

**Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

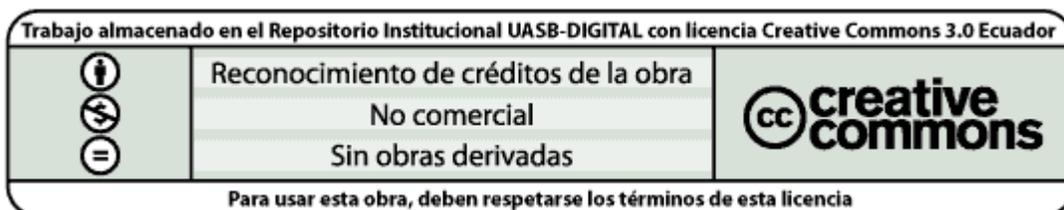
Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**La aplicación directa de la Constitución frente al  
prevaricato en el Ecuador: prohibición de fallar contra norma  
expresa**

Javier Fernando Villacrés López

**2014**



## CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, Javier Fernando Villacrés López, autor de la tesis intitulada “La Aplicación Directa de la Constitución Frente al Prevaricato en el Ecuador (Prohibición de Fallar Contra Norma Expresa)” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho mención Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 06 de enero de 2014

.....

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

**SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**MAESTRÍA NACIONAL EN DERECHO**

**MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE AL  
PREVARICATO EN EL ECUADOR (PROHIBICIÓN DE FALLAR CONTRA  
NORMA EXPRESA)**

**JAVIER FERNANDO VILLACRÉS LÓPEZ**

**TUTOR: DR. CHRISTIAN MASAPANTA GALLEGOS**

**2014**

**QUITO - ECUADOR**

## **ABSTRACT**

La aplicación directa de la constitución, en el escenario jurídico que rige al Ecuador, se enmarca como una garantía, en pos de la tutela efectiva de los derechos proclamados por la norma fundamental; en tal sentido, los aplicadores de justicia, a más de precautelar la debida aplicación de las normas legales, en referencia al cuidado del debido proceso, están obligados a desarrollar la norma constitucional.

Dicha obligatoriedad presupone que en todos los casos a ser resueltos, deba sobreponerse el texto constitucional por sobre el legal, mucho más cuando se busque precautelar la materialización de un derecho en el caso concreto; en tal sentido, los jueces tienen el deber de administrar justicia, utilizando parámetros progresivos, dinámicos e interpretativos, capaces de develar el verdadero alcance de los derechos implícitos en determinada prescripción normativa.

En este contexto, el propósito de la investigación, es dar a conocer las repercusiones que la aplicación directa de la Constitución; genera en sus intérpretes, en relación con la vigencia del delito de prevaricato y su prohibición de fallar contra norma expresa, en donde se contrasta el garantismo constitucional con las limitaciones establecidas en la norma legal antes referida; asimismo, se analiza la dimensión de la aplicación normativa de la Constitución en el modelo de estado legal, frente al modelo constitucional vigente en el país, haciéndose referencia al papel que tiene que adoptar el juzgador constitucional a través de la interpretación y desarrollo del texto constitucional, como argumentación moral.

## **Dedicatoria**

A las personas que me enseñaron  
a pensar diferente

## **Agradecimiento**

Principalmente a la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, por acogerme como estudiante y permitirme cursar mis estudios de maestría, en la persona del Doctor Enrique Ayala Mora.

Asimismo, agradezco a todos mis maestros, los cuales entregaron su conocimiento sin ningún tipo de egoísmo.

## TABLA DE CONTENIDO

### CAPÍTULO I

<b>ESTADO LEGAL VS. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.....</b>	<b>10</b>
1.1 El prevaricato como método de control.....	13
1.2 Evolución normativa del delito de prevaricato.....	14
1.3 El juzgador positivista, el prevaricato como fortaleza y método de control del modelo positivista en la estructura del Estado.....	17
1.4 El prevaricato como mecanismo de control bajo la teoría positivista del derecho.....	20
1.5 El juzgador constitucional y la argumentación moral, como método de tutela de los derechos en un Estado constitucional de derechos y justicias, frente al delito de prevaricato.....	23
1.6 El dolo en el delito de prevaricato y la controvertida limitación de la justicia...29	
1.7 El error judicial y el alejamiento del texto legal.....	33
1.8 El ideal de justicia frente a la norma a ser aplicada en el caso concreto.....	36

### CAPÍTULO II

<b>APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN.....</b>	<b>40</b>
2.1 Fuerza normativa.....	40
2.2 Categoría normativa.....	50

2.3 Alcance.....	54
2.4 Naturaleza.....	58
2.5 Límite, la aplicación directa de la Constitución como salvaguarda del mandato de optimización de sus principios.....	61
2.6 La subsunción como método tradicional de aplicación de la norma.....	71
2.7 Regla legal vs. principio constitucional.....	73
2.8 Procedencia de la aplicación directa de la Constitución.....	73
2.9 Existencia de una norma constitucional y ausencia de una norma legal.....	74
2.10 Existencia de una norma legal frente a la abstracción de una norma constitucional.....	76
2.11 Existencia de una norma legal en desarrollo de la norma constitucional.....	77

### **CAPÍTULO III**

<b>ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIAS Y EL PREVARICATO.....</b>	<b>79</b>
----------------------------------------------------------------------------	-----------

3.1 ¿La prohibición de fallar contra norma expresa es procedente dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia?.....	79
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

3.2 ¿Constituye el prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa un rezago del Estado legal?.....	85
3.3 ¿El alejarse del texto de la norma legal constituye en todos los casos un acto de decisionismo injustificado?.....	88
3.4 ¿Se ve la aplicación directa de la Constitución afectada por la sentencia 0001-13-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador?.....	102
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	111

## **CAPÍTULO I**

### **ESTADO LEGAL VS. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIAS**

En el estado legal positivista la supremacía de la ley, contaba como único elemento decisor de los límites a los derechos; su estructura era considerada como invariable, además de ser el factor definidor de la estructura estatal bajo la creación de constituciones de corte liberal. El principio de legalidad viene a ser el eje rector de toda la gestión estatal, conforme al cual todo ejercicio del poder público deberá estar sometido a la voluntad de la ley y de su jurisdicción y no a la de las personas, fundado a la seguridad jurídica como mecanismo de defensa de la norma.

Entonces, también se establecía una conexión con el presupuesto jurídico de la reserva de ley, con la cual se obliga a regular (como única forma de desarrollo de los derechos), una materia concreta, con normas que posean ese rango, particularmente aquellas materias en las que la intervención del poder público está directamente afectando a la esfera de derechos del individuo.

Además, al considerarse que la ley es un producto de la voluntad general y no de un solo órgano del Estado, la soberanía popular se veía plenamente representada; por tanto, se creía que la ley al mantener procesos similares de formación y legitimación, como la Constitución, no podría ser otra cosa que la omnipotencia de esa voluntad generalizada a través del principio democrático, por lo cual la ley sería la única voz de esa generación viva

del pueblo (al hacer contrapunto contra la perennización de las constituciones en el tiempo).<sup>1</sup>

Frente a estos enunciados, nace la crítica al principio democrático por ser el único medidor de los límites a establecerse en la norma legal. Ésta presupone que la ley es producto de un solo órgano del Estado –el legislativo pero que ese órgano, no es el titular de la soberanía popular por tanto, nadie que no sea el soberano puede tener un poder ilimitado, en tanto la Constitución es la única encarnación de ese poder ilimitado, absoluto e inagotable, de ahí su supremacía. En tal sentido, se debe entender que el poder constituyente es diferente al legislativo por tener plenos poderes, por lo que los principios constitucionales no pueden ser afectados por el producto del legislativo –poder derivado– debiendo éste desarrollar en la prescripción normativa el espíritu del constituyente frente a lo que pretende regular.<sup>2</sup>

Si miramos desde una perspectiva democrática nunca podremos prescindir de una norma suprema, pero en el Estado constitucional, se entiende por ésta a la Constitución, misma que no puede ser violada por los poderes públicos y mucho menos por la ley, la que debe ajustarse a sus presupuestos para que adquiera validez y eficacia.

El Estado Constitucional, sobre todo y principalmente, afecta a la posición de la ley, ya que ésta debe adecuarse a la norma fundamental constitucional, por lo que entra en una relación de subordinación obligada, llegando a afectar la concepción misma del derecho,

---

<sup>1</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Págs. 16-26

<sup>2</sup> Jorge de Esteban y Trevijano González, *Curso de Derecho Constitucional Español III*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, Pág. 709

como se lo entendía en el Estado de corte liberal. También inquieta el enfoque de la administración (Estado) y de los particulares respecto a la ley, éstos se encuentran por tal en un mismo sitio; “sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio. Esta regla está erosionada en ambas direcciones, en relación con los particulares y con la administración”<sup>3</sup>. El principio de legalidad viene a estar instituido como un regla de aplicación de la ley preestablecida en cada proceso, sea administrativo o judicial, situación que compromete directamente la tutela de la seguridad jurídica como mandato constitucional, estando directamente –el principio de legalidad- sometido a sus designios –los de la Constitución-.

Cabe señalar que no se censura a la realidad constitucional desde el ideal democrático. Este último viene a ser, mas bien, un complemento de la representatividad instituida por el órgano legislativo que la misma Constitución crea para el desarrollo de sus principios, debiendo advertir que además que son directamente aplicables y justiciables. Se parte del poder constituyente como momento místico, para luego limitar esa realidad a través de la democracia representativa, teniendo a la Constitución como fuente ilimitada del derecho y como mecanismo de control del producto generado por el debate legislativo.

La Constitución, como norma suprema, delega la creación de las leyes a la función legislativa y al poder judicial la administración de justicia. Dentro de esta estructura orgánica del Estado, el legislador crea normas de conducta a las cuales los operadores de justicia deben someter sus actuaciones, con el objetivo de conseguir a través de ellas, una

---

<sup>3</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta octava edición 2008, Págs. 33- 35

tutela judicial efectiva, pero éste –el juez– debe establecer siempre los caminos más idóneos de tutelar los derechos bajo los designios de la Ley Fundamental.

### **1.1 El prevaricato como método de control**

Partiendo del presupuesto del Estado legal, el prevaricato claramente tiene énfasis en la falta maliciosa de los deberes impuestos por un cargo público, o en el desempeño de actividades investidas de autoridad judicial, gubernativa o administrativa, debiendo contener un acto arbitrario injusto manifiestamente empático, más la carga dolosa del hecho ya que se consiente en la acción injusta al violar en forma deliberada el texto de la norma.

Es entonces un delito que atenta contra la administración pública y esencialmente contra la administración de justicia, ya que dicho delito es llevado a cabo por los protagonistas del poder judicial, que incluye a la falta de los deberes que impone el ejercicio de un cargo o profesión a sabiendas y voluntariamente.

La conclusión es que el bien jurídico protegido es la administración de justicia a través de la prohibición de no fallar contra norma expresa en perjuicio de una de las partes procesales, estableciéndose que el principio de legalidad está siempre por sobre las posibles interpretaciones que el juez de al sentido de la norma, aún cuando aquella esté incompleta o exceda la limitación de un principio por ella desarrollada. Esto deviene a su vez que la garantía de la seguridad jurídica, la tutela judicial expedita y la protección al derecho al debido proceso esta dada en el Estado legal por la aplicación de la ley sin interpretación alguna.

## 1.2 Evolución normativa del delito de prevaricato.

La legislación sustantiva penal del Ecuador, cercana al fin del siglo XIX, toma como modelo al Código belga de 1880, que a su vez se inspiró en el francés de 1810, siendo casi imperceptibles las modificaciones, ya que se tomaron los mismos preceptos dogmáticos y la misma forma de tipificar el acto ilícito adoptado en los Códigos de 1871 y 1889 e incluso en el de 1906; llegando a la estructura del denominado Código de Alfaro, que perduraría por más de treinta años, para llegar posteriormente el advenimiento del Código Penal de 1938 y finalmente la vigencia del Código Orgánico Integral Penal<sup>4</sup>.

