Rosario Rosa Luna, María Pavón Hidalgo y Silvia Maribel Noboa presentan recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior de Imbabura, sobre un juicio con acumulación de pretensiones de prescripción adquisitiva de dominio y reivindicación. La Corte señala nuevamente que no se admitirán aquellos recursos que no cumplan con los parámetros legales y en este caso los recurrentes se han limitado a enumerar legislación que supuestamente se ha erróneamente interpretado sin explicar cuál es su relación. Así entonces citan cuál es la opinión de los tratadistas internacionales sobre la casación, concluyendo que el recurso debe ser claro y completo de lo contrario inadmitido. Finalmente la Sala de lo Civil y Comercial considera que este tipo de recursos abusan dolosamente del instituto y sin ninguna motivación sancionan a los recurrentes con una multa.

La ley uruguaya contiene una exigencia semejante a la impuesta por el número cuatro del artículo 6 de nuestra Ley de Casación, comentando tal mandamiento, el tratadista Enrique Vescovi aconseja a los jueces "que debe reclamarse que se indique el error y la correcta solución de la situación jurídica objeto de la sentencia de que se recurre. La invocación debe ser clara y no mera referencia o crítica general", Fernando de la Rúa en Argentina y Humberto Murcia en Colombia, sostienen la misma opinión; y es que conforme a la doctrina más autorizada el recurso de casación debe ser tan completo que por sí sólo, permita al juzgador conocer los motivos de la impugnación y su influencia en el fallo pertinente. Por lo tanto no puede admitirse el recurso propuesto...Debido a lo expuesto se rechaza el recurso y se impone a las siguientes personas: doctor Marco Muñoz, Rosario

---

<sup>380</sup> Gaceta Judicial. Año XCIV. Serie XVI. No. 1. Pág. 8. 7 de septiembre de 1994. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

Loza, María Pavón Hidalgo y Silvia Maribel Noboa, individualmente, una multa equivalente a seis salarios mínimos vitales.<sup>381</sup>

Sobre el expediente en revisión hay que hacer dos acotaciones, primero es importante que haya límite a los conflictos, pues no pueden infinitamente recurrirse; y segundo, la multa es una forma de frenar el uso indiscriminado de recursos pero también podría tender al desuso por el temor de los litigantes a la sanción, más aún cuando los criterios de la Corte de multar no son claros.

Sobre el primer punto podemos decir que cuando un conflicto se somete a un pronunciamiento judicial se supone que este conflicto será resuelto. Así lo que ingresó en el órgano judicial fue un conflicto sobre un derecho material (pretensión), pero a la hora de la sentencia ese derecho material queda confirmado o negado, formando entonces un nuevo derecho. En las palabras de la profesora peruana Ana María Arrarte, se pasa de una *res in iudicio* a una *res iudicata*<sup>382</sup>. Es en realidad la necesidad de que haya estabilidad en el ordenamiento jurídico (seguridad jurídica) que ha llevado a que se determine una autoridad a las sentencias con calidad de cosa juzgada. Así la cosa juzgada es “... una autoridad que el Estado les da a aquellas otorgándoles carácter definitivo y en consecuencia inmutable en aras de la seguridad jurídica.”<sup>383</sup> No todas las sentencias adquieren esta calidad, por eso podemos distinguir la cosa juzgada formal de la material. La cosa juzgada formal se da cuando una sentencia ya no tiene posibilidad de impugnación porque su tiempo ha precluido y por ello se vuelve inmutable; aunque esto no impide que la materia pueda ser nuevamente planteada en un nuevo proceso<sup>384</sup>. La cosa juzgada material recae sobre sentencias que se han pronunciado sobre el fondo del proceso y que han precluido las posibilidades de impugnación; ya no es oponible un nuevo proceso en el futuro<sup>385</sup>. Luego, el fundamento principal de la institución “cosa juzgada” es la seguridad jurídica, entendida como la capacidad de predecir la actuación del poder político porque éste actúa conforme a normas preestablecidas y conocidas por los destinatarios<sup>386</sup>. La seguridad jurídica es uno de los pilares de la moral interna del Derecho

---

<sup>381</sup> *Ibid.*

<sup>382</sup> Cfr. ARRARTE, Ana María. *Apuntes sobre los alcances de la autoridad de cosa juzgada en el proceso civil peruano*. En *Proceso & Justicia*, N°1, Lima, 2001. Pp 8

<sup>383</sup> *Ídem*. Pp 10.

<sup>384</sup> Cfr. *Ídem*. Pp 11.

<sup>385</sup> Cfr. *Ídem*. Pp 13.

<sup>386</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Acerca del valor moral de la seguridad jurídica*. En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°26, 2003. Pp 477.

que junto con otros principios, hacen posible que procedimentalmente la convivencia pacífica sea realidad<sup>387</sup>.

Ahora bien en el caso en análisis podemos observar que sobre un juicio ordinario de prescripción adquisitiva de dominio y de reivindicación se ha interpuesto un recurso de casación. A este tipo de controversias le corresponde el trámite de un juicio ordinario, que se caracteriza por tener amplitud en sus tiempos y la extensa posibilidad de contradicción. Además que el caso se ha valido de una pluralidad de instancias ya que se recurre de la sentencia de la Corte Superior. El conflicto no puede prolongarse al infinito, pues debe existir un cierre en el sistema; caso contrario estaríamos negando la estabilidad de la moral interna del Derecho. En ese sentido es correcto que se cierre la discusión, negando el recurso y que se ejecute lo determinado en sentencia, dando cumplimiento a la seguridad jurídica.

Pero existe un reparo respecto a la sanción que la Corte impone a los recurrentes. El legislador previó como posibilidad que la Corte Suprema impusiera multas a aquellos litigantes que utilizaren de la casación como medio para retardar los fallos con el fin de prevenir la mal utilización del instituto. Sin embargo no se detalló mayor requisito para el uso de esta facultad. Es decir que quedó a la discrecionalidad de la Corte la imposición de sanciones. Hemos visto que en los tres últimos casos se denegaron los recursos de casación por la misma causa (no estar fundamentados). Sin embargo solo en el último caso se aplicó la multa. No existe uniformidad en el de uso de esta facultad lo cual estaría violentando el derecho fundamental de igualdad (a una misma situación se le debería aplicar el mismo criterio)<sup>388</sup>. Además, el uso discrecional de esta facultad podría permitirse siempre y cuando se lo haga motivadamente, para que los recurrentes sepan a qué atenerse. No obstante la Corte, en este caso, simplemente decide establecer seis salarios mínimos vitales como multa sin justificar el porqué. Entonces cae en arbitrariedad.

---

<sup>387</sup> Fuller considera que existen dos tipos de morales, una de aspiración y otra de deber; la de aspiración se refiere a la ética de la buena vida (de la virtud griega); mientras que la de aspiración está en cumplir las reglas básicas que hacen a una sociedad ordenada posible (la moral interna del Derecho). Cfr. FULLER, Lon. *The Morality of Law*. Yale University. 1964. Pps 5,6.

<sup>388</sup> Aunque refiriéndose al precedente constitucional, Roger Rodríguez afirma que el derecho a la igualdad está en "... la idea de que los casos idénticos o sustancialmente idénticos, merezcan una misma decisión por parte de los poderes públicos." RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En CARPIO, Edgar. y GRÁNDEZ, Pedro. (Cords.) *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra. Lima. 2007. Pp 65.

Sexto caso, sentencia sobre que la casación no es apelación de la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia<sup>389</sup>, Galo Vicente Ortiz recurre con casación del auto que rechaza el recurso de hecho que interpuso por la sentencia laboral que le obliga a que pague una indemnización a César Enrique Huiracocha. El recurso es concedido por el juez de la última instancia, en este caso el de primera instancia, quedándole a la Corte Suprema únicamente la posibilidad de resolver. La Corte inicia afirmando que:

La Sala rechaza por improcedente el recurso de casación formulado por la parte actora en consideración a que la fundamentación del recurso no se ha hecho en forma debida y exhaustiva de los motivos que a juicio del recurrente han sido desestimados por los jueces. Este recurso difiere del de tercera instancia que bastaba la inconformidad de una de las partes, pues el de casación, es un recurso extraordinario que tiene como propósito esencial atacar una sentencia o resolución...<sup>390</sup>

Más adelante el recurso se fundamenta en que hay una extrema violación en la valoración de la prueba porque el trabajador no probó cuál era su salario, porque sus testigos han comprobado que no estaba en mora, porque existe un documento de liquidación de deudas que el trabajador firmó pero negó que era su firma en audiencia por lo tanto cometiendo supuestamente perjurio. Por su parte la Corte afirma que el juez de primera instancia no ha violentado regla alguna de valoración de la prueba porque los testimonios comprueban el vínculo laboral y sobre el supuesto delito de perjurio no existe prueba grafotécnica para saber si la firma es o no del actor para afirmar la existencia del delito. La Sala afirma que en el expediente se comprueba la existencia de la relación laboral y era entonces obligación del empleador comprobar que había realizado los pagos para verificar que no estaba en mora; los testimonios que aporta el empleador sobre el cumplimiento de las deudas no son aceptables porque no se puede comprobar que físicamente estuvieron presentes en el pago. Por lo tanto no existe aplicación indebida en la valoración de la prueba y consiguientemente se rechaza el recurso de casación.

En este proceso una vez más se reafirma que la casación no es una tercera instancia sin la posibilidad de revisar hechos. No obstante la Corte hace una evaluación de la valoración de la prueba, haciendo, de cierta forma, un control de motivación. Para la Sala Laboral la motivación

---

<sup>389</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 3. Pág. 386. 9 de febrero de 1995. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>390</sup> *Ibíd.*

que el juez inferior realizó, sobre los argumentos que el recurrente ataca, fueron correctos. Pero al momento en que una Corte de Casación realiza un control de motivación esta deja de ser una casación pura<sup>391</sup> para convertirse en casi una tercera instancia. Esto se deberá tomar en cuenta a la hora de formular nuestras conclusiones sobre la casación.

Séptimo caso, sentencia de improcedencia del recurso de casación de la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia<sup>392</sup>, Drausin Yaguana Carrillo interpone recurso de casación contra el auto denegatorio de apelación de su solicitud de nulidad del proceso de terminación de la unión de hecho que María Genara Pereira había solicitado. Luego, la Corte analiza que la casación solo procede contra: sentencias y autos que pongan fin al proceso (que se pronuncien sobre la materia del proceso), los autos y sentencias de única instancia (en los que no cabe apelación), y providencias de ejecución de sentencia que se pronuncien sobre puntos no controvertidos en el juicio y que pueden ser contradictorios con la sentencia. María Genara Pereira había acudido al juez civil para poner fin a la unión de hecho que mantenía con Yaguana Carrillo. Pero este último estima que existía nulidad en este proceso por lo que apeló la resolución del juez civil. En la Corte Superior de Pichincha se denegó la apelación por haber sido presentada extemporáneamente. Entonces, la Corte Suprema afirma que la terminación de uniones de hecho es en realidad un trámite de jurisdicción voluntaria y no un proceso como tal, por lo tanto no cabe en los casos que la ley permite proceda la casación. Finalmente fundamentándose en doctrina la Sala decide rechazar el recurso.

Esta Sala considera que la notificación con la voluntad de dar por terminada una unión de hecho, practicada de conformidad con lo que dispone el literal b) del artículo 5 de la Ley que regula las uniones de hecho, en ningún caso origina un proceso, ya que únicamente se trata de una diligencia de jurisdicción voluntaria... Víctor Manuel Peñaherrera expone con gran claridad la doctrina jurídica referente a la jurisdicción voluntaria cuando dice: "Hay, sin embargo, casos de jurisdicción voluntaria en que no cabe materia contenciosa, porque con la respectiva providencia del Juez, queda fenecido el asunto, y cualquiera reclamación contraria debe ventilarse por cuerda separada...se concluye que el auto impugnado de fojas 34 del cuaderno de segunda instancia no se encuentra en ninguna de los casos contemplados en el artículo 2 de la Ley de Casación, por lo que esta Sala carece de competencia para conocerlo y mal hizo el Tribunal de última instancia en concederlo. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA

<sup>391</sup> Cfr. MORELLO, Augusto M. *La Casación*. Ob. cit Pp 13.

<sup>392</sup> Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 6. Pág. 1480. 15 de julio de 1996. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto...<sup>393</sup>

Este caso nos permite dar cuenta que a los litigantes poco les importa si existe errónea interpretación de la ley, su interés más bien está en que sus pretensiones se cumplan. No siempre sus pretensiones serán fundamentadas en Derecho. En el caso en análisis parece ser que Yaguana Carrillo utilizó al recurso de casación de una forma dolosa para retardar la ejecución del fallo. Sin embargo la Corte no le pareció conveniente utilizar su facultad de sanción. Lo que comprueba que no existe una unificación en el criterio para sancionar, pues este en este caso es evidente la mal utilización de la institución casación. Por otro lado también podemos observar el poco análisis del juez que recibe el recurso para admitir o denegar el recurso. Parecería ser que simplemente es necesario presentar el recurso para que sea admitido y es en este punto donde inicia la sobrecarga procesal de la Corte de Casación.

Octavo caso, sentencia de reforma del recurso de casación de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia<sup>394</sup>, José Alberto Armijos y Mayra Natividad Serrano de Armijos interponen recurso de casación contra el auto de la Corte Superior de Portoviejo que declara la nulidad del juicio que proponen ellos mismos en contra de José Pizarro Gómez por rendición de cuentas. La Corte considera que a pesar de que el recurso fue admitido por el juez *a quo* esto no le impide a la Sala revisar la procedencia de la decisión con arreglo a justicia y legalidad; en palabras de la Corte:

Si bien los recursos han sido concedidos en el supuesto de que cumplen con los requisitos de admisibilidad, oportunidad, procedencia y legalidad, tal circunstancia no impide que la Sala revise tal decisión en el cumplimiento de **precautelar la justicia y la legalidad**; tanto más que, como se ha venido repitiendo en innumerables fallos el recurso de casación es un recurso extraordinario que tiende a examinar los errores de derecho de una sentencia y sobre todo en tratar de mantener la exacta observación de la ley.<sup>395</sup>

Recalcando la formalidad del recurso, recuerdan que los fundamentos del recurso están taxativamente reglados en la ley y que el recurrente debe explicar la relación de las causales invocadas con la influencia en la sentencia. La ley de casación también había fijado la prohibición

<sup>393</sup> Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 6. Pág. 1480. 15 de julio de 1996. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>394</sup> Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2317. 3 de junio de 1997. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>395</sup> Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2317. 3 de junio de 1997. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

de reforma del recurso. En este caso los recurrentes habían presentado dos recursos, argumentando que el segundo aplicaba al primero, pero para la Corte era en realidad una reforma. Haciendo eco de la doctrina, la Sala afirma que una reforma implica añadir o quitar algo sin cambiar la naturaleza de la acción y puesto que la casación es una institución formal no se puede reformar. De esta forma solo aceptan el primer escrito presentado y éste al no cumplir con los requisitos de ley es entonces puede ser rechazado. Pese a ello, rechaza el recurso porque este ataca un auto de nulidad, sin ponerle fin al proceso, por ende no se circunscribe en las resoluciones susceptibles de casación.

...Luis Cueva Carrión expresa: "El Recurso de Casación no es abierto y general, es absolutamente limitado a los puntos planteados en el recurso, puntos que no se los puede aumentar una vez deducido el recurso y que, además, debe referirse en forma taxativa y precisa a los puntos permitidos por la Ley" (La Casación en Materia Civil, página 59). José García Falconí dice: "De tal modo que no se puede reformar o ampliar los motivos de la casación propuestos en el escrito del recurso, a fin de mantener su seriedad y preservar además el cumplimiento del principio de la economía procesal" (Manual Teórico Práctico en Materia de Casación Civil, página 141). Por lo tanto, para establecer el contenido del recurso deducido por los demandantes así como su fundamentación solamente puede tenerse en cuenta el escrito presentado el 5 de noviembre de 1996... Finalmente a criterio de la Sala, el auto materia del recurso no es de los contemplados en el Art. 2 de la Ley de la materia toda vez que los autos de nulidad no ponen fin al proceso. Por lo expuesto, la Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, resuelve rechazar los recursos de casación interpuestos por los litigantes...<sup>396</sup>

Ahora analizando esta sentencia podemos advertir cuál es el concepto que la Corte Suprema maneja de Justicia. Dicen que para precautelar la justicia y la legalidad asumen la facultad de revisar la admisibilidad del recurso. Y a renglón seguido subrayan que la casación sirve para examinar los errores de derecho y la inobservancia de la ley en una sentencia. Podemos entonces concluir que justicia equivale a legalidad. Esta idea se enmarca dentro de lo que el positivismo ideológico radical prescribe, en el cual todo lo que el Derecho (o ley) regula es esencialmente justo y lo que prohíbe injusto<sup>397</sup>. La idea de justicia es totalmente ajena a la solución del caso concreto (nunca se refiere a los hechos) y tampoco toma en cuenta la efectividad de derechos fundamentales.

<sup>396</sup> Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2317. 3 de junio de 1997. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>397</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Ob. cit Pp 15.

Además es recurrente el uso de la doctrina. Parecería que la prohibición de reformar el recurso de casación se fundamenta más en la opinión de los autores reconocidos que en criterios de razonabilidad. Suena como si los argumentos de José García Falconí, que la Corte Suprema utiliza, son correctos en sí mismos porque él los dice más que la por la corrección de ellos. De esta manera la Corte bien podría utilizar doctrina de otros autores con diferentes perspectivas para cambiar la orientación de la casación.

Mi última observación con referencia a este caso es que la Corte Suprema llegó a dividirse hasta en tres salas de la misma materia. Hemos visto como no ha existido uniformidad de razonamiento sobre el uso de la multa, ni de la extensión de la facultad de admisibilidad de recursos de la Corte. De igual manera las distintas salas de una misma materia han tendido a criterios dispares. Estas discusiones tuvieron que ser zanjadas por una reforma legislativa instituyendo la facultad de la Corte Suprema para, en pleno, dictar resoluciones sobre puntos contradictorios y la capacidad para dictar precedentes de triple reiteración<sup>398</sup>. Pero de todas maneras las Salas han funcionado descoordinadamente y no como una sola Corte Suprema. Los argumentos que la Sala Contencioso Administrativa no son los mismos que la Sala Civil y de lo Comercial utilizan. Puede que esto se deba al extenso número de magistrados, que hasta antes de la Constituyente 2007, llegaron a treinta y uno. Esto ha dificultado la función de la Corte de uniformar la jurisprudencia. Podría ser una solución el establecimiento de una Corte Suprema única, sin división de materias, al estilo de la Corte Suprema norteamericana y con un número adecuado para la conciliación de criterios<sup>399</sup>. Esta podría ser una idea que se tomará en cuenta en nuestra conclusión.

Noveno caso, sentencia sobre la casación mira a la defensa de la ley de la Sala Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia<sup>400</sup>, el Municipio de Quito, a través de su alcalde

---

<sup>398</sup> Art. 14.- En los casos en que la Corte Suprema expidiere fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, los Ministros jueces y el Ministro Fiscal, que serán convocados inmediatamente después de ocurrida la discrepancia, dictarán, por mayoría de votos conformes, la disposición que será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la Ley. Ley Orgánica de la Función Judicial reformada en 1997. y Art. 19.- ... La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema. Ley de Casación reformada en 1997.

<sup>399</sup> En Estados Unidos hay 8 jueces y un presidente de la Corte Suprema que resuelven los casos de cualquier materia, en Derecho o en equidad, que se desprendan de la Constitución, las leyes de Estado y Tratados. En <http://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx> última visita 8 de octubre de 2011.

<sup>400</sup> Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2981. 27 de febrero de 1998. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

(Jamil Mahuad) y su procurador (Danilo Silva) interponen recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N°1 que declaraba como ilegal la terminación del contrato (por parte de la alcaldía) con la compañía CALBEC por la construcción del relleno sanitario “El Cabuyal”. El recurrente afirma que el Tribunal Contencioso no era el competente para conocer la controversia porque se trataba de un contrato de construcción de obra civil; que hay ilegitimidad de personería porque en la demanda comparece Vicente Calle Sacoto como representante de la compañía pero en una siguiente diligencia aparece Vicente Calle Cabrera; que existe nulidad por solemnidad sustancial porque lo resuelto no tiene relación con lo demandado; que existe litis pendencia porque existe un juicio de cumplimiento de contrato en la Corte Superior de Pichincha. Al resolver, la Corte analiza la competencia del juez *a quo* y afirma que el juez debe cumplir únicamente lo que manda la ley, textualmente:

La competencia que es la actitud legítima por la cual se asigna a una autoridad el conocimiento y resolución de un asunto, es presupuesto procesal sine qua non tanto por el ámbito civil como para el administrativo, requisito que debe estar satisfecho para que el juzgador pueda entrar a resolver el fondo del asunto. Entraña, pues, un **principio de literal observancia, que preserva de todo dañoso arbitrio judicial**, en cuanto veda al juzgador del empleo de cualquier atribución que las leyes no lo hayan señalado expresamente, más aún dentro de esta jurisdicción excepcional que es la contenciosa administrativa.<sup>401</sup>

Continúa concluyendo que es competencia privativa del Tribunal Contencioso Administrativo conocer de cualquier conflicto que suscite alrededor de actos, contratos o hechos de la Administración por mandato de la Ley de Modernización. Incluso, haciendo uso de su facultad normativa para resolver puntos discordantes entre las salas de la Corte, ella misma dictó una resolución que dirige al Tribunal Contencioso Administrativo la competencia para conocer las controversias de actos y contratos de la Administración. Con este razonamiento se deja sin fundamento la demanda de casación de los representantes del Municipio de Quito y como éstos no han señalado debidamente cuál ha sido la indebida aplicación, la Sala rechaza el recurso con esta motivación:

...a) Que el recurso de casación por su naturaleza y fines, es de índole excepcional y extraordinario, completo y formal que no admite por esa omisión o falencia alguna en su planteamiento causal, para el pronunciamiento consiguiente del juzgador; b) Que, mientras en el juicio de mérito se discuten los hechos sometidos a consideración del juez, en la casación se lo hace del derecho violado en la sentencia c) Que mientras aquél es defensa a las partes contendientes, **la casación mira a la defensa de la ley**; dicho de otro

---

<sup>401</sup> *Ibíd.*

modo, es la defensa de la legalidad, pues, dirime la contradicción existente entre la ley y la sentencia... Los fundamentos de índole legal invocados en el fallo del a quo ameritan el pronunciamiento confirmatorio de esta Sala de lo Contencioso Administrativo, en es la litis sometida a su jurisdicción y competencia. Por las consideraciones precedentes, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso interpuesto por improcedente...<sup>402</sup>

Con el registro en revisión podemos notar el enfoque que el órgano más importante del Poder Judicial tiene sobre la separación de poderes. El argumento que la Corte realiza sobre la competencia nos dice que el juez debe cumplir exactamente lo que dice la ley y solo esta última es la que puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad del juez. Es como si los jueces ecuatorianos del siglo veinte, actuaran como los añejos *Parlaments* del antiguo régimen francés. Entonces la ley es la única defensa frente a la arbitrariedad y discrecionalidad del juez, quedándole solo la posibilidad de aplicarla literalmente. Por lo tanto la misma Corte Suprema acepta que el Poder Judicial es un poder nulo, incapaz de poder verificar la validez de la legislación y limitado a cumplir con ella al pie de la letra. Luego, al decir que la casación es una defensa de la ley se confirma que es una institución que minimiza aún más al Poder Judicial. La institución está encargada de hacer que los jueces hagan lo que el Legislativo ha dicho (o ha querido decir) sin que se pueda verificar que sea acorde a principios constitucionales. Cuando la Corte dice que la casación es la defensa de la legalidad está afirmando que el legislador es el señor del Derecho<sup>403</sup> y el Poder Judicial está sometido a lo que este diga.

Si buscáramos qué corriente en la filosofía del Derecho sigue la Corte cuando afirma que por el “...principio de literal observancia, que preserva de todo dañoso arbitrio judicial, en cuanto veda al juzgador del empleo de cualquier atribución que las leyes no lo hayan señalado expresamente...”<sup>404</sup> parecería que encaja en el positivismo teórico. Ésta estima que el Derecho como sistema es tan explícito de tal forma que no existe discrecionalidad en el juez y los órganos jurisdiccionales deben únicamente aplicar automáticamente la subsunción de las leyes<sup>405</sup>. Entonces, la Corte Suprema

<sup>402</sup> Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2981. 27 de febrero de 1998. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>403</sup> Zagrebelsky en su comparación entre el Estado de derecho legislativo decimonónico y el Estado Constitucional del siglo XX observa “... el señor del derecho era el legislador y esos elementos que componen el derecho se encontraban todos reunidos en él, en la ley.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ob. cit pp 150.

<sup>404</sup> Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2981. 27 de febrero de 1998. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>405</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Ob. cit Pps 13-15.

acepta que su trabajo es subsumir leyes y por lo tanto estaría vedada de hacer cualquier interpretación fuera del exacto texto de la ley.

Décimo caso, sentencia del objetivo de la casación de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>406</sup>, el Agente Fiscal de Manabí interpone recurso de casación contra la sentencia del Quinto Tribunal Penal de Manabí que sentencia con prisión de un año a Nelson Obregón Erazo por el delito de robo al domicilio de Telmo Viteri Ronquillo. La Sala considera que la casación procede cuando se hubiere violado la ley contra el texto expreso de ella y que no se puede revisar las pruebas actuadas ni lo que sirvió de convencimiento del fallo. La fiscalía, al fundamentar su recurso, dice que el Tribunal Penal ha violentado el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal (requisitos de la sentencia) porque su decisión no tiene relación con los fundamentos de culpabilidad; en el proceso consta claramente que se ha probado que el robo ocurrió en la madrugada y rompiendo la cerradura del domicilio de Telmo Viteri. Estas serían circunstancias agravantes que el juzgador no tomó en cuenta a la hora de dictar sentencia y más bien aplica atenuantes inexistentes. Más adelante la Corte revisa que el Tribunal ha incumplido la normativa adjetiva penal al no haber precisado cuáles fueron los elementos de convicción que motivaron su sentencia. Además acoge los argumentos de la Fiscalía afirmando que no se tomaron en cuenta los elementos agravantes por lo que se le debió sancionar por robo agravado y no por robo simple. Finalmente acepta el recurso de casación, anula la sentencia e impone una sanción mayor al acusado.