La institución del prevaricato se la plantea (no como tipo penal independiente), desde la promulgación del Código Penal de 1837, en el que se lo sancionaba en el artículo 360 del Título Séptimo, Capítulo Primero bajo la denominación:

“De los Delitos de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Funciones, estableciendo que son prevaricadores “1.- Los jueces de derecho o árbitros de la misma clase que a sabiendas, por interés personal, por afecto, o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de tercero interesado, juzgan contra ley, o proceden criminalmente contra alguno, sabiendo que no lo merece. 2.- los que a sabiendas, por el mismo interés personal, afecto, o desafecto, a alguna persona o corporación, dan consejo a una de las que litigan ante ellos con perjuicio de la parte contraria, o proceda contra leyes expresas, ya haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que ordenan. 3.- Los funcionarios públicos de cualquier clase que ejerciendo alguna actividad gubernamental, judicial o administrativa por el mismo interés personal, afecto, o desafecto, a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o tarden la administración de justicia, o cualquier otro negocio del servicio público. 4.- Los demás empleados, oficiales, curiales, o cualquier otro funcionario público, que por alguna de las causas entredichas en el numeral 1, abusan a sabiendas de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona, protegen, disimulan o toleran del mismo modo delitos de los subalternos, o dependientes, o dejan de poner el oportuno remedio para reprimirlos o castigarlos”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> José García Falconí, *Manual de Práctica Procesal Penal: El Juicio por el Delito de Prevaricato*, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1995, Págs. 15-18

<sup>5</sup> Código Penal de 1837, fecha de consulta 25 de febrero de 2013  
[http://books.google.com.ec/books?id=bG8VAAAAYAJ&hl=es&source=gbs\\_navlinks\\_s](http://books.google.com.ec/books?id=bG8VAAAAYAJ&hl=es&source=gbs_navlinks_s)

Hay que anotar que este tipo penal continúa de idéntica forma en los Códigos Penales de 1871, 1889 y 1906 bajo la denominación de “Prevaricación de los Empleados Públicos”. En el Código Penal de 1938, pasa a constituirse como un Título independiente, momento desde el cual conserva la misma estructura, encontrándolo en el anterior Código Penal, antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en el Capítulo Cuarto, denominado “Del Prevaricato” Art. 277, señalando que:

“Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: 1. Los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece; 2. Los jueces o árbitros que dieran consejo a una de las partes que litigan ante ellos, con perjuicio de la parte contraria; 3. Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan; 4. Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público; 5. Los demás empleados, oficiales y curiales que, por cualquiera de las causas mencionadas en el numeral primero, abusen dolosamente de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona; y, 6. Los jueces o árbitros que conocieren en causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogados o procuradores.”<sup>6</sup>

De la misma manera el Código Orgánico Integral Penal lo establece dentro de la Sección Primera del Capítulo Cinco, bajo la denominación de delitos contra la tutela judicial efectiva:

---

<sup>6</sup> Código Penal Ecuatoriano, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010

“Art. 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses”

Se concluye que en el Ecuador el prevaricato trata de hechos contrarios a la administración pública y especialmente a la administración de justicia, en donde el responsable traiciona a la ley. Se lo comete “con malicia” y si bien actualmente el perjuicio es en contra de una de las partes, este delito lesiona generalmente a más de intereses particulares también provoca un daño a la administración, que al final es el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del cometimiento de prevaricato.

En tal sentido, hay que tomar en cuenta la posición del juzgador frente a la Constitución y a la norma legal en cada momento histórico, tanto dentro del modelo de Estado legal, como dentro del modelo de Estado constitucional de derechos y justicias y justicia. Si se ha considerando al delito de prevaricato como medio de control en las actuaciones judiciales hay que distinguir a los escenarios constitucionales que plantean los modelos de Estado mencionados en líneas anteriores para entender el modo en que se llegaba a la consecución de la justicia; de esta manera se logrará observar el nivel de significancia de los valores y principios dentro de la norma legal y su establecimiento de vinculación respecto de lo que se pretende tutelar respecto de la aplicación de los derechos constitucionales.

### **1.3 El juzgador positivista, el prevaricato como fortaleza y método de control del modelo positivista en la estructura del Estado.**

El prevaricato aparece como un medio que resguarda a la Ley (a la que se consideraba como perfecta delimitadora de los derechos) y su aplicación literal, tomando como principal arma las prohibiciones dirigidas a los aplicadores de justicia en cuanto a atentar contra su estricto mandato, ya que dentro del contexto legalista, prevaricar es administrar justicia de manera parcial, apartándose maliciosamente de la ley para favorecer o perjudicar a alguien mediante su acción u omisión.

Si se considera al prevaricato como el medio por excelencia para impedir el alejamiento de los criterios judiciales del texto infranqueable de la ley, se estaría dando validez y eficacia definitiva a la norma, ya que bajo los parámetros impuestos por el legislador en la regulación del delito se está dando un sustento puro de legitimación propia del Estado bajo el modelo positivista, en donde el legislador es quien define en última instancia el ejercicio interpretativo de la Constitución.

Dentro del Estado bajo un modelo liberal (legal - positivista), se denota que los jueces tienden a convertirse en simples aplicadores de la ley (omnipotente en todos los casos) lo cual elimina cualquier posibilidad de interpretación por mínima que sea, reinando la obligatoriedad de su aplicación literalista. Aquí si bien los administradores de justicia realizan un ejercicio silogístico, el nivel de interpretación es básico, ya que dicha labor interpretativa va encaminada solo a justificar los hechos dentro del espectro de lo que la norma prescribe.

En tal sentido lo que el juez recoge en su ejercicio interpretativo -que se reduce a la simple aplicación de la regla- son los criterios definitivos que estableció el poder legislativo respecto a la limitación de un derecho. Este órgano -el legislativo- creó un medio infranqueable para mantener al juez en el rango de aplicador de su producto legal ya que se le señalan prohibiciones categóricas, dentro de las cuales se encuentra la de fallar en contra de norma expresa.

De este modo el modelo positivista del estado liberal, como lo habíamos señalado antes toma en cuenta que “todo el contenido de los derechos fundamentales vincula al legislador y que en él se integran posiciones que no pueden ser afectadas por leyes restrictivas pero que dicho contenido tiene una extensión reducida”.<sup>7</sup> De este modo como ya lo hemos señalado antes, todo lo que pueda ser adherido a los derechos fundamentales por el legislador tiene validez definitiva, es decir, se lo considera solo dentro del contexto expreso descrito en su texto, sin que se manifieste por parte de los aplicadores de la ley, un sentido finalista e interpretativo.

El Estado bajo una teoría positivista creaba fortalezas a través de su intervencionismo, y como resultado de este proceso deviene la institucionalización del prevaricato como parte fundamental del mantenimiento de esa institucionalidad, que supone que la ley positiva, por el solo hecho de ser fruto de la voluntad dominante es justa y ha de ser obedecida en virtud de un deber moral y de conciencia. Dicho esto así, la tarea fundamental de los jueces para el mantenimiento del estatus quo es la aplicación indiscutida de la norma, separándose de la semántica en su intervencionismo y remarcando los límites

---

<sup>7</sup> Carlos Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo a Debate*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, Pág. 39

preestablecidos por el legislador (dada la fuente positivista en cuanto a la teoría de la norma).

Este referente crea la atmósfera del mantenimiento puro de la legalidad, en donde el lenguaje de la norma es el único que el juez puede utilizar para la solución de controversias, sin que exista otra vía que le permita solucionar las controversias jurídicas, debiendo responder al principio de legalidad como medio de protección de los derechos pero aún más como medio de protección del modelo de Estado legalista.

Tomando como referencia a Kelsen, además se puede establecer que al separar la moral de la norma jurídica y declararla independiente<sup>8</sup>, se restringe al sistema judicial a fallar en contra de norma expresa, ya que impide que en aplicación de los derechos constitucionales, estos sean tutelados de manera complementaria, endureciendo la magnificencia normativa legislada. Los operadores de justicia sustentan sus decisiones en una sola dirección, en cuanto a la opción en la aplicación normativa obedecen clara y únicamente lo que el texto de la ley establece, dejando atrás las posibles incongruencias que pueden contener solo por guardar fidelidad al principio de legalidad.

Respecto de a este tema, Luís Prieto Sanchís establece:

“Si tomamos alguno de los manuales recientes de teoría del Derecho puede leerse: en las normas de comportamiento se relacionan dos elementos: la condición y los efectos derivados del cumplimiento y/o incumplimiento de dicha condición” (R. Soriano, 1993, p. 87); o bien: las normas están formadas por una serie de elementos comunes, que son: supuesto de hecho, cópula de deber ser y consecuencia jurídica (L. Martínez Roldán y J. A. Fernández Suarez, 1994, p. 118). Esta era en sustancia la concepción Kelseniana de las normas jurídicas “que crean y no descubren, una relación entre el antecedente A y la

---

<sup>8</sup>Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho, Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, Págs. 101-127

consecuencia B que puede ser expresada como si es “A debe ser B”(J. Betegón, 1994, p. 49). Por eso cuando se encuentran dos normas que establezcan soluciones jurídicas incompatibles para las mismas condiciones fácticas, se dice que ambas normas no pueden ser válidas, o cuando menos, que siempre que proceda aplicar una de ellas la otra debe ceder (vid. Alexy, 1986, p. 88)”.<sup>9</sup>

#### **1.4 El prevaricato como mecanismo de control bajo la teoría positivista del derecho.**

Dentro del modelo de Estado, fundado bajo una teoría positivista del derecho, el imperio de la Ley establece los límites normativos de los derechos, que son desarrollados en normas jurídicas, por lo que los operadores de justicia no pueden ir más allá de ese texto en sus resoluciones, sin importar que dicha norma contravenga a la Constitución. Lo que le interesa a este sistema es guardar la hegemonía de la ley.

Entonces cabe concluir, evidentemente que el delito de prevaricato, en cuanto a fallar en contra de norma expresa es un mecanismo claro de control para quienes realizan la actuación judicial, pero sobretodo se convierte en auxilio del positivismo para mantener su vigencia en la vida de los Estados, por lo que se ha dejado establecido por la doctrina, respecto de los delitos contra la administración pública que:

La determinación del Prevaricato con respecto al derecho no es fácil de establecer, pudiéndose establecer que los Magistrados por lo mismo que tienen libertad de criterio y de interpretación, pueden equivocarse, y si cada vez que incurren en errores jurídicos, fueran reos del prevaricato, todos los jueces sin excepción alguna serían delincuentes. De manera que una sentencia revocada significa que el magistrado ha apreciado mal los hechos, ha aplicado mal el derecho o ha incurrido en los dos defectos al mismo tiempo.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Carlos Bernal Pulido, op. cit. pág. 30

<sup>10</sup> Alberto Donna, *Delitos contra la Administración Pública*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, Pág. 462

Conforme al principio de legalidad, sólo la ley tipifica conductas, y sólo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley lo declare expresamente. El prevaricato judicial viene a demarcar ese límite tipificado en la norma, esa intervención en favor de la administración de justicia, el acatamiento directo y sin trabas a la declaratoria de la llamada voluntad soberana<sup>11</sup>.

En este sentido la injusticia de las resoluciones solo puede determinarse desde el ámbito de la legalidad definida como la aplicación de la norma, en razón de no haber aplicado la norma, acorde a la premisa que la decisiones judiciales dictadas conforme al texto del derecho positivo no incurrirá en delito de prevaricato. Lo que lleva a reflexionar es que este delito indiscutiblemente, parte de ejercer un control de la supremacía absoluta de la ley, lo que crea una duda de hasta donde procede la prohibición de fallar en contra de norma expresa, si lo que se requiere de la función judicial frente a un nuevo Estado de Derechos y Justicia es incluso ir más allá del texto de la norma legal para la consecución de la justicia.

Aparece otro aspecto que ayuda a la limitación de las actuaciones judiciales y a la vez apoya el prevaricato como método restrictivo de control, mimo que es la reserva de Ley, que obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas que tienen que ver con la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. En este sentido, el delito de prevaricato somete a los jueces a sujetarse a la norma y sustentar sus fallos solo basándose de manera estricta en el texto de la misma y solo inaplicándola en los casos que se les puede denominar,

---

<sup>11</sup> Hugo Pineda Argueta, *La Potestad Administrativa Sancionadora Ejercida sobre los Jueces*, San Salvador, Universidad de El Salvador, 2012, Págs. 163-164

absurdamente claros de contener violaciones a la Constitución, sin tomar en consideración que pueden existir otros casos además del señalado, en que el sentido de la norma no tutele de manera correcta los derechos, debiendo apartarse de ese sentido para hacerlo.

Pero el prevaricato como mecanismo de control va más allá del planteamiento de su cometimiento por acción y entra en la esfera de la omisión<sup>12</sup>, ampliando de esta manera su espacio de examen, planteando que si el Juez o árbitro en la sustanciación de la causa procede contra leyes expresas dejando de hacer lo que manden aquellas, comete delito de prevaricato por omisión, sin que se deje de incluir la idea de malicia para que opere, porque siempre se estaría desfavoreciendo a una de las partes que del proceso.

Aquí se plantea la idea de omisión solo en la medida que el juez comete prevaricato cuando se espera de su accionar una determinada actuación, es decir solo cuando la norma le exige un comportamiento, apuntándose al prevaricato nuevamente como un aparato de control judicial y engrandecimiento del principio de legalidad, respecto de la aplicación textual de la Ley ya que le impide el alejarse del texto de la norma en función de considerarla un producto infranqueable del legislativo que ha fijado los límites definitivos a los derechos que ella desarrolla bajo la concepción de la teoría interna del derecho.<sup>13</sup>

El reconocer que la expresión de los parlamentos es la única decidora del alcance de los derechos, reconocería solo un modo de producción jurídica, la Ley, siendo las demás, abstracciones secundarias del conocimiento. “Naturalmente este postulado tenía un fuerte sentido político: de un lado, la ley es la forma de expresión del Estado y el Estado Liberal llevará hasta sus últimas consecuencias el proceso de unificación jurídica iniciado por el

---

<sup>12</sup> José García Falconí, op. cit. pág. 35

<sup>13</sup> Jerzy, Wroblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisión*, Suiza, Rechtstheorie, 1974, p. 33-46

absolutismo. De otra, la ley encarnará también la voluntad del órgano que, dentro del Estado, representa a la soberanía”<sup>14</sup>, pero hoy dentro del Estado de Derechos y Justicia, en el que se da un nuevo papel al juez superando la idea del aplicador de la ley, lo constituye como activo creador del derecho, obligando a que sus interpretaciones busquen tutelar los derechos aun mejor que el texto de la norma, cuestión que también reivindica el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho.

La tarea de los operadores de justicia entonces se remitirá al acatamiento indiscutible de la ley, por lo que el prevaricato viene a constituirse como un mecanismo de control que la misma ley instituyó para su salvaguarda, en tal sentido, el juzgador viene a estar restringido en sus actuaciones por lo establecido en el texto de la norma, encontrándose impedido de desarrollarla.

### **1.5 El juzgador Constitucional y la argumentación moral como método de tutela de los derechos frente al delito de prevaricato.**

Antes de realizar el análisis del papel que debe cumplir el juzgador en un escenario constitucional de derechos, hay que señalar que, las distintas adaptaciones que se han dado para la creación de nuestro derecho, limitan el desarrollo pleno de una legislación fiel a la realidad, volviendo a las normas vigentes parcialmente aplicables, haciéndolas efectivas solo en el marco de las coincidencias de dicha adaptación, entreviéndose un contraste de las leyes penales extranjeras adaptadas y las leyes penales que son producto de la realidad subjetiva del país, sin dejar de considerar que su inmutabilidad tras los diferentes cambios de escenarios jurídicos, también afecta a su eficacia y por tanto a los derechos de los individuos.

---

<sup>14</sup> Carlos Bernal Pulido, op. cit. Pág. 34

De manera general el prevaricato es “la grave infracción del deber de aplicar la ley, cometida por las personas especialmente obligadas a ello”.<sup>15</sup> Conforme a esta definición, la infracción de inaplicación de la ley sería la característica general de este delito.

Ahora, tomemos en cuenta que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de directa e inmediata aplicación, de oficio o a petición de parte, además que, son plenamente justiciables y no se podrá alegar falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, ni para negar su reconocimiento. El juez en un Estado constitucional de derechos y justicias, debe tomar en cuenta primariamente a la norma Constitucional, antes que a la legal, por lo cual está llamado no solo a aplicar la norma legal, sino a fortalecer su ámbito de tutela de derechos con el desarrollo de los principios conexos e implícitos en ella contenidos y que la Constitución protege; e incluso debe llegar a develar la eficacia normativa, que en ocasiones le llevará a fallar en contra de una disposición legal, que siendo válida, no es eficaz para el caso en concreto.

Interviene así un nuevo elemento sustancial en las actuaciones de los aplicadores de justicia, el carácter expreso y vinculante de la Constitución y su obligación de realizar un ejercicio interpretativo de la misma. Este actor, debe considerar la eficacia de la norma legal, más allá de su simple validez y existencia jurídica. La eficacia es la capacidad que posee una norma para producir efectos jurídicos y el juez debe entenderla desde tres puntos de vista: jurídica, política y sociológica<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> José Antón y José Rodríguez, *Derecho Penal*. S/e. Tomo. II. 1949. p. 194. Cita textual tomada de Alfredo Etcheberry, en *Derecho Penal*. Tomo IV. Segunda edición. Editorial Nacional Gabriela Mistral. Pág. 191

<sup>16</sup> Luís Prieto Sanchiz, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, Págs. 73-93

En sentido jurídico, la eficacia alude a los efectos o consecuencias, en este orden, es la fuerza para producir esos efectos jurídicos. Los elementos de la norma se plantean como directos, como los que constan en el texto mismo de la prescripción normativa, mientras el nacimiento de posiciones subjetivas para reivindicar su tutela judicial, vienen a plantearse como indirectos, ya que necesitan ser accionados.

Se puede entonces decir que la norma es válida e idónea para producir efectos desde el punto de vista jurídico, porque se los reconoce como propios y les atribuye el poder de suscitar consecuencias tras su utilización (la creación de la norma legal nace como atribución de la función legislativa). En este sentido en sí mismo restringido, si se aplica solo el espectro de análisis hecho en la prescripción, la norma puede producir efectos limitantes de derechos siendo inválida, bajo la premisa de que es aún es válida la ley inconstitucional no anulada.

En realidad, la validez parece ser una propiedad que no tiene ámbitos mas o menos amplios, sino que siempre es igual respecto de todas las normas y son más bien éstas, cuando son válidas, las que pueden poseer efectos diferenciados pudiendo establecerse sus ámbitos de eficacia. Como el material, que es distinto en cada norma y depende de los efectos que haya querido atribuir o reconocer la autoridad que la ha producido (apareciendo los tres mandatos deónticos de obligar, permitir o prohibir).

El temporal, donde las normas pueden tener carácter retroactivo o irretroactivo. (en el primer caso la norma pretende disciplinar los casos o situaciones producidas con anterioridad a su promulgación, mientras que en el segundo, los acontecimiento con posterioridad a ese momento).

El personal, que se refiere al efecto erga omnes o inter partes; cuando la norma posee efecto erga omnes puede ser invocada por cualquiera, mientras que cuando tiene efecto inter partes los efectos serán para un círculo de personas generalmente a quienes de algún modo intervinieron en el proceso.

Finalmente el espacial, cuando las normas pueden tener una eficacia territorial o personal siendo territorial cuando la norma es aplicable a los hechos que han tenido lugar en cierto territorio, con independencia de quien participe en esos hechos, en cambio una norma tiene eficacia personal, cuando es aplicable a los sujetos en los que concurra una circunstancia o cualidad con independencia de que se halle en un territorio u otro.

En perspectiva el juez debe avizorar diferentes perspectivas para desentrañar la limitación de la norma en el caso concreto, la eficacia de las normas alude a la satisfacción o realización de los objetivos sociales en vista de los cuales fueron establecidas en función del ordenamiento de la sociedad de acuerdo a cierto modelo ideológico y filosófico, debiendo siempre responder al momento histórico en que se han de aplicar y modelo de Estado vigente.

En algunas normas, la finalidad se deduce de su carácter prescriptivo y la eficacia de dicha tipificación, dependerá de la medida en que alcance ese objetivo planteado. Sin embargo, otras normas pueden ser instrumentales, es decir, de su contenido prescriptivo, no se deducirá de modo evidente qué es lo que pretenden, pero serán eficaces en cuanto trasladen su ordenamiento en realizable y no plasmen un enfoque segregativo.

Pero estas divergencias van más allá del sentido político en un modelo de Estado constitucional de derechos y justicias, ya que dentro de éste se propone un sin fin de

objetivos que deben ser perseguidos por todas las normas que conforman el aparato jurídico. No por ser las normas ambiguas se puede permitir una falta de tutela de derechos o se puede justificar la carencia de una apreciación intelectual por parte de los jueces que la aplican. Cabe entonces referirse al ejercicio intelectual de los jueces como la justificación de concebir a la eficacia como resultado, es decir, lo que deberá determinar, es si el resultado dado por la vigencia de la norma es el previsto.

Finalmente, el sentido sociológico se refiere al grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios, pudiéndose hablar del antecedente y el consecuente. Una norma se cumple y es eficaz, si los destinatarios ajustan su comportamiento a lo que en ella se prescribe, pero también lo es si los órganos jurídicos son capaces de imponer la consecuencia prevista en las normas para el caso de incumplimiento.

En el caso del prevaricato, el destinatario es el juez, quien debe ajustar su comportamiento a lo que la norma a aplicarse en un caso concreto señala expresamente, ya que de no hacerlo se constituye como una trasgresión a la administración de justicia, pero nace un punto de quiebre en referencia a qué es lo que se entiende por justicia frente a una norma que presupone una limitación injustificada a los derechos constitucionales, carece de desarrollo u omite alguna circunstancia evidenciada de la verificación de los presupuestos de hecho del caso.

La interpretación que realiza un juzgador constitucional, va más allá del simple ejercicio de subsunción que caracterizó a su símil legalista, ésta viene dada por el sentido moral, que propone develar los virtuales derechos inmersos en la norma, no visibles antes

de contrastarla con los hechos que rodean un proceso judicial. Si bien el silogismo es importante y aplicado en todos los casos como ejercicio de primera instancia, no es el que en ciertos casos definirá la tutela de los derechos.

El enfoque finalista es preponderante para la realización del derecho en la mayor medida de lo posible –si se está respondiendo a principios considerados mandato de optimización llegando a tener claro que la legalidad no debe convertirse en una barrera infranqueable delimitadora de las garantías constitucionales.

Se ha considerado que la lectura moral de la norma es obligatoria para aplicarla dentro de un ejercicio intelectual del juez, más aún cuando esa lectura es resultado de la interpretación que primordialmente se debe dar a la Constitución para esclarecer el verdadero espíritu del constituyente.

El análisis técnico jurídico realizado debe plasmar una argumentación plausible y acorde a los principios de aplicación más favorable de los derechos y optimización de los principios constitucionales, utilizando la proporcionalidad y ponderación como medio de solución de colisión de principios, debiendo además realizar una interpretación evolutiva y dinámica (en los casos difíciles en los que el simple ejercicio subjuntivo no determine la forma de solucionar la causa) que permita no hacerlas inoperantes o ineficientes o tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales, proponiendo dentro del Estado constitucional de derechos y justicias, una interpretación teleológica, que establezca de sentido a las normas jurídicas que forman el derecho legislado.

Si se aplica el delito de prevaricato siempre que un juez tras el análisis del resultado del ejercicio de subsunción, considere que la aplicación de la norma no tutela de manera

práctica en el caso concreto, o cuando el juez evidencia que la norma no respalda el verdadero sentido que la Constitución quiere dar a un determinado derecho se está limitando su accionar frente a la controversia. Pensemos en que el la duda de alejarse del texto de la norma no surja por dudas de inconstitucionalidad, sino más bien por la necesidad de tutelar un derecho frente a los hechos presentados, cuestiones que no son desarrolladas por la norma legal, tal cual lo hemos contrastado con el caso del refugiado antes descrito.

De este modo es importante que los administradores de justicia desarrollen el principio de aplicación directa de la Constitución como método de fortalecimiento del ámbito de aplicación de una norma legal, más aún cuando la aplicación literal de la norma depende de un ejercicio de ponderación de principios (caso refugiado), entonces sancionar un delito de prevaricato dependerá de la interpretación subjetiva de quien califique dicho delito, considerando además que siempre existirá la contraparte que esté desconforme con la decisión de ese juez; cuando se debería considerar que en ciertos casos los denominados –difíciles– el juez esta llamado a la protección de los derechos, desarrollando las normas constitucionales en obligación al principio de aplicación directa.

### **1.6 El dolo en el delito de prevaricato y la controvertida limitación de la injusticia**

El establecimiento del prevaricato supone que en todo caso en que el juez falle contra norma expresa haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda incurrirá en este delito, incluyendo al dolo en el perjuicio que cause su accionar a una de las partes.

Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se esta quebrantando el deber, con conocimiento de

las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere<sup>17</sup>.

Ahora bien, el dolo del delito de prevaricato se configura en el perjuicio causado a una de las partes por el intervencionismo injustificado del juez en el proceso, deduciéndose de una vieja expresión: a sabiendas, es decir que el juzgador esta siempre conciente de su injusticia<sup>18</sup>.

Pero hay que determinar hasta que punto el fallar contra norma expresa a sabiendas tiene una carga dolosa, si acorde a lo establecido en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Por otro lado el mismo artículo en su numeral 5 señala que “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”; es decir tienen la obligación de buscar los mecanismos e interpretaciones que mejor tutelen los derechos constitucionales.

Se podría decir que tácitamente la Constitución de la República faculta que los administradores de justicia a no aplicar normas que restrinjan el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, facultándoles realizar la interpretación que más favorezcan a a su plena vigencia ya que son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

---

<sup>17</sup> Luís Jiménez de Asúa, *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, Pág. 240

<sup>18</sup> Ramón Ferrer Barquero, *El Delito de Prevaricación Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, Pág. 152

Entonces en los casos difíciles en el que el ejercicio silogístico no otorgue una respuesta claramente determinada respecto de los hechos sometidos a análisis, donde la norma a ser aplicada al caso concreto carezca de un correcto desarrollo o pueda estar limitando respecto de los presupuestos fácticos la tutela de los derechos, el juzgador a más de utilizar un método exegético, esta llamado a evaluar la eficacia de aquella norma respecto de lo que proteger y en ese sentido en aras de encontrar una correcta forma de defensa de las partes, alejarse del texto de la norma para hallar esa interpretación correcta respecto del caso in examine.

Si bien la modalidad dolosa de la prevaricación exige un dolo específico y en cierto modo reforzado en cuanto que se exige que la decisión tomada sea con pleno conocimiento de injusta, en el caso en que el juez se separe del texto de la norma para satisfacer al principio de desarrollo del contenido de los derechos de manera progresiva a través de la jurisprudencia<sup>19</sup>, el sentido del dolo solo puede ser definido por quien juzgue este delito ya que en tal medida siempre existirá la contraparte que se crea afectado por la decisión del supuesto juez prevaricador in incluyendo a la administración pública.

Explicado de mejor modo, dentro de un Estado legal simplemente el juez incurre en prevaricato por no aplicar la norma legal dada la supremacía y carencia de obligatoriedad directa de la Constitución, entonces cabe determinar que en un Estado constitucional de derechos y justicias y Justicia donde la ley se encuentra subordinada a un estrato jurídico más alto –a la Constitución– el separarse del texto de una norma no siempre implicaría un sentido doloso si lo que se propende es la plena vigencia de los derechos constitucionales respecto de las redes normativas y presupuestos de hecho de un caso concreto.