La casación según señala la doctrina y lo confirma la Jurisprudencia, no constituye propiamente nueva instancia, tiene como objetivo principal analizar la sentencia impugnada para determinar la violación a la ley que hubiere cometido el juzgador; no puede tampoco la Sala hacer una revisión de la prueba actuada y considerada por el juzgador en la sentencia, pues, se encuentra prohibido de analizar los medios convencimiento que influyen en el pronunciamiento del fallo... En el considerando segundo el juzgador declara comprobada conforme a derecho la existencia material de la infracción sin precisar los elementos probatorios que conducen al Tribunal a tal certidumbre; en el considerando Tercero señala que dentro de autos hay prueba plena en contra del acusado Nelson Eduardo Obregón Erazo de ser autor del delito de robo, se citan las pruebas pero como acertadamente sostiene el Ministro Fiscal General no se destacan las circunstancias agravantes de la infracción que constan de las piezas probatorias enunciadas, si se afirman que existen atenuantes a favor del procesado sin mencionar cuales y ninguna agravante, lo que conduce en la parte resolutive a aplicar erróneamente

---

<sup>406</sup> Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2864. 17 de marzo de 1998. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

la norma del Art. 551 del Código Penal para imponer al procesado la pena reducida de un año de prisión... [se] casa la sentencia condenatoria impugnada e impone al procesado Nelson Eduardo Obregón Erazo la pena de tres años de reclusión...<sup>407</sup>

Haciendo una lectura de este caso se puede advertir que a pesar de que la Corte no puede analizar los medios de convencimiento que influyeron el fallo, en esta ocasión si lo hace. Cuando se demanda la inaplicación de una ley que obliga a motivar la observación de la Corte será sobre si se cumplió o no la motivación. Así la Corte subrayó que el Tribunal Penal no tomó los elementos agravantes del caso para sentenciar. Aquí vemos que hubo un error de motivación, de una conclusión incoherente con la prueba. Entonces la casación se convirtió en un control de motivación, casi como una tercera instancia, distinto al fin puro de la institución. Sin embargo, el control de motivación es consecuencia del incumplimiento de la ley que obliga a motivar. De esta forma la Corte solo revisará la motivación cuando en la demanda de casación se invoque el incumplimiento de una ley de esas características.

Décimo primer caso, sentencia del ámbito de competencia de la casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia<sup>408</sup>, Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Morán Intriago recurren con casación la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Superior del Guayas que estima procedente la demanda de daño moral Rubén Morán Buenaño planteó en contra de los anteriores, la cual había sido rechazada en primera instancia. En seguida la Corte estudia que el ámbito de decisión de la Corte es únicamente el determinado en la demanda de casación, cumpliendo el principio dispositivo. Aún cuando la Sala encuentre otras infracciones a la ley, en los términos de la corte:

El Juzgador de casación no está facultado para entrar a conocer de oficio un vicio de la resolución impugnada ni a rebasar el ámbito señalado por las causales citadas por el recurrente **aunque advierta que en la providencia casada exista otras infracciones a las normas de derecho positivo...**<sup>409</sup>

Inmediatamente, analiza los argumentos de los recurrentes quienes aseveran que existe aplicación indebida de la normativa sobre daño moral ya que se les acusa personalmente a ellos de una

<sup>407</sup> Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2864. 17 de marzo de 1998. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>408</sup> Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 68. 8 de julio de 1999. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>409</sup> Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 68. 8 de julio de 1999. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

decisión de una persona jurídica. Resulta que la Asamblea General del Sindicato General de Choferes del Guayas decidió expulsar del gremio a Rubén Morán por la supuesta falta por traición a las aspiraciones del sindicato de choferes. Los recurrentes aceptan que existió dicha declaración de traición y expulsión, pero que ésta ha sido conforme a las leyes y al Estatuto del Sindicato. La Corte analiza la demanda de primera instancia y constata que el señor Rubén Morán acusa de su expulsión a actos de mala fe de Onofre González y Morán Intriago, que manipularon a la Asamblea del Sindicato para este fin. Sobre ello la Corte profundiza sobre la posibilidad de que la figura de la persona jurídica sea utilizada de mala fe para defraudar a la ley o a terceros, en donde cabe la posibilidad el levantamiento del velo de persona jurídica. Pero para hacerlo se debe constatar la defraudación. Mientras tanto, la Sala considera que el Sindicato es una entidad de existencia legal y la expulsión conforme al Estatuto no representa una defraudación como tal; incluso goza de presunción de validez mientras no se impugne ni se compruebe que el procedimiento ha sido ilegal o contrario al Estatuto. Por lo que no procede el levantamiento de velo de persona jurídica. En cambio, en cumplimiento del debido proceso, el Sindicato debió haber sido parte del proceso como litis consorte necesario, porque es su actuación la que se cuestiona por el señor Rubén Morán.

La Corte cree que el demandante debía fundamentar su pretensión en abuso del Derecho por parte de Onofre González y Morán Intriago pero, al citar doctrina, concluye que los derechos absolutos (los que el titular puede ejercer arbitrariamente con cualquier propósito y el legislador determina que se usen con libertad) no pueden caer en abuso del Derecho. Así un derecho absoluto es el de las cooperativas para expulsar a sus miembros. Y aunque la Corte decidiera que la expulsión fue ilegal, esa decisión sería ineficaz al no haber sido parte el Sindicato. Finalmente la Sala colige que el demandante inicial debía también demandar al sindicato, por lo que se anula la sentencia de la Corte Superior y se rechaza la demanda inicial.

Explorando este caso en concreto, podemos decir que aunque la Corte no lo diga, hizo un ejercicio de ponderación donde consideró que debía primar el principio del debido proceso frente al principio del honor del señor Rubén Morán, argumentando que el Sindicato debía poder ejercer su defensa. Sin embargo debemos mencionar que en un Estado Constitucional, los derechos fundamentales son el parámetro de validez del ordenamiento jurídico<sup>410</sup> y al estar éstos

---

<sup>410</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías la ley del más débil*. Ob. cit Pp 21.

constitucionalizados también tienen un efecto horizontal en todo el ordenamiento<sup>411</sup>. Es decir que los derechos fundamentales serán condiciones de validez aún en la actividad particular de la población. Así podríamos apuntar que si el Estatuto del sindicato no proveía un debido proceso para las expulsiones, como argumenta Rubén Morán, éste podía ser considerado como inválido. Entonces hubiese sido procedente su demanda de Daño Moral.

Por otro lado la Corte apuntó que su ámbito de decisión gira en función del principio dispositivo. En otras palabras, no puede pronunciarse más allá de lo que se ha señalado en el recurso, aún cuando verifique que existen otras violaciones a la ley en el caso. Sin embargo, con este argumento se cae el fundamento de defensa del interés público (*ius constitutionis*)<sup>412</sup> que supuestamente persigue la casación. Si su interés es defender el Derecho Objetivo, debería hacerlo de cualquier manera, cuando verifique que existe inaplicación injustificada de la ley y no limitarse a lo que el escrito del recurso diga. Si la Corte llega a conocer la indebida aplicación de la ley y no la puede subsanar porque no está en el ámbito del recurso, entonces no está defendiendo el Derecho objetivo. Podría decirse entonces, que el principio dispositivo ha transformado a la casación en defensa del interés del litigante (*ius litigatoris*)<sup>413</sup> y no de carácter público.

Décimo Segundo caso, Resolución N° 140-2001, Juicio N°82-1999 Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, juicio ordinario de investigación de paternidad seguido por Clara Pacífica Llangari Asqui contra Jorge Enrique Llamuca Maigua<sup>414</sup>. Clara Llangari, como representante legal de la niña Fanny Alexandra Llangari Asqui, reclama que Jorge Llamuca reconozca su paternidad y por lo tanto interpone recurso de casación contra la sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Chimborazo que, confirmando la sentencia de primera instancia, rechazaba la demanda. La casacionista alegaba la falta de aplicación de las reglas de paternidad por parte del Juez Superior. La Corte Superior había considerado que el demandado no tenía domicilio en el lugar que se le citó, por eso se desestimó la demanda. Sin embargo la Corte

<sup>411</sup> El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado sobre la eficacia de los derechos fundamentales en estos términos "...Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –*eficacia vertical*– como de los particulares –*eficacia horizontal*–..." Expediente 3741-2004-AA. Fundamento Jurídico 10.

<sup>412</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ob. cit Pp 24.

<sup>413</sup> Cfr. HITTERS, Juan Carlos. Ob. cit Pp 131.

<sup>414</sup> <http://www.estade.org/legislacion/normativa/Jurisprudencia/Fallos%20de%20Triple%20Reiteracion%20SJ.htm> última visita 11 de octubre de 2011.

entiende que el juez superior ha inaplicado las reglas sobre el domicilio, que establecen la posibilidad de tener varios domicilios. La demanda se presentó en la ciudad de Riobamba, pero supuestamente el demandado estaba domiciliado en el cantón Tixán. No obstante de las pruebas que la Sala encuentra en el proceso, observa que incluso el demandado había sufragado en la ciudad de Riobamba, por lo tanto concluye que existe un error en la sentencia de segunda instancia.

El derecho de defensa del demandado no ha sido menoscabado, en el proceso aparece que éste ha podido presentar pruebas ampliamente. Además la Corte de casación estima que en este caso existe un principio constitucional que debe primar, el del Interés Superior de los Niños. Finalmente manifiesta que en el proceso consta un examen de ADN que confirma la paternidad de Jorge Enrique Llamuca Maigua, la veracidad de esta pericia desestima las pruebas presentadas por el demandado. El demandado había aportado testimonios que declaraban la dudosa conducta de la demandante. Sin embargo la Corte articula la prueba de ADN y el principio del Interés Superior de los Niños para casar la sentencia y declarar como padre de la niña Fanny Alexandra Llangari Asqui a Jorge Enrique Llamuca Maigua. Vale la pena reproducir parte de los argumentos de la Corte sobre la constitucionalidad del principio mencionado:

...estamos frente a un proceso donde debe primar el interés superior de los niños, el mismo que se encuentra consagrado en el texto constitucional en el Art. 48, que prima (Sic) sobre cualquier norma secundaria, que dispone: “Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás”<sup>415</sup>

Analizando el caso aquí señalado advertimos que la Corte hace una interpretación a la luz de los hechos. La Sala desestima el argumento del demandado sobre el supuesto error de domicilio amparándose en los hechos del caso. Por eso llega a concluir que existen pruebas que demuestran que su domicilio también constaba en Riobamba, por lo que si era procedente haber demandado en esa ciudad. Este argumento se complementa con la interpretación constitucional que hace del Principio del Interés Superior de los Niños, que podría leerse como un mandato de optimización<sup>416</sup>.

<sup>415</sup> <http://www.estade.org/legislacion/normativa/Jurisprudencia/Fallos%20de%20Triple%20Reiteracion%20CJ.htm> última visita 11 de octubre de 2011.

<sup>416</sup> Así podemos encontrar que “...los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente,

Entonces, buscando la máxima aplicación del principio determina que no cabe la excepción formal de citación en domicilio ilegítimo y más bien asume que la prueba de ADN es un medio para la optimización del principio. Siendo esta prueba científicamente confiable, la acepta y desestima las demás contradictorias. En este caso la Corte cumplió con la defensa constitucional más que con la defensa de la legalidad.

Décimo tercer caso, Resolución N° 313-2003 juicio N° 05-2003 Primera Sala de lo Civil y Mercantil, juicio ordinario de impugnación de paternidad que sigue Víctor Proaño Solano y Carla Salmón Zambrano en representación del niño Carlos Gabriel Páez Salmón, contra Francisco Javier Páez Jorquera<sup>417</sup>. La paternidad ya estaba declarada por presunción a Francisco Javier Páez (ex-esposo de Carla Salmón Zambrano), pero por el derecho a conocer su verdadera identidad el niño (a través de su madre) cuestiona la filiación. Páez Jorquera interpone recurso de casación contra la Sentencia de la Sexta Sala de la Corte Superior del Guayas. El recurrente piensa que se ha inaplicado el artículo 242 del Código Civil, que se refiere a que nadie puede reclamar contra la paternidad de un hijo sino solo el marido y él en ningún caso ha impugnado la paternidad, más bien acepta la presunción de paternidad dentro del matrimonio. Pese a ello la Corte asume que se debe hacer una interpretación en concordancia con la Constitución. Luego, hace notar que en función del Principio del Interés Superior de los Niños, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la preservar la identidad del niño (Convención Sobre Derechos del Niño), se puede entender que la regla del artículo 242 del Código Civil es inconstitucional cuándo el niño (o niña) tenga la intención de buscar su identidad. Por lo tanto, citando a la Constitución y a la legislación sobre Niñez y adolescencia, niega la alegación del recurrente con esta argumentación:

...se rechaza la alegación del recurrente de que solo él puede impugnar la paternidad y se reconoce el derecho del niño de impugnarla a través de su representante legal, que en este caso es su madre, por su derecho constitucional a una identidad y a convivir con su familia, consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política de la República, que dice: “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los

---

*mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados...*” ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En Doxa N°5 p. 143  
<sup>417</sup><http://www.estade.org/legislacion/normativa/Jurisprudencia/Fallos%20de%20Triple%20Reiteracion%20SJ.htm> última visita 11 de octubre de 2011.

específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a **su identidad, nombre y ciudadanía...**<sup>418</sup>

Más adelante la Corte resalta que la Constitución establece la obligación de hacer la interpretación más favorable a la eficacia de derechos y que esta debe ser progresiva en orientación de los tratados de derechos humanos. Con este antecedente la Corte ha determinado que la prueba de paternidad de ADN, legalmente actuada, supera a las reglas establecidas en el Código Civil. Para que la pericia sea legalmente actuada debe ser solicitada por la persona legitimada y en el momento adecuado del proceso. En el caso en revisión no se realizó este estudio, solo se menciona de un examen realizado en Estados Unidos pero no es adjuntado al proceso. Pese a ello la Sala recuerda que la Corte Suprema ha establecido como precedente vinculante (por sentencia de triple reiteración) que los casos de filiación que no contengan pruebas de ADN no forman cosa juzgada sustancial. En último lugar, casa la sentencia de la Corte Superior y dejan a salvo el derecho del niño a que ejerza su derecho a conocer su identidad.

En el juicio examinado, la Corte nuevamente ha preferido los argumentos constitucionales frente a los legales. La Sala ha ejercido un control de constitucionalidad difuso aunque no lo haya mencionado así. Pues hace una valoración constitucional de la regla del Código Civil, que permite únicamente al padre (esposo) impugnar la paternidad y al encontrarla contraria a los preceptos constitucionales, sobre el interés superior del niño y el derecho a la identidad de los niños, decide inaplicarla en el caso concreto. Vale recordar que en aquel entonces la Constitución de 1998 del Ecuador, si facultaba que los jueces hicieran control difuso de la Constitución. La casación, en este caso, se convirtió en un control de constitucionalidad; más allá de lo que las facultades establecían en la ley de casación.

Décimo cuarto caso, sentencia de la fundamentación del recurso Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia<sup>419</sup>, la Empresa Eléctrica Regional Norte S.A. (EMELNORTE S.A.) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Imbabura que, al igual que la sentencia de primera instancia, aceptaba la demanda de indemnización por la terminación injustificada de contrato con la compañía IMBASEGURIDAD CÍA.

<sup>418</sup> <http://www.estade.org/legislacion/normativa/Jurisprudencia/Fallos%20de%20Triple%20Reiteracion%20CJ.htm> última visita 11 de octubre de 2011.

<sup>419</sup> Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Pp 3486. 12 de febrero de 2003. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

LTDA. El casacionista argumenta que en el contrato se había establecido una cláusula en la que se permitía la terminación unilateral del contrato, con la simple mediación de una notificación. Esta cláusula fue aceptada por la compañía de seguridad y pues esta condición sería ley para las partes. Luego, supuestamente primera y segunda instancia interpretaron indebidamente las reglas sobre los contratos determinadas en el Código Civil. Al resolver la Corte estima que el recurso de casación es eminentemente formal y debe cumplir exactamente los parámetros de la ley. Su interés es la nomofilaxis y no las pretensiones de los litigantes, como dice la Corte:

Es un recurso extraordinario, ya que ataca a la cosa juzgada de la sentencia. No es un recurso contra el proceso sino contra la sentencia ejecutoriada y sus efectos.- La nomofilaquia es el principal objetivo de la casación: es la defensa de la Ley; el respeto que debe existir al marco jurídico. **Solo secundariamente, la casación defiende el interés privado.**<sup>420</sup>

Continúa manifestando que el recurso debe especificar exactamente cómo ha existido violación directa, falta de aplicación o indebida aplicación de la ley. Cada una de estas causales son excluyentes y deben ser debidamente explicadas. Para su fundamentación la Corte utiliza las sentencias precedentes sobre este tema, también cita mucha doctrina y finalmente decide que el recurso no cumple con estos requisitos por lo que se debe rechazar la demanda de casación. En los términos de la Corte

En verdad, es en la elaboración de la demanda de casación en donde ostensible y protuberantemente falla la gran mayoría de los abogados, que confunden este especialísimo recurso con uno cualquiera de instancia. Sin olvidar tampoco que con frecuencia, los abogados recurrentes, obsesionados y sugestionados, tanto por el cliente como por su caso, creen ver infracciones o violaciones de leyes, donde no existen, juzgando que sus razones y propios argumentos son los únicos que pueden y deben fundar el fallo de la Corte Suprema. Por estos cauces, equivocados y erróneos, llegan a plantear la impugnación contrariando el querer de la ley reguladora de un recurso universalmente formalista por esencia...<sup>421</sup>

Con este expediente podemos cuestionar el fin de la casación. El carácter principal de la institución es la defensa de la ley, pero con esta visión se puede abstraer a la jurisdicción de su papel principal (resolver conflictos). En la argumentación de la Corte se señala que el interés particular de los litigantes es secundario frente a la protección del marco jurídico. Sin embargo, la defensa de la

---

<sup>420</sup> *Ibíd.*

<sup>421</sup> Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Pp 3486. 12 de febrero de 2003. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

legalidad (acrítica) corre el riesgo que se ampare una norma con cualquier contenido<sup>422</sup>; incluso violatorio de derechos fundamentales. Este paradigma cambia con el concepto de una Constitución rematerializada<sup>423</sup>, con un alto contenido axiológico en los derechos fundamentales. El Concepto de validez ya no depende de una mera característica formal<sup>424</sup> sino también de la adecuación al contenido material de la Constitución<sup>425</sup>. Entonces se podría decir que en el Estado Constitucional la defensa de la legalidad será coherente siempre que defienda derechos fundamentales. Y es en ese sentido que el interés particular legítimo (como reivindicación de derechos fundamentales) llegaría a tener más importancia que la defensa de la legalidad.

Por último vale mencionar la importancia de la motivación como garantía constitucional de justificación y fundamento de publicidad del conocimiento<sup>426</sup>. En esos términos, es trascendental que las sentencias sean un medio eficaz de comunicación para que la población entienda el funcionamiento del sistema jurídico. Solo conociéndolo el ciudadano es capaz de utilizar las instituciones que velan por sus derechos. Pese a ello motivar no implica copiar textualmente, sin articulación alguna, lo que doctrinarios opinan ni lo que fundamentos de sentencias previas decían. Así actuó la Corte en esta última sentencia, utilizó siete páginas para resolver rechazar el recurso por no haber fundamentado la demanda de casación. Sin embargo, en seis de ellas exhibe lo que doctrinarios opinan del recurso de casación y lo que la Corte había dicho en sentencias anteriores. Además que la forma de combinar los argumentos con los elementos del caso es

<sup>422</sup> Cuando Kelsen se refiere a la validez de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico afirma: “*Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.*” KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Ediciones Coyoacán S.A. México D.F. 2008. Pp 136.

<sup>423</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Loc. Cit. Pps 213-217.

<sup>424</sup> En los términos de Kelsen: “*Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico.*” KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Ob. cit pps 136,137.

<sup>425</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías la ley del más débil*. Ob. cit Pp 21.

<sup>426</sup> Así lo reconstruye Aliste Santos cuando dice: “*...motivar una decisión judicial no implica describir el proceso de la toma de decisión sino su justificación, la correcta inferencia que conduce el razonamiento de las premisas a la conclusión...[y] comprende...una doble dimensión endoprocesal y extraprocesal... En cuanto a la vertiente endoprocesal...como garantía de impugnación de las resoluciones... la idea de hacer explícita a las partes del proceso la racionalidad de la decisión... también afecta al propio órgano jurisdiccional... que permite un mayor control sobre la propia decisión... Respecto a la dimensión extraprocesal... trasciende a las partes y a los jueces intervinientes en el proceso y se abre a un control generalizado y difuso mediante la publicidad de la decisión...[dirigida] al conjunto de ciudadanos que así pueden conocer la ratio decidendi de las decisiones...*” ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Marcial Pons. Madrid. 2011. Pps 156 y 157.

confusa, pues ha seguido el modelo francés de vistos y considerandos<sup>427</sup> en los que las ideas no se separan por párrafos sino por acápites. La justificación de la sentencia pudo haber sido más simple y comprensible.

Décimo quinto caso, tema sobre la casación se limita a la impugnación de la sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>428</sup>, los señores Magda Yobad Palacios Paredes, Rosa Elvira Caguano Rodríguez, Enma Piedad Caguano Rodríguez y Mauro Eleuterio Palacios Paredes demandan la casación de la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Cotopaxi que, confirmando la sentencia de primera instancia, que los condenaba a dos años de prisión por haber cometido el delito de destrucción de propiedades muebles en una casa habitada<sup>429</sup> perteneciente a Celia Lida Mejía Ortega. Para resolver la Corte revisa que es procedente la casación en este caso (delito acción penal privada) por resolución del Tribunal Constitucional que ha interpretado la procedencia en este tipo de delitos. Los recurrentes estiman que se ha inaplicado la regla del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal que reza que para dictar sentencia condenatoria en la comprobación de un delito en daños ocasionado a la propiedad privada, debe justificarse que ese bien le pertenece al acusador. Según los casacionistas la acusadora particular no tenía la propiedad puesto que el INDA había adjudicado ese terreno a Gloria Eloida Paredes y si se destruyó alguna propiedad fue por confusión de la posesión. Además éstos alegan que no cabe aplicar el delito de destrucción de propiedad de muebles debido a que, según el artículo 607 del Código Civil, se reputan inmuebles (aunque no lo sean) las cosas permanentes destinadas al uso y cultivo de terrenos.

Luego la Corte entiende que solo puede analizar la sentencia recurrida, mas no la carga probatoria. Por lo que desestima el argumento de los casacionistas sobre la incapacidad de acusar el delito por

---

<sup>427</sup> Lucio Pegoraro, al haber hecho un análisis de la circulación mundial de los modelos de justicia constitucional, argumenta como positiva la difusión creciente del constitucionalismo al haber influido en la expansión de la motivación: *“Además de aplicarse al proceso de decisión (o invención), esto se aplica también al proceso de justificación (o validación), produciendo un aumento generalizado de las motivaciones, incluso en Francia, donde la técnica del **vu** y de los **considéran**, no permitía hasta hace poco tiempo un desarrollo adecuado de la parte fundamentadora de las sentencias...”* PEGORARO, Lucio. Ob. cit pp 411.

<sup>428</sup> Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2. Pp 564. 25 de enero de 2006. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>429</sup> Art. 405. La destrucción o el detrimento de propiedades muebles o de otro, ejecutado con violencias o amenazas, en una casa habitada o en sus dependencias, y concurriendo alguna de las circunstancias agravantes, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. Código Penal de Ecuador vigente desde 1971.

parte de Celia Lida Mejía Ortega, quien no era propietaria del inmueble. No obstante a ello la Corte cita las palabras del juez *a quo*, quien afirma que la querellante ha demostrado su propiedad, pero en la sentencia no existe referencia que demuestre la veracidad de esta declaración. Sobre la naturaleza mueble o inmueble de los bienes, la Sala percibe que en el campo penal no se permite la interpretación extensiva de los tipos penales, estos objetos son en realidad bienes muebles pero el código civil hace una ficción para considerarlos inmuebles. Así que esta ficción en el campo penal no procede. En definitiva la Corte halla que no ha habido ninguna infracción a la ley en el caso *sub judice*, por lo que rechaza el recurso de casación.

Al examinar este caso, de nuevo nos encontramos con la imposibilidad de revisar los hechos y por lo tanto la prueba también. En expedientes anteriores la Corte si llegó a valorar ciertos hechos que se encontraban en el proceso (como el caso del domicilio del demandado en el décimo segundo ejemplo); pese a ello, en esta ocasión no lo hizo. Aunque pudo haber comprobado a quién le pertenecía la propiedad del inmueble, no le pareció relevante hacerlo. Parecería, entonces, que la Corte estima los hechos en el proceso cuando lo considera conveniente; y, cuando no lo considera, se escuda en el argumento legal de que la casación no revisa hechos.

Finalmente podemos decir que el fin de la casación es la defensa de la legalidad. La institución cumple este fin al verificar si las leyes (o reglas) se aplican o no, siempre con la limitación de no revisar los hechos. Por otro lado, debemos considerar que las reglas tienen la característica de que “*son normas que sólo pueden ser cumplidas o no*”<sup>430</sup>. En este caso debemos entender que aplicación y cumplimiento son sinónimos. Entonces, una regla debe aplicarse cuando se verifica su ámbito fáctico y por el contrario, existe inaplicación cuando una vez verificado su supuesto fáctico no se despliega su consecuencia. Pero si no se comprueba el supuesto de hecho no se puede verificar si procedía su aplicación. En este caso el artículo 304 del Código del Procedimiento Penal establecía la regla de que para dictar sentencia condenatoria se debía comprobar la propiedad del querellante. El ámbito fáctico estaba en verificar la propiedad del inmueble. Pero el impedimento de la casación, de no revisar hechos, no le permitió acreditar la propiedad y por lo tanto no se podía saber si había o no inaplicación de normas; porque no se sabía si debía o no cumplirse. Entonces, la defensa de la legalidad no se efectúa mientras no se comprueben los hechos y por lo tanto la casación no cumple su fin sin la comprobación fáctica.

---

<sup>430</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 68.

El siguiente es el décimo sexto ejemplo, aunque no corresponda al orden cronológico de la investigación, la he dejado para este final análisis para un fin comparativo. Es una perfecta muestra de un caso difícil generado por la indeterminación del Derecho. Expediente N°527-05, segunda sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, es el juicio penal seguido en contra de Jessenia Cecibeth Resabala Solórzano por el delito de incitar a una menor de catorce años a la ebriedad o a la práctica de actos obscenos o de facilitarle la entrada a los prostíbulos u otros centros de corrupción como cines o teatros que brinden espectáculos obscenos; delito sancionado con prisión de tres años. De la Sentencia del Tribunal Penal del Guayas que había sancionado a la acusada con dicho delito, la agente fiscal del Guayas interpone recurso de casación porque el Tribunal aplicó indebidamente un delito menor a la acusada, cuando debió haber sido sancionada por violación. De los hechos y pruebas presentadas por la fiscalía, se desprende que la acusada había introducido objetos en los genitales de una menor de edad; este caso se subsumiría entonces en la tipificación de violación y no de la incitación a actos obscenos. La fiscalía pide que se haga una correcta valoración de la prueba y que se condene a la acusada por el verdadero delito que cometió.