---

<sup>19</sup> Constitución de la República, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, artículo 11 numeral 8

En tal virtud la clara conciencia de arbitrariedad que puede reflejarse a primera vista es contrarrestada por el alto deber que tuvo el juez de precautelar la realización de la justicia a través del desarrollo de los derechos en la jurisprudencia en atención al principio de aplicación directa de la Constitución. Aquí se puede encontrar una clara contradicción entre el causar perjuicio a una de las partes y tutelar los derechos de las partes si se considera – como ya se ha mencionado en líneas precedentes– que siempre habrá inconformismo con el ámbito de la decisión.

Entonces nos encontramos frente a un círculo repetitivo de considerar que es lo justo y lo injusto; vemos que por un lado el juez al fallar contra norma expresa puede constituir una interpretación que favorezca a la efectiva vigencia de los derechos, pero por otro lado observamos que toda cuestión que implique el separarse de lo tipificado por la ley constituye un delito.

Para determinar que es lo procedente hay que entender la óptica de Estado de Derechos y Justicia, donde la propia Constitución dotada de poder normativo y supremacía otorga a sus mandatos la característica de obligatorios; entonces se habrá de pensar si la prohibición de fallar contra norma expresa, viene a estar constituida por la carencia de elementos subjetivos en todos los casos o por el sentido inerte que ha experimentado este delito respecto del cambio de modelo estatal. Ese cambio –del Estado legal al Estado constitucional de derechos y justicias y justicia– puede explicar en ciertos casos la no existencia del dolo si se funda bien la opinión de quien se aleja de la norma en razón de tutelar en mejor medida los derechos.

Esto constituye una crítica a la postura legalista de que en todos los casos la ley es el medio de solución ya que posee un sentido definitivo respecto del límite a los derechos. En el sentido constitucional actual uno de los límites de los derechos está dado por los elementos subjetivos del caso concreto y su alcance definitivo por la norma fundamental, entonces se evidencia que la concepción del dolo en un sentido amplio estará definido por la controversia de qué era lo justo para el caso concreto respecto de la aplicación de una norma. No es sencillo averiguar si aquí concurre un elemento subjetivo de lo injusto<sup>20</sup>, cuando el juez tiene el deber objetivo de cuidado.

### **1.7 El error judicial y el alejamiento del texto legal**

Para que exista un error judicial tiene que necesariamente haberse dado un acto dentro de la sustanciación de una causa, sea judicial o procesal aunque con modalidades propias<sup>21</sup>. Como todo acto jurídico tiene objeto y forma, dentro de los vicios de la voluntad que pueden afectar la declaración del sujeto cabe consignar al error<sup>22</sup>.

No se trata aquí de indagar en el error como causa de nulidad del acto judicial; nuestro afán es hablar del error como explicación de la negación de justicia y, por tanto, como origen de un comportamiento dañoso. El juez cree actuar de un modo o manera regular en el cumplimiento de sus obligaciones legales en su rol de afianzar la justicia; empero, su obrar no es el debido y ello es así con base en un error propio, espontáneo o inducido.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Miguel Polaina Navarrete, *Los Elementos Subjetivos del injusto en el Código Penal Español*, Sevilla, 1972, Pág. 85

<sup>21</sup> Ramiro Podetti, *Tratado de los Actos Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1995, Pág. 178

<sup>22</sup> Roberto Berizonce, *La Nulidad en el Proceso*, La Plata, Platense, 1967, Pág. 19

<sup>23</sup> Jorge Mosset Iturralde, *El Error Judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-CULzoni, 2005, Pág. 33

En tal sentido hay que establecer que para el presente estudio se tomara en cuenta al error inexcusable como elemento de inaplicación de justicia, para establecer su diferencia con el prevaricato respecto del perjuicio causado a las partes que trae su respectivo accionar.

Esta expresión –error inexcusable– tiene sus raíces en el derecho judicial español del siglo XIX, y alude en términos generales a la referencia a omisiones graves, evidentiísimas e imperdonables, que pueden comprender tanto la negligencia, como la falta de pericia por notoria falta de conocimientos, que convierten a los funcionarios del orden jurisdiccional en agentes no aptos para la tutela de derechos, pues frente a un estado de cosas así, se trata de casos demostrativos de la gravedad que encierran y que generalmente se acercan a la perversidad del individuo y lo colocan por tanto en estado peligroso.<sup>24</sup>

Entonces se lo podría entender a criterio del jurista José García Falconí como equivocación o desacuerdo, que puede dimanar de un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente o de ignorancia de la misma. En otras legislaciones, la simple equivocación no es fuente de responsabilidad, pero se exige que el desatino sea de aquellos que no puedan excusarse, esto es que quien lo padece no puede ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculpar dicho error, en este caso ocasionado por un operador de justicia. De tal manera, para que el error inexcusable, pueda imputarse, es también menester que se haya

---

<sup>24</sup> José García Falconí, *El Error Inexcusable en el Ordenamiento Jurídico Nacional e Internacional*, fecha de consulta 3 de julio de 2014, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2013/01/16/el-error-inexcusable-en-el-ordenamiento-juridico-nacional-e-internacional>

causado perjuicio a una de las partes, y que exista relación de causa-efecto, entre el error inexcusable y el daño sufrido por el litigante.<sup>25</sup>

Se puede concluir que manifestado así, el error inexcusable se deriva del desconocimiento del derecho, dentro del cual el error cometido no es susceptible de excusa. Así, se incluye en un elemento subjetivo que nace del accionar del juez, el cual está definido por la actitud negligente frente a su deber de administrar justicia; para ello no necesariamente actuando con dolo, aunque su resultado sea la afectación de los derechos de una de las partes intervinientes en un proceso judicial.

En la línea de análisis del prevaricato que antecede se ha mencionado que la carga dolosa no se presentaría si lo que se pretende es la tutela de los derechos acorde a lo establecido en el artículo 11 numerales 4, 5 y 8 por tener la obligación de buscar los mecanismos e interpretaciones que mejor tutelen los derechos constitucionales a través de la jurisprudencia.

Se entendería entonces que el error judicial inexcusable por estar definido en la actitud negligente del juzgador, en el caso que se incurra en una alteración del texto de la ley aplicada en un caso concreto, ésta no devendría de ningún modo en una posible interpretación en función de tutela, ya que respecto del error inexcusable se plantea un pleno desconocimiento del derecho, en virtud del cual, es esa gravedad la que hace carecer de excusa alguna al administrador de justicia.

---

<sup>25</sup> José García Falconí, *El Error Inexcusable en el Ordenamiento Jurídico Nacional e Internacional*, Quito, Revista Judicial Derecho Ecuador, 16 de enero de 2013, Pág. 16

## **1.8 El ideal de justicia frente a la norma a ser aplicada en un caso concreto.**

El enfoque del prevaricato en el Ecuador parte de una concepción formal de delito, se lo define como prohibitivo –respecto a alejarse del texto de la ley– entonces posee lingüísticamente los componentes fundamentales para ser considerado como norma<sup>26</sup> estableciéndose que en el contenido del artículo 268 del COIP al manifestar que incurren en prevaricato “las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes”; o “procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda” existe: a) Un generador normativo: que sería lo prohibido, b) Una descripción de la actuación humana: fallar en contra el mandato de una norma y c) Una descripción de las condiciones de aplicación de la norma, expresa o tácita: si el juez o árbitro se aleja de lo dispuesto por el texto de la norma como límite al derecho incurre en prevaricato (no se establece ninguna otra condición).

En este sentido se tomaría a lo instituido por la norma legal como definitivo, siendo consientes siempre que el límite dado por la norma a un derecho es el único aplicable al caso concreto concluyéndose además bajo esta óptica que sería fácil aplicarla utilizando un ejercicio subjuntivo.

En razón de estos presupuestos, partiríamos de señalar que el prevaricato en los términos de artículo 268 del Código Integral Penal al poseer una prescripción modélica, debe responder (dada su composición lingüística) a un proceso para que sea válida, entonces diremos que quien realice el acto de creación incluso también señaló el objeto de su regulación, observando las tres condiciones formales de validez como: la competencia formal que exige que la norma haya sido creada por el órgano competente ya que dicha

---

<sup>26</sup> Juan Ramón Capella, *Elementos de Análisis Jurídico*, Madrid, Trotta, 2000, Págs. 61-77.

potestad no es para todos; la competencia de procedimiento en donde la validez de la norma requiere que se haya observado el procedimiento para su creación y concretamente lo establecido para la creación de tipo de normas de que se trate ya que dicho acto no puede manifestarse de cualquier manera sino de aquella que esta prescrita en la norma que regule la producción normativa; y, la de competencia material en donde cada tipo de normas no solo parece vinculada a un sujeto y procedimiento sino con frecuencia a un cierto ámbito de regulación.<sup>27</sup>

Este supuesto establece claramente que la validez de la norma que contiene la prohibición de fallar contra norma expresa no está en discusión, pero ha de examinarse su eficacia en la producción de los efectos jurídicos y como se los entiende desde la esfera Constitucional para saber con su grado de eficacia que es directamente influenciable al nivel de justicia que se está generando.

En este sentido, si nos alejamos del campo de la moral y consideramos a una norma justa por apearse simplemente a su validez estaríamos refiriendo al conjunto de valores solo desde la perspectiva estática de la idea de justicia, respecto de lo que mayoritariamente se entendió en cierto lugar y momento histórico como justo; es decir, no se toma en cuenta la evolución del concepto de justicia respecto de un nuevo modelo de Estado Constitucional y Justicia donde los mismos valores preestablecidos son evaluados en un sentido amplio, tomando además a la norma bajo dos conceptos separados, el de validez y el de eficacia.

Recordemos que los jueces cuando tomaban interpretaciones de la ley alejadas de la lectura mora eran meros observadores externos de la producción de la norma y en tanto

---

<sup>27</sup> Luís Prieto Sanchiz, op. cit. Págs. 73-93

debían referir sus fallos solo dentro de los límites señalados por aquella sin recurrir a un análisis crítico. En definitiva si bien se consideraban a los valores y principios en los fallos adoptados, éstos eran aplicados solo en la medida permitida por la norma legal que justificaba a los fallos justos por aplicar la racionalidad de la perspectiva de la norma.

Así, pues, la incorporación de valores morales al derecho no constituye una novedad, sino una constante de toda experiencia jurídica; sin embargo, que esa incorporación se produzca a través de la Constitución sí tiene una consecuencia importante y es que ahora ya no solo sirven para evaluar la conducta de los destinatarios del derecho sino la eficacia de las propias normas, permitiendo a los operadores de justicia buscar la mejor forma de tutelar los derechos de aquellos.

Los presupuestos en relación a la idea de justicia, serán alcanzados en una medida distinta, dada en función de las características propias de cada ordenamiento jurídico. En el Estado de corte liberal, la norma al ser considerada válida era eficaz y en tal sentido el ideal de justicia, era alcanzado por el solo hecho de aplicarla sin discusión alguna, ya que estos presupuestos eran tomados en conjunto, cada uno como consecuencia de su anterior.

Ahora bien, en un Estado constitucional de derechos y justicias, estos postulados – validez, eficacia y justicia– vienen a ser evaluados en forma independiente, encontrando así la justificación de ser contrastados con el texto fundamental para evaluar el verdadero alcance de su ideal normativo, es decir se debe interpretar la norma a partir del texto constitucional, para que en los casos en que la simple subsunción de los hechos a la norma

no defina una tutela efectiva de los derechos, se busque una alternativa más allá de su texto<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Yezid Carrillo De La Rosa, *El Concepto y la Validez del Derecho en la Teoría Jurídica y el Neo-Constitucionalismo Proyecto de investigación: El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano*, Cartagena, Universidad Libre Sede Cartagena, 2012, Págs. 1-12

## CAPÍTULO II

### APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

La aplicación directa de la Constitución dentro del nuevo escenario constitucional que en el Ecuador rige, se constituye como una garantía normativa en pos de evitar la restricción del contenido de los derechos, obligando a las juezas, jueces, autoridades administrativas, servidoras y servidores públicos a sobreponer y aplicar los preceptos constitucionales por sobre la normativa infraconstitucional, sin que se considere dentro de sus resoluciones la validez de la norma que se inaplicará o contra la que se fallará (esto por estar fuera de su jurisdicción, cosa que le corresponde determinar a las cortes o tribunales constitucionales).

Situación que se encuentra limitada por la existencia del delito de prevaricato (fallar en contra de norma expresa), que desnaturaliza al Estado constitucional de derechos y justicia en cuanto a considerar, la prohibición de fallar en contra de norma expresa, ya que la acepción de malicia o arbitrariedad en las actuaciones judiciales o de administración de justicia, es subjetiva de acuerdo al criterio de quien la interprete.

#### **2.1 Fuerza Normativa.**

La fuerza normativa de la Constitución, hace que ésta tenga finalidad directiva e imperativa, la establece como un cuerpo normativo, contenedor de prescripciones que enuncian normas y también principios jurídicos. Toma este enfoque al poseer normas más genéricas que las leyes ordinarias, como preceptos esquemáticos, abstractos,

indeterminados y elásticos<sup>29</sup>. El carácter imperativo de la Constitución viene a constituir la fuerza misma de aplicación directa de lo direccionado en su texto, a más de su rigidez, se presenta su jerarquía primaria para el entendimiento de tal efecto.