En el proceso consta que se ha llegado a conocer del delito porque la Corte Distrital de Florida ha detenido a Ángel Rafael Mariscal Castillo, por el delito de prostitución y pornografía infantil, y son ellos quienes ponen a conocimiento de la policía ecuatoriana que los videos se graban desde Guayaquil y eran enviados a Estados Unidos. La conviviente de Ángel Mariscal era Jessenia Resabala y era quien ayudaba en la producción de estos videos ilícitos. En el allanamiento al domicilio de la encausada encuentran videos, cámaras y trípodes; donde los muebles de los videos coinciden con los muebles del domicilio. Y se verifica que en los videos aparece la acusada y su conviviente introduciendo objetos en los genitales de una menor de edad.

Luego la Corte desarrolla su argumentación en base al principio de legalidad de los delitos entendido como que *“... nadie puede ser juzgado por un acto que no se encuentre previamente previsto como delito ni puede ser juzgado si previamente no se ha dictado la ley que determine el procedimiento a observarse para juzgar la conducta ilícita.”*<sup>431</sup> A la fecha del cometimiento del

---

<sup>431</sup> Registro Oficial Suplemento N° 144 2006, Expediente 527-2005. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

delito, no se encontraba tipificada la pornografía infantil y por lo tanto la figura que a la convicción del Tribunal Penal cabía en este caso era la de la incitación a actos obscenos.

La Corte acepta la gravedad del delito y las obligaciones internacionales respecto a los Derechos del Niño, pero a la fecha no estaba tipificado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Vale la pena reproducir las palabras de la Corte de Casación:

...vale recordar que en la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por el Ecuador el 23 de marzo de 1990, a la que alude la representante del ministerio público, en el Art. 34 se establece como compromiso de los Estados Parte el adoptar medidas legislativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso incluido el abuso sexual y, precisamente el legislador ecuatoriano ha ido paulatinamente modificando su legislación, así se puede destacar el principio de interés superior del niño, consagrado en la Constitución en el Art. 48 en el año de 1998, el concepto de explotación sexual consagrado en el Art. 69 del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero del 2003; y la Reforma al Código Penal publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio del 2005 por la que se agregan dos capítulos a continuación del Capítulo III del Título VIII del Libro Segundo, uno denominado de los delitos de explotación sexual, constando entre otros, el Art. 528.7 que tipifica y sanciona la producción, comercialización de imágenes pornográficas; disposiciones todas vigentes a esta fecha, pero que no tienen el carácter de irretroactivo y que no pueden ser invocadas en el caso.<sup>432</sup>

Ahora bien, hay dos cuestiones que debemos tomar muy en cuenta en este caso que son los siguientes: primero, la Corte no se pronuncia respecto al argumento de la Fiscalía sobre si era procedente aplicar el delito de violación y ni siquiera dice porqué lo rechaza, simplemente ni lo menciona; y lo segundo, que si bien no estaba tipificado el delito de pornografía infantil, el Ecuador tenía un compromiso internacional vigente respecto a los Derechos de los Niños que al no cumplirlo incurrió en responsabilidad internacional.

En cuanto al primer punto, la Constitución de 1998 (vigente en aquella época) consagraba el deber de las autoridades a motivar sus decisiones como parte del derecho a un debido proceso<sup>433</sup>. Todos los funcionarios públicos estaban obligados a cumplir con la motivación, más aún los jueces por su relación directa con los derechos de la población. Sin embargo, la Corte en este caso resuelve

<sup>432</sup> Registro Oficial Suplemento N° 144 2006, Expediente 527-2005. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>433</sup> Art. 24 # 13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Constitución del Ecuador 1998.

simplemente argumentando que no hay crimen sin ley y que a la fecha no estaba tipificada la pornografía infantil. La Fiscalía pedía que a la acusada se la sancione por el delito de violación, que fue comprobado por las pruebas aportadas. Sin embargo la Corte no dice nada respecto a los argumentos de la Fiscalía, ni siquiera el porqué no los acepta.

Podría interpretarse implícitamente que la única interpretación correcta en este caso (y en los casos similares) es que mientras no exista la tipificación del delito de pornografía infantil, a los acusados por hechos similares se les deberá juzgar por el delito de incentivo a la obscenidad. Esta interpretación se desprendería del estatus de la Corte Suprema como vértice de la pirámide judicial<sup>434</sup> y por lo tanto con la autoridad que le brinda el ordenamiento jurídico para decir cuál es la correcta interpretación de las disposiciones normativas<sup>435</sup>.

Por otro lado, también sería el sesgo de la casación (de no revisar los hechos sino solo el derecho), que ha hecho que la Corte decida no pronunciarse sobre la violación. Aunque la fiscalía aportó pruebas fehacientes del cometimiento de este delito, la Corte hace caso omiso de ello, dejando en la impunidad una violación consumada y probada. Como el mismo Calamandrei lo temió, la casación llegó a un camino de "... *reducción de la justicia a un juego de lógica formal...*"<sup>436</sup>. La Corte de Casación se vendió los ojos frente a los hechos probados en este caso.

Sobre las obligaciones adquiridas por la Convención Sobre Derechos del Niño, vinculante para el Ecuador desde el 23 de marzo de 1990, podemos decir que de acuerdo al principio de *pacta sunt servanda*<sup>437</sup> se comprometió a cumplir con las disposiciones de la referida Convención y por lo tanto su omisión podría considerarse como un hecho internacionalmente ilícito susceptible de responsabilidad<sup>438</sup>. Como muy bien lo ha resaltado la misma Corte de Casación, el Estado

---

<sup>434</sup> La Corte Suprema es jerárquicamente la última autoridad en decir qué significa el Derecho. Cfr. TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Ob. cit pp 92.

<sup>435</sup> En las palabras de Taruffo "Esta función se desarrolla con ocasión del examen de decisiones sobre casos concretos, pero está destinada a definir el <significado propio> de la norma, más que a verificar si ésta ha sido correctamente aplicada en el caso concreto. Al interpretar, la Corte debería tener en cuenta también (o quizás principalmente) las futuras aplicaciones de la norma... debería tener en la mira la individualización del <significado general> de ella, más que la verificación del uso que se le ha dado en el caso concreto." TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Ob. cit pp 93.

<sup>436</sup> Citando a Calamandrei, HITTERS, Juan Carlos. Ob. cit pp 132.

<sup>437</sup> Art. 26. "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados 1969.

<sup>438</sup> La Comisión de Derecho Internacional establece algunos parámetros sobre responsabilidad internacional basado en casos precedentes de la Corte Internacional de Justicia como *Phosphates in Morocco*, *Factory at*

ecuatoriano adquirió una obligación de adecuar su marco legislativo a las directrices de la Convención. Lamentablemente el legislador no fue suficientemente diligente y solo en el año 2003 publicó un Código de la Niñez conforme a la Convención de los Derechos del Niño. Aunque el legislador se haya demorado el Ecuador ya tenía un compromiso desde 1990. Incluso en la Constitución de 1998 se llegó a consagrar como un principio perteneciente al ordenamiento jurídico el Principio del Interés Superior del Niño. Esta responsabilidad no le correspondía directamente a la Corte Suprema, sino al Cuerpo Legislativo, sin embargo el Ecuador en general es responsable de que los derechos de los niños sean respetados.

A pesar de ello, la Corte pudo haber hecho una interpretación más acorde a los parámetros internacionales en defensa del Principio del Interés Superior de los niños en este caso. El compromiso del Estado ecuatoriano era que eventos como este no ocurran, es una violación a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes desconocer que la pornografía infantil exista en este caso. Aquí evidenciamos la cultura jurídica fetichista legal, el Estado llega a pensar que si el supuesto de hecho no existe en la ley, el problema no existe en la realidad. El fin de la Convención Sobre Derechos del Niño no es que tan solo se legisle sobre niñez y adolescencia, sino que se efectivicen los derechos de este sector de la población. Además se debe tomar en cuenta que éstos pertenecen a un grupo de vulnerabilidad y por lo mismo deben ser protegidos en el actuar del Estado<sup>439</sup>. Se podría pensar que una posición laxa ante la pornografía infantil podría no ser efectiva en su interdicción. Así que, si la Corte de casación decidió (sin motivación alguna y mediante una analogía) que la interpretación correcta en casos de pornografía infantil ocurridos en la época que no existía ese tipo penal, debían subsumirse en el tipo de incitación a la obscenidad (menos riguroso); entonces, con el mismo argumento de autoridad, podían haber decidido que se subsuma en un delito más riguroso, con el fin de que (ejemplificativamente) se prohíba la pornografía infantil. De esta forma la Corte pudo haber salvado la ineptitud del legislador y bien podía haber interpretado la Constitución y la Convención Sobre Derechos del

---

*Chorzow, Corfu Channel, etc.* y en su proyecto de código establece: en el artículo 1. Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional. Y en el artículo 2. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) es atribuible al Estado según el hecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado. CRAWFORD, James. *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. Dykinson. Madrid. 2004. Pps 115-119.

<sup>439</sup> Así lo concibió la Constitución de 1998 que en la sección de los derechos de los grupos vulnerables estableció: Art. 47.- en el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes... Constitución del Ecuador 1998.

Niño según el principio de unidad de la Constitución<sup>440</sup> para proscribir la pornografía infantil. Entonces hubiese salvado la responsabilidad internacional que el Ecuador incurrió en este caso, al no ser enérgico en la interdicción de la pornografía infantil.

Como factor común de todos los casos mencionados podemos decir que: (i) el recurso de casación es eminentemente formal, no se aceptan los recursos que no cumplan con los requisitos determinados en la ley (incluyendo la obligación de explicar la relación de la actuación del juez *a quo* y la indebida aplicación de la ley; (ii) la no revisión de hechos, el recurso solo se encarga de verificar si ha habido una errónea aplicación del Derecho; (iii) principio de legalidad exacerbado, la competencia de la Corte está limitada a las facultades señaladas en la ley de casación y en ella no se encuentra la obligación de verificar la constitucionalidad de las sentencias, se llega entonces a la conclusión descabellada de que la Constitución no vincula a la Corte mientras la ley de casación no lo diga; (iv) multas arbitrarias, nunca se uniformizó el criterio de la Corte para imponer multas por el uso inadecuado del recurso, lo que generó una incertidumbre sobre la institución; (v) justicia es igual a legalidad, la casación no defiende una justicia material sino que entiende que defender la legalidad es esencialmente justo, como si ley fuese sinónimo de justicia; (vi) control de motivación, en ciertos casos la Corte evalúa cómo el juez inferior ha valorado las pruebas y en caso de encontrar contradicciones anula la sentencia dictando una nueva sentencia; (vii) peso gravitante de la doctrina, en mucha jurisprudencia se citan los criterios de famosos autores de procesal civil, aceptando sin ninguna crítica sus postulados; (viii) Corte descoordinada, los argumentos que una Sala utiliza no son los mismos que esgrime otra Sala, no puede haber uniformidad de jurisprudencia con criterios dispares; (ix) cultura jurídica, la Corte Suprema afirma postulados que encajan en el positivismo ideológico, en el positivismo teórico y se mantienen en el esquema del Poder Judicial como Poder nulo; (x) principio dispositivo, la Corte no puede defender la legalidad más allá de lo que el recurrente propuso en su demanda de casación; (xi) motivación no comunicativa, la Corte se ha caracterizado por escribir sentencias extensas que son difíciles de entender (aún más complicado para un ciudadano que desconoce de la Ciencia Jurídica); y, (xii) interpretación constitucional, aunque no lo ha hecho muy seguido, la Corte ha hecho interpretaciones constitucionales de principios que han superado la aplicación de reglas legales.

---

<sup>440</sup> La unidad de la Constitución es un principio de interpretación constitucional que manifiesta: *la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.* Sentencia 5854-2005-AA párrafo 12, del Tribunal Constitucional del Perú.

### 3.1.2 Derrotabilidad: la solución a la casación formal

La casación parte del supuesto que la ley es siempre clara y exacta. Por eso, su trabajo es defender la literalidad de la ley. Pero ya muchos estudios han desvirtuado que exista una absoluta claridad del texto de la ley. Se le atribuye a H.L.A. Hart las primeras tesis en resaltar la indeterminación en el lenguaje del Derecho, y por lo tanto la imposible claridad de la literalidad de la ley. Hart dice que es una característica del ser humano (y por lo tanto del legislador) que haya dificultad en expresarse sin ambigüedades y de forma abstracta (por adelantado) por dos motivos, porque no se pueden conocer todos los hechos por anticipado y porque tampoco se pueden conocer todos los propósitos con anterioridad<sup>441</sup>. Solo si se podrían conocer todas las posibles combinaciones de circunstancias y éstas fueran finitas, entonces se podrían prever todos los eventos. Pero eso no es posible en el mundo real y por lo tanto “... los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar.”<sup>442</sup> Luego, una primera conclusión es que el Derecho se expresa en lenguaje y éste acarrea inevitablemente una vaguedad potencial en él<sup>443</sup>.

Dicho esto, debemos aceptar que existe un nivel de indeterminación en el Derecho. Para Paolo Comanducci el nivel de indeterminación depende de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de una norma. Existe total determinación del Derecho si se conocen las consecuencias jurídicas de todas las acciones, y viceversa hay una total indeterminación del Derecho si no se conocen las consecuencias jurídicas de ninguna acción<sup>444</sup>. Además existe distinción en el tiempo de la acción, si se desconocen las consecuencias antes de la acción hay una indeterminación *ex ante* (un razonamiento en abstracto), y si se desconoce las consecuencias después de la acción será *ex post*<sup>445</sup>. Estos serán parámetros que nos contribuirán a distinguir la indeterminación del Derecho.

La indeterminación del Derecho también se relaciona con los llamados casos fáciles y casos difíciles. Así, una primera distinción, desde una perspectiva positivista, se da entre los casos regulados (existe regla aplicable) y casos no regulados (no existe regla aplicable); o también

<sup>441</sup> Cfr. HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1963. Pp 160.

<sup>442</sup> HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Ob. cit pp 160.

<sup>443</sup> Cfr. *Ibíd.*

<sup>444</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho*. En *Doxa* N° 21, Volumen II. 1998. Pp 101.

<sup>445</sup> *Ibíd.*

conocidas como lagunas del Derecho que serán zanjadas por la discrecionalidad del operador<sup>446</sup>. Sin embargo, la discrecionalidad responde a un acto de voluntad, permitido por el sistema, y no a un acto aplicativo del sistema. El problema se plantea por el hecho de concebir al sistema jurídico compuesto únicamente por reglas. En una visión postpositivista existen casos fáciles y casos difíciles<sup>447</sup>. Los casos fáciles serán aquellos que se puede desprender una solución de la aplicación de una regla y esta debe ser lógicamente compatible con las demás reglas sistemáticas y coherente con los valores del ordenamiento. Por su parte, los casos difíciles son aquellos que no se puede dar una solución desde la aplicación de una regla (porque no la hay o su consecuencia no es adecuada) y se debe buscar una respuesta desde un razonamiento práctico con deliberación y justificación. Ahora, podemos decir que los casos no regulados no necesariamente son casos difíciles, porque podrían obtener una respuesta aceptable a través del uso de los principios (coherencia con los valores del ordenamiento). Incluso podría suceder que casos regulados se tornen en difíciles porque el supuesto de hecho encaje en una consecuencia que podría ser deleznable para los valores del sistema. Alfonso García Figueroa nos propone el siguiente ejemplo: una regla en el ordenamiento jurídico español prohíbe que los adolescentes donen órganos, incluso cuando ellos consientan la donación. Luego, una niña sevillana, llamada Noara, nace con un problema hepático. Su única cura era un transplante de un segmento hepático y se comprobó que la madre de la niña era la donante idónea, pero la madre era adolescente. La simple subsunción de la regla hubiese impedido el transplante y permitido la muerte de la recién nacida<sup>448</sup>. Finalmente se debe admitir que, en un Estado Constitucional, no se pueden cerrar las condiciones de las reglas porque las normas trabajan bajo un razonamiento práctico no compatible con la lógica monotónica<sup>449</sup>.

Una solución extrema, propuesta para resolver la indeterminación del Derecho, fue recurrir a los principios para encontrar la única respuesta correcta; idea defendida por Ronald Dworkin. Como ya se había mencionado en páginas anteriores, la tesis sobre derechos de Dworkin distingue la existencia de normas que no son reglas y que tienen un contenido moral<sup>450</sup>. Para desarrollar su

<sup>446</sup> Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep. *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. En LIFANTE VIDAL, Isabel (Ed.). *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Palestra. Lima. 2010. Pp 28.

<sup>447</sup> Ídem. Pp 29.

<sup>448</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Ob. cit pps 152 y 153.

<sup>449</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Ob. cit pps 153 y 154.

<sup>450</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ob. cit Pp 23.

teoría, Dworkin imagina a un juez filósofo (con capacidades sobrehumanas) hábil para articular la intención de la legislación y los principios jurídicos, al que lo denomina juez Hércules<sup>451</sup>. Entonces este juez (muy perspicaz), utilizará argumentos de principio<sup>452</sup> para resolver casos difíciles y con ello afirma que no se atribuya competencias legislativas (conferida solo al Parlamento) ni que cree nuevos derechos para el caso (eso implicaría desconocer el derecho a la igualdad)<sup>453</sup>. Además, la actuación previa de la institución judicial implica una moral implícitamente vinculante, con la que deberá ser coherente Hércules al dictar sentencias<sup>454</sup>. Adicionalmente, los casos difíciles podrían enfrentar las posiciones de la moral popular con la posición que Hércules tome, pero su decisión estaría fundada en que la moral social es incompatible con la moral constitucional; esta última es la obligación de que los derechos se interpreten de forma coherente con los principios que soportan a las instituciones<sup>455</sup>. En resumen podemos afirmar que Dworkin hace tres postulados<sup>456</sup>: el Derecho no solo comprende reglas, los casos claros se pueden resolver con la mera aplicación de reglas válidas, pero los casos difíciles se solucionan por argumentos de principio o de política; no se puede dibujar una frontera exacta entre Derecho y moral, cuando se acepta que en el Derecho existen principios y reglas, no se puede hacer diferencia de lo que el Derecho es y de lo que éste debe ser; y, los jueces no crean Derecho, porque los jueces no tienen discrecionalidad, ni en los casos más difíciles, estarán conminados a encontrar la única respuesta correcta cuando observen todo el ordenamiento jurídico y se guíen por la luz de la mejor respuesta política.

El debate sobre derrotabilidad o indeterminación del Derecho sigue siendo muy discutido en la actualidad. Hay autores que aceptan un nivel de derrotabilidad contingente<sup>457</sup> y otros quienes adoptan una derrotabilidad total de cualquier norma del ordenamiento jurídico<sup>458</sup>; no obstante, existe una idea común respecto a la insuficiencia de la lógica deductiva para responder a los casos

<sup>451</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 1995. Pp 177.

<sup>452</sup> Dworkin afirma que “*Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo.*” Ídem. Pp 148.

<sup>453</sup> Ídem. Pps 151 y 152.

<sup>454</sup> Ídem. Pps 153-156.

<sup>455</sup> Ídem. Pp 203.

<sup>456</sup> Cfr. HARRIS, J.W. *Legal Philosophies*. Butterworths & Co. Londres. 1992. Pps 173-186.

<sup>457</sup> Por ejemplo MORESO, José Juan. *Principio de Legalidad y causas de justificación*. En *Doxa* N° 24, 2001. Pp 545. También en BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. En *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N°13, octubre 2000. Pp 117

<sup>458</sup> Como nos dice Alfonso García Figueroa: “*...se considerará que la derrotabilidad de los principios jusfundamentales y, por irradiación, la derrotabilidad de todas las normas del ordenamiento jurídico, es la manifestación en el plano deontológico de intensa carga axiológica que incorporan los ordenamientos jurídicos constitucionalizados.*” GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad*. Ob. cit pps 20,21.

difíciles en el sistema jurídico. Pues si concebimos a las reglas jurídicas únicamente como premisas lógicas, solo éstas podrán llevar a una conclusión. Esta es la lógica monotónica, la misma que no acepta que se extraigan conclusiones de excepciones no previstas de antemano<sup>459</sup>. Esto se debe a que en el razonamiento cotidiano se utilizan generalizaciones típicas que no pueden ser cuantificables y por lo tanto no pueden ser una premisa exacta<sup>460</sup>. O en otras palabras, el sistema jurídico no contiene únicamente reglas exactas, sino también valores y propósitos; esto impide que el razonamiento práctico se reduzca a la simple argumentación deductiva<sup>461</sup>. Dworkin ya lo había advertido, al proponer la existencia de reglas y principios. Sin embargo Dworkin pensaba que reglas y principios eran totalmente diferentes. No obstante a ello, hoy en día se habla de que no existe una manera exacta de diferenciar reglas y principios, sino que la distinción deviene de su razonamiento práctico. Así en ocasiones reglas podrán operar como principios y principios como reglas en función de su interpretación y argumentación<sup>462</sup>.

Por otro lado también es una idea aceptada entre los filósofos del Derecho que las normas jurídicas no pueden prever todas las excepciones a su validez<sup>463</sup>. Por este motivo, Alfonso García Figueroa llega a proponer que toda norma jurídica tiene una propiedad disposicional que actuará frente a las excepciones que se presenten en cada caso concreto<sup>464</sup>.

Finalmente se debe aceptar que la tesis de la derrotabilidad encuentra su fundamento en la moral. Como ya lo había mencionado el español Alfonso García Figueroa, el Derecho pretende encontrar su corrección, con bases éticas, por la irradiación de los principios iusfundamentales y a través de

<sup>459</sup> Cfr. BAYÓN, Juan Carlos. Ob. cit pp 92.

<sup>460</sup> Cfr. Ibíd.

<sup>461</sup> Según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero el Derecho es “...una estructura de dos niveles...parece comúnmente asumido que el primero de esos niveles está integrado por reglas que resultan derrotables por consideraciones derivadas de los valores y propósitos- o, por decirlo más sumariamente, de los principios- que integran el segundo nivel.” ATIENZA, Manuel; y RUIZ MANERO, Juan. *Reglas, Principios y Derrotabilidad*. En ATIENZA, Manuel; y RUIZ MANERO, Juan. *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*. Palestra- Temis. Lima- Bogotá. 2009. Pp 230.

<sup>462</sup> Esta es la llamada tesis débil de separación entre principios y reglas, donde “... las normas son (configuradas como) principios o reglas en función de la manera de su interpretación y aplicación, en función de la manera de argumentar a partir de ellas, o de solucionar los conflictos entre ellas.” COMANDUCCI, Paolo. *Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho*. Ob. cit pp 94.

<sup>463</sup> Atienza y Ruiz Manero nos presentan como ejemplo: “Pensemos en una regla que prohíbe la entrada de vehículos en un determinado parque...[pero] en el que penetra ahora una ambulancia para recoger a un herido que podría desangrarse de no recibir una asistencia inmediata.” ATIENZA, Manuel; y RUIZ MANERO, Juan. *Reglas, Principios y Derrotabilidad*. Ob. cit pp 244.

<sup>464</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. Ob. cit Pps 215,216.

la argumentación<sup>465</sup>. Pero la moral no se debe entender como un objeto acabado que puede ser simplemente descubierto por los operadores jurídicos (cognoscitismo), sino como un proceso constructivo a través de la deliberación<sup>466</sup>.

Ahora bien, una vez que hemos esbozado una idea de derrotabilidad, confrontaremos estos postulados con los fines de la casación ecuatoriana. Primero podemos afirmar que la casación, a través de jurisprudencia<sup>467</sup> y de lo que opinan algunos doctrinarios<sup>468</sup>, es la defensa de la legalidad. Esta perspectiva nos indica que se concibe al ordenamiento jurídico como un conjunto de reglas (mas no principios) capaces de ser subsumibles bajo una lógica monotónica. El papel que juega la Corte de Casación es controlar que las premisas lleguen lógicamente a las conclusiones, en este esquema de reglas. Sin embargo cuando la Corte Suprema debe resolver casos difíciles su respuesta se reduce al argumento de autoridad, pues tiene la obligación de fallar aún cuando el sistema tenga indeterminaciones<sup>469</sup>. Pero como hemos visto las normas jurídicas tienen su limitación por la naturaleza del lenguaje y por la incapacidad para prever todas sus excepciones. Los jueces pueden apartarse del exacto cumplimiento del texto legal a través del uso de principios, o tal vez de principalizar las reglas a través de la argumentación. Esto sería posible únicamente si se concibe a la casación como medio para optimizar la vigencia de derechos fundamentales. Pero esto contradeciría el mismo origen de la institución casación.

Por otro lado, para desentrañar la problemática de la casación frente a los casos difíciles trataremos de dar una respuesta coherente al Estado Constitucional, sobre el Expediente N°527-05<sup>470</sup>. Empezaré enunciando un breve resumen del caso para recordar: Jessenia Cecibeth Resabala Solórzano pertenecía a una red de pornografía infantil que comercializaba los videos en Florida. El

---

<sup>465</sup> Cfr. *Ibíd.*

<sup>466</sup> García Figueroa sigue los pensamientos de Carlos Nino sobre el constructivismo ético y afirma su tesis central: “... el constitucionalismo ha aproximado el Derecho a la moral (a través de la incorporación de elementos morales al Derecho en lo que podría denominarse un caso de deixis ética) y el constructivismo ético ha aproximado la moral al Derecho porque la moral ha dejado de ser un dominio individual y confinado a la conciencia de cada uno para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento.” GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad*. Ob. cit pp 20.

<sup>467</sup> Como lo dice textualmente: la casación mira a la defensa de la ley. Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pág. 2981. 27 de febrero de 1998. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>468</sup> Cfr. MORELLO, Augusto M. *La Casación*. Ob. cit Pps 11-13.

<sup>469</sup> Así lo prevé el **Art. 18.**- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. Código Civil del Ecuador codificación 2005.

<sup>470</sup> Registro Oficial Suplemento N° 144 2006, Expediente 527-2005. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

delito de pornografía infantil no estaba tipificado en la legislación penal ecuatoriana y por lo tanto la acusada es sentenciada por el delito de incitar a una menor de catorce años a la ebriedad o a la práctica de actos obscenos o de facilitarle la entrada a los prostíbulos u otros centros de corrupción como cines o teatros que brinden espectáculos obscenos (sancionado con prisión de tres años). Nos encontramos frente a un caso no regulado, ex post y difícil porque su solución no se deriva de ninguna regla del sistema y más bien requiere de una intensa justificación.