Referiremos que el constituyente americano al crear la Constitución planteó que ésta, tanto en su parte orgánica como en la dogmática incluyendo su preámbulo, sería funcional y operativa, el protagonismo entonces para fundarla como normativa, fue un ejercicio desarrollado por los jueces (función judicial), ya que éstos establecían el respeto máximo a la norma constitucional en todos sus fallos, legitimándola en cada uno de ellos.

Por otro lado, el constituyente francés, planteó que la Constitución se establece como norma, solo en cuanto a su parte orgánica, ya que si bien proclamaba los derechos como valores revolucionarios, aquellos carecían de aplicación jurídica directa y quien ejercía una notoria relevancia era el parlamento, quien direccionaba el espíritu de los valores y principios revolucionarios proclamados en la Constitución a través de la creación de leyes, constituidas como vinculantes, por el hecho de que solo a través de ellas se puede desarrollar el verdadero espíritu fundador del Estado.

El reconocerle fuerza normativa a la Constitución en cada una de sus partes, implica que ésta cumple una función directa de establecer mandatos que legitimen al sistema jurídico, con una doble finalidad, directiva e imperativa ya que siempre parte de la concepción del establecimiento de valores, principios y reglas.

Si bien es cierto que las normas constitucionales son más abstractas que las legales, razón por la que no determinan por completo en ningún caso el acto de aplicación sino que

---

<sup>29</sup> Francisco Rubio Llorente, *La Constitución como Fuente del Derecho*, cita hecha por Marco Monroy Cabra, en *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, 2002, pág. 45.

se produce al amparo del sistema normativo que encierra un sin fin de posibilidades, hay que tener en cuenta que los principios y valores que la Constitución proclama tienen un valor normativo y uno interpretativo, es en esa esencia, que la fuerza normativa aparece en el desarrollo de la conjugación entre las posibilidades a presentarse con los derechos inmersos<sup>30</sup>.

Recordemos que al realizar una interpretación constitucional especial, se está mirando al Derecho desde la perspectiva de los principios, lo cual hace que su texto tenga plena aplicación y que no se necesite del desarrollo normativo para alcanzar esa aplicabilidad, por que la Constitución como norma, incorpora un sistema de valores esenciales que constituyen el objeto de la convivencia política de la sociedad y en tal sentido fundan a los principios, mismos que son desarrollados en las leyes ordinarias, por lo que la fuerza normativa de la Ley Fundamental se entiende como fundadora de todo el régimen jurídico existente.

La Constitución no trata en su texto sobre valores absolutos, ya que prioriza la armonización de los principios y valores entre sí por estar estructurados de una manera diferente a las leyes, éstos actúan en base a conceptos jurídicos indeterminados, lo que hace que se trate de un orden abierto<sup>31</sup> de directa aplicación, por encontrar su texto detrás de toda la normativa legislada producto del un poder derivado de ella misma.

El texto constitucional impregna todo el ordenamiento jurídico, por lo cual las normas, principios y valores constitucionales han llegado a ser parte imprescindible en el

---

<sup>30</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, Págs. 32-38

<sup>31</sup> Marco Monrroy Cabra, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, 2002, Págs. 45-48.

ejercicio interpretativo de cualquier regla común, llegando a determinarse la obligatoriedad de su aplicación directa en beneficio de la tutela de los derechos que constan en su texto.

En este sentido, nuestra Constitución, da al principio de aplicación directa de sus preceptos la obligatoriedad respecto a la aplicación de los derechos reconocidos por ella y los instrumentos internacionales de derechos humanos independientemente de la existencia o no de una ley que los desarrolle; sobre la eficacia directa de los derechos consagrados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos; y, sobre la aplicación de oficio de los derechos por parte de los servidores públicos, siendo éste el presupuesto más visible, bajo el presupuesto del pleno conocimiento del derecho por parte del órgano que lo aplica.

Así, la transición del Estado legalista a un Estado constitucional de derechos y justicias, demarca nuevos límites para los derechos constitucionales, mismos que no se agotan solamente en su texto; y al contrario, van más allá de toda interpretación primaria que pueda resultar de su lectura. No olvidemos que los valores establecen a los principios y estos a su vez fundamentan a las reglas, por lo que hay que considerar que siempre existirán derechos implícitos dentro de un derecho constitucional y que demarcar sus límites en el contenido de su texto, nos obligaría a ver al derecho por reglas dejando a los principios derrotados por el mero ejercicio semántico del legislador<sup>32</sup>.

Manuel Aragón Reyes, al referirse a la discutible contraposición entre Constitución como norma abierta y Constitución como sistema material de valores, manifiesta que no deben confundirse con los de otra mayoritariamente superada, como lo es la de la contraposición del concepto positivista y el concepto principalista de Constitución, ya que

---

<sup>32</sup> Eros Grau, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, Págs. 163-168

en la discusión sobre la Constitución abierta o como sistema material de valores se parte de una idea compartida: el carácter teleológico de la norma constitucional, en cuanto se la concibe orientada a la realización de uno o varios principios o, lo que es igual descansando en principios que dotan de sentido a la estructura constitucional; mientras que en la otra discusión, ese presupuesto es, justamente, el que no se comparte.<sup>33</sup>

La aplicación directa de la Constitución viene a fortalecer el carácter de mandato de optimización de los principios; la norma legal pese a ser parte del objetivo de tutelar los derechos, podría en ocasiones no abarcar la tutela total de uno de esos derechos frente a un caso concreto, dado que su naturaleza instituye una regulación o limitación del principio que parte, por el margen de intervencionismo del legislador al crearla.

Entonces si se observa una restricción al alcance del contenido de un principio constitucional, se puede concluir que el continente de la norma legal -valores y principios constitucionales- son los presupuestos más amplios para sostener una verdadera tutela judicial efectiva y en tanto, su aplicación no debe ser obedecida con réplica, advirtiendo que, una cosa es el ejercicio interpretativo en el caso concreto y otra el concepto de Constitución desde el que se parte para evaluar la importancia de los valores y principios.

La primacía de la Constitución dentro de la revisión de los fenómenos jurídicos, así como en el análisis de los escenarios constitucionales que se le pueden plantear al órgano judicial, deben ser entendidos como necesarios para la consecución de la justicia. Se debe dar una lectura moral al texto constitucional para discernir el alcance del mismo, no se

---

<sup>33</sup> Manuel Aragón Reyes, *Constitución y Control de Poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, Pág. 37

puede concebir a administradores de justicia que no realicen un esfuerzo por develar el verdadero espíritu del constituyente.<sup>34</sup>

En este punto, puede surgir la inquietud de la problemática del intervencionismo injustificado del órgano judicial, por atacar la tesis de separación de poderes desarrollada por el constitucionalismo, cosa que a primera vista, se tornaría en favor del legislativo, como órgano mayoritario controlador del sentido constitucional, desarrollado en su producto normativo; pero tómesese en cuenta que a lo único que se aspira con la aplicación directa de la Constitución, es dar luz a los jueces, para lograr que sus decisiones se aparten del texto de la ley cuando infrinja el espíritu del constituyente o cuando encuentre falta de desarrollo normativo de un derecho. El positivismo que se encierra en la verdad entretejida por el principio de legalidad, no puede ser un obstáculo para la realización plena de los derechos.

“Es patrimonio común de la teoría contemporánea del Derecho la consideración de que ninguna norma positiva puede tener una fuerza vinculante efectiva por sí misma, es decir, fuera de los actos de interpretación. A estas conclusiones que implican la obligada relevancia de la reconstrucción de las operaciones desarrolladas por el juez a la hora de aplicar las disposiciones normativas pudo llegarse a través de una confrontación con aquel sentido común extremadamente difundido y difícil de superar que permeabilizaba la mentalidad del jurista positivo, en virtud del cual el juez tenía que limitarse a aplicar la ley excluyendo el recurso a elementos y criterios de naturaleza diferente”<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Ronald Dworkin, *La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista, Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1999 págs. 101-139.

<sup>35</sup> Claudia Storini, *¿Sobre quien reposa la tortuga? A vuelta con los Límites de la Interpretación Constitucional, Perspectivas Constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, Pág. 3

En este contexto, la Constitución debe ser entendida como norma viva y debe servir de pauta para incentivar a la actualización del derecho, impidiendo que el texto de la misma se aparte en su sentido interpretativo de la realidad objetiva que se atraviese, sin que esto signifique el apartamiento de la evolución de la sociedad. Esto, a más de garantizar la rigidez constitucional, marcaría su supremacía, adecuándose de manera correcta al tipo de Estado que ella misma configure, desarrollándolo de manera plena, a tal punto que la consecución de la justicia sea plasmada en una real forma.

Es a esto a lo que se refiere el constituyente al establecer la supremacía constitucional, al defender su inmediata aplicación:

“La norma constitucional solo puede comprenderse jurídicamente uniendo su validez con su legitimidad, pues esa legitimidad es la que le confiere una específica y enérgica pretensión de validez, no siendo otra que su finalidad de garantizar la libertad, afirmando su condición de norma capaz de la limitación y no de la autolimitación del poder, diferenciando poder constituyente y poder constituido”<sup>36</sup>

Ahora, en la realidad ecuatoriana, hay que mirar si los administradores de justicia aplican la Constitución de manera directa y en qué grado logran hacerlo. Así, tenemos como ejemplo la sentencia de 9 de octubre de 2009, dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, en donde se analiza la acción de protección planteada por Antonio Aguilar Chamba, en calidad de delegado de la Defensoría del Pueblo de Zamora Chinchipe contra los doctores Víctor Calva Placencia y Ruth Sigüenza Orellana, Director

---

<sup>36</sup> Manuel Aragón, op. cit. pág. 39

del Hospital Julios Doepfner y Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, respectivamente.

Con la acción de protección planteada, se busca se adopten las medidas de reparación integral que remedien de manera inmediata la falta de pago de los valores por concepto de jubilación, que ascienden a \$ 36.190,00 y que le corresponden a la señora Esperanza Beatriz Bravo Loján, persona con discapacidad y de la tercera edad, quien laboró por el tiempo de cuarenta años y un mes en el Hospital Julios Doepfner en la ciudad de Zamora.

Hay que anotar que la acción de protección planteada fue negada en primera instancia, razón por la cual, subió a la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe para ser resuelta en segunda instancia. La Sala Única Provincial, con los antecedentes señalados en su considerando cuarto realiza el siguiente análisis:

“La Sala no desconoce que las personas discapacitadas deben recibir atención prioritaria del Estado, pero en el presente caso, ésta no le ha sido negada a Esperanza Beatriz Bravo Loján, ni por el Director del Hospital Julios Doepfner ni por la Dirección Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, sino que su justo reclamo se tramita en el Ministerio de Salud, sujeto al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el que se contemplan los recursos de que pueden valerse los ciudadanos para hacer respetar sus derechos, sin perjuicio de las acciones judiciales que también lo amparan”

En tal sentido, la Sala solo considera un aspecto normativo para la resolución del tema constitucional, apega su criterio al establecimiento de trámites preexistentes para el tratamiento de la solicitud, señalando en su considerando quinto en base a lo ya descrito, que la acción de protección es excepcional para el caso y no debe ser considerada como una

contienda judicial y no debiendo ser concebida como una alternativa al proceso administrativo.

Ahora bien, se evidencia que la Sala solo realiza un ejercicio de silogismo puro, ya que al contrarrestar el trámite sometido a su estudio, es desechado por cuestiones eminentemente formales, ya que lo exigido no se apegan a los requisitos establecidos por la norma legal para su procedencia, incluso llega a señalar que el recurso de apelación planteado es más patético que jurídico, razones por las cual confirma la sentencia subida en grado en todas sus partes.

En relación a lo antes descrito, se concluye que si bien la acción de protección es una garantía jurisdiccional eminentemente constitucional y no supletoria de la vía judicial, hay que hacer énfasis en que la naturaleza del Estado constitucional de derechos y justicias y Justicia Social, somete a todos los actos de los administradores de justicia al texto constitucional, con la obligación de hacer una interpretación finalista y teleológica de su texto, para alcanzar una tutela extensa de los derechos constantes en ella, y en tal sentido, lo que el juez debió haber realizado, es una confrontación de la solicitud sometida a su decisión, con los presupuestos fácticos del caso en cuestión.

En la petición, el accionante deja establecido que, si bien existe la vía ordinaria para solventarla, existen otros aspectos que hacen que el trámite administrativo no tutele de manera eficaz los derechos de la afectada, ya que dicho trámite se lleva a cabo en un período de tiempo irrazonable.

Consecuentemente, lo que debió considerar la Sala es que la asistencia requerida a través de la acción de protección la estaba demandando una persona jubilada de la tercera

edad y discapacitada, en cuyo caso el pago de la suma liquidada por concepto de jubilación era imprescindible para su subsistencia, ya que su condición amerita el abastecimiento de medicinas y terapias físicas, mas aún cuando el valor ya ha sido establecido y lo único que se demanda es su pago.

Claramente, los jueces provinciales pudieron aplicar directamente la Constitución en base a la atención prioritaria que se dispone frente a la tutela de los derechos de grupos con discapacidad y de tercera edad, en el sentido que si bien lo que se reclama constituye ser resuelto por la vía administrativa, la naturaleza del caso, en donde el pago de los valores liquidados es urgente, constituye mérito para una vez planteada la acción de protección, sea ésta resuelta por la vía constitucional, ya que para el caso concreto, constituye el medio más expedito.