Conviene preguntarse cuál es la posición del ordenamiento jurídico frente a esta indeterminación, pues a la época no existía ley que penara la pornografía infantil. Pero si existía el principio de legalidad de los delitos “... *nadie puede ser juzgado por un acto que no se encuentre previamente previsto como delito ni puede ser juzgado si previamente no se ha dictado la ley que determine el procedimiento a observarse para juzgar la conducta ilícita.*”<sup>471</sup> Si recurriéramos a José Juan Moreso nos diría que la el principio de formulación de tipos penales debería ser lo más claro y taxativo posible caso contrario se afectaría a la autonomía personal<sup>472</sup>. Por lo tanto no se podría sancionar a Jessenia Cecibeth Resabala, porque se debe mantener la seguridad jurídica del ordenamiento para que todos puedan saber cómo desarrollar su autonomía personal.

Por otro lado Alfonso García Figueroa nos podría decir dos cosas: (i) según el principio de prohibición en sentido fuerte, se entendería que todo lo que no está prohibido está permitido expresamente por una norma, siempre que exista una regla que lo presuma así<sup>473</sup>. El Ecuador ha incorporado esa regla en el Código Civil<sup>474</sup>, por lo tanto se acepta el principio de prohibición en

<sup>471</sup> Registro Oficial Suplemento N° 144 2006, Expediente 527-2005. Quito. Lexis S.A. –Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana en Internet.

<sup>472</sup> La taxatividad penal es “...*parte del ideal ideal ilustrado de certeza del Derecho. Sólo leyes claras, precisas y cognoscibles por sus destinatarios permiten a los seres humanos elegir y trazar sus planes de vida con garantías... porque ésta es una forma de mostrar respeto por su autonomía personal, puesto que una las dimensiones de la autonomía personal es precisamente la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo.*” MORESO, José Juan. *Principio de Legalidad y causas de justificación*. Ob. cit pp 532.

<sup>473</sup> En una obra que analiza el trabajo de Juan José Moreso(1997), García Figueroa propone que: “*Si el principio de prohibición dice <todo lo que no está prohibido, está permitido en sentido fuerte>, entonces el principio de prohibición es falso, porque no es cierto que siempre que una acción no está prohibida exista necesariamente una norma que la permita expresamente. Esto sólo sucede en los sistemas jurídicos que hayan incorporado expresamente el principio de prohibición tal como acaba de ser interpretado.*” GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso)*. En *Anuario de Filosofía del Derecho (Nueva época)*, Tomo XV, 1998. Pp 3.

<sup>474</sup> Art. 8.- A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley. Código Civil del Ecuador codificación 2005.

sentido fuerte. Y (ii) una norma extremadamente injusta no puede ser parte del Derecho<sup>475</sup>. Consiguientemente nuestro autor nos diría que al existir un principio de prohibición en sentido fuerte, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no prohibía la pornografía infantil, incluso la permitía mediante una norma expresa; pero esta norma sería extremadamente injusta y no admisible en un Estado Constitucional (rematerializada con derechos fundamentales) por lo tanto ni siquiera pertenecería al ordenamiento jurídico.

Empero, solo hemos encontrado que la pornografía infantil no estaba expresamente permitida en el Ecuador, pero aún no hemos descubierto si estaba manifiestamente prohibida. Si hacemos una interpretación del Principio del Interés Superior de los Niños, constitucionalizado en la época del caso<sup>476</sup>, podríamos decir que su mandato de optimización<sup>477</sup> ordenaba que el Estado ecuatoriano debía promover de la mejor manera posible (dentro de sus posibilidades fácticas y jurídicas) el mayor desarrollo integral de niños y adolescentes. Además el Constituyente tuvo la voluntad de fijar parámetros más tuitivos a niños y adolescentes porque los consideraba parte de un grupo de vulnerable<sup>478</sup>. Ahora bien, a primera vista este principio parecería estar en colisión con el principio de libertad. Entenderíamos el derecho a la libertad como aquel que a nadie se le puede obligar a hacer algo prohibido ni se le puede privar de hacer algo no prohibido<sup>479</sup> y puesto que la pornografía infantil no está prohibida por la ley se encontraría en el ámbito de libertad. Pese a ello debemos determinar si producir pornografía infantil era un fin legítimo dentro del ámbito del derecho a la libertad. Si hubiese sido un fin legítimo entonces nos hubiéramos encontrado ante una verdadera colisión de derechos en cuyo caso hubiésemos tenido que encontrar una respuesta

---

<sup>475</sup> Siguiendo a Radbruch y a Fuller García Figueroa propone que: “Una Norma extremadamente injusta no puede formar parte del Derecho y ello porque tal norma ha perdido toda disposición para formar parte de un discurso justificatorio y el Derecho es, pese a sus singularidades, un discurso justificatorio.” GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad*. Ob. cit pp 21.

<sup>476</sup> Art. 48.- Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás. Constitución del Ecuador 1998.

<sup>477</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Ob. cit pp 143.

<sup>478</sup> Art. 47.- En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad... Constitución del Ecuador 1998.

<sup>479</sup> Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 4. La libertad. Todas las personas nacen libres... Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. Constitución del Ecuador 1998.

a cuál de ellos debe primar a través de la ponderación<sup>480</sup>. Pero no hace falta llegar a ponderar porque la pornografía infantil era (y es) un acto degradante que atenta contra los derechos a la integridad<sup>481</sup>, a la honra<sup>482</sup>, a la salud<sup>483</sup> y en general nunca fue congruente con el marco axiológico del Estado<sup>484</sup>. Así finalmente podemos decir que la pornografía infantil estaba expresamente prohibida por ser manifiestamente incompatible con el marco axiológico constitucional y no es un ejercicio legítimo del derecho a la libertad.

Hasta ahora hemos respondido a dos cuestiones: no había regla que permitiera expresamente la pornografía infantil, y, por ser axiológicamente incompatible con el Estado Constitucional ecuatoriano, no era un ejercicio legítimo de la libertad, por lo que se entendería prohibida. Pese a ello no hemos respondido todavía si era posible establecer una sanción penal, puesto que no existía regla que permitiera imponer una. No aceptamos la respuesta del realismo jurídico<sup>485</sup> que proponía que el juez podía crear Derecho en función de ideologías, emociones y corazonadas<sup>486</sup>.

<sup>480</sup> Como dice Prieto Sanchís refiriéndose a la actuación del Tribunal Constitucional español y sobre el primer paso de la ponderación se debe encontrar: “...que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin... o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de comparación.” PRIETO SANCHÍS, Luis. *El juicio de ponderación constitucional*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel. *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador. Quito. 2008. Pp 109.

<sup>481</sup> Art. 23.- 2. La integridad personal. Se prohíbe... todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral... El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes... Constitución del Ecuador 1998.

<sup>482</sup> Art. 23.- 8. El derecho a la honra... a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona. Constitución del Ecuador 1998.

<sup>483</sup> Art. 23.- 20. El derecho a una calidad de vida que asegure la salud. Constitución del Ecuador 1998. Además la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a la salud implica el más alto goce de bienestar físico, mental y social. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 117

<sup>484</sup> Prieto Sanchís, al referirse sobre los fines legítimos nos aclara que: “... de manera que se acepten como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico.” PRIETO SANCHÍS, Luis. *El juicio de ponderación constitucional*. Ob. cit pp 109.

<sup>485</sup> Para Alfonso García Figueroa el realismo piensa que “... el Derecho se halla indeterminado, que los lenguajes naturales son tan imprecisos; todo es pura interpretación, entonces quizá el Derecho diga tan poco, que un jurista hábil pueda hacerle decir cualquier cosa... entonces debemos suponer que el Derecho realmente no dice absolutamente nada y no puede ser considerado una guía de nuestras acciones. Sólo podemos intentar predecir qué es lo que los jueces en su momento decidirán. Esta pesadilla se llama realismo jurídico y también *Critical Legal Studies*.” GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso)*. Ob. cit pp 4.

<sup>486</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit pp 44.

Pero si decimos que el Derecho es un razonamiento práctico<sup>487</sup> del discurso moral<sup>488</sup> entonces podríamos encontrar una respuesta en este caso concreto.

Encontramos en el ordenamiento jurídico que existe la prohibición de la interpretación extensiva en materia penal<sup>489</sup>, que sería una concretización del principio de legalidad y seguridad jurídica. Este sería un principio formal, o, en los términos de Fuller, parte de la moral interna del Derecho<sup>490</sup>. Además, este principio formal tiene conexión con la libertad general de las personas al poder determinar el ámbito de su autonomía personal (principio material), así cumple la llamada “ley de la conexión”<sup>491</sup> y tiene peso suficiente para enfrentarse a otro principio material. Por otro lado tenemos el principio material del Interés Superior de los niños y adolescentes, que junto con los principios de integridad, honra y salud, protegen sustancialmente el mayor desarrollo integral de niños y adolescentes. Tendríamos entonces dos principios en colisión, uno formal frente a uno material. Tal vez podríamos hallar una respuesta a nuestro caso si efectuamos una ponderación entre ambos principios.

Para ello debemos considerar lo que Alexy define como el margen de acción epistémico. Según esta teoría, el Estado se desarrolla bajo un marco estructural y un margen epistémico. Éste último es aquel en el que se desconoce lo que está ordenado, prohibido o confiado a la libertad de decisión del legislador por los derechos fundamentales<sup>492</sup>. Es decir, los derechos fundamentales señalan el marco estructural y el límite de lo indisponible para la competencia del procedimiento legislativo y por lo tanto también fijan el espacio en el que tiene legitimidad de actuación el juez para tutelar derechos. El problema surge porque no existe un límite preciso entre los derechos fundamentales y el margen de acción del legislador; o en otras palabras, límite entre principios materiales y principios formales. Por eso Alexy propone una solución intermedia a través de la

---

<sup>487</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Ob. cit pp 24.

<sup>488</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit pp 44.

<sup>489</sup> Art. 4.- Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. Código Penal del Ecuador codificación 1970.

<sup>490</sup> Fuller señala como principios de la moral interna del Derecho la generalidad, publicidad, claridad, coherencia, estabilidad, irretroactividad y posibilidad de cumplimiento; y congruencia de aplicación oficial. Cfr. FULLER, Lon. *The Morality of Law*. Pp 33.

<sup>491</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 560.

<sup>492</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 547.

ponderación entre principios formales y principios materiales<sup>493</sup> a la que llama “*ley epistémica de la ponderación*”<sup>494</sup>. Así, puesto que conocemos los hechos fácticos del caso aplicaremos el margen epistémico de tipo empírico<sup>495</sup>, mutatis mutandis podríamos decir que: cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza del cumplimiento del fin del principio formal que lo sustenta<sup>496</sup>. La fórmula entonces sería:

$$GPi, jC \equiv \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} \quad 497$$

Ahora asignando los valores de nuestro caso en concreto siendo “i” el principio del interés superior de los niños y “f” el principio formal de no interpretación extensiva de la materia penal:

$$i, f \equiv \frac{4 \cdot 4 \cdot 4}{4 \cdot 4 \cdot 2} \equiv \frac{64}{32} \equiv \frac{2}{1}$$

He asignado para el principio del interés superior de los niños como intensidad de intervención grave (4) porque en este caso la no penalización de la pornografía infantil es una intervención alta sobre el principio, el peso en abstracto lo he asignado como importante (4) por la consideración de la vulnerabilidad de los niños y adolescentes, y la seguridad de que las apreciaciones empíricas como totalmente cierto (4) por las pruebas que se han presentado en el caso y la afectación que tuvieron las adolescentes involucradas. Sobre el principio formal de prohibición de interpretación extensiva en materia penal he asignado la intervención como grave (4) por que la penalización no prevista en la ley sería una intervención alta en este caso, el peso en abstracto lo he asignado como importante (4) por la trascendencia que tiene la seguridad jurídica en la autonomía personal, y la seguridad de las apreciaciones empíricas como plausible (2) porque el fin de la seguridad jurídica es permitir el desarrollo de la autonomía personal para de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo, pero en un plano legítimo; y en este caso no es un ejercicio legítimo de la libertad personal. Así finalmente podemos decir que el principio material del Interés Superior

<sup>493</sup> Como dice Alexy: “*el problema del margen de acción epistémico o cognitivo puede solucionarse mediante ponderaciones entre principios formales y materiales.*” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 547.

<sup>494</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 552.

<sup>495</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 560.

<sup>496</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 553.

<sup>497</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 554.

de los niños prevalece sobre el principio formal de prohibición de interpretación extensiva en materia penal.

No obstante, esto no quiere decir que el juez pueda crear una pena a su antojo para sancionar la pornografía infantil. Al haber vencido la prohibición de interpretación analógica se podría interpretar, como lo había propuesto la Fiscalía, que en el caso ocurrió una violación y la acusada podía haber sido sancionada por este delito. No sería una decisión tomada por la emoción del juez, sino que de los hechos del caso se desprenden que hubo una violación, pero por la interpretación analógica se sanciona con la misma pena, a la pornografía infantil. Adicionalmente, podemos apuntar que el razonamiento justificado en estas páginas es menos arbitraria que la simple decisión (sin justificación alguna) de imponer a la acusada la sanción por incitación a la obscenidad que la Corte Suprema, quienes asumieron que ese criterio era el adecuado por la simple autoridad de la Corte.

En todo caso también podemos ensayar una segunda respuesta menos controversial que la antes señalada. Como lo expone Dworkin, el juez debe tener la capacidad para mirar en todo el ordenamiento jurídico y articular su motivación<sup>498</sup>. Al no poder establecer una sanción penal, la Corte pudo haber recurrido a la regla general de reparación de daños, determinada en el Código Civil<sup>499</sup>, y haber establecido una sanción civil que ejemplifique la prohibición de la pornografía infantil. Esta sanción se hubiese traducido en una indemnización sustanciosa que, de cierta forma, pudo haber manifestado la posición del Ecuador frente a la pornografía infantil; una suerte de daños punitivos y ejemplificadores<sup>500</sup>. Es decir, el juez tiene competencia únicamente para

<sup>498</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ob. cit Pp 203.

<sup>499</sup> Art. 2229. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona de ser reparado por ésta. Código Civil del Ecuador codificación 2005.

<sup>500</sup> Aunque en los sistemas de origen romano-germánico no se ha utilizado la figura de los daños punitivos, en el sistema anglosajón data desde el siglo 18 y se manifiesta en el caso inglés *Huckle v. Money* en el que el Estado pretendía cerrar el periódico "The North Briton", una orden del Secretario de Estado fue emitida para arrestar a los impresores del periódico, un periodista fue detenido por más de 6 horas, en sentencia se ordenó los oficiales debían pagar una indemnización de 300 libras, lo cual apelaron por considerarlo excesivo y Chief Justice Pratt finalmente dice: "El daño causado al demandante fue pequeño, de tal forma que si el jurado... apenas consideraba solo el daño personal, tal vez la sanción de 20 libras hubiese sido suficiente... pero aquel pequeño daño sufrido por el demandante...no apareció a la luz de las consideraciones del jurado que consideró más importante el derecho a la libertad del sujeto... yo pienso que hicieron lo correcto en haber concedido la sanción por daños ejemplificativos. Entrar en la casa de una persona, en nombre de una orden indeterminada, para asegurar evidencia, es peor que la inquisición española..." (traducción no oficial del inglés) BRANDWEN, Maxwel. *Punitive-Exemplary damages in labor litigation*. En *The University of Chicago Law Review* Vo. 29, N°3. Spring 1962. Pp 462.

restringir la propiedad de los acusados, a través de las indemnizaciones. Vale mencionar que el derecho a la propiedad también es un derecho fundamental que puede ser limitado por las decisiones del juez civil. En este caso la Corte Suprema, y su Sala Penal, prorrogaría su competencia para conocer la indemnización por los daños ocasionados en el presente proceso, para así poder establecer la sanción ejemplificativa.

### **3.2. El olvido de la casación**

Hemos enunciado el aprieto de la Corte de casación para responder a casos difíciles, la dificultad de la defensa de la legalidad (sin atender a la justicia) y la imposibilidad de generar uniformidad de jurisprudencia por los criterios contradictorios. A esta disminución también se debe observar la tendencia que el Constituyente 2007 imprimió en la nueva Constitución ecuatoriana al establecer una nueva garantía constitucional contra sentencias que hayan vulnerado derechos fundamentales, la amplitud de las acciones de protección para la defensa de derechos constitucionales y la fuerza normativa de los precedentes constitucionales.

#### **3.2.1. Acción extraordinaria de protección frente a decisiones judiciales**

La nueva acción extraordinaria de protección determinada en el artículo 94 de la Carta Fundamental ecuatoriana<sup>501</sup> procede contra sentencias y autos definitivos que hayan vulnerado derechos constitucionales. Se puede hacer un análisis extensivo de las cualidades de esta acción sin embargo para encontrar la relevancia de su relación con la casación revisaremos: sus requisitos de procedencia, la relativización de la cosa juzgada y cambio sobre el cierre de sistema.

En cuanto a la procedencia, los presupuestos procesales serán el tamiz de admisibilidad de esta nueva garantía constitucional. Así podemos decir que existen presupuestos procesales consubstanciales, señalados en la Constitución directamente, estos son: (i) se debe solicitar la protección de un derecho reconocido en la Constitución; (ii) debe existir un acto judicial definitivo cuya acción u omisión se considera ha lesionado derechos constitucionales; y (iii) que se hayan agotado todos los recursos, a menos que el solicitante no haya recurrido voluntariamente.

---

<sup>501</sup> Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. Constitución del Ecuador 2008.

Además de ellos existen presupuestos procesales no consubstanciales, determinados por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículos 61 que señala primero, los requisitos que la demanda debe contener: (i) acreditar la calidad en la que comparece o podría ser entendido como que justifique haber estado en el ejercicio del derecho, (ii) constancia de que la sentencia o auto se ha ejecutoriado, (iii) acreditar haber agotado recursos ordinarios y extraordinario, con la misma salvedad establecida en la Constitución de no haber recurrido voluntariamente, (iv) haber señalado el derecho constitucional violado; y en el artículo 62, requisitos para la admisión (i) que se haya argumentado que existe un derecho constitucional violado por la directa acción u omisión de la autoridad judicial, (ii) que justifique la relevancia del problema jurídico y la trascendencia de la pretensión, (iii) que los fundamentos de la acción no sean solo la injusto o equivocado de la sentencia o auto, (iv) que el fundamento de la acción no sea falta de aplicación o errónea aplicación de la ley, (v) que no se refiera a la apreciación de la prueba por el juez, (vi) que se presente dentro de los veinte días desde que se tuvo conocimiento de la decisión judicial, (vii) que no se planteen contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral en tiempo de elecciones, (viii) que la resolución del recurso permita solucionar una violación grave de derechos, que permita señalar precedentes, que permita corregir la inobservancia de precedentes y que sean sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.

Al respecto podemos señalar dos observaciones sobre los presupuestos procesales. Primero, la ley ha establecido que se debe justificar la relevancia del problema jurídico y de trascendencia nacional. Pero quien juzgará si la acción es relevante o no, es la misma Corte Constitucional. Entonces, queda un amplio margen de discrecionalidad para que la Corte escoja cuando procede la acción extraordinaria de protección. Esto podría desnaturalizar el fin de esta nueva garantía constitucional que pretendía corregir las actuaciones de las autoridades judiciales que vulneraran derechos en casos concretos. Sin embargo, dependerá de cuándo la Corte considere que la acción pueda generar un precedente para casos futuros para que admita la acción. Podríamos decir que de la Constitución parecía desprenderse que esta garantía tenía la vocación de resolver el interés particular de los casos concretos (*ius litigatoris*) pero el legislador ha desarrollado esta acción para producir líneas jurisprudenciales para casos sucesivos (*ius constitutionis*) siendo irrelevante la solución del caso particular.

Segundo, en cuanto a la imposibilidad de revisión de las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral en época de elecciones, en un Estado Constitucional no se puede impedir el control material de las decisiones. Como se ha visto en el caso *Yatama vs. Nicaragua*<sup>502</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun en sistemas electorales, siempre es necesario que existan recursos efectivos para la protección de derechos. Así también lo consideró el Tribunal Constitucional del Perú en el caso sobre la condición de irrevisables de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que a través de dos sentencias<sup>503</sup> determinó que las decisiones de esta institución electoral, que estuvieran en contra de derechos fundamentales, podían ser controladas constitucionalmente; de lo contrario se entendería el absurdo de que la Constitución no vincula al organismo electoral<sup>504</sup>. Entonces podemos concluir que por la interpretación de unidad de la Constitución, concordancia práctica y eficacia integradora si procedería acción extraordinaria de protección contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral, en caso de que haya violación de derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar de las condiciones de admisibilidad señaladas anteriormente, queda claro de que existe la posibilidad de impugnar sentencias y autos con la calidad de firmes que hayan violado derechos fundamentales. Esto quiere decir que la cosa juzgada se ha relativizado. Como ya lo hemos señalado en páginas anteriores, debemos entender que la cosa juzgada es una irrevocabilidad jurídica del mandato contenido en una sentencia<sup>505</sup> es “... una autoridad que el Estado les da a aquellas otorgándoles carácter definitivo y en consecuencia inmutable en aras de la seguridad jurídica.”<sup>506</sup> Además, debemos deducir que la acción extraordinaria de protección es procedente contra autos y sentencias con la calidad de cosa juzgada material, puesto que en ellas ya no era posible revisar el derecho en un nuevo proceso; es decir la acción extraordinaria de protección es una garantía excepcional que permite revivir un proceso para la protección de derechos fundamentales. Entonces, la inmutabilidad que la cosa juzgada extendía cede ante la revisión material de violación de derechos fundamentales en las decisiones judiciales. En otros

<sup>502</sup> Caso YATAMA vs. Nicaragua, CIDH fundamento 167.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf) última visita 3 de octubre de 2011.

<sup>503</sup> Exp. N° 2366-2001-AA/TC y Exp. N° 5854-2005-AAA/TC

<sup>504</sup> Cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. Ob. cit pp 71.

<sup>505</sup> Cfr. ARRARTE, Ana María. *Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano*. Ob. cit Pp 8.

<sup>506</sup> Ídem. Pp 10.

términos, la seguridad jurídica (principio formal) se flexibiliza para la optimización de derechos fundamentales (principios materiales), pero a través de un nuevo proceso constitucional. Así, finalmente podemos concluir que el Constituyente ecuatoriano ha previsto que los principios formales pueden ser derrotados en aras de la protección de derechos constitucionales.

Pero esta derrotabilidad no debe ser absoluta sino que debería responder a una ponderación epistémica racional, en los términos que hemos pretendido defender en páginas anteriores. Los principios formales, como la seguridad jurídica, tienen una relevancia importante en la organización del Estado de tal forma que solo deben ser relativizados en casos verdaderamente excepcionales que merezcan esta atención. Incluso Alexy ha llegado a afirmar que en los casos extremos, los derechos fundamentales deben ceder un espacio a las decisiones democráticas (principios formales) para que puedan encontrar su lugar en el mundo<sup>507</sup>.

Finalmente, en los términos de Taruffo<sup>508</sup>, el vértice ha cambiado; ya no es la casación la última pieza en el sistema que decide. Hasta la Constitución de 1998 no había instancia superior a la Corte Suprema y la casación era irrevisable. Pero con la Constitución 2008 dos cosas han cambiado: (i) los recursos de casación firmes son revisables por la acción extraordinaria de protección, y (ii) las decisiones de la Corte Constitucional son definitivas<sup>509</sup>. La casación dejó de tener el estatus que tuvo desde su incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano en 1993 y ahora tiene una instancia superior a ella. De esta manera el Ecuador ha asumido una posición permisiva<sup>510</sup> respecto a la posibilidad de impugnar decisiones judiciales a través de procesos

---

<sup>507</sup> En las palabras de Alexy: *“El margen de acción epistémico cambia de lugar y se integra dentro del propio derecho fundamental. Se internaliza. De este modo la divergencia permanece ciertamente como una espina que se clava en el principio iusfundamental material. Sin embargo, esta espina es el imprescindible tributo que los ideales iusfundamentales tienen que pagar a cambio del triunfo, nunca suficiente apreciado, de su institucionalización en el mundo, tal como es.”* ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 562.

<sup>508</sup> La Corte Suprema es jerárquicamente la última autoridad en decir qué significa el Derecho. Cfr. TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Ob. cit pp 92.

<sup>509</sup> Art. 440.- Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables. Constitución del Ecuador 2008.

<sup>510</sup> Samuel Abad encuentra que hay dos tesis en el Derecho Comparado una tesis negativa y una permisiva. La tesis negativa, asumida en Argentina, en la que la cosa juzgada es inamovible con el fundamento de preservar la seguridad jurídica, caso contrario las decisiones serían revisables eternamente. Y la tesis permisiva que permite revisar las decisiones judiciales que en términos del propio Abad: *“De esta manera, por encima del valor seguridad jurídica, por sobre la necesidad de certeza de la propia cosa juzgada, los defensores de esta tesis privilegian otra exigencia: la protección de los derechos humanos.”* ABAD YUPANQUI, Samuel. *El Proceso Constitucional de Amparo*. Gaceta Jurídica. Lima. 2004. Pps 284 y 285.

constitucionales, privilegiando así la garantía de los derechos fundamentales frente a la estabilidad de la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

Para observar cómo se ha desarrollado jurisprudencialmente esta nueva garantía constitucional revisaremos la Sentencia 20-09-Sep-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana (caso 0038-09-EP). Antes de la revisión vale mencionar que la acción de protección se presentó el 28 de enero del 2009, época en la que todavía no había sido aprobada la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional que entró en vigor el 22 de octubre del 2009. Durante el tiempo en el que no existía la mencionada ley la Corte Constitucional dictó unas Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional en las que estaba señalado la procedencia de la acción extraordinaria de protección prácticamente en los mismos términos que estableció la ley, pero con algunas diferencias<sup>511</sup>.

Dicho esto continuamos, el Procurador General del Estado Diego García, presenta una acción extraordinario de protección contra el auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia mediante la que inadmitía el recurso de casación que la Procuraduría había interpuesto contra la sentencia del Tribunal Distrital N° 2 de Guayaquil. Esta última había condenado al Estado ecuatoriano a pagar una indemnización de un millón doscientos cincuenta y tres mil seiscientos setenta y siete 60/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a favor de la Asociación de Fabricantes de Alimentos Balanceados (AFABA) por las ilegales restricciones al comercio subregional que estableció el Ecuador por las salvaguardias (tasas) en exceso a las importaciones de bienes y servicios. El fundamento del Tribunal Distrital era que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones ya se había pronunciado sobre este tema en el proceso 07-AI-98 en el cual había declarado ilegal la mencionada sobretasa.