En este sentido la aplicación directa de la Constitución viene a estar afectada en el sentido que los administradores de justicia aún temen a las sanciones establecidas por fallar en contra de la normativa existente. En el caso traído a análisis, se ve claramente que los jueces justifican su argumento -que para el caso vulneraría la tutela de los derechos de grupos vulnerables-, en la existencia de un trámite preestablecido por la ley para el reclamo de una pretensión que para el efecto se ha convertido en eminentemente constitucional, ya que encierra derechos superiores que los a primera vista observados, como entre otros son la vida, la alimentación, la salud, la movilidad.

La temática del asunto en general es similar, los administradores de justicia no entienden el carácter normativo de la Constitución y por el contrario se encuentran atados a

prácticas jurídicas que para el Estado constitucional de derechos y justicias y justicia social, están desfasadas.<sup>37</sup>

## 2.2 CATEGORÍA NORMATIVA

El carácter destacado de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, además de vincular a todos a ella, vincula también a ese ordenamiento jurídico, si bien esa Constitución ocupa un lugar dentro de él, por ser *lex superior*, se sitúa en la cúspide. Al ser la única norma primaria, su validez y carácter imperativo, se deriva de la decisión del poder constituyente, ya que éste al fundarla, permite la existencia de normas que desarrollen sus principios basándose en su espíritu y se constituyan como un reflejo de sus preceptos.

Esto hace, que las normas que se encuentran por debajo de la Constitución, en el espectro de su aplicación, respecto del mandato de ésta, sea complementaria al desarrollo de los principios, siendo el sentido primario de la norma fundamental, lo que define la necesidad de desarrollar lo que la norma legal limita en su texto, ya que la ley es un producto de una función constituida por la Constitución (función legislativa).

---

<sup>37</sup> El artículo 1 de la Constitución de la República establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicias y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada; en este sentido, acorde al artículo 226 ibídem, Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución; en virtud que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, por ser los principios y los derechos inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, estando obligados en materia de derechos constitucionales, dichas servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, a aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

Esta supremacía es visible en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, que señalan:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Puntualizada así, esta *lex superior* define al sistema de fuentes formales del Derecho, ya que el órgano legislativo (por ella misma creado), para dictar una ley válida, deberá observar lo dispuesto por la carta fundamental; además, en la medida que la Constitución es la expresión de una medida fundacional y configuradora de un sistema derivado de sí misma, tiene una pretensión de permanencia, diferenciándola de las normas ordinarias que por estar dirigidas a asunto más concretos, pueden estar sujetas a situaciones de cambio constante.

Definida así la superioridad constitucional y acorde a lo señalado por nuestra Constitución, se puede concluir que también establece una súper legalidad formal, que le asegura una preminencia jerárquica claramente marcada.

Nuestra norma fundamental recoge respecto de este principio, como derivación de la naturaleza de la norma constitucional, en su artículo 11 lo siguiente:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Refiriéndose a la aplicación directa de la Constitución en su Art. 426:

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

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Por otro lado hay que establecer que esa superioridad jerárquica que define la categoría normativa de la Constitución, viene establecida por la naturaleza abstracta de sus valores, principios y reglas. Los valores son los que se ubican generalmente en el preámbulo de las constituciones, vienen a fundar el ideal de los Estados, por ejemplo, la

justicia, la libertad, el bienestar, etc. (nuestra Constitución los establece en su preámbulo y es desarrollado en todo su texto).

Éstos al ser configurados como ideales, fundan el direccionamiento a desarrollarse en el modelo de Estado para alcanzarlos y por tanto fundan y derivan a los principios constitucionales, quienes vienen a considerarse como mandatos de optimización, es decir, debiéndose cumplirlos en la mayor medida de lo posible, agotándose para ello toda interpretación respecto de ellos. Además poseen un mismo valor dentro de la Constitución, son de cumplimiento inmediato y plenamente justiciables, evidenciándose su “jerarquía” solo en el caso en concreto; para que finalmente, las reglas sean identificadas como desarrolladoras de los principios, estableciendo mandatos deónticos y siendo imperativas permisivas o prohibitivas.

Hay que destacar, que el Estado constitucional de derechos y justicia y justicia, propone la concepción de la horizontalización de las fuentes del derecho, como mecanismo de protección de las garantías constitucionales, en donde se concibe al mismo desde una perspectiva amplia y finalista, que rehúye estandarizar los límites de los presupuestos constitucionales en la sola limitación establecida por la norma positiva, misma que incluye nuevas formas interpretativas y argumentativas como ejercicio de aplicación y tutela de derechos, que superan al simple ejercicio de la subsunción, como reflejo de un enfoque interno del derecho, que agota su alcance en el límite impuesto por la prescripción normativa.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Robert Alexy, Lima, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Palestra, 2010, Págs. 306-318

### 2.3 Alcance.

Respecto de este tema, plantearemos la necesidad de que el alcance de la aplicación directa de la Constitución, parta de una teoría externa de los derechos fundamentales en su accionar, la que se basará en la necesidad de la utilización de la ponderación, en los casos en que la norma no de una solución clara al asunto controvertido, como método de resolución de las causas en que exista colisión de principios (considerados mandatos de optimización).

Es necesario entonces, describir el análisis que se tomará en cuenta para ubicarse dentro de la teoría externa y para esto recurriremos a la crítica comentada por Carlos Bernal Pulido a García Amado, respecto de la teoría más plausible de aplicación de los derechos fundamentales (interna-externa)<sup>39</sup>, misma que parte de la inconformidad de la idea planteada por García Amado, acerca que los límites de los derechos están dados solo por lo que la Constitución claramente dice. Pero dicho de esta manera, para Carlos Bernal Pulido en un afán de respaldar la teoría del neoconstitucionalismo, se estaría estableciendo una clara contradicción relativa a los derechos implícitos, esto al considerarse que la Constitución no siempre establecerá mandatos, prohibiciones o permisiones (presentándose lo que a juicio de este estudio parece deducirse como una imprecisión de la norma constitucional).

Si consideramos que ambas teorías (interna y externa) parten de una concepción lingüística, se podría llegar a establecer una acción interpretativa en las dos, pero solo sobre el ámbito de indeterminación de la norma. Mientras que la interna considera que el límite interpuesto a un derecho con el ejercicio legislativo, determina claramente cuál es el

---

<sup>39</sup> Carlos Bernal Pulido, op. cit. Págs. 11-69.

derecho regulado y en qué medida lo hace (no es indeterminada), la teoría externa, considera que dichos límites no siempre están debidamente regulados, no necesariamente por responsabilidad dolosa del legislador, sino, mas bien por no estar considerados la cantidad de derechos implícitos que puede referir un principio constitucional y que se pueden estar afectando por la interposición de un límite semántico.

Respecto a esto, Müller establece que “ambas tesis reconocen elementos en común, es decir una diferencia existente entre el texto y la norma”<sup>40</sup>, salvo que la una (la interna) considera al texto un como límite definitivo al derecho constante en la norma, en tanto que la otra (la externa), no agota en el texto los alcances del derecho constante en ella; denotando de esta manera la necesidad siempre primaria de la aplicación directa de la Constitución y de la utilización de una teoría externa del derecho, que permita la ponderación de principios (en los casos en donde la simple implementación de la norma no sea suficiente para la correcta tutela de los derechos), para evitar que los derechos implícitos sean pasados por alto, frente a los derechos claramente regulados en la norma por el legislador.

Si bien las normas, a primera vista tienen un valor determinado, dicho valor se integra al contenido del derecho garantizado, bajo posiciones asociadas a su deducción lingüística, pero estas tienen que ser valederas en ese primer momento para poder definir un ámbito amplio de protección de esos derechos; es decir, hay que realizar un ejercicio semántico relacionado con el derecho establecido constitucionalmente, para que las restricciones establecidas por el legislador sean valederas, caso contrario procedería su inaplicación o en ausencia de regulación desarrollar los derechos bajo el principio de

---

<sup>40</sup> Carlos Bernal Pulido, op. cit. Pág. 41.

aplicación directa de la Constitución; de ser necesario incluso, el Juez podría elevar la norma en consulta de constitucionalidad para que sea la Corte Constitucional quien defina la validez o invalidez de dicha norma. Un derecho constitucional no se agota solamente en su texto y es preciso recurrir a la aplicación directa de la Constitución y a otros métodos de argumentación, que permitan la plena garantía de los derechos y no produzcan un déficit de fundamentación (como sucede en la teoría interna).

Frente a esto hay que considerar además la existencia de los llamados casos difíciles, en donde resulta imperiosa la necesidad de aplicación de un ejercicio interpretativo para deducir la existencia de los derechos implícitos dentro de un derecho fundamental, siendo necesario que se recurra a una teoría externa, donde la tutela de dichos derechos, opere mediante la aplicación directa de la Constitución y exista un ejercicio comparativo entre lo instituido constitucionalmente y lo regulado por la ley.<sup>41</sup>

Se debe tomar en cuenta que los derechos implícitos son aquellos que todavía no están expresados de manera clara o certera en la norma y para tutelarlos necesitan de una especial argumentación ya que al no estar especificados o sustentados claramente en la prescripción normativa, necesitan ser avalados para que puedan ser reconocidos como derechos frente a lo que la misma norma pretende regular o establecer un límite.

Ahora bien, toda norma no expresa, por definición, no es fruto de la legislación (en sentido material) –de otro modo sería una norma expresa– sino de una construcción jurídica. Es fruto, por tanto, de un razonamiento de los intérpretes, sin embargo, la clase de las normas no expresas es heterogénea, ya que efectivamente, en el ámbito de los razonamientos cuya conclusión es la formulación de una norma (hasta entonces) no

---

<sup>41</sup> Robert, Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, Palestra Editores, Lima, 2010, págs. 319-393

expresa, se requiere introducir, de manera clara el porqué dicho derecho implícito se ve afectado al no ser tomado en cuenta por la norma.<sup>42</sup>

Otras veces se infiere un derecho implícito de un principio expreso desarrollado en la norma legal, entonces se trata de un modo de concretizar ese principio, es decir, de extraer de él normas relativamente circunstanciadas –reglas–, sin las cuales dicho principio no sería susceptible de aplicación jurisdiccional.

Estos principios, a causa de su indeterminación, no son idóneos para funcionar como premisa normativa en la llamada justificación interna de una decisión judicial, es decir van más allá del simple ejercicio silogístico para lograr su aplicación en el caso concreto, ya que la norma legal en este punto se ha tornado incompleta y para lograr la tutela del derecho implícito es necesario que el administrador de justicia, realice una interpretación que dilucide el verdadero alcance de dicha norma respecto de lo que pretende tutelar, llegando incluso en ocasiones a apartarse de su texto.

Para ejemplificar, la norma contenida en el artículo 11 de la Ley de Registro establece que: “De la negativa del Registrador se podrá ocurrir al Juez competente, quien luego de examinar la solicitud del interesado y las causas de la negativa, dictará su resolución, la que será notificada al Registrador en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil. Si la resolución ordena la inscripción, no será susceptible de recurso alguno”, pero en el caso concreto, el juez civil puede conceder la apelación en virtud de la

---

<sup>42</sup> Ricardo Guastini, *Derechos Implícitos*, Universidad de Génova Italia, traducción Alí Lozada, Universidad de Alicante, España, fecha de consulta 11 de mayo de 2014  
<http://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>

tutela de los derechos de terceros inmersos en el proceso y por aplicación del principio constitucional de que toda sentencia es impugnabile.<sup>43</sup>

## **2.4 NATURALEZA**

En el sistema positivista se consideraba al Derecho desde una perspectiva de reglas; recordemos la supremacía de la ley, que parte de la concepción que las decisiones judiciales deben estar ancladas siempre a lo instituido por el legislador, ya que él es el único capaz de establecer límites a los derechos, en este sentido, las reglas establecen claramente su contenido, las actividades que se encuentran permitidas, prohibidas u obligadas, así como la condición que tiene que darse para que se active su contenido (hablando de tutela de los derechos), ya que los sujetos normativos eran los destinatarios de la norma.

Por el contrario, en una Constitución como la actual (2008), la legalidad implica mucho más que la adición de una nueva fuente en el tradicional sentido formal del término o el sólo formal crecimiento en altura de la pirámide normativa. La colocación de la Constitución en la cima de un nuevo orden de valores con pretensiones de vigencia efectiva, que incluye incluso la sumisión de la legalidad a y todos los actos del poder público a ella, provoca inevitables tensiones, discontinuidades y fracturas en el ordenamiento resultante. Pues éste no es el producto de una simple yuxtaposición de planos

---

<sup>43</sup> Dentro del juicio de inscripción de escritura No. No. 170-2013-NV seguido por Blacher Mintzer Judith en contra del Registrador de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito, el Juez Primero de lo Civil de Pichincha, en sentencia de 14 de mayo de 2013, resuelve aceptar la demanda y dispone que el Registrador de la Propiedad del cantón Quito, proceda a la inscripción de la escritura pública ratificatoria otorgada por Albert Charles Walter Hayward, ante el notario Décimo Sexto del cantón Quito el 11 de noviembre de 2004. Posteriormente a fojas 152 y 153 del segundo cuerpo del proceso del Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, consta que Gregory Rolph Walter Blacher en calidad de tercero con interés plantea recurso de apelación con fecha 16 de mayo de 2013. Acto seguido, la señora Judith Blacher Mintzer, a fojas 154 y 155 del mismo expediente, solicita el rechazo del planteamiento del recurso de apelación, en razón de no ser procedente acorde a lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Registro, escrito presentado el 31 de mayo de 2013. Acorde a lo señalado, el Juez Primero de lo Civil de Pichincha en providencia de 3 de julio de 2013, concede el recurso de apelación interpuesto.

normativos, sino de la viva dinámica interactiva suscitada por una Constitución movilizadora.<sup>44</sup>

La Constitución en el sistema positivista era directamente aplicable solo en su parte orgánica, ya que fundaba la estructura funcional de un Estado, y en tal medida era vinculante, en virtud de la organización del aparato gubernamental. En este sentido, los jueces nacen mecánicos y se convierten en voceros de la ley, considerándola constitucional, solo por el hecho de estar dictada acorde al procedimiento instituido por esa parte organizacional considerada como vinculante.

En este sentido, la ley es la principal fuente del derecho, las demás son empleadas solo en su ausencia, por lo que no existe la aplicación del texto constitucional en pos de la garantía de los derechos instituidos por la Constitución. El ejercicio de los jueces y muy en particular de los tribunales constitucionales, es negativo puro, consistente en inaplicar y declarar inconstitucional respectivamente, las normas legales que vulneren los enunciados constitucionales.<sup>45</sup>

De este modo el modelo positivista del estado liberal, sostiene que todo el contenido de los derechos constitucionales vincula al legislador, sin que exista la posibilidad, que lo no instituido por la ley, sea aplicado en pos de un direccionamiento directo de la Constitución ya que la supremacía era de la ley. En él se integran posiciones que no pueden ser afectadas, pero en tal sentido, dicho contenido (el de la ley) tiene una extensión reducida.

---

<sup>44</sup> Robert Alexy y Perfecto Ibáñez, *Jueces y Ponderación Argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, Pág. 54

<sup>45</sup> Nuria Belloso Martín, *El Neoconstitucionalismo a Debate: Entre la Principiología y la Arbitrariedad*, Curitiba, Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraná, 2014, Págs. 162-163.

En cambio, el sistema constitucional refleja a los principios por sobre la ley, en atención a la supremacía constitucional, se toma a la Constitución como norma en todas sus partes y por tanto toda ella es vinculante; el catálogo de derechos y todas sus disposiciones se tornan obligatorias y no programáticas. El juez se torna en activo creador del derecho vivo, ya que a más de horizontalizar las fuentes del derecho, los desarrolla en aplicación de los mandatos constitucionales, llenando los posibles vacíos normativos o la falta de tutela de la norma por ser incompleta respecto del caso en concreto, y en tanto, la Constitución se torna directamente aplicable.

De esta manera, se insiste que se deberá ver al derecho acorde a los principios establecidos por la Constitución, en donde no se considera que los límites establecidos por el legislador en la ley agoten su contenido, de este modo se justificaría el planteamiento de la existencia de la justicia constitucional, donde la aplicación más favorable de los derechos, garantiza la optimización de los principios constitucionales, crea el respeto al precedente constitucional y elimina la concepción de la temporalidad, especialidad y jerarquía al momento de aplicar una norma, esto en tutela de derechos.

Respecto de éste contenido, se ha manifestado que la Constitución, norma superior del ordenamiento jurídico, contiene preceptos que poseen concretos mandatos normativos, susceptibles de aplicación inmediata. Claros ejemplos de ello lo constituyen algunos de los artículos que reconocen derechos fundamentales o aquellos que estructuran los órganos constitucionales; no es que tales preceptos no admitan una regulación mas detallada, pero la ausencia de ésta no impide su plena eficacia, sin embargo, la Constitución contiene también preceptos de carácter genérico de muy distinta naturaleza.

“Así, existen preceptos que enuncian objetivos jurídicos, sociales o políticos a alcanzar. Otros que reconocen principios y valores que no necesitan ser desarrollados, pero si plasmarse en el resto del ordenamiento, si se quiere que tengan una efectiva vigencia material. Otros, en fin, y sin que esta enumeración pretenda ser exhaustiva, contienen remisiones a leyes concretas que son, por ello, normas expresamente requeridas por la Constitución al legislador. De acuerdo con lo anterior, los preceptos de la Constitución pueden clasificarse según necesiten o no desarrollo legislativo específico, en tres grupos: los que no requieren dicho desarrollo, los que sí lo requieren, aunque no sea constitucionalmente obligado y, por último, aquellos preceptos respecto a los que la Constitución exige de manera directa la intervención del legislador.”<sup>46</sup>

## **2.5 Límite, la aplicación directa de la Constitución como salvaguarda del mandato de optimización de sus principios.**

Los límites establecidos para el principio de aplicación directa de la Constitución, radicarían a primera vista en indefinidos, en virtud que la norma fundamental al poseer caracteres generales normativos de un grado de superioridad absoluto que la ubica como *lex superior*, es evidentemente que en todos los casos debe ser aplicada. Para partir de la concepción de una teoría jurídica de los derechos fundamentales, para tratar así de situar de alguna forma el posible límite de la aplicación de la Constitución como norma, tomaremos lo manifestado por Robert Alexy<sup>47</sup>, en cuanto a que si se sigue la vía de establecer una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la ley fundamental, es posible diferenciar una dimensión analítica, empírica y normativa.

Para el profesor Alexy, la dimensión analítica trata de la exploración conceptual y sistemática del derecho válido, partiendo desde el análisis de los derechos fundamentales (en donde cita como ejemplos el concepto de norma, el de derecho subjetivo, el de libertad

---

<sup>46</sup> Luís Guerra López, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui, Valencia, *Derecho Constitucional Volumen I El Ordenamiento Constitucional Derechos y deberes de los Ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, sexta edición, 2003, Págs. 47 - 48.

<sup>47</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales segunda edición, 2005, Págs. 12-15

o el de igualdad), pasando por la construcción jurídica (pudiendo ser el de la de la relación del supuesto de hecho y los límites a los derechos fundamentales y la del efecto entre terceros), hasta llegar a la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales), para finalmente establecer el fundamento de los derechos fundamentales.

En la dimensión empírica nos habla en un doble sentido: el primero en relación con el conocimiento del derecho positivo válido, y el segundo, con la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, aclarando que en esta dimensión, no solo puede hablarse del derecho legislado, sino también del derecho judicial.

Finalmente, menciona la dimensión normativa, misma que va más allá de la narración de aquello que puede identificarse en la dimensión empírica como derecho positivo válido, llega al análisis de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobretodo de la praxis de la actividad judicial, señalando que para ésta es constitutiva la pregunta de ¿cuál es en el caso concreto? y sobre la base del derecho positivo válido, ¿cuál es la decisión correcta?.

Entonces, una interpretación plausible respecto a la actividad razonada del derecho válido (considerado como todo aquel que se encuentra vigente en un Estado) radicaría en realizar una interpretación de cuatro factores, siendo éstos: lo que se entiende por derecho fundamental, su relación con los presupuestos de hecho existentes, su repercusión jerárquicamente aplicable y los métodos a utilizarse para justificar dicha aplicación.

Pudiendo de esta manera establecer la idea de lo que podemos llamar límite indefinido de los derechos fundamentales respecto de su aplicación directa, ya que se

podría partir de la complementación de lo que la Constitución tutela otorgando una garantía, y de cómo ésta misma puede proteger en mayor medida de lo posible un derecho regulado a través de una prescripción normativa, ya que aquella limitación establecida por la ley, podría estar afectando la protección de otros derechos constitucionales en ella implícitos, pudiendo además generar una limitación injustificada o encontrarse ausente.

La posición valorativa de los derechos fundamentales es específicamente clara, todos poseen un mismo valor en abstracto, es decir, que jerárquicamente son iguales, pero son los presupuestos de hecho los que justifican que los administradores de justicia evalúen frente al caso concreto el grado de intervención, en mayor o menor medida. En este sentido, la aplicación directa de la Constitución no encontraría un límite presupuestado, pues incluso podría reforzar lo instituido por la norma legal, desarrollando los derechos implícitos que a primera vista no son descritos lingüísticamente por el legislador.

Por citar un ejemplo, plantearemos la interposición de una acción de protección, en la que se reclama la asistencia urgente para que se tramite una solicitud de entrega de un bono para la construcción de inmuebles, instituido como parte de la política pública estatal para solventar la falta de vivienda en los sectores más pobres de la población. La ley que regula la entrega de dicho bono, sostiene que para acceder al mismo, los solicitantes deben ser propietarios del terreno en donde se pretende construir la vivienda, caso contrario no es procedente el desembolso del dinero subsidiado por el Estado (caso que será analizado en el tercer capítulo).

Pensemos entonces que quien plantea la acción de protección, es una persona que se encuentra en uso de todas sus facultades físicas y psicológicas y que además tiene derecho

en la sucesión de un terreno, pero que dicha sucesión no se ha perfeccionado por no haber concluido el juicio de posesión efectiva de los bienes del causante, y que pretende a través de la vía constitucional se omita la conclusión del juicio referido y proceda la entrega del bono para construir su vivienda.

El juez constitucional entonces desecha la acción planteada en virtud que si bien es emergente la asistencia de una vivienda para la subsistencia del accionante y su familia, también es emergente el dar trámite a las personas que cumplen con los requisitos señalados, esto en tutela de la seguridad jurídica; en este caso, el juez constitucional, aplica lo dispuesto por la Constitución de la República en cuanto al desarrollo del principio de igualdad para el acceso a dicha prestación social.

Pero ahora pensemos en que la accionante es una persona de la tercera edad, que tiene bajo su cuidado a tres nietos huérfanos, y que solicita lo mismo que el individuo antes señalado y que tampoco tiene un terrero sobre el cual edificar su vivienda y quien lo tuvo es su hija fallecida y madre de sus nietos, pero ésta -la abuela de los menores- solicita del estado la entrega del bono de vivienda en virtud de la necesidad de ser atendida por el alto grado de pobreza y analfabetismo y de además posee a su cargo la tenencia y curaduría de los menores de edad, tomando en cuenta que serían ellos -los nietos- los herederos universales del bien inmueble que en vida perteneció a su madre.

El juez constitucional puede aceptar la demanda planteada sosteniendo, que si bien es cierto que la ley establece el requisito de la titularidad del dominio del terreno donde se va a edificar la vivienda, en el caso por tratarse de grupos de atención prioritaria y expuestas las condiciones de alto nivel de pobreza de quien acciona la garantía

jurisdiccional a nombre de los menores de edad, es imperioso ordenar a la entidad encargada la entrega de dicho bono, sabiendo que el trámite de posesión efectiva puede realizarse con posterioridad, ya que es apremiante la asistencia de vivienda. De esta manera el juez desarrolla los derechos implícitos que se entrevén tras la confrontación con los hechos del caso, preponderando los derechos de los grupos de atención prioritaria e interés superior de los menores de edad.

En ambas cuestiones, el juez constitucional aplica directamente la Constitución, por lo que realiza un análisis del derecho desde la perspectiva del caso en concreto, incluso en el segundo caso llegando a fallar contra norma expresa. Recordemos que los principios constitucionales no necesitan estar desarrollados por una ley infraconstitucional para hacerlos plenamente efectivos, estos son válidamente exigibles y justiciables por el simple hecho de constar en el texto constitucional. Poco se gana si solo se conoce y valora el derecho legislado, y es en este sentido que la dogmática jurídica en pos de la aplicación directa de la Constitución, es un intento de dar una respuesta debidamente fundamentada a los problemas valorativos que no son resueltos por el texto de la ley.

Por citar otro ejemplo, se podría dar el caso del planteamiento de una acción de protección, tras la negativa de la solicitud de refugio de un ciudadano extranjero acorde a lo establecido por el Reglamento de Aplicación en Ecuador del Derecho de Refugio, constante en el Decreto Ejecutivo 1182, que establece respecto de la solicitud se la deberá interponer dentro de los 15 días posteriores a su ingreso.

De tratarse de un caso típico de extemporaneidad se debería aplicar sin dilaciones lo que establece el decreto ejecutivo solventando el principio de legalidad y seguridad jurídica

respecto del respeto al procedimiento preestablecido a través de un simple ejercicio subjuntivo, tomando como único referente al texto de la norma infraconstitucional.

Pero podría surgir un caso difícil, si el solicitante pide asilo en virtud de precautelar su integridad física y psicológica por haber sido víctima de persecución y maltrato en su país de origen por diferencias ideológicas y de género, en donde la extemporaneidad debería ser tratada de un modo distinto para la aplicación de la norma al caso sub judice, en donde el plazo de quince días es totalmente reducido para hacer materialmente posible ejercer este derecho, considerando que las facultades cognoscitivas de quien interviene como peticionario se pudieron encontrar gravemente alteradas.

En este punto el juez, se encontrará con la necesidad de tutelar los derechos a la vida e integridad, frente al principio de legalidad impuesto por el decreto ejecutivo 1182; en tal sentido –bajo las características propias del caso– aún alejándose de lo dispuesto por la norma jurídica, deberá considerar que el precautelar un derecho superior –como es la vida de un ser humano– es el camino correcto para desarrollar correctamente el derecho al refugio asistido constitucionalmente, estando consiente a la vez que el separarse del texto legal implicaría prevaricato, ya que se consideraría afectado al propio Estado, a su soberanía e institucionalidad.