El Procurador argumenta que se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva, que se ha sacrificado la justicia por la omisión de formalidades y las garantías del debido proceso. Para el defensor del Estado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no tenía la competencia para

---

<sup>511</sup> Por ejemplo las Reglas de Procedimiento establecía la posibilidad de que el juez *a quo*, al que se le impugna su actuación, podía presentar un informe de descargo. La nueva Ley no estableció esta posibilidad, lo cual podría ser una desventaja para los jueces. Cfr. ESTRELLA, Carmen. *La acción extraordinaria de protección*. Tesis de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Pps 79 y 80. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1138/1/T0839-MDE-Estrella-La%20acci%C3%B3n%20extraordinaria%20de%20protecci%C3%B3n.pdf> última visita 9 de noviembre de 2011.

resolver este incidente pero la Corte de casación no tuvo la oportunidad de revisar la errónea interpretación de la ley porque no accedió a conocer el fondo. La Corte Suprema se negó a conocer el recurso porque la Procuraduría, debido a un supuesto *lapsus calamis*, había señalada que recurría la sentencia dictada en noviembre cuando en realidad era de abril. La pretensión del Estado es que se revoque este auto para que la Corte de Casación conozca el fondo de esta cuestión.

Aceptado la acción de protección a trámite, se puso en conocimiento del proceso a la Corte Nacional de Justicia y a la AFABA. La Corte Nacional contestó que se inadmitió el recurso de casación porque éste fue presentado fuera del término y que al ser el recurso de casación una institución esencialmente formalista y rígida, no se podían pronunciar sobre el fondo del asunto.

A continuación la Corte Constitucional define a esta nueva garantía constitucional en estos términos:

Para esta Corte, la acción extraordinaria de protección en el Ecuador es una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir causas que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo 1); que los derechos son plenamente justiciables, sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento (artículo 11 num. 3); que el Estado es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso (artículo 11 num. 9); que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, sin que se pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades (artículo 169).<sup>512</sup>

Una vez verificado que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios posibles la Corte pasa a conocer si se han violado los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso por la omisión de formalidades. Luego, analizan si la equivocación en la fecha de la sentencia que recurrían (debía constar abril en vez de noviembre) era realmente relevante. La posición de la Corte Suprema había sido eminentemente formalista, interpretó como recurso no interpuesto el presentado por la Procuraduría, por haberse referido a una sentencia inexistente. Para el supremo intérprete de la Constitución esta posición era “...irrelevante al momento de fallar en derecho y hacer justicia.”<sup>513</sup> A continuación la Corte Constitucional trata de definir el concepto de *lapsus*

<sup>512</sup> Sentencia N° 020-09-SEP-CC, Caso: 0038-09-EP, pp 4.

<sup>513</sup> Ídem. Pp 6.

*calami* a través de la “psicología de la población” y encuentra que ésta es: un error involuntario en la escritura.

Lo siguiente es determinar si el error fue tan grave de tal forma que impedía a los jueces supremos identificar la sentencia. En ese sentido la Corte Constitucional observa que habían cinco criterios para identificar la sentencia recurrida, entre ellos: la identificación del Tribunal que conoció el caso, el número de juicio, la identificación del legitimado activo, la identificación del legitimado pasivo y la fecha de la sentencia. La Procuraduría falló en esta última característica, pero a pesar de ello era fácil determinar a la sentencia recurrida por los otros cuatro elementos. Por lo que el argumento de la Sala de Casación era débil, al decir que la sentencia recurrida era inexistente. Para los jueces constitucionales la Corte Suprema debió haber subsanado este error y haber conocido el fondo del asunto; al no haber procedido de esta forma sacrificaron a la justicia por la omisión de formalidades. Adicionalmente hay una violación al principio de motivación de las sentencias porque la Corte Suprema no justificó porqué era inidentificable la sentencia recurrida.

En cuanto a la tutela judicial efectiva, esta es entendida como *“el derecho... [de] toda persona... de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas...dicho fallo debe ser argumentado, motivado y coherente.”*<sup>514</sup> Al respecto la Corte Constitucional afirma que si bien se ha cumplido con los principios de celeridad e inmediatez existe una violación a la tutela judicial efectiva al haber sido rechazado el recurso de casación sin una debida motivación.

En cuanto al debido proceso, éste es *“un derecho fundamental para la protección de los derechos.”*<sup>515</sup> En él se encuentra el derecho a mantener la posibilidad de proponer argumentos en su defensa, la contradicción y todo en igualdad de condiciones (armas). Luego, la Corte Constitucional advierte que en los procesos judiciales se requiere certeza y seguridad jurídica, pero estas formalidades no deben permitir injusticias. Así, señala cuál es su posición respecto a la relación entre principios formales y principios materiales con estas palabras: *“...el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita*

---

<sup>514</sup> Sentencia N° 020-09-SEP-CC, Caso: 0038-09-EP, pp 9.

<sup>515</sup> Ídem. Pp 10.

*cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada.*<sup>516</sup>

Finalmente los jueces constitucionales apuntan que: las decisiones judiciales tienen una presunción de verdad, la verdad es una apreciación de los hechos, la verdad absoluta es casi utópica y por lo tanto, la verdad es perfectible cuando aparecen nuevos elementos de juzgamiento. La Corte entonces tiene la potestad constitucional y el deber de analizar la verdad del pronunciamiento de la Sala Contencioso Administrativa a la luz del paradigma de la nueva Constitución. Así, la Corte expresa que no existe arbitrariedad en su pronunciamiento porque hubo un error de Derecho y una injusticia con su resultado. Su decisión es: aceptar la acción de protección; declarar que se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva (por el sacrificio de justicia debido a la omisión de formalidades) y al debido proceso; ordenar que la causa se retrotraiga hasta la negación del recurso de casación; y declarar que no le corresponde pronunciarse sobre la legitimidad de la personería del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para decidir sobre la validez de la indemnización del presente caso.

Sobre este caso podemos hacer tres observaciones: primero, la acción extraordinaria de protección busca es la justicia del caso concreto; segundo, que el Estado no es sujeto de Derechos fundamentales sino de intereses nacionales; y consiguientemente tercero, parece ser que más bien hay una malinterpretación de esta institución a favor del Estado.

Sobre el primer punto, de la fundamentación que la Corte hace en este caso, se desprende que la posición respecto a los principios formales es que cedan frente al ideal de justicia. Adicionalmente, la misma definición que la Corte hace de la acción de protección, nos dice que deben haber *“...causes que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi...”*<sup>517</sup> porque los derechos son justiciables directamente. Estos argumentos nos dicen que la nueva garantía constitucional tiene la vocación de reparar las lesiones a derechos fundamentales, causados en procesos judiciales, en cada caso concreto. Además, puesto que la única institución legitimada constitucionalmente para resolver esta garantía es la Corte Constitucional y en única instancia, entonces no podríamos concluir que el fin de la acción extraordinaria de protección es generar precedentes sucesivos; pero esa es la posición que el

---

<sup>516</sup> Ídem. Pp 11.

<sup>517</sup> Sentencia N° 020-09-SEP-CC, Caso: 0038-09-EP, pp 4.

legislador ha asumido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Existe por lo tanto una contradicción, parecería que la discrecionalidad que la Corte tiene para elegir las acciones lesiona el contenido esencial de la acción extraordinaria de protección. Pues como muy bien lo han señalado los jueces constitucionales en este caso el fin es subsanar los errores de Derecho que causan injusticias.

En la segunda observación, la Corte muy bien ha señalado que la acción extraordinaria de protección pretende proteger los derechos constitucionales como el derecho a la tutela judicial efectiva. A su vez éste derecho es entendido como “*el derecho... [de] toda persona... de acudir a los órganos jurisdiccionales...*”<sup>518</sup> recalco que se refiere al derecho de toda persona. En este caso es el Procurador del Estado el que ha solicitado la ejecución de esta garantía constitucional y como la misma Constitución lo ha señalado, lo hace en representación de los intereses del Estado<sup>519</sup>.

La Corte Constitucional no ha verificado si el Estado puede ser titular de los derechos fundamentales que se han considerado vulnerados en este caso. Si tomáramos como precedente este caso, podríamos afirmar que cualquier persona natural o jurídica puede pedir la reparación de sus derechos fundamentales mediante la acción extraordinaria de protección. Pero esta afirmación desnaturalizaría el concepto de derecho fundamental que podríamos entenderlo, a modo general, como “*...cualquier exigencia moral que se considere importante para una persona, para una colectividad o para todo un pueblo y cuyo respeto o satisfacción se postula como una obligación de otras personas, en particular de las instituciones políticas, nacionales o internacionales.*”<sup>520</sup> Para la identificación de cuáles son derechos fundamentales Prieto Sanchís propone dos parámetros: la supremacía y la universalidad. En cuanto a la supremacía, será una auténtica exigencia moral aquella que puede prevalecer sobre otros valores que la comunidad ha decidido proteger; no obstante a ello existe todavía una dificultad en la identificación puesto que cuando colisionan dos valores que parecen supremos en la comunidad ninguno podría triunfar sobre el otro en un sentido absoluto<sup>521</sup>. Sobre la universalidad encontramos que ésta puede tener

---

<sup>518</sup> Ídem. Pp 9.

<sup>519</sup> Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: 1. La representación judicial del Estado. 2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones... Constitución del Ecuador 2008.

<sup>520</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Palestra Editores. Lima. 2002. Pp 27.

<sup>521</sup> Cfr. Ídem. Pp 32 y 33.

un sentido activo o pasivo. Es activo cuando la exigencia moral es atribuible a todo ser humano siendo la condición suficiente tener la cualidad de persona<sup>522</sup>. En el sentido pasivo quiere decir que puede ser oponible a todas las personas con calidad de *erga omnes*<sup>523</sup>. Si bien pueden haber críticas a la universalidad, esta es una forma de encontrar verdaderos denominadores comunes a la esencia del ser humano que puedan llamarse derechos fundamentales; así la universalidad permite la abstracción de contextos concretos históricos de la concepción de derechos. Esta idea tiene su base en el reino de los fines kantiano y en el velo de la ignorancia de Rawls<sup>524</sup>.

Con esta explicación que Prieto Sanchís nos contribuye podemos concluir que el Estado es una ficción nominalista<sup>525</sup>, que no es un sujeto en la realidad y que tampoco puede atribuírsele la titularidad de derechos fundamentales. El Procurador General del Estado actúa en este caso en nombre del Estado y la Corte Constitucional erró en haberle permitido ejercer la acción extraordinaria de protección puesto que al Estado no se le pudieron haber vulnerado ningún derecho constitucional.

Consiguientemente llegamos a la tercera observación, la nueva institución constitucional parece haber sido utilizada, en este caso, para satisfacer los intereses del Estado, en desmedro de los derechos del administrado. Si la Corte quería sentar un precedente pudo haber utilizado un verdadero caso en el que haya existido vulneración de los derechos constitucionales para declarar procedente la acción extraordinaria de protección. Aquí parece ser que la Corte Constitucional ayudó al Estado para no pagar la indemnización de más de un millón de dólares que le correspondía al Estado asumir por la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

Sin embargo coincido en un único razonamiento con la Corte Constitucional, sobre el formalismo del recurso de casación. Los jueces constitucionales argumentan que el Constituyente de Montecristi imprimió en la Constitución 2008, un paradigma garantista de derechos, tendiente a

---

<sup>522</sup> Cfr. Ídem. Pp 33.

<sup>523</sup> *Ibid.*

<sup>524</sup> Cfr. Ídem. Pp 35.

<sup>525</sup> Michel Villey nos dice sobre el nominalismo “... los nominalistas... son familiares de una literatura religiosa en la que únicamente entran en juego las personas; su universo no comprende más que seres singulares... Son instrumentos lingüísticos que nos sirven para connotar... una pluralidad de objetos que guardan entre sí una cierta semejanza... De ahí se sigue que los <universales> no tiene otra existencia que la mental e instrumental. No les pedimos que sean verdaderos... sino que nos ayuden a razonar...” VILLEY, Michel. *Filosofía del Derecho*. Scire Universitaria. Barcelona. 2003. Pp 138.

una mayor plasmación de justicia. Incluso llegó a cambiar de parecer sobre la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales. En la Constitución de 1998 expresamente se prohibía la acción de amparo contra decisiones judiciales<sup>526</sup>, con el argumento de favorecer a una mayor seguridad jurídica; mientras que en la nueva Constitución se permite la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales firmes. Claramente esto nos demuestra que el interés de la nueva Constitución es una preeminencia por los principios materiales frente a los principios formales. Así podríamos decir que la casación debe también cambiar de posición bajo el nuevo esquema constitucional. Debería entonces buscar un fin más ajustado a la justicia y no rechazar recursos por pequeñas informalidades.

Es verdad que la casación ha llegado a pecar por su extrema aspiración formalista. En este caso por ejemplo, el error en una palabra le hizo negar el recurso, aunque la Corte Suprema bien podía identificar la sentencia a la que se recurría. Con esto no quiero justificar la decisión de la Corte Constitucional en este caso, pero sí confirmar que la extrema formalidad del recurso de casación no es coherente con el ideal de justicia del Estado Constitucional.

### 3.2.2. Inundación de las acciones de protección

Es definitivo, desde que se instauró la acción de amparo y la actual acción de protección, el ámbito de protección de derechos se ha incrementado y también el trabajo judicial. Para algunos juristas ecuatorianos esta es una consecuencia negativa que ha hecho de esta institución una instancia de abuso del Derecho y sobrecarga del Poder Judicial<sup>527</sup>. Pero el temor que estos autores es comprensible y esto se debe a que el ordenamiento jurídico está irradiado por los derechos fundamentales<sup>528</sup>, todo ámbito es susceptible de ponderación y argumentación<sup>529</sup>. Consecuentemente las acciones de protección tienen una gran trascendencia por su labor de

<sup>526</sup> Art. 95.- ... No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. Constitución del Ecuador 1998.

<sup>527</sup> Basta leer las opiniones de los columnistas del Diario El Comercio del Ecuador. ECHEVERRÍA, Enrique. *Protección*. Publicado en Diario El Comercio el 3/08/2009 [http://www.elcomercio.com/noticias/Proteccion\\_0\\_91190988.html](http://www.elcomercio.com/noticias/Proteccion_0_91190988.html) última visita 4/11/2011; o CORRAL, Fabián. *Judicialización integral*. Publicado en Diario El Comercio 22/09/2011 [http://www.elcomercio.com/fabian\\_corral/Judicializacion-integral\\_0\\_558544274.html#comments](http://www.elcomercio.com/fabian_corral/Judicializacion-integral_0_558544274.html#comments) última visita 4/11/2011.

<sup>528</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ob. cit Pps 213-217.

<sup>529</sup> Prieto incluso afirma que "...casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria." PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ob. cit Pp 219.

convertir en realidad los enunciados constitucionales. Sin embargo esto conlleva una enorme carga que pesa sobre el Poder Judicial ya que las acciones de protección son resueltas por los jueces ordinarios del lugar donde se ha producido el daño al derecho fundamental<sup>530</sup>. Pese a ello la aprensión de estos profesores ecuatorianos tienen sobre esta garantía constitucional es distinta. Ellos asumen que el Derecho se divide en materias como compartimentos estancos<sup>531</sup> y que no se puede compartir el razonamiento sobre derechos fundamentales<sup>532</sup>. Esta apreciación no es compatible con la concepción del Estado Constitucional. Pues si asumimos una auténtica Constitución de estructura jerárquica<sup>533</sup> y como verdadera fuente del Derecho vinculante (incluso sobre particulares)<sup>534</sup> todos los jueces son los llamados a garantizar la eficacia de la Constitución, no importa la materia sobre la que se especialicen puesto que la Constitución enlaza a toda la vida social.

Pero mi escepticismo es de otra naturaleza. Le temo a aquella cultura jurídica formalista, que heredó ese razonamiento jurídico mediocre de la tradición “Montesquiana”<sup>535</sup>, y que el juez no entienda su importante misión encargada en el Estado Constitucional. Podrían tergiversar los argumentos que justifiquen descubrir el contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>536</sup>, la

<sup>530</sup> Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:...2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento... Constitución del Ecuador 2008.

<sup>531</sup> En las palabras de Enrique Echeverría: “Estas acciones de protección van, por sorteo, a uno de los jueces de la Función Judicial, quien debe convertirse en enciclopedia porque las materias son tantas y variadas que deben estudiar nuevas ramas del Derecho para despachar; y ya no solo las de su tradicional especialidad.” [http://www.elcomercio.com/noticias/Proteccion\\_0\\_91190988.html](http://www.elcomercio.com/noticias/Proteccion_0_91190988.html) última visita 4/11/2011

<sup>532</sup> En las palabras de Fabián Corral: “La división del trabajo de los jueces en función de la materia, fue uno de los aciertos de los regímenes procesales de todo el mundo civilizado. La idea de que los jueces pueden resolver simultáneamente sobre los más diversos temas, desde asuntos de familia, hasta disputas de comercio electrónico, desde líos de menores hasta asuntos financieros y problemas aduaneros, pertenece a la Edad Media judicial.” [http://www.elcomercio.com/fabian\\_corral/Judicializacion-integral\\_0\\_558544274.html#comments](http://www.elcomercio.com/fabian_corral/Judicializacion-integral_0_558544274.html#comments) última visita 4/11/2011.

<sup>533</sup> Cfr. KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Ob. cit pp 10.

<sup>534</sup> Guastini nos dice “Se puede decir que la Constitución es fuente del derecho por entender que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar directamente no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones entre particulares, y son por tanto susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez (y no solamente por parte del juez constitucional).” GUASTINI, Ricardo. *Sobre el Concepto de Constitución*. En CARBONELL, Miguel (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos escogidos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp 23.

<sup>535</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Ob. cit Cita 28 pp 21-23.

<sup>536</sup> También lo menciona Roger Rodríguez al decir que: “...será deber de todos los jueces capacitarse para una pertinente valoración del contenido protegido por los derechos fundamentales, pues sólo así se encontrarán en condiciones de determinar cuándo corresponde declarar la inconstitucionalidad de algún

ponderación de derechos, o simplemente decidir no proteger ningún derecho por la falta de literalidad legal (propio del positivismo teórico). Esa tragedia concluiría con el desmedro de derechos antes que de su defensa.

Lo cierto es que actualmente se ha multiplicado el uso de las acciones de protección y esto también se debe a la desconfianza de los procesos judiciales. Los ciudadanos buscan procesos breves que puedan proteger efectivamente sus derechos y es por eso que acuden a la vía de la acción de protección. Un ciudadano común intuitivamente concluiría que es mejor acudir a una vía expedita, que se pronuncie sobre la violación de sus derechos fundamentales, antes que acudir a la instancia formalista, que rechaza todo recurso que no se funde en lo previsto en la ley, que defiende la legalidad y no el interés particular. Así podríamos deducir que la tendencia será a aumentar el uso de la acción de protección y el desuso de la casación.

### 3.2.3. Fuerza normativa de los precedentes constitucionales

Ya habíamos señalado desde el inicio que el fin de la casación es la observancia de la correcta aplicación de la ley. Sin más ni menos. La Ley de Casación ecuatoriana señala taxativamente cuál es el ámbito de aplicación las causales se refieren a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (cada una excluyentemente) de: normas de derecho, normas procesales que hayan causado indefensión e influido en la decisión, en la interpretación de la valoración de la prueba que haya influido en una equivocada aplicación de la norma, que haya resuelto fuera de la materia de la causa u omitido los puntos de la litis, y cuando las sentencias no tuvieran los requisitos exigidos por ley o que sus disposiciones sean contradictorias o incompatibles. Si bien la Ley de Casación se refiere a la aplicación de normas en general, la Corte Suprema parece haber entendido que son solo normas las leyes<sup>537</sup>. En un Estado Constitucional, el razonamiento de la Corte de Casación deberá entender los dos siguientes postulados.

---

acto.” RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º2 del Código Procesal Constitucional peruano*. En *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. N.º2, Año 1. Agosto-Diciembre. Lima. 2005. Pp 134.

<sup>537</sup> Véase el segundo caso analizado en pps anteriores sobre la sentencia del recurso de casación formalista, Sala de lo Social y Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Primero, que los precedentes de la Corte Constitucional (también los precedentes de la misma Corte Nacional<sup>538</sup>) son fuentes de Derecho de obligatorio cumplimiento y por lo tanto son normas que deberán ser evaluadas en la casación. Entonces, la correcta interpretación del Derecho deberá incluir, en el razonamiento de la Corte Suprema, a la jurisprudencia obligatoria. Esto se debe a que la jurisprudencia obligatoria (precedentes) son fuentes del Derecho porque son normas que se incorporan al ordenamiento jurídico<sup>539</sup> por mandato de la Constitución ecuatoriana<sup>540</sup>, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>541</sup> y el Protocolo para la elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios<sup>542</sup>. Aunque en realidad el precedente constitucional ecuatoriano requiere un análisis pormenorizado, que será materia de una futura investigación, sin embargo comentaré brevemente algunas características.

---

<sup>538</sup> Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala. Constitución del Ecuador 2008.

<sup>539</sup> Otra vez aludimos a las palabras de Roger Rodríguez al referirse sobre el precedente constitucional vinculante peruano: “...estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al Derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo.” RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú*. Ob. cit pp 57.

<sup>540</sup> Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. Constitución del Ecuador 2008.

<sup>541</sup> Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: 3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia. LOGJCC. 2009.

<sup>542</sup> 1. Precedente constitucional obligatorio o precedente constitucional es la parte de una sentencia constitucional (ratio construida a partir del pensamiento jurídico anterior de la Corte) que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución fijados por el Pleno de la Corte Constitucional, y que tiene efectos obligatorios o vinculantes respecto de las garantías jurisdiccionales y demás competencias de la Corte cuando se refiere a la protección o desarrollo de derechos específicos de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con prescindencia del caso concreto de violación de derechos, pero sin perjuicio de fallar respecto de aquel. Resolución Administrativa N° 0004-10-AD-CC

La Constitución enunció la posibilidad de que la Corte pudiera emitir jurisprudencia obligatoria, se entendería que esta competencia se configuraría en la LOGJCC pues así lo ha determinado la Carta Fundamental al momento de determinar la reserva de ley orgánica<sup>543</sup>. Sin embargo, la mencionada Ley Orgánica tampoco configuró el ámbito de funcionamiento del precedente constitucional. Y solo ha sido recientemente (2010) que se ha esclarecido su ámbito de funcionamiento mediante la Resolución Administrativa N° 0004-10-AD-CC. Finalmente conocemos que el precedente constitucional no es toda la sentencia<sup>544</sup>, ni tampoco lo delimita el futuro juez que lo aplica<sup>545</sup> (caso anglosajón)<sup>546</sup>, sino que la misma Corte Constitucional lo distingue señalando expresamente cuál es su *ratio decidendi*, su regla y efecto<sup>547</sup>. El Ecuador se ha sumado a la tendencia de fijar el precedente como una regla<sup>548</sup> y no como un conjunto de argumentos identificables para casos futuros. El gran problema del caso ecuatoriano es que el desarrollo de esta trascendente función de la Corte Constitucional, ha sido establecida en una Resolución Administrativa. Esto sin duda tiene dos objeciones: (i) es inconstitucional por violar directamente el mandato constitucional de reserva de Ley Orgánica; y (ii) al ser una Resolución disponible a la libre discrecionalidad de la

<sup>543</sup> Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas. 1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Constitución del Ecuador 2008.

<sup>544</sup> Victoria Iturralde analiza el sistema del *common law*, y ha evidenciado la dificultad en identificar cuál es la *ratio decidendi* por lo que, citando a Neil MacCormick, señala que “...la *ratio decidendi* de un caso es cualquier cosa que en cualquier momento se ha dicho que es obligatoria, y por tanto no una única proposición a lo largo del Tiempo.” ITURRALDE SESMA, Victoria. *El Precedente en el Common Law*. Editorial Civitas. Madrid. 1995. Pps 81 y 82.

<sup>545</sup> En el caso colombiano Carlos Bernal Pulido muestra como se ha desarrollado la identificación de la *ratio decidendi*: “...la Corte indicó, en la sentencia SU-047 de 1999, que no es el propio juez o tribunal que ha proferido el fallo el llamado a determinar cuál es la *ratio decidendi* de una sentencia. Antes bien, la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente.” BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Pp 179.

<sup>546</sup> También citando a MacCormick: “Es una cuestión controvertida si hay algo como una o la *ratio* en un caso... o si la llamada *ratio* es simplemente una proposición de derecho que un tribunal o tribunales posteriores encuentra oportuno adscribir a una decisión...” ITURRALDE SESMA, Victoria. Ob. cit Pp 81.

<sup>547</sup> 2. La sentencia es el género que abarca varios contenidos de acuerdo a las competencias de la Corte; mientras que el precedente es la parte en la que se establece el pensamiento judicial argumentadamente construido. En la sentencia, el precedente se encuentra identificado con un acápite específico (Precedente: reglas y efectos). Esto quiere decir que lo incluido en la fundamentación obliga, respecto de las reglas y efectos del precedentes. Resolución Administrativa N° 0004-10-AD-CC

<sup>548</sup> Como lo señala Rodríguez Santander: “...puesto que a diferencia de lo que ocurre en ordenamientos comparados en los que la definición de aquello que constituye precedente usualmente corre por cuenta del juez sucesivo, en el caso del ordenamiento jurídico peruano corre por cuenta del TC, a quien se le ha encomendado precisar <el extremo de su efecto normativo> (art. VII Título Preliminar CPConst).” RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjctiva y objetiva) del artículo 5.º2 del Código Procesal Constitucional peruano*. Ob. cit pp 126.

Corte, ésta puede cambiar en cualquier momento y así pondría en riesgo la previsibilidad del sistema y vulneraría el derecho fundamental a la seguridad jurídica<sup>549</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia obligatoria deviene de los casos que la Corte resuelva de las distintas garantías constitucionales y para ello se debe considerar que la procedencia de la acción de protección es residual<sup>550</sup>. Esto quiere decir que la garantía constitucional no es alternativa<sup>551</sup> ni subsidiaria<sup>552</sup>, sino que debe justificarse que no existe otro mecanismo eficaz que proteja el derecho constitucional. En este tema suscribimos las observaciones que el profesor Rodríguez Santander hace sobre la residualidad del amparo en el Perú, y nos referimos a que no hace falta la demostración del accionante de que existe otra vía en el ordenamiento jurídico que pueda proteger su derecho constitucional, puesto que esto le corresponde al juez por el principio del *iura novit curia*; sino que solo le corresponde comprobar que existe un factor de urgencia que haga irreparable el daño<sup>553</sup>.