De este modo el juez se aparta de aplicar el término fatal de los quince días constante en el Decreto Ejecutivo 1182, por precautelar un interés superior en el caso concreto, realizando un desarrollo de los principios constitucionales inmersos en el tema y que no son considerados por la regla legal, sin que esto implique una precipitación al

análisis de constitucionalidad de la norma, sino más bien un análisis de eficacia respecto del caso concreto.

Recordemos además, que cuando se habla de aplicación directa de la Constitución, intencionalmente se está haciendo referencia a la aplicación directa de los derechos. Para Zagrebelsky, la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley<sup>48</sup>.

La Constitución entendida como norma vinculante en todo su espectro, traduce la necesidad de que en todo procedimiento, sea éste judicial o administrativo, sus preceptos sean aplicados bajo la óptica que los principios, que buscan satisfacer en la mayor medida de lo posible un derecho, por lo que los límites de aquellos se establecerán por los presupuestos fácticos o de hecho que presente un determinado caso; es decir, hay que tomar en cuenta cómo en los ejercicios ejemplificativos descritos en líneas anteriores, que la naturaleza de los derechos fundamentales asiste a cada caso de manera distinta, ya que el sistema valorativo de los mismos se ve afectada por la posición de cada persona frente a ese derecho.

La óptica subjetiva de los derechos fundamentales (constitucionales), se crea como un modo de protección frente al Estado, dependiendo de la posición jurídica en la que se encuentre el sujeto que acciona un determinado derecho, mientras que la objetiva (de los derechos fundamentales) exterioriza los valores del ordenamiento democrático de ese

---

<sup>48</sup> Juan Montaña, *Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho Ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, Pág. 88

mismo Estado, por lo que su carácter normativo como parte integrante de esa norma fundamental que es la Constitución, reviste a aquellos –a los derechos constitucionales– de un efecto irradiador por haber sido positivizados por el texto constitucional, y en tanto son de aplicación inmediata, ya que su esfera de protección es proyectada en todos los ámbitos que regula la ley, y mas aún en los que el producto legislativo no ha llegado a regular algo.

Las cortes o tribunales constitucionales, son los llamados a establecer límites a la aplicación directa de los derechos fundamentales, pero no refiriéndose a los mismos como definitivos e inmutables; mas bien, deben establecer lineamientos básicos, para que los aplicadores de justicia, no consideren a los principios constitucionales como simples derechos, y en tal sentido no sean ellos quienes decidan en que ámbito son plenamente aplicables y en cuáles no.

De lo que se trata es realizar un ejercicio de interpretación para llegar al establecimiento de la regla jurisprudencial fundadora de línea, para que a través de la revalorización de la jurisprudencia se tutelen en igual medida los derechos constitucionales respecto de cada caso en concreto, en razón de lo cual, si se parte de una definición plena de los límites de los principios respecto del caso a examinarse, la aplicación directa de la Constitución, en relación a la decisión de ese caso no sea arbitraria, puesto que se está basando en un análisis interpretativo del máximo órgano de justicia Constitucional.

Se ha establecido varios criterios para el reconocimiento de derechos fundamentales por vía judicial. Los principales son dos: la concordancia con la dignidad de persona humana y el reconocimiento expreso<sup>49</sup>. En este sentido los derechos implícitos juegan un papel preponderante, para que en aplicación directa de la Constitución, bajo el presupuesto

---

<sup>49</sup> Juan Montaña op. cit. pág. 91

de que la norma constitucional no posee límites definidos sino respecto del caso en que se los aplica, sean atendidos en su verdadero contexto, ya que no pueden ser analizados aisladamente; caso contrario, no se estaría evaluando los complementos que éstos sustentan a la tutela de un derecho. Ahora, el reconocimiento expreso, viene a establecerse después de haber concluido que los derechos son inherentes a la condición de persona y en tanto deben ser atendidos en la medida demandada.

El juez debe desarrollar el principio de aplicación directa de la Constitución de una manera racional y argumentada, siempre abierta y sin rigidez, para que su argumento no difiera del espíritu del constituyente en la tutela de los derechos. Si bien éste –el juez– tiene toda la discrecionalidad para aplicar la norma constitucional, sus decisiones bajo ningún punto de vista pueden limitar arbitrariamente un derecho. Hay que señalar nuevamente que el ejercicio de proporcionalidad es importante y debe ser aplicado frente a los hechos presentados.

Recordemos además, que el fundamento para la aplicación directa de la Constitución, viene también dado bajo los presupuestos de entenderla como un conjunto de normas fundadoras de la estructura estatal acorde a lo adoptado por el constituyente, que se encuentran sobre el régimen político que define la delegación de funciones en virtud de esa misma conformación orgánica, para establecer la viabilización de las garantías y derechos.

Estos ámbitos, el de fundacionista del modelo de Estado y de jerarquía, hacen al texto constitucional vinculante, tanto en su parte orgánica como en su parte dogmática, estableciendo de esta manera a la fuerza normativa de tiene la Constitución, haciendo que todos sus preceptos sean de obligatorio cumplimiento. Dentro del enfoque material

sustancial de la Constitución, Ricardo Guastini<sup>50</sup>, señala la existencia de las normas materialmente constitucionales y de las normas de materia constitucional, concluyendo que las primeras identifican la forma del Estado, mientras que la segunda constituye todo lo que tales normas están disciplinados.

Se observa que la fuerza normativa de la Constitución, no viene dada solo por constituirse como un código de la materia constitucional, sino más bien por el carácter material garantista de primaria aplicación que dispone sobre su texto.

Por otro lado Rafael Oyarte sostiene que en la Constitución se encontraría el proyecto político de una nación, -esto por concluir- que lo haría principalmente en este sentido, pero no exclusivamente, pues la carta Fundamental es plena, establece las bases de un orden público económico, social, cultural, pero esencial y característicamente político<sup>51</sup>

Si bien es cierto que en la Constitución se encuentra el proyecto político del Estado, no hay que olvidar que la Ley Fundamental como tal también responde a un proyecto político, pero tampoco se puede decir que refleje a ese proyecto político, sino debe entenderse más bien que lo que proyecta es las garantías y derechos establecidos en ese momento mítico constituyente de su creación, aquellos derechos que canalizarán el cumplimiento de los objetivos primordialmente sociales planteados, por lo que la obligatoriedad de sus mandatos responden tanto en el sentido orgánico como al dogmático.

En el Ecuador, donde se ha adoptado el modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, la fuerza normativa de la Constitución viene dada por su

---

<sup>50</sup> Ricardo Guastini, *Interpretación Estado y Constitución*, Lima, Ara, 2010, Págs. 81-87

<sup>51</sup> Rafael Oyarte, *Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente Derechos Políticos*, Quito, Andrade y Asociados, 2007, Págs. 49 y 50

propia definición, en donde el texto de la norma fundamental es el jerárquicamente superior y sobre el cual todas las funciones estatales deben basar sus actuaciones. La Constitución propone en su propio texto el carácter obligatorio de su aplicabilidad, bajo el principio de la aplicación directa e inmediata de sus designios.

## **2.6 La subsunción como método tradicional de aplicación de la norma.**

El ejercicio subjuntivo como método tradicional de raciocinio implementado por los jueces para aplicar la norma legal en modelo de justicia propio del Estado de corte positivista, venía a estar definido como la única técnica jurídica del estudio de los problemas relacionados con la aplicación del derecho objetivo a casos concretos.

El silogismo jurídico en tanto es el razonamiento de aplicación de los preceptos del derecho, mismo que parte de una premisa mayor, que esta constituida por la norma genérica, la menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquella y la conclusión por el que se atribuye a los sujetos implicados en el caso, las consecuencias de derecho.<sup>52</sup>

En tal sentido, la norma legal era aplicada bajo el solo presupuesto de que el sujeto –quien era destinatario de la regla– incurra en lo establecido por ella, sin que fuere permitido al juez recurrir a ningún otro método de interpretación, que llevara su criterio –el del juez– más allá del texto de la prescripción normativa pre-establecido por el legislador.

La determinación de la norma a aplicarse en este método es fundamental, viniendo a estar definida solo por el derecho positivo, más nunca como resultado de la interpretación de quien la va a aplicar. El solo hecho de que el juez manifieste que existe una norma a

---

<sup>52</sup> Eduardo García Maines, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa 53 a edición, 2002, Pág. 321

aplicarse en el caso sometido a análisis, establecía que dicho caso concreto se encontraba previsto y regulado en su totalidad por la norma legal.

Se determina que este método dentro del Estado de corte positivista no representaba obstáculo alguno para determinar el sentido de la justicia, en razón que la ley era la máxima expresión de ese ideal; de su aplicación, resultaba la determinación del principio de legalidad y de la soberanía estatal, pero abría que preguntarse, si la técnica resulta capaz de cumplir su cometido, si aparecen otros presupuestos del hecho.

Simplemente el juez hacía lo que la ley le facultaba hacer respecto del caso, el hecho de estar regulado bajo el estrato más alto jurídico legal no le permitía apartarse del texto normativo y en este sentido, claramente la técnica silogística cumplía su objetivo que era el de aplicar la disposición legal, esto en virtud de no tener ligada a su valía el concepto de eficacia.

En un primer plano dentro del Estado positivista resulta claro que lo que manifestaba el texto legal era la única apreciación que se debía dar al caso concreto, porque la misma norma daba una interpretación a los presupuestos que ante ella se subsumía, pero hoy, hay que establecer si esa técnica es aplicable a todos los casos dentro de un nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia y Justicia, en donde el concepto de validez y eficacia vienen a estar distanciados por el modo y alcance en que una norma tutela los derechos, respecto de los principios constitucionales considerados mandatos de optimización.

Si bien es cierto que hasta la actualidad el ejercicio de subsunción es clave para determinar si los hechos sometidos a la decisión judicial se someten a lo que la norma

regula, también es clave determinar que en referidos casos, éste ejercicio no bastará para determinar una correcta tutela de los derechos de las partes. Por lo tanto, aquí la técnica jurídica consistiría ya no solo en la determinación de la norma frente a lo que regula, sino más bien, en el adecuado manejo de los medios que permitan alcanzar los objetivos que aquella persigue.

Es decir, si la técnica de la subsunción se ve afectada por la propia norma legal, en razón que esta posee vacíos legales, es indeterminada o es contraria a lo que se pretende tutelar, el juez está obligado a recurrir de otros métodos para garantizar la seguridad jurídica en el caso concreto al resolverlo.

## **2.7 Regla legal vs. principio constitucional**

Ya hemos dicho que la regla de índole legal, es válida por ser formulada en apego al trámite preestablecido para dicho efecto, de ahí que Dworkin, habla del denominado test de pedigree o de origen, considerándolo como un test adecuado si se afirma (en el positivismo) que el derecho es un conjunto solo de normas; pero a la vez aclara que, precisamente, es con este concepto que pretende demostrar que esa visión del derecho es unilateral, aclarando que, junto a esas normas existen principios y directrices que no se pueden identificar por su origen, sino por su contenido y fuerza argumentativa (refiriéndose al alcance de los mismos) ya que hacen referencia a objetivos sociales<sup>53</sup>.

## **2.8 Procedencia de la aplicación directa de la constitución.**

Los principios realzan la idea del concepto de justicia y equidad, que al ser mandatos de optimización, se aplicarán en la mayor medida de lo posible; mientras que las

---

<sup>53</sup> A. Calsamiglia, en Prologo, Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

normas se aplican o no se aplican en su todo. Los principios dan razones para decidir en un sentido amplio pero determinado. A diferencia de las normas, los principios en su enunciado, no determinan las condiciones de su aplicación, pero su contenido material es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada (confrontación con el caso en concreto).<sup>54</sup>

## **2.9 Existencia de una norma constitucional y ausencia de una norma legal.**

Una regla legal es producto del ejercicio de delegación realizada por la Constitución a los parlamentos o asambleas, que se constituyen como organismos constituidos, derivados del ejercicio del poder constituyente. La norma constitucional viene dada por la idea de un ideal objetivista garantista, mientras que la legal tiene la obligación de desarrollar esos principios establecidos por la Constitución, es decir, se convierte en camino de clarificación de esos objetivos, que poseen un mayor grado de abstracción que la norma legal, por lo cual la ausencia de esta última no impide de ninguna manera la aplicación de los principios y normas constitucionales, que por el solo hecho de constar en el texto fundamental, son de directa e inmediata aplicación, más aún cuando existe ausencia de norma legal o esta es contraria al texto constitucional.

La ausencia legal-normativa, de ningún modo propone una interpretación definitiva de lo que dentro de la Constitución es aplicable directamente o no por el hecho de no encontrarse positivizada como regla, tal como lo señala el numeral 3 de la Constitución de

---

<sup>54</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Sobre Principios y Reglas*, Alicante, Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, 1991, Págs. 101-118, consulta realizada el 9 de septiembre de 2014 [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10\\_04.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf)

la República<sup>55</sup>. Si bien este vacío legal, puede provocar en el individuo un aparente desconocimiento de sus derechos, hay que enfatizar que los administradores de justicia como sujetos concedores del derecho, tienen la obligación