Finalmente, a la Corte se le ha conferido el poder de uniformizar el Derecho objetivo por medio de la revisión, institución comparable con el *writ of certiorari*<sup>554</sup> mediante el cual los jueces constitucionales pueden decidir discrecionalmente revisar las sentencias de garantías jurisdiccionales para generar una línea jurisprudencial. Y la LOGJCC ha establecido parámetros

<sup>549</sup> Este derecho está previsto en la Constitución en el art. 82.- El derecho a la seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades Competentes. Constitución del Ecuador 2008.

<sup>550</sup> Art. 40.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. LOGJCC 2009.

<sup>551</sup> En la legislación peruana, en un inicio se había señalado la posibilidad de rechazar el amparo cuando “*el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria.*” Cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º2 del Código Procesal Constitucional peruano.* Ob. cit pp 98.

<sup>552</sup> Como es el caso español en el que para la procedencia de la impugnación constitucional de actos administrativos “*debe realizarse primero ante la jurisdicción ordinaria... y solo agotada ésta (es decir, subsidiariamente) ante el Tribunal Constitucional...*” Ídem. Pp 133.

<sup>553</sup> Cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º2 del Código Procesal Constitucional peruano.* Ob. cit pps 113 y 114.

<sup>554</sup> Como nos informa Taruffo: “*La Corte Suprema de los Estados Unidos utiliza el denominado certiorari con plena e ilimitada discrecionalidad, estableciendo cuáles son los casos que se entienden merecedores de consideración y decisión, y esta elección – positivo, como sucede en la mayor parte de los casos, negativa- no requiera motivación.*” TARUFFO, Michele. *Las Funciones de las Cortes Supremas.* En *La prueba, artículos y conferencias*, Monografías jurídicas universitas. Metropolitana. Santiago de Chile. 2008. Pps 208 y 209.

para decidir cuándo procede esta revisión<sup>555</sup>: (i) Cuando haya gravedad del asunto. (ii) Cuando haya novedad del caso e inexistencia de precedente judicial. (iii) Cuando se hayan negado los precedentes judiciales ya fijados. (iv) Cuando se trate de un asunto de relevancia o trascendencia nacional. Estos podrían ser comparables con aquellos señalados por el Tribunal Constitucional del Perú en los que señala los supuestos para la emisión de un precedente vinculante<sup>556</sup>: (i) Constatación de la existencia de divergencia o contradicción en la interpretación de derechos, principios o normas constitucionales. (ii) Constatar que los operadores vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma constitucional. (iii) Constatación de una inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que tenga efectos generales y sea una amenaza para los derechos fundamentales. (iv) Cuando sea necesario cambiar de precedente vinculante. En conclusión, los asuntos revisados por la Corte Constitucional serán jurisprudencia obligatoria, de efectos generales y de obligatorio cumplimiento para todos los operadores jurídicos<sup>557</sup>, esto incluye a los jueces de la Corte de Casación.

Así podríamos decir que los fundamentos que la Corte de Casación utilizará para fundamentar sus sentencias no solo las leyes, sino también aquella jurisprudencia obligatoria de la Corte Constitucional. Estas nos informarán la manera de interpretar las normas infra-constitucionales. Así por ejemplo se podrán recibir las interpretaciones conforme a la Constitución<sup>558</sup> y consiguientemente las distintas sentencias interpretativas<sup>559</sup>.

---

<sup>555</sup> Art. 25.- Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas... LOGJCC 2009.

<sup>556</sup> Exp. 3741-2004-AA/TC Fundamento jurídico 41. Tribunal Constitucional del Perú.

<sup>557</sup> 21. Los precedentes constitucionales tienen efectos generales (*erga omnes*), en dos sentidos. Uno abstracto sobre el sistema jurídico lo que lo convierte en fuente formal del derecho. La Corte Constitucional es, en la nueva Constitución, una Corte de precedentes y el máximo intérprete de aquella (artículo 436, numerales 1 y 6). El otro sentido del efecto *erga omnes* es concreto y opera respecto de las/os operadores jurídicos, especialmente sobre las jueza/es, quienes tienen un control directo sobre su actuación respecto del acatamiento de los precedentes. Resolución Administrativa N° 0004-10-AD-CC

<sup>558</sup> Como nos orienta Marina Gascón: "... cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de interpretación conforme a la Constitución... cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución." GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La Argumentación en el Derecho*. Ob. cit pp 278.

<sup>559</sup> Así por ejemplo Javier Díaz Revorio describe sentencias interpretativas, sentencias aditivas y manipulativas con distintas extensiones. DÍAZ REVORIO, F. Javier. *La Interpretación Constitucional de la Ley, las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional –Conclusiones y Anexos-*. Palestra Editores. Lima. 2003. Pps 6 y ss.

Ahora sobre el segundo postulado, la Corte Nacional debe tomarse en serio la supremacía de la Constitución<sup>560</sup> como norma directamente aplicable<sup>561</sup> y debe encarnar la misión de controlar la constitucionalidad de las normas a través de la cuestión de constitucionalidad. Así, cuando en un recurso de casación se presencia una norma que considera inconstitucional debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional, aunque la Ley de Casación no lo mencione como función. Pero es una obligación constitucional que se le ha encomendado compartir al Poder Judicial junto a la Corte Constitucional<sup>562</sup>, y aunque lo hace de una manera indirecta, también contribuye a la defensa de los derechos fundamentales a través de los casos suscitados en situaciones concretas y finalmente resueltas por el órgano de control concentrado.

En conclusión, los precedentes son fuentes del Derecho que igualmente deben defender los jueces supremos en casación, y que también serán pautas que guíen a la Corte Nacional en su trabajo de control constitucional incidental. Esto implica que la Corte de Casación no debe solo defender la aplicación y la correcta interpretación de las leyes sino también de los precedentes. Entonces nuevamente se manifiesta que la casación está sometida a la interpretación constitucional de las leyes que la Corte Constitucional haga.

---

<sup>560</sup> Humberto Nogueira inicia su estudio con un enfoque conceptual de la Constitución y nos informa que *“La supremacía constitucional es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores y el sistema de fuentes formales del Derecho. La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad... lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden contradecirla.”* NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Palestra Editores. Lima. 2006. Pps 23 y 24.

<sup>561</sup> Como lo menciona Prieto Sanchís: *“Que una Constitución es normativa significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho... genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Los documentos jurídicos adscribibles al Neoconstitucionalismo se caracterizan... porque están repletos de normas que le indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Y dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata.”* PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación Judicial*. Ob. cit pps 116 y 117.

<sup>562</sup> Giancarlo Rolla al describir el sistema incidental italiano nos contribuye: *“El carácter híbrido del sistema italiano se deduce del hecho que es superado el monopolio de la Corte Constitucional, dejando márgenes de apreciación a los jueces, que desempeñan una acción de filtro: se determina una coparticipación entre jueces y Corte constitucional en el proceso constitucional.”* ROLLA, Giancarlo. *Juicio de Legitimidad Constitucional en vía Incidental y Tutela de Derechos Fundamentales*. En *Estudios Constitucionales*, año/vol. 2, número 001. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago de Chile. 2004. Pp 305.

### 3.3. Las restricciones del poder y de la cultura jurídica

El, o los, Neoconstitucionalismo(s) proponen una nueva lógica de concebir el Derecho, ya reseñada en páginas anteriores, que trabaja bajo el esquema jurídico-político del Estado Constitucional. En esta línea deberán adecuarse todas las instituciones gubernamentales, reto aún mayor para aquellas instituciones que nacieron con el razonamiento del Estado de Derecho decimonónico; como es el caso de la casación. El proceso Neoconstitucionalista se ha desarrollado a partir de la década de los noventa en América Latina<sup>563</sup> con distintos resultados. De esta experiencia autores del continente europeo han hecho algunas observaciones haciendo válidas críticas sobre la actuación de algunos órganos de control constitucional. Por ejemplo Juan Antonio García Amado cuestiona la posición teórica del Neoconstitucionalismo y se pregunta si es que la ponderación es en realidad un método de interpretación o si es una herramienta de arbitrariedad<sup>564</sup>. Aunque no comparta los argumentos de crítica al Neoconstitucionalismo<sup>565</sup>, gracias a las clarificaciones del constructivismo ético<sup>566</sup>, es válida la reflexión y advertencia que hace sobre la posible deslegitimación de una actuación exageradamente activista de los Tribunales Constitucionales. Tomo las frases de García Amado:

... como bien se comprueba en países de América Latina en los que la Corte Constitucional suplanta con total descaro al legislador, en nombre de una concepción populista de los

<sup>563</sup> Como el caso colombiano que abrazó esta corriente jurídica en su Constitución de 1991. Cfr. BERNAL PULIDO. *El Derecho de los derechos*. Ob. cit pp 149.

<sup>564</sup> En las palabras de García Amado: “*Si lo que los derechos imponen es meramente la carga de argumentación a quien los limita... pues bien poco es entonces lo que los derechos imponen; sólo serían incompatibles con restricciones exentas de razones. Pero si se trata de que esos argumentos sean la traducción a palabras del resultado de algún pesaje má o menos exacto realizado en una misteriosa balanza que tiene el Tribunal Constitucional o tenemos los profesores, entonces ya no es argumentación, sino magia, y en los casos de magia las palabras sólo sirven para que no nos fijemos en el movimiento de las manos del artista.*” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo*. En CARBONELL, Miguel (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo ensayos escogidos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp 260.

<sup>565</sup> Con ocasión al comentario que realiza sobre la sentencia N° 3741-2004-AA/TC García Amado piensa que el Neoconstitucionalismo utiliza un cognotivismo ético que hace que el juez pueda conocer los valores morales constitucionales, aunque estos sean vagamente descritos en la Carta Fundamental. Esto llevaría a una discrecionalidad absoluta judicial. Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedentes. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC*. En *JUS: Constitucional*. N° 1. Enero. 2008. Pps 80 y 81.

<sup>566</sup> García Amado piensa que el Neoconstitucionalismo encaja en un realismo moral, en el que simplemente se describen verdades morales. Pero García Figueroa apoya su defensa al Neoconstitucionalismo a través del constructivismo ético que a través de la deliberación encuentra una forma procedimental de vincular la moral social (pautas sociales) y la moral crítica (pautas de corrección) para encontrar postulados morales. Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Ob. cit pps 35-39.

derechos sociales que no tiene a veces más propósito que el lucimiento personal de magistrados ambiciosos por escalar más altas cimas en su futuro político y en su imagen mediática y académica, pero que ni se comprometen con las verdaderas necesidades de sus países ni aciertan a solucionar (ni lo pretenden la mayoría de las veces) ni uno solo de los problemas sociales con los que fingen batirse... las tesis del llamado Neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos resultan sumamente funcionales a una jurisprudencia muy propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada, y a una casta profesoral ansiosa por legislar sin pasar por las urnas y muy dada a los juegos de manos que transmutan preferencias personales en postulados pseudocientíficos...<sup>567</sup>

Debo reconocer que la frase puede ser algo arbitraria, porque no todos los órganos de control constitucional latinoamericanos funcionan igual. Algunos sí podrán caer en la advertencia que García Amado hace, pero otros no. Pese a ello esta cita nos revela algo muy cierto, y es que las teorías neoconstitucionalistas, son exactamente eso, teorías para nosotros los latinoamericanos<sup>568</sup>. Si bien estas corrientes nacieron de la actuación práctica de los tribunales de justicia europeos, como el caso alemán<sup>569</sup>, para América Latina son corrientes doctrinarias que bien pueden caer en los conceptualismos de la cultura jurídica<sup>570</sup>, que abstraen al Derecho de la realidad. Pues para que en verdad sean elementos para la eficacia de los derechos fundamentales y fortalecimiento de la democracia, además de gozar de legitimidad ética en su actuación, también deben generar un propio razonamiento a partir de nuestra realidad. Caso contrario se cumpliría la pesadilla de García Amado.

Con esta advertencia pasaremos revista a la actual conformación de la Corte Constitucional ecuatoriana.

### 3.3.1. La conformación de la nueva Corte Constitucional

La Corte Constitucional tiene un estatus de órgano constitucional, supremo intérprete de la Constitución, a cargo del control abstracto y encargado de la defensa de derechos. Su estatus lo obtiene de su importante función de mantener la existencia del Estado de Derecho y de asegurar

<sup>567</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo*. Pps 264 y 265.

<sup>568</sup> Así Manuel Atienza, en el prólogo a la edición peruana de la Teoría de la Argumentación Jurídica nos dice: "Los países latinos deberían, en mi opinión, esforzarse por construir una teoría del Derecho con características propias. Ello, naturalmente, es incompatible con una actitud de seguidismo o de sucursalismo intelectual, pero sí que exige prestar atención a las aportaciones (no tantas) procedentes de otras culturas y de valor genuinamente universal." En ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit Pp 24.

<sup>569</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit Pp 71.

<sup>570</sup> Cfr. BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. Loc. Cit. Pp 35.

la correcta distribución de poderes constitucionales<sup>571</sup>; cuestiones delegadas por la misma voluntad constituyente. Esta calidad la obtiene normativamente por la Constitución, pero su legitimidad la recibe de su propia actuación; como nos dice Carlos Bernal Pulido “*Un poder que se ejerce irracionalmente es de plano ilegítimo.*”<sup>572</sup>

Ahora, para entender el contexto del caso ecuatoriano debemos empezar con el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional con el gobierno de Rafael Correa. Antes de cualquier táctica política, el gobierno de Correa se aseguró tener de su lado a los miembros del Tribunal Supremo Electoral, quienes eran designados por el Congreso Nacional en ternas que venían de los partidos políticos más votados en las últimas elecciones<sup>573</sup>. Así por las elecciones del 2006, los miembros pertenecían al Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE), Partido Sociedad Patriótica (PSP), Izquierda Democrática (ID) y Partido Socialista (PS). Sorprendentemente no eran del partido oficialista, puesto que el movimiento Alianza País (partido de Rafael Correa) no presentó ningún candidato para el Congreso Nacional; pese a ello hicieron cuanto el partido del gobierno pidió.

Apenas posesionado en el 2007, el Presidente de la República en su segundo decreto presidencial realizó el llamamiento a una Consulta Popular para la convocación a una Asamblea Constituyente<sup>574</sup>. Por su parte, los legisladores no querían dar paso a la Asamblea Constituyente porque, formalmente, la Constitución 1998 no permitía una reforma constitucional con la sola iniciativa del Presidente<sup>575</sup>; pues el único caso en el que podía hacerlo era cuando el Congreso, con aprobación de la mayoría de sus integrantes, calificaba que existía una situación de urgencia. Había otra opción para dar paso a una Consulta Popular reformatoria de la Constitución, que era:

<sup>571</sup> Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel. *El “status” del Tribunal Constitucional*. En Revista Española de Derecho Constitucional N°1, Enero-Abril, 1981. Pp 15.

<sup>572</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Ob. cit pp 159.

<sup>573</sup> Art. 209.- El Tribunal Supremo Electoral... Se integrará con siete vocales principales, quienes tendrán sus respectivos suplentes, en representación de los partidos políticos, movimientos o alianzas políticas que hayan obtenido las más altas votaciones en las últimas elecciones pluripersonales, en el ámbito nacional, los que presentarán al Congreso Nacional las ternas de las que se elegirán los vocales principales y suplentes. Constitución 1998 del Ecuador.

<sup>574</sup> En Diario el Universo

<http://www.eluniverso.com/2006/11/27/0001/8/F8CC765CCDA4019B14561BA1F9623D4.html>

<sup>575</sup> Art. 283.- El Presidente de la República, en los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, podrá someter a consulta popular la aprobación de reformas constitucionales. En los demás casos, la consulta procederá cuando el Congreso Nacional no haya conocido, aprobado o negado las reformas en el término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año, referido en el artículo anterior. Constitución 1998 del Ecuador.

que el Congreso no haya conocido, aprobado o negado el proyecto de reforma en segundo debate, luego de que haya pasado ciento veinte días después del año obligatorio que se debía esperar desde el primer debate. Solo en estos casos procedía la Consulta Popular de reforma constitucional, pero la Consulta Popular que Correa promovía no se circunscribía en ninguno de los dos supuestos. El organismo electoral, en cambio, decidió iniciar el proceso electoral. Frente a la decisión del Tribunal Supremo Electoral de apoyar la Consulta Popular (inconstitucional), el Congreso Nacional decidió destituir al Presidente del organismo electoral y nombrar a su alterno como titular del cargo. Sin embargo el Tribunal Supremo Electoral, apoyándose en una supremacía institucional para los procesos democráticos (prevista en la Ley Orgánica de Elecciones), destituyó a 57 diputados elegidos democráticamente<sup>576</sup> con el argumento de que en tiempos electorales nadie puede interrumpir el proceso democrático<sup>577</sup>.

Los diputados destituidos presentaron una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional por la inconstitucionalidad del acto de destitución que el Tribunal Supremo Electoral ordenó. Los jueces constitucionales aceptaron su demanda y pidieron que se reincorporaran los diputados a sus curules<sup>578</sup>. Sin embargo, los diputados alternos ya habían asumido los puestos como titulares, y con estos diputados el gobierno formó una nueva mayoría parlamentaria. Luego, el 24 de abril del 2007 fueron destituidos los vocales del entonces Tribunal Constitucional, por la mayoría legislativa pro oficialista<sup>579</sup>. El argumento de su destitución fue que los vocales estaban ejerciendo sus funciones prorrogadamente. Pese a ello, la respuesta fue clara, los destituyeron por haber pedido la restitución de los diputados. El 31 de mayo del 2007 el mismo bloque legislativo, denominado de los “manteles”<sup>580</sup>, nombró a los nuevos vocales del Tribunal Constitucional<sup>581</sup>. Es clara la influencia política que estos vocales heredaron por su manera de haber llegado a sus cargos. La Asamblea Constituyente prosiguió en su trabajo de elaborar una nueva Constitución con varios

---

<sup>576</sup> En Diario Hoy <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-tribunal-supremo-electoral-da-un-golpe-directo-a-la-oposicion-260799-260799.html>

<sup>577</sup> En Diario El Comercio <http://www4.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=80763>

<sup>578</sup> En Diario El Comercio <http://www4.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=85314>

<sup>579</sup> En Diario El Comercio <http://www4.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=85310>

<sup>580</sup> En Diario El Comercio <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-autonombramiento-de-la-corte-constitucional-nace-de-la-interpretacion-no-del-texto-literal-de-la-constitucion-322695.html>

<sup>581</sup> En Diario El Comercio <http://www4.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=88662>

tropiezos y pugnas internas<sup>582</sup>. Finalmente el 20 de octubre del 2008 se publicó en el Registro Oficial la Constitución número veinte del Ecuador.

Antes de la vigencia de la nueva Constitución la Asamblea Constituyente aprobó un régimen de transición, en donde se nombraría un pequeño congreso, formado por los mismos miembros de la Asamblea, para establecer algunos cambios transicionales que la Constitución establecía. El régimen de transición se puso en funcionamiento con el referéndum que aceptó la nueva Constitución el 28 de septiembre de 2008<sup>583</sup>. En el instrumento mencionado se establecía que una vez fijadas las distintas funciones del Estado, estas nombrarían a una comisión que seleccionaría a los magistrados de la nueva Corte Constitucional, bajo el esquema de oposición y méritos<sup>584</sup>.

Con todos estos antecedentes el Tribunal Constitucional emite una resolución, que analizaremos a continuación, mediante la cual asume las funciones de la nueva Corte Constitucional. Como se había mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional sufría de vicios de influencia política y por lo tanto la nueva Corte Constitucional también.

El proceso constituyente estuvo marcado con un intenso corte Neoconstitucionalista, como ya hemos señalado en páginas anteriores. Con esta ideología el Tribunal Constitucional pretendió esgrimir una justificación externa que explicara su excesivo activismo. El mismo artículo primero de la nueva carta fundamental, determinó al Ecuador como un Estado Constitucional, esta sería una de las premisas que el Tribunal Constitucional argumentó para justificar su metamorfosis. Según el Tribunal Constitucional era su obligación asumir las funciones de la nueva Corte porque un Estado Constitucional no permitiría la inexistencia de un órgano garante de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el régimen de transición no estableció quién debía asumir las funciones constitucionales temporalmente. Frente a este vacío los vocales del Tribunal Constitucional

---

<sup>582</sup> Ver la cita 304 sobre el discurso de Alberto Acosta al renunciar a su cargo de Presidente de la Asamblea Constituyente.

<sup>583</sup> La página de la Asamblea Nacional Constituyente ha perdido su espacio en internet, siendo la única disponible la siguiente

[http://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum\\_constitucional\\_de\\_Ecuador\\_de\\_2008](http://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_constitucional_de_Ecuador_de_2008)

<sup>584</sup> Artículo 25 Régimen de Transición: Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional. Cada función propondrá al menos nueve (9) candidatos.

interpretaron que la voluntad del constituyente era que exista una transición armónica, que ejecute las nuevas garantías constitucionales mientras se nombra a la nueva Corte. Por lo que era su obligación llenar ese vacío.

Se mencionó que la misma Constitución estableció que los derechos son de inmediata, directa aplicación y que el Estado no puede alegar inexistencia de normas secundarias para su aplicación. Se menciona que el órgano de control constitucional tiene una triple función: garantista de derechos, legislador negativo y árbitro de competencias constitucionales; sin embargo no afirma porqué sería un argumento para su transformación. Según el Tribunal, la Constitución de 1998 no permitía estas tres funciones mencionadas porque se enmarcaba en un Estado de Derecho. Mi observación en este punto es que un título no hace a un Estado, será su construcción diaria lo que lo defina. Una de las características que marca a un Estado Constitucional será la supremacía de la Constitución<sup>585</sup>.

El plazo que el régimen de transición fijó para que el nuevo parlamento aprobara una ley orgánica que regulara todos lo referente a la Corte Constitucional era de un año. Pero frente a la necesidad de la inmediata aplicación de las garantías y normas constitucionales era imperante que alguien las asumiera. También era necesario que los expedientes pendientes, bajo la Constitución 1998, fuesen ventilados por algún organismo, pero el régimen de transición omitió cubrir este detalle.

El régimen de transición fue muy ambiguo, porque no estableció un plazo para el cambio de los vocales del Tribunal Constitucional. Pero dejó una norma abierta a interpretación. En el artículo 27 fijó que los miembros del Tribunal Constitucional terminarán su periodo cuando los nuevos miembros sean designados.

Luego de estas consideraciones, el Tribunal hace una recopilación doctrinaria del cambio de las características del Estado de Derecho al Estado Constitucional, haciendo citas de autores distinguidos sin explicar cómo se relaciona su teoría a este caso concreto<sup>586</sup>. Citan también la experiencia norteamericana y las singularidades de la inmediata aplicación de su Constitución.

---

<sup>585</sup> Así Zagrebelsky menciona: *La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución...* ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ob. cit Pp 34

<sup>586</sup> Párrafo 18, pp 32 de la resolución en pleno del Tribunal Constitucional del 20 de octubre de 2008 publicado en el Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre de 2008.

Como una revelación dicen: “a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.”<sup>587</sup> La Constitución 1998 ya había determinado la supremacía constitucional y la capacidad de los jueces para revisar el control de constitucionalidad de las normas, así que los vocales del Tribunal Constitucional no estaban descubriendo nada nuevo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por otra parte ese argumento no da solución a la laguna que el régimen de transición dejó. Por otro lado no se dice nada cuál sería el rango de norma que el régimen de transición asume, considerando que fue aprobado por la mayoría del pueblo ecuatoriano en el referéndum aprobatorio de la Constitución. En ese sentido no sirve de nada decir que la Constitución es superior a la ley, porque no existe conflicto con ninguna ley.

Luego, tomando en cuenta que la Constitución 2008 ya estaba vigente, que esta instituía principios que favorecen la efectividad de los derechos y considerando la voluntad del constituyente, los vocales del Tribunal Constitucional se constituyen en la nueva Corte Constitucional mientras la primera Corte sea elegida. Además se atribuyen una potestad reglamentaria para regular los procedimientos constitucionales mientras se dicta la ley correspondiente de procedimientos constitucionales y en el mismo acto eligieron presidente, vicepresidente y otras dignidades.

Desde este evento han pasado un poco más tres años y a pesar de que ya han sido constituidos los organismos que se encargarían de nombrar la comisión que designaría a la primera Corte Constitucional, no se lo ha hecho. Al parecer la actual Corte Constitucional no fue transitoria como en principio suponía el régimen de transición (y la voluntad del Constituyente). En cambio se podría suponer que la misma Asamblea Constituyente<sup>588</sup>, a propósito, estableció una ambigüedad en la transición de la Corte Constitucional que beneficiaría a que los vocales del Tribunal Constitucional (con influencia política oficialista) asuman el cargo.

A pesar de todo, al Tribunal Constitucional le pareció suficiente hacer una deducción, mal motivada, de la conveniencia de asumir las funciones del nuevo organismo de control

---

<sup>587</sup> Ídem. Pp 33.

<sup>588</sup> La Asamblea Constituyente del Ecuador de 2007 contaba con 130 asambleístas, de los cuales 80 eran de Alianza País, partido oficialista. Mayor información

[http://es.wikipedia.org/wiki/Asamblea\\_Nacional\\_Constituyente\\_de\\_Ecuador\\_de\\_2007](http://es.wikipedia.org/wiki/Asamblea_Nacional_Constituyente_de_Ecuador_de_2007)

constitucional. Probablemente, como ex órgano de garantías constitucionales y control de constitucionalidad, lo más conveniente pudo haber sido que tome las funciones transitoriamente. Sería coherente que la misma institución que venía resolviendo los procesos constitucionales asumiera temporalmente la carga pendiente. De igual manera, los derechos y garantías constitucionales no podían suspenderse mientras se espera la instalación del nuevo organismo. El problema en realidad es su origen. Los actuales magistrados de la Corte Constitucional heredaron toda la influencia política que pasó por alto muchas inconstitucionalidades.

Si interpretamos lo que el régimen de transición señaló fue que los vocales del Tribunal Constitucional seguirían en el cargo, de acuerdo al artículo 27, mientras se nombra a la comisión que elegiría a los nuevos magistrados de la Corte Constitucional. Pero el artículo 25 dice que apenas se hayan conformado las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social se organizaría la comisión que elegiría a los magistrados de la Corte Constitucional. Parece ser que el texto se refiere a lo más pronto posible.

Pero el interés político del gobierno de mantener controlado a la institución de suprema interpretación de la Constitución parece ser el fin. Los actuales magistrados de la Corte Constitucional son claramente influidos por el gobierno. En la práctica han hecho interpretaciones constitucionales a favor del Gobierno<sup>589</sup> y no se han observado las declaratorias de Estado de Excepción. El activismo que pregonaron con esta resolución no fue a favor de derechos, como el caso colombiano<sup>590</sup>, sino a favor de intereses políticos. Hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha opuesto en ningún sentido al gobierno.

### 3.3.2. Riesgos de un Neoconstitucionalismo absorbido por el poder

Para entender el riesgo de la tergiversación del Neoconstitucionalismo, debemos entender el debate que existe entre la democracia y el constitucionalismo. Aunque ya se ha mencionado poco

---

<sup>589</sup> Basta revisar la sentencia Interpretativa N° 002-10-SIC-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana en la que se interpreta que el periodo presidencial inicia con la publicación de la nueva Constitución, por lo tanto no se toma en cuenta la elección anterior y por lo que el Presidente Correa puede ser reelegido en una ocasión más. Pp 13.

<sup>590</sup> El activismo que la Corte Constitucional colombiana desarrolla es distinto y constante, un ejemplo es el caso de los privados de la libertad, que frente a numerosas tutelas, la Corte Constitucional resolvió que se trataba de una situación general de “estado de cosas inconstitucional” en las cárceles y exhortó al gobierno que en un periodo de tiempo cese el hacinamiento carcelario, en Cfr. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 4, n°6. 2007. pp 57.

en páginas anteriores, es preciso indicar que para quienes apoyan a la democracia, su argumento se funda en que la participación es el derecho de los derechos<sup>591</sup>. Es decir que para encontrar cuáles son los contenidos de los derechos (o valores) se sigue un principio de autoridad basado en el mayoritarismo participativo; pues éste tiene mayor legitimidad frente a otras formas de decisión que excluyen a la mayoría o que son encargadas a élites<sup>592</sup>. Pero para quienes defienden el constitucionalismo, la autolimitación es necesaria para que haya una verdadera convivencia pacífica, es por eso que se deja un marco estructural fuera del debate democrático porque solo así se impediría que la voluntad autoesclavice a la población<sup>593</sup>. Finalmente, una buena definición de democracia, bastante equilibrada, la encontramos en Gustavo Zagrebelsky; palabras que valen la pena citar:

La democracia, como la concebimos y deseamos, es, dicho brevemente, el régimen de las posibilidades siempre abiertas. No basándose en certezas definitivas, aquella está siempre dispuesta a corregirse, porque excepto sus presupuestos procedimentales –las deliberaciones populares y parlamentarias- y sustanciales –los derechos de libre, responsable e igual participación política- consagrados en normas intangibles de la Constitución, hoy garantizadas por tribunales constitucionales, todo lo demás puede siempre ser nuevamente sometido a discusión.<sup>594</sup>

Ahora bien, si el constitucionalismo es un límite a la democracia, justificado moralmente solo cuando es garante (sustancial y procedimental) de ella, entonces cualquier uso exagerado de éste, que restrinja la libertad democrática, es prohibido. Por lo tanto, de esta forma deberá operar el control constitucional, caso contrario estaríamos desconociendo la cualidad del ser humano como “*pensador de derechos*”<sup>595</sup> y limitando su capacidad de decisión arbitrariamente.

<sup>591</sup> Como lo afirma Waldron: “...las cuestiones de derecho debían ser determinadas por toda la comunidad de portadores de derechos en la sociedad, esto es, por todos aquellos cuyos derechos estuvieran en juego.”

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Ob. cit pp 297.

<sup>592</sup> En los términos de Waldron: “Hay otros principios de autoridad dispobibles, tales como la monarquía (un legislador supremo decide), la aristocracia judicial (la decisión última queda asignada a los miembros de una Corte Suprema), o varias formas de regímenes mixtos.” Ídem. Pp 296.

<sup>593</sup> Stephen Holmes utiliza una revisión histórica para su defensa y concluye: “Aquí tal vez se encuentre una ‘solución’ a la paradoja de la democracia constitucional. Para conservar la voluntariedad, se debe restringir la propia voluntariedad... El compromiso previo es moralmente permisible, siempre que refuerce la prohibición de la autoesclavización... la obligación constitucional es un intento de impedir la posibilidad de que la nación (o cualquier generación) se venda a sí misma (o a su posteridad) como esclava.” HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. Ob. cit pp 260.

<sup>594</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Editorial Trotta. Madrid. 2010. Pp 128.

<sup>595</sup> Cfr. WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Ob. cit pp 298.

Tengo la impresión de que las teorías neoconstitucionalistas aceptarían este concepto de democracia constitucional por la vinculación del Derecho, la moral y el constructivismo ético. Como lo ha señalado García Figueroa, no se proclama que exista una única concepción de los valores, pues estos deben ser construidos a través de procedimientos deliberativos<sup>596</sup>. Además, la Teoría de la Argumentación Jurídica se proclama como caso especial del discurso práctico general, esto quiere decir que el discurso moral<sup>597</sup> debe someterse a la limitación de ciertas reglas procesales<sup>598</sup> para que sea parte de la ciencia jurídica. Al mismo tiempo, al referirse al Derecho como discurso racional, Alexy muestra su clara influencia que las teorías de Habermas tuvieron sobre él. Habermas nos dice que en la acción comunicativa, para que haya procesos de entendimiento, es necesario que las comunicaciones tengan pretensiones de validez<sup>599</sup>.

Con estas aclaraciones pretendo llegar a la idea de que aquella argumentación que se utiliza en desmedro de la democracia, no puede ser llamada Neoconstitucionalista. No sería congruente con los postulados que fundamentan a este nuevo paradigma. Por lo tanto no pueden llamarse neoconstitucionalistas: aquellas decisiones que omiten la deliberación (como es el caso en el que los magistrados de un Tribunal Constitucional legislan abiertamente), tampoco pueden pretender una corrección moral aquellas decisiones que benefician injustificadamente a un sujeto<sup>600</sup>, así como tampoco puede haber entendimiento en discursos sin pretensiones de validez<sup>601</sup> (como es el

<sup>596</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Loc. Cit. pps 35-39.

<sup>597</sup> La vinculación a la moral se encuentra representada en la tesis de la pretensión de corrección: *“Pero si ya los juicios morales, según su sentido, plantean una pretensión de poder ser afirmados por cualquier persona juiciosa y de ser en este sentido ‘válidos’ entonces esto debe valer todavía más para los juicios de valor jurídicos.”* ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit Pps 297 y 298.

<sup>598</sup> Por ejemplo la argumentación jurídica tiene vinculatoriedad con el Derecho vigente, el proceso de argumentación es limitado temporalmente y está reglamentado por reglas procesales. Cfr. Ídem. Pps 294 y 295.

<sup>599</sup> En las palabras de Habermas: *“El concepto de acción comunicativa presupone el lenguaje como un medio dentro del cual tiene lugar un tipo de procesos de entendimiento en cuyo transcurso los participantes, al relacionarse con un mundo, se presentan unos frente a otros con pretensiones de validez que pueden ser reconocidas o puestas en cuestión.”* HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus Humanidades. Buenos Aires. Tomo I. pp 143.

<sup>600</sup> Como parece ser el caso de la Sentencia N° 020-09-SEP-CC, Caso: 0038-09-EP en la que se derriba la seguridad jurídica de la cosa juzgada por beneficiar los intereses del Estado.

<sup>601</sup> Para Alexy *“En el discurso jurídico, al igual que en el discurso práctico general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indicar razones para ello.”* ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ob. cit pp 297. También Habermas dice que la pretensión de validez de la acción comunicativa se basa en tres supuestos: que el enunciado sea verdadero, que el acto de habla sea correcto con el contexto normativo vigente y que la intención del hablante coincida con lo que piensa. Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Ob. cit pp 144.

caso de decir que se interpretará un caso en abstracto y finalmente resolver un conflicto de competencias concreto)<sup>602</sup>.

Estos son ejemplos de la Corte Constitucional ecuatoriana, que usa en su fundamentación supuestas tesis neoconstitucionalistas, pero que en el fondo no las son. Con ellas justifican una actuación judicial desmedida, proclamando un ilusorio Estado Constitucional de Derecho. Parecería que se utilizan retóricamente los argumentos post-positivistas para burlar al Estado de Derecho y favorecer a los detentadores del poder político. Recordemos que la victoria del Estado de Derecho fue limitar la arbitrariedad, sometiendo el poder al Derecho<sup>603</sup>. Pero en el Ecuador se vive bajo el poder de la autoridad, mucho nos dice la sentencia que condena al Diario El Universo del Ecuador a pagar cuarenta millones de Dólares de Estados Unidos de Norteamérica, por las supuestas calumnias proferidas en contra del Presidente Rafael Correa<sup>604</sup>.

Recapitulando, no son neoconstitucionalistas los argumentos que permiten contribuir a la arbitrariedad, porque no serían congruentes con los fundamentos del nuevo paradigma. Así que los riesgos del, aparente, Neoconstitucionalismo absorbido por el poder son: (i) grave daño a la democracia, se ha hecho que la Corte Constitucional pueda decidir cuestiones de trascendental importancia de la población, sin embargo su conformación no tiene ninguna representación con la comunidad sino con el poder político; (ii) exceso de arbitrariedad, se han utilizado aparentes motivaciones post-positivistas para derrotar instituciones (como la cosa juzgada) a favor de intereses políticos; y (iii) justificaciones contradictorias, se pregona conocer las teorías de

---

<sup>602</sup> En la sentencia interpretativa N° 0001-09-SIC-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana, se le consulta el ámbito de aplicación de las normas constitucionales sobre endeudamiento externo y la necesidad de contar con el visto bueno de la Procuraduría General del Estado en casos de contratación pública. En este caso se está negociando un crédito con el BID y la Procuraduría hizo una observación en el contrato. En principio se pedía que se interprete en abstracto las normas pero la decisión fue definir cuál es el ámbito de competencias de la Procuraduría para resolver este caso concreto.

<sup>603</sup> Cfr. RAZ, Joseph. *El Estado de Derecho y su virtud*. Loc. Cit. pp 18.

<sup>604</sup> García Amado, comentando el caso del Diario El Universo, escribe un post que apunta: *“En un Estado de derecho democrático no hay sitio para el culto al líder ni para el gregarismo de las hordas ni para el fanatismo de los adoradores de las jerarquías. Se llama Estado de derecho porque el que gobierna es el primero que ha de obedecer al derecho de todos y porque la consideración a su cargo y a su mandato tiene como contraprestación su exquisito respeto a las opiniones y los legítimos intereses de quienes tal poder le han prestado, que no regalado.”* GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El honor de los políticos y los derechos de los ciudadanos*. En <http://rafaelcorrecontraeluniverso.eluniverso.com/2011/11/21/el-honor-de-los-politicos-y-los-derechos-de-los-ciudadanos/> última visita 24 de noviembre 2011.

avanzada<sup>605</sup> pero al mismo tiempo parece haber una confusión de instituciones, tal vez por desconocimiento o tal vez porque en la confusión se sirve mejor al poder político.

Por último es eminente mencionar los casos de corrupción del supremo intérprete de la Constitución. Se habían escuchado rumores de fallos inexplicablemente favorables, como es el caso de la amnistía a Floresmiló Villalta. En éste incidente, se había condenado a Villalta a prisión de dieciséis años por la violación a una menor de edad, pero la Asamblea Constituyente emitió una amnistía para los defensores del medio ambiente. Villalta fue puesto en libertad por ser un activista ambiental y la Corte Constitucional ratificó su amnistía<sup>606</sup>. A este curioso evento se debe sumar el caso de la Cervecería Nacional. En este advenimiento, el Asambleísta Galo Lara hizo pública una denuncia en contra de los magistrados de la Corte Constitucional, en la que se comprobó que el hermano del secretario de la Corte había recibido un millón de Dólares para obtener un fallo favorable<sup>607</sup> en el proceso de la Cervecería Nacional<sup>608</sup>. Por estas irregularidades se han iniciado investigaciones penales que todavía no han tenido resolución. Lo cierto es que la legitimidad de la Corte Constitucional ha caído decepcionantemente en la opinión pública ecuatoriana. Si el supremo intérprete de la Constitución ha caído en casos de corrupción entonces la Constitución no tiene garantía, sino solo para el mejor postor o para el poder político.

### 3.3.3. Consulta popular y propuesta de reforma judicial 2011

El siete de mayo del 2011, a petición del Presidente de la República, se llevó a cabo una consulta popular. En las preguntas se planteó la reforma de algunas cláusulas constitucionales, que apenas

---

<sup>605</sup> Manuel Atienza en su discurso pronunciado en Lima afirma: “*Uno de los inconvenientes de no ver así las cosas es el de complicarse la vida inútilmente, hacer de esa fórmula [de la ponderación] un uso completamente innecesario. Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos... más sobrios llevan ahora a algunos tribunales a extensísimas motivaciones dirigidas probablemente a transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias respectivas. Como ejemplo podría servir una decisión... del Tribunal Constitucional de Ecuador (Sentencia - 0005-2008-AN)...[en la que] empleo un número elevadísimo de pps en las que se explicaba con todo detalle la teoría de Alexy y su fórmula de la ponderación...*” ATIENZA, Manuel. Discurso pronunciado en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa. Lima, 26 de abril de 2010.

<sup>606</sup> En Diario El Comercio del 14/04/2011 [http://www.elcomercio.com/politica/Amnistias-Plenoamenazo-Fiscalia\\_0\\_462553803.html](http://www.elcomercio.com/politica/Amnistias-Plenoamenazo-Fiscalia_0_462553803.html) última visita 24 de noviembre de 2011.

<sup>607</sup> En Diario El Hoy del 24/05/2011 <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/fiscalia-acusara-al-presidente-de-la-cc-476840.html> última visita 24 de noviembre de 2011.

<sup>608</sup> La Cervecería Nacional tenía un juicio pendiente, en el que se le demandaba el pago de 90 millones de dólares por el pago de utilidades a trabajadores no distribuidas. En Diario El Hoy del 23/05/2011 <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/juez-modifico-su-sentencia-del-9-de-marzo-476709.html> última visita 24 de noviembre de 2011.

tenían vigencia hace dos años<sup>609</sup>. En cuanto a la Función Jurisdiccional, se planteó hacer una reforma que solucionaría los problemas judiciales<sup>610</sup>, reformulando la estructura del Consejo de la Judicatura. La pregunta fue aceptada con una aceptación del 52.34% de los votos válidos<sup>611</sup>. Ahora los delegados del Consejo de la Judicatura pasan a ser cinco<sup>612</sup> y son elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de entre ternas enviadas por: el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, la Función Ejecutiva y la Asamblea Nacional.

En el proceso de reestructuración se están implementando nuevos sistemas informáticos, se evalúan a los actuales jueces y se están llevando a cabo concursos de méritos para distintos cargos judiciales. Recientemente saltó la noticia de que la Presidenta de la Corte Provincial del Guayas fue destituida por faltas disciplinarias. El evento ocurrió debido a que la jueza había opinado en una entrevista, sobre la actitud poco imparcial del juez Paredes (el encargado de sustentar el proceso Diario El Universo-Rafael Correa); esto fue considerado por el Consejo de la Judicatura Transitorio como una afectación a la independencia interna y por lo tanto conducta sancionable con la destitución<sup>613</sup>. Si esta es la relación del Consejo de la Judicatura transitorio con el poder político, ya podemos augurar qué tipo de jueces serán nombrados para conformar la nueva Función Judicial.

Adicionalmente existe otro suceso curioso. El día cinco de septiembre del 2011, el Presidente Correa dispuso el Estado de Excepción para la Función Judicial<sup>614</sup>. Según la Constitución vigente solo es posible dictar esta medida extraordinaria en casos de agresión, conflicto armado

---

<sup>609</sup> Rafael Correa, al elogiar la nueva Constitución que promulgaba, prometió que su Constitución duraría 300 años. En PALLARES, Martín. *¿Se hizo bien en no publicar la noticia?* <http://desdelatranquera.wordpress.com/2011/04/29/%C2%BFse-hizo-bien-al-no-publicar-la-noticia/> última visita 24 de noviembre de 2011.

<sup>610</sup> La pregunta textualmente decía: ¿Está usted de acuerdo en sustituir al actual Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros designados, uno por la Función Ejecutiva, uno por la Función Legislativa y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 4?

<sup>611</sup> Resultados oficiales publicados el 13 de julio de 2011 en Suplemento del Registro Oficial N° 490 de la misma fecha.

<sup>612</sup> El artículo 179 de la Constitución 2008 establecía 9.

<sup>613</sup> En Diario El Comercio del 23/11/2011 [http://www.elcomercio.com/politica/Consejo-Judicatura-Transicion-Presidenta-Universo-Maria-Leonor-Jimenez-Viteri-destituida-indisciplina\\_0\\_596340444.html](http://www.elcomercio.com/politica/Consejo-Judicatura-Transicion-Presidenta-Universo-Maria-Leonor-Jimenez-Viteri-destituida-indisciplina_0_596340444.html) última visita 24 de noviembre de 2011.

<sup>614</sup> En Diario El Universo del 05/09/2011 <http://www.eluniverso.com/2011/09/05/1/1355/estado-excepcion-funcion-judicial.html> última visita 24 de noviembre de 2011.

internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural<sup>615</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional tiene la facultad de observar la constitucionalidad de este tipo de decretos, pero en este caso lo declaró constitucional<sup>616</sup>. Son discutibles las razones que motivaron el estado de excepción, pero lo cierto es que era la única forma de que el Consejo de la Judicatura Transitorio pudiera conseguir fondos<sup>617</sup> para su proyecto de reestructuración<sup>618</sup>. Así llegaron a conseguir 108 millones de Dólares para este año y 420 millones para el periodo total de dieciocho meses<sup>619</sup>.

Finalmente la reestructuración está en marcha. Respecto a la estructura de la Corte Nacional de Justicia y su función como Corte de Casación no se ha dicho nada. Por lo que se entiende que no existe intención de cambiar la función nomofiláctica y uniformadora de la casación. Tal vez, con todas las observaciones que se han realizado en esta investigación, podamos proponer cuál debería ser la ubicación de la casación en un verdadero Estado Constitucional.

---

<sup>615</sup> Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. Constitución del Ecuador 2008.

<sup>616</sup> En Diario El Comercio del 04/11/2011 [http://www.elcomercio.com/politica/polemicos-estancados-decision-Corte-Constitucional\\_0\\_584341638.html](http://www.elcomercio.com/politica/polemicos-estancados-decision-Corte-Constitucional_0_584341638.html) última visita 24 de noviembre de 2011.

<sup>617</sup> Art. 165.- ... Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá: 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.

<sup>618</sup> Así lo manifestó Tania Arias (integrante del Consejo Transitorio) en una entrevista para la Revista Vistazo, en la que afirmó que el presupuesto nacional del año en curso no tenía partidas para la reestructuración judicial y la única forma de conseguir el dinero era con el estado de excepción, para canalizar recursos no utilizados. En Revista Vistazo del 09/09/2011 <http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=17079> última visita 24 de noviembre de 2011.

<sup>619</sup> *Ibíd.*

#### 4. Conclusiones

Con todo lo hasta ahora investigado pretendo proyectar tres conclusiones desde distintos enfoques: uno cultural, uno teórico y uno empírico. Finalmente con estas posiciones sabremos ubicar a la casación en un Estado Constitucional, y principalmente en el Ecuador.

Desde la perspectiva cultural, la casación es una institución heredada del Estado de Derecho decimonónico y por lo tanto pieza fundamental de la cultura jurídica paleo-iuspositivista<sup>620</sup>. En ella viven intrínsecamente aquel desprecio hacia el juez del *Ancien Regime*<sup>621</sup>, pues el juez está limitado a vigilar la exacta observancia de la ley<sup>622</sup>. Como si la ley fuese la máxima expresión de la racionalidad iluminística del siglo XVIII<sup>623</sup> que nos defenderá de la maldad judicial. Lo cierto es que tanto les hemos dicho a nuestros jueces que son los personajes perversos que se han llegado a creerlo en los siguientes aspectos. (i) el razonamiento judicial quedó disminuido: si el juez estaba limitado a ser la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley, entonces en su pensamiento no podían haber principios, ni argumentación jurídica y peor aún control judicial de las leyes<sup>624</sup>. (ii) juez burócrata: el juez, a diferencia de lo que pasaba con Estados Unidos<sup>625</sup>, no era defensor de la libertad ni de los derechos, sino un burócrata más de la Función Ejecutiva<sup>626</sup>; esto explica el poco enfoque que tienen en la justicia de calidad como servicio (como la crítica a la burocracia weberiana)<sup>627</sup>. (iii) juez como personaje principal de la cultura jurídica latinoamericana: el Derecho

<sup>620</sup> Ferrajoli utiliza este adjetivo para describir al Estado legislativo de Derecho en el que los poderes públicos eran regulados tan solo por forma y procedimiento legal. A diferencia del Estado Constitucional neo-iuspositivista en el que el poder no solo se rige por formas sino por contenidos (derechos fundamentales). Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Ob. cit pps 13 y 14.

<sup>621</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Loc. Cit. pp 20.

<sup>622</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Loc. Cit. Pp 33.

<sup>623</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Loc. Cit. Pp 100.

<sup>624</sup> Vale la pena repetir las palabras de Cappelletti: "... esta mediocridad social y profesional de los jueces (civiles) continentales ordinarios iba a convertirse en una de las razones por la que no servirían para afrontar el desafío de la revisión judicial de los actos legislativos y administrativos." CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Loc. Cit. Cita 28 pp 23. Kelsen también pensó lo mismo, por eso fijó el control constitucional en un órgano *ad hoc* distinto del poder judicial. Cfr. KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Ob. cit pp 24.

<sup>625</sup> Cfr. GRÁNDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. Loc. Cit. pps 26 y 27.

<sup>626</sup> Cfr. LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Loc. Cit. pp 133.

<sup>627</sup> Una de las críticas de la burocracia weberiana es que el funcionario solo hace la función que el reglamento le obliga y no le interesa la calidad. Cfr. BARZELAY, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. Ob. cit pp 47.

es un lenguaje complicado que no toda la población comprende y que culturalmente ha tendido a los formalismos exagerados, para mantener su distancia de la población<sup>628</sup>; en este aspecto los jueces son la cara inaccesible del Derecho y con ello aprovechan para aplicar la debilidad selectiva de la ley (para favorecer a los cercanos al poder)<sup>629</sup>.

La casación, con este bagaje histórico-cultural, es una institución que disminuye la posición de la Función Judicial como poder del Estado. La primacía de la legalidad<sup>630</sup> somete al juez a la ley, como garantía de que su arbitrio no se convierta en arbitrariedad<sup>631</sup>, porque la ley era la expresión de la libertad soberana del pueblo<sup>632</sup>. Pero Austin, ya nos advirtió que el Parlamento también era capaz de cometer arbitrariedades a través de la ley<sup>633</sup>; pero la casación no atiende a esta advertencia porque su relación es intrínseca con la ley. Así entonces, la casación es una institución de vigilancia en favor de la ley; incluso, como dice Morello, hermanada a ella<sup>634</sup>. Cumple la función de observar que el juez aplique la exacta literalidad de la ley, o que la interprete en función de la voluntad del legislador<sup>635</sup>. Entonces, la casación es una institución que beneficia a la Legislatura, que confirma la supremacía del legislador y el sometimiento del Poder Judicial a él. Con esto se reafirma el postulado de que el Poder Judicial es un poder nulo<sup>636</sup>, incapaz de formar un gobierno bien equilibrado, pues los controles y equilibrios de la división de poderes de Montesquieu no aceptaban el control a la voluntad de la mayoría<sup>637</sup>. Entonces encontramos un Estado sin controles. En donde, al contrario de lo que pensaba Rousseau, el modelo europeo continental de

<sup>628</sup> Cfr. BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. Loc. Cit. Pp 22.

<sup>629</sup> Cfr. BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. Loc. Cit. Pps 36.

<sup>630</sup> Cfr. DÍAZ, Elías. Loc. Cit. Pps 27-31.

<sup>631</sup> Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Ob. cit pp 142.

<sup>632</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Loc. Cit. Pp 24.

<sup>633</sup> Citando a John Austin en *The province of jurisprudence determined (1832)*, Prieto Sanchís señala: "...las determinaciones del Derecho positivo encarnaban la voluntad, más o menos caprichosa, de los detentadores del poder político..." Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Loc. Cit. Pp 100.

<sup>634</sup> Cfr. MORELLO, Augusto. *La Casación*. Loc. Cit. Pp 11.

<sup>635</sup> Cfr. ANDRADE UBIDIA, Santiago. Loc. Cit. Pp 21.

<sup>636</sup> Citando a Montesquieu "*De los tres poderes de los que hemos hablado, el judicial en cierto sentido es nulo.*" Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Loc. Cit. Pp 23.

<sup>637</sup> A diferencia de un gobierno bien equilibrado inglés, en el que participaban varios estamentos en el ejercicio del poder realizando varias funciones y en el que también las funciones eran realizadas por varios órganos, el modelo francés de división de poderes no aceptaba que hubiera un control sobre la voluntad de la mayoría; por lo tanto éste solo podía autolimitarse no habiendo un control en sentido estricto. Cfr. ARAGÓN, Manuel. *Control y Concepto de Constitución*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 7, N° 19, Enero-Abril. 1987. Pps 20-25.

división de poderes no era una garantía de libertad sino un camino a la arbitrariedad<sup>638</sup>; y en él, la casación es un elemento más que contribuye al desbalance.

Desde una perspectiva teórica, la casación es una institución fundamentada en el positivismo teórico. En él se adopta una teoría mecanicista de la interpretación en la que se rechaza toda discrecionalidad del juez; pues considera que el sistema de reglas es tan explícito que no le permite al juez ningún espacio de libertad de decisión<sup>639</sup>. La casación observa en el razonamiento judicial si los silogismos han sido empleados correctamente, bajo una simple lógica monotónica<sup>640</sup>; por este motivo, incluso se propuso que el órgano de casación no debía ser judicial sino que debía ser un anexo de la Legislatura<sup>641</sup>. Entonces para la teoría casacional el ordenamiento jurídico está compuesto solamente de reglas, que los jueces deben seguir estrictamente bajo pura deducción silogística. Sin embargo esto resulta imposible por dos supuestos: (i) que el ordenamiento jurídico está compuesto por principios y reglas; (ii) en la interpretación existe una separación entre disposición y significado; y (iii) las normas pueden ser derrotables.

A partir del debate Dworkin - Hart, ha quedado pacífico en los debates jurídicos, que el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios<sup>642</sup>. También ha quedado claro que los principios no operan igual que las reglas. Los principios son mandatos que se cumplirán en mayor o menor medida (en función de circunstancias fácticas y jurídicas); mientras que las reglas son normas que se cumplen todo o nada<sup>643</sup>. En este sentido la casación se concibió bajo la perspectiva de que solo existen reglas en el ordenamiento jurídico, así se encargaba de revisar si las normas debían cumplirse o no. Pero en cambio sobre los principios no puede predeterminedar cuáles deben cumplirse sobre otros. Si la casación busca la exacta observancia de la ley, encuentra dificultad en los principios, puesto que en la legislación no se pueden establecer (en abstracto) que principios deben primar sobre otros. La casación no puede pregonar la exacta observancia de

---

<sup>638</sup> Aragón cita irónicamente la frase de Rousseau: “<los ingleses se creen que son libres y se equivocan, porque sólo lo son en el momento de votar>. La frase valdría, en verdad, para la propia democracia rousseauiana (una democracia sin controles), pero no para la democracia anglosajona (una democracia con controles)”. ARAGÓN, Manuel. *Control y Concepto de Constitución*. Ob. cit pp 28.

<sup>639</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Loc. Cit. Pps 13-15.

<sup>640</sup> Cfr. BAYÓN, Juan Carlos. Loc. Cit. pp 92.

<sup>641</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. Ob. cit Pp 33.

<sup>642</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Loc. Cit. Pp 203. Cfr. ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Loc. Cit. Pp 23. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit pp 65.

<sup>643</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. loc. cit. p 68.

principios ya que la determinación del peso de los principios se determinará en cada caso concreto a la luz del razonamiento práctico de los hechos<sup>644</sup>.

La casación clásica buscaba la exacta observancia de la literalidad de la ley<sup>645</sup>, sin embargo debemos apreciar que, de las modernas formas de interpretación, podemos hacer la distinción entre la disposición normativa (texto) y el contenido normativo (significado)<sup>646</sup>. La casación no puede dedicarse a controlar el cumplimiento del simple texto, porque de la literalidad no se puede obtener significado alguno sin interpretación. La casación debe entonces renunciar a aquella tesis de la interpretación mecanicista que la fundamentaba, y debe en cambio aceptar que existirán sentidos interpretativos coherentes con el conjunto de valores del ordenamiento jurídico. Será entonces el deber de la casación, no solo revisar el cumplimiento de la literalidad de la ley, sino de verificar la legitimidad de los sentidos interpretativos, materialmente adecuados con los principios constitucionales.

Debemos tomar en cuenta que las normas tienen una estructura condicional que las hace normas *prima facie*. Esto se debe a la imposibilidad de determinar anticipadamente todas las condiciones necesarias para su aplicación quedando siempre la cláusula abierta de “a menos que...”, la misma que excepcionaría su aplicación<sup>647</sup>. Ello hace entonces imposible que las normas funcionen bajo una lógica monótona. Ahora bien, la casación tenía la función de vigilar la exacta observancia de la ley. Pero si tomamos en serio la posibilidad de que las normas sean derrotables, entonces la Corte de Casación no podría obligar a que siempre se cumplan las leyes; pues puede haber casos en los que haya operado la condición excepcional y que no haya debido aplicarse la norma. Entonces la casación no puede limitarse a la revisión formal de la simple lógica de ductiva para juzgar la correcta aplicación de las normas; pues deberá tomar en cuenta, también, la existencia de la derrotabilidad de las normas. A esto se le deberá sumar que los principios formales (como la

---

<sup>644</sup> Alexy afirma: “... en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. ob. cit. p 71

<sup>645</sup> El juez boca de la ley no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley. CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Loc. cit. Pp 21.

<sup>646</sup> Incluso Guastini llega a decir: “...ninguna disposición tiene un significado determinado si no es después de la interpretación.” Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico” de un diccionario, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 27, 2004, p 249.

<sup>647</sup> Cfr. BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. ob. cit. pp 91.

seguridad jurídica) también pueden ser derrotables ante el grave perjuicio de principios materiales<sup>648</sup>.

Ahora, desde una perspectiva empírica tenemos que hablar necesariamente sobre la acumulación de carga procesal. De los últimos datos disponibles en la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, se desprende que al año 2009 existía una cantidad de casos pendientes por resolver de 8,777 (4,395 de ellos correspondían a casos acumulados y 4,382 a casos ingresados) de los cuales la Corte había resuelto 3,226<sup>649</sup>. Es decir que tenía una acumulación de 5,551 casos. A esto se debe considerar que tras la Asamblea Constituyente 2007 se decidió reducir el número de jueces de treinta y uno a veintiuno. Esto supone que la cantidad acumulada se repartirá entre menos jueces.

Pero esta realidad no parece ser única en el Ecuador, más bien parece ser un defecto de la institución. En Francia en el año 2006 se resolvieron alrededor de 32,000 casos, y para este trabajo existen más de 200 magistrados en la Corte de Casación<sup>650</sup>. En Italia la situación es similar, la Corte resuelve casi 50,000 casos y tiene cerca de 500 magistrados<sup>651</sup>. Esto se debe sin duda a que la casación ha sido concebida como una cuasi tercera instancia.

Taruffo encuentra que la Corte de Casación tiene una crisis de identidad, en la que no sabe si es una tercera instancia o una verdadera Corte Suprema. Pero como se ha configurado en Francia, Italia y los países de Latinoamérica más se acerca a una tercera instancia puesto que: es el tercer nivel de impugnación porque su fin es controlar la legitimidad (exacta observancia de la ley) de cada caso concreto que viole la ley procesal o sustancial, por lo que debe eliminar los errores ya cometidos por los jueces anteriores; y, predomina la intención de reparar el interés de cada caso en concreto (*ius litigatoris*) más que el interés de proyectar la interpretación de las normas<sup>652</sup>. En la práctica se ha dejado de lado la función unificadora de la jurisprudencia (que es en cambio la principal función del modelo de Corte Suprema). Si se considera que cada caso puede ser

---

<sup>648</sup> Como ejemplo la posibilidad de castigo a los guardianes del muro de la República Democrática Alemana, quienes estaban obligados jurídicamente a disparar a la persona que cruzara la frontera. El Tribunal Constitucional alemán decidió que si podían sancionarlos por los crímenes cometidos con anterioridad. Cfr. ALEXY, Robert. *Derecho Injusto, retroactividad, y principio de legalidad penal*, en *Doxa* N°23, 2000, pp 201.

<sup>649</sup> Fuente Informe a la Ciudadanía de la Corte Nacional de Justicia en <http://www.cortenacional.gob.ec/cn/index.php/funciones/informesciudadnia> última visita 7 de diciembre de 2011.

<sup>650</sup> Cfr. TARUFFO, Michele. *Las funciones de las Cortes Supremas*, ob. cit. p 217.

<sup>651</sup> Ídem. Pp 219.

<sup>652</sup> Cfr. TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*, ob. cit. ps 222-225.

controlado por su legitimidad (control de exacta observancia de la ley) entonces tendremos que existe una enorme cantidad de decisiones casatorias, difícilmente coherentes para establecer criterios uniformizadores<sup>653</sup>.

Aunque en la práctica la casación actúe como una cuasi tercera instancia, tiene una limitación, pues no puede revisar hechos. Es una gran contradicción porque puede controlar el cumplimiento de la ley de cada caso concreto, pero no puede buscar la justicia de él. Esto se debe al límite que la casación le pone a la Corte para revisar hechos. Pese a ello existe una circunstancia en la que si actúa como juez de hecho y es cuando el control de legitimidad se hace sobre la motivación de jueces inferiores<sup>654</sup>. Entonces la casación es una tercera instancia incompleta, puesto que no puede hacer justicia en el caso concreto.

Por lo tanto nos encontramos ante una institución que no cumple ninguno de sus fines adecuadamente. Revisa la exacta observancia de la ley de cada caso, pero no puede hacer justicia. Busca uniformizar la jurisprudencia pero le es imposible por la inmensa cantidad de sentencias (algunas incluso contradictorias). ¿Qué debe hacer entonces la casación? Me parecería adecuado que decida escoger una de las dos funciones que se le ha asignado, pero que la realice adecuadamente.

Sin embargo analicemos las posibilidades. La primera probabilidad es que la Corte, que ya funciona como una casi tercera instancia, además pueda revisar los hechos y haga justicia en el caso concreto. Es decir que vuelva a ser una auténtica tercera instancia. Pero ya se había argumentado cuando se eliminó la tercera instancia, y se adoptó la casación, que ésta era un alargamiento innecesario del proceso, que ya había habido dos pronunciamientos previos. Además la gran carga procesal que existía en la Corte Suprema le hacía imposible resolver inmediatamente. Todos los casos subían a la Corte Suprema pero en ella había un número reducido de jueces. A esto se debe sumar la centralización de la Corte en la capital del país, lo cual

---

<sup>653</sup> En palabras de Taruffo: “...es inevitable que se trate de una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, escasamente previsible y –sobre todo- contradictoria... En un contexto de este tipo parece difícil hablar de eficacia de los precedentes en sentido propio. Más bien se habla de jurisprudencia para aludir... a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual –como acontece en los shopping malls- cada uno... encuentra todo aquello que le sirve (y también su contrario).” Cfr. TARUFFO, Michele, *Las funciones de las Cortes Supremas*, ob. cit. ps 220, 221.

<sup>654</sup> Por ejemplo el quinto caso analizado en pps anteriores. También Taruffo lo observa: “...además [realiza la función] del juez de hecho, que bajo la apariencia del control de la motivación, en realidad reformula la valoración de las pruebas.” TARUFFO, Michele, *El Vértice Ambiguo*, ob. cit. p 224.

merma el acceso al recurso<sup>655</sup> de los litigantes no residentes en la capital<sup>656</sup>. Esto nos quiere decir dos cosas: (i) sería inaceptable retomar la tercera instancia por la extrema dilación de los procesos; y (ii) una Corte Suprema centralizada no tiene la capacidad para revisar la justicia de cada caso concreto por límites en recursos humanos y porque no facilita el acceso.

La segunda posibilidad es que la Corte de Casación sea eminentemente una Corte Suprema, en la que su vocación sea uniformizar la jurisprudencia. Esta función la realizaría a través de los precedentes, en cuyo caso, los criterios señalados por la Corte deberán ser seguidos por los jueces sucesivos en casos similares. El número de precedentes dictados debe ser restrictivo para que los criterios puedan ser coherentes y fácilmente inteligibles<sup>657</sup>. Entonces tendríamos que eliminar la idea de que la casación tiene el deber de controlar la legitimidad de cada caso concreto y quedarnos con la proposición de que la Corte dictará una sentencia únicamente cuando, a partir de un caso concreto, tenga la capacidad de “... *crear Derecho objetivo pro futuro*...”<sup>658</sup>, o en los términos de Taruffo, deba elegir “... *la interpretación más justa de la norma*...”<sup>659</sup>. Para ello también debemos observar los parámetros del Estado Constitucional.

Luego de todo lo dicho, la configuración del nuevo Estado Constitucional ecuatoriano nos dará una pauta de cuál será la ubicación de la casación. Para lo cual cito las palabras de la Corte Constitucional del Ecuador:

<sup>655</sup> El PNUD incluso a señalado que: “*Todo miembro de la sociedad debe tener acceso y posibilidad de recurrir a los mecanismos que brinde el sistema.*” PNUD, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*, 2005, p 15.

<sup>656</sup> También se ha señalado como límite al acceso a la justicia la ubicación geográfica de los tribunales, analizando la situación en Córdoba: “*El grado de centralización de los tribunales era alto; todas las instancias de apelación se encontraban ubicadas en la capital de la provincia, lo que implicaba que un ciudadano que quería apelar tendría que recorrer hasta 350 km para ello... la concentración geográfica de los juzgados en las principales ciudades era una auténtica barrera en el acceso a la justicia para una proporción significativa de la población.*” BERGOGLIO, María Inés, *Argentina: los efectos de la institucionalización democrática*, en FIX-FIERRO, Héctor y otros (eds.) *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Universidad Autónoma de México, México D.F. 2003, p 44.

<sup>657</sup> Taruffo resalta la idea: “... *la eficacia de los precedentes es inversamente proporcional a su número, y que la limitada cantidad de precedentes producidos por aquellas cortes es lo que confiere a su jurisprudencia la autoridad, estabilidad y coherencia...*” TARUFFO, Michele, *Las funciones de las Cortes Supremas*, ob. cit. p 220.

<sup>658</sup> RODRÍGUEZ, Roger, *El precedente constitucional en el Perú*, ob. cit. pp 69.

<sup>659</sup> Con esta frase Taruffo muestra que debería existir un verdadero interés en la interpretación, en función del ordenamiento jurídico (*ius constitutionis*) y no tomar como relevante la interpretación correcta del caso concreto. Solo así se podrían generar precedentes, por la vocación de señalar una reinterpretación de la norma. TARUFFO, Michele, *El Vértice Ambiguo*, ob. cit. p 228.

... [existe un] ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi, cuando plasmó en la Constitución del 2008 que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (artículo 1); que los derechos son plenamente justiciables, sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento (artículo 11 num. 3)... que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, sin que se pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades (artículo 169).<sup>660</sup>

Si tomamos en serio estas palabras, debemos asumir que el Ecuador apuesta por una justicia más material, sin que las formalidades puedan sacrificarla. La casación es una institución eminente formal, por lo que debe reconfigurarse en el marco del Estado Constitucional. Así podemos decir que esta institución debe cumplir una función de protección de derechos fundamentales, sin embargo su esencia no le permite hacerlo, por lo que mi propuesta es la eliminación de la casación. Se debe eliminar la casación porque es una institución que somete al Poder Judicial bajo el poder de la Legislatura, porque no es capaz de asumir un razonamiento no monotónico y porque es una tercera instancia que no cumple con el fin de justicia.

En cambio propongo dos cosas. La primera es que deben haber salas o instancias judiciales, descentralizados en todo el territorio del país (que cumplan con un verdadero acceso a la justicia), para que resuelvan las acciones extraordinarias de protección (amparo contra decisiones judiciales) y así reparar la violación de derechos constitucionales cometidos en la actuación judicial. Lo segundo es que la Corte Nacional se conforme como una auténtica Corte de Precedentes, con el único fin de uniformizar la jurisprudencia. Para ello deberá tener una amplia discrecionalidad para escoger casos para su resolución. Un tamiz que se podría realizar a través del *writ of certiorari*. Este instrumento les permitiría no motivar si deciden no conocer el caso y solo lo aceptarían casos si: quieren solucionar una cuestión novedosa de derecho, resolver conflictos de opiniones jurídicas en judicaturas inferiores y cuando crean que es necesario cambiar de posición sobre un criterio jurídico (*overruling*)<sup>661</sup>. Esta es una propuesta que podría tener un mayor desarrollo, sin embargo en esta investigación el diagnóstico está hecho. La casación es una institución arcaica que no es congruente con el propósito de efectividad de derechos fundamentales del Estado Constitucional.

---

<sup>660</sup> Sentencia N° 020-09-SEP-CC, Caso: 0038-09-EP, p 4.

<sup>661</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, *Las funciones de las Cortes Supremas*, ob. cit. p 209.

## 5. Bibliografía

1. ABAD YUPANQUI, Samuel. *El Proceso Constitucional de Amparo*. Gaceta Jurídica. Lima. 2004.
2. ACKERMAN, Bruce. *La Nueva División de Poderes*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2007.
3. ACOSTA, Alberto (comps.); MARTÍNEZ, Esperanza. *El Buen Vivir, una vía para el desarrollo*. Ediciones Abya-Yala. Quito.
4. ACOSTA, Alberto. *Bitácora Constituyentes*. Ediciones Abya-Yala. Quito. 2008.
5. ACOSTA, Alberto. *No hay un camino para la Constituyente, la Constituyente es el camino*. En KINTTO, Lucas (ed.). *Entre el quiebre y la realidad Constitución 2008*. Ediciones Abya-Yala. Quito. 2008.
6. AGUILÓ REGLA, Josep. *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. En LIFANTE VIDAL, Isabel (Ed.). *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Palestra. Lima. 2010.
7. ALBÁN GÓMEZ, Ernesto (Comp.); CORONEL JONES, César. *La Casación estudios sobre la ley No. 27*. Corporación Editora Nacional. Quito. 1994.
8. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Palestra Editores. Lima 2010.
9. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007.
10. ALEXY, Robert. *Derecho Injusto, retroactividad, y principio de legalidad penal*, en *Doxa* N°23, 2000,
11. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Marcial Pons. Madrid. 2011.
12. ANDRADE UBIDIA, Santiago. *La Casación Civil en el Ecuador*. Fondo Editorial. Quito. 2005.
13. ARAGÓN, Manuel. *Control y Concepto de Constitución*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 7, N° 19, Enero-Abril. 1987.
14. ARRARTE, Ana María. *Apuntes sobre los alcances de la autoridad de cosa juzgada en el proceso civil peruano*. En *Proceso & Justicia*, N°1, Lima, 2001.
15. ATIENZA, Manuel. Discurso pronunciado en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa. Lima, 26 de abril de 2010.
16. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra Editores. Lima. 2004.

17. ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel. Barcelona. 2004.
18. ATIENZA, Manuel; y RUIZ MANERO, Juan. *Reglas, Principios y Derrotabilidad*. En ATIENZA, Manuel; y RUIZ MANERO, Juan. *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*. Palestra-Temis. Lima- Bogotá. 2009.
19. AYALA MORA, Enrique (Ed.). WRAY ESPINOSA, Alberto. *Nueva Historia del Ecuador*. Editorial Grijalbo. Quito. 1995.
20. BARZELAY, Michael. *Breaking Through Bureaucracy*. México: FCE. 2000.
21. BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. En *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N°13, octubre 2000.
22. BERGOGLIO, María Inés, *Argentina: los efectos de la institucionalización democrática*, en FIX-FIERRO, Héctor y otros (eds.) *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Universidad Autónoma de México, México D.F. 2003,
23. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
24. BINDER, Alberto. *El mercado de los servicios legales y la crisis de la abogacía*. En *Sistemas Judiciales, Abogacía y Educación Legal*, año 5, n° 9
25. BINDER, Alberto. *La Cultura Jurídica, entre la tradición y la innovación*. En PÁSARA, Luis (Ed.) *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca. 2007.
26. BÖHMER, Martín. *Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina*. En *Sistemas Judiciales, Abogacía y Educación Legal*, año 5, n° 9,
27. BRANDWEN, Maxwel. *Punitive-Exemplary damages in labor litigation*. En *The University of Chicago Law Review* Vo. 29, N°3. Spring 1962.
28. CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.
29. CALDERÓN, Carlos; ALFARO, Rosario. *La Casación Civil en el Perú*. Editora Normas Legales S.A. Trujillo. 2001.
30. CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Traducción de P. de Luis Durán. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6, No. 17, Mayo-Agosto, 1986.
31. CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003.

32. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: Elementos para una Definición*. Revista Jurídica del Perú N°88. Lima. Junio del 2008.
33. CHUGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de Menores*, Editora Grijley, Lima, 1995,
34. COMANDUCCI, Paolo. *Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho*. En *Doxa* N° 21, Volumen II. 1998.
35. CRAWFORD, James. *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. Dykinson. Madrid. 2004.
36. CUEVA CARRIÓN, Luis. *La Casación en lo Civil*. Ediciones Cueva-Carrión. Quito. 1993.
37. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Ediciones Abya-Yala. Quito. 2010.
38. DÍAZ REVORIO, F. Javier. *La Interpretación Constitucional de la Ley, las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional –Conclusiones y Anexos-*. Palestra Editores. Lima. 2003.
39. DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus. Madrid. 1983.
40. DORADO, Javier. *Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo*. En (eds.) ANSUÁTEGUI, F. J. *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Dykinson. Madrid. 2005.
41. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 1995.
42. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2000.
43. FERRAJOLI, Luigi. *Cultura Jurídica y Paradigma Constitucional*. Palestra. Lima. 2010.
44. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías la ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 2004.
45. FERRERES COMELLA, Víctor. *Una defensa de la rigidez constitucional*. En *Doxa*, N.º 23, 2000.
46. FOUCAULT, Michel. *Microfísica del Poder*. Las Ediciones de la Piqueta. Madrid. 1980.
47. FULLER, Lon. *The Morality of Law*. Yale University. 1964.
48. GAGO PRIALÉ, Horacio. *Sociedad espontánea y Derecho en el Perú. Cómo el pensamiento jurídico de Joaquín Costa explica la nueva sociedad de Lima*. Introducción a la primera edición peruana de la publicación realizada en Civitas, Madrid (2000).
49. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo*. En CARBONELL, Miguel (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo ensayos escogidos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007.

50. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedentes. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC*. En *JUS: Constitucional*. N° 1. Enero. 2008.
51. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Editorial Trotta. Madrid. 2009.
52. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. En *Diritto & questioni pubbliche*, N° 3, 2003.
53. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso)*. En *Anuario de Filosofía del Derecho (Nueva época)*, Tomo XV, 1998.
54. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la Moralidad*. Editorial Trotta. Madrid. 2009.
55. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.
56. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Acerca del valor moral de la seguridad jurídica*. En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°26, 2003.
57. GARCÍA PELAYO, Manuel. *El "status" del Tribunal Constitucional*. En *Revista Española de Derecho Constitucional* N°1, Enero-Abril, 1981.
58. GASCON ABELLÁN, Marina; y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho*. Palestra Editores. Lima. 2003.
59. GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los Jueces carrera judicial y cultura jurídica*. Palestra. Lima. 2009.
60. GRÁNDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. Palestra Editores. Lima. 2010.
61. GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo*. Editorial Gedisa. Barcelona 1999.
62. GUASTINI, Ricardo. *Los principios en el Derecho Positivo*. Gedisa. Barcelona. 1999.
63. GUASTINI, Ricardo. *Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 27, 2004,*
64. GUASTINI, Ricardo. *Sobre el Concepto de Constitución*. En CARBONELL, Miguel (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos escogidos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
65. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones de Jurídicas Serie Doctrina Jurídica No. 47. Lima. 2003.
66. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus Humanidades. Buenos Aires. Tomo I.

67. HAMMERGREN, Linn. *La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras*. En PÁSARA, Luis (comp.). *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Lima. Consorcio Justicia Viva.
68. HART ELY, John. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press. 1980.
69. HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1963.
70. HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. 1994.
71. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. ELSTER J. y SLAGSTAD R. (comp.) *Constitucionalismo y Democracia*. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 1999.
72. Informe Latinobarómetro del 2002
73. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El Precedente en el Common Law*. Editorial Civitas. Madrid. 1995.
74. KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, Julio-Diciembre. 2008.
75. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Ediciones Coyoacán S.A. México D.F. 2008.
76. LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Significado del Recurso de Casación. Su Establecimiento en Venezuela*. En *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ Academia de Ciencias Políticas y Social*. Caracas. Vol. 75. No. 127. 1993.
77. LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Palestra. Lima. 2001.
78. MEJÍA, Leonardo (Cord.). CUEVA, Agustín. *Ecuador Pasado y Presente*. Universidad Central del Ecuador-Editorial Universitaria. Quito. 1976.
79. MONROY GÁLVEZ, Juan. *De la Administración de Justicia al Poder Judicial. ¿Cambiando de oxímoron?* En *Cuadernos de Política Judicial* Año 1 No. 1 (2003) Palestra-PUCP.
80. MORA ORTEGA, Luis (Cord.). AYALA MORA, Enrique. *Política y Sociedad 1830-1980*. Corporación Editora Nacional. Quito. 1980.
81. MORELLO, Augusto M. *La Casación*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993.
82. MORESO, José Juan. *Principio de Legalidad y causas de justificación*. En *Doxa* N° 24, 2001.
83. NIETO, Alejandro. *El Arbitrio Judicial*. Ariel. Barcelona. 2000.
84. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Palestra Editores. Lima. 2006.

85. ORTEGA GOMERO, Santiago (Dir.). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Presentación. ARA Editores. Lima. 2010.
86. OYARTE MARTÍNEZ, Rafael. *Curso de Derecho Constitucional: Tomo II la Función Legislativa*. Fondo Editorial Andrade & Asociados. Quito. 2005.
87. PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo. *Historia del Ecuador*. Editorial Colón. Quito. 1962.
88. PÁSARA, Luis. *Lecciones ¿aprendidas o por aprender?* En PÁSARA, Luis (Comp.). *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Consorcio Justicia Viva. Lima. 2004.
89. PÁSARA, Luis. *Tres Claves de la Justicia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2010.
90. PNUD, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*, 2005,
91. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Fontamara. México. 1999.
92. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación Judicial*. Editorial Palestra. Lima. 2002.
93. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
94. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El juicio de ponderación constitucional*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel. *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador. Quito. 2008.
95. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.
96. RAZ, Joseph, *El Estado de Derecho y su virtud*. En CARBONELL, Miguel (comp.) "El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina". Palestra. Lima. 2009.
97. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En CARPIO, Edgar. y GRÁNDEZ, Pedro. (Cords.) *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra. Lima. 2007.
98. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º2 del Código Procesal Constitucional peruano*. En *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. N.º2, Año 1. Agosto-Diciembre. Lima. 2005.
99. ROLLA, Giancarlo. *Juicio de Legitimidad Constitucional en vía Incidental y Tutela de Derechos Fundamentales*. En *Estudios Constitucionales*, año/vol. 2, número 001. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago de Chile. 2004.
100. SAAVEDRA, Luis Ángel (ed.). *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. Quito.

101. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El Recurso de Casación Civil*. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2009.
102. SILVA VALLEJO, José Antonio. *La Casación Civil, su crisis actual, necesidad de derogarla y de sustituirla por el recurso extraordinario de injusticia procesal y el Certiorari*. Ara Editores. Lima. 2010.
103. SUNSTEIN, Cass. *Desingning Democracy*. Oxford University Press. Nueva York. 2001.
104. TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1988.
105. TARUFFO, Michele. *Las Funciones de las Cortes Supremas*. En *La prueba, artículos y conferencias*, Monografías jurídicas universitarias. Metropolitana. Santiago de Chile. 2008.
106. TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Palestra Editores. Lima. 2005.
107. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 4, n°6. 2007.
108. VALADÉS, Diego en estudio introductorio a HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones de Jurídicas Serie Doctrina Jurídica No. 47. Lima. 2003.
109. VERDESOTO SALGADO, Luis. *Desarrollo Constitucional del Ecuador*. Anuario Jurídico. Quito. 1982.
110. VILLEY, Michel. *Filosofía del Derecho*. Scire Universitaria. Barcelona. 2003.
111. VILLORIA, Manuel. *Modernización administrativa y gobierno postburocrático*. En BAÑÓN, Rafael; y CARRILLO, Ernesto (comps.). *La Nueva Administración Pública*. Alianza. Madrid. 1997.
112. WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons. Madrid. 2005.
113. WILSON, Bruce. *The Best Laid Schemes... Gang Aft A-gley. Judicial Reform in Latin America – Evidence from Costa Rica*. En *Journal of Latin American Studies*. 2004.
114. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*. Editorial Trotta. Madrid. 1995.
115. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Editorial Trotta. Madrid. 2010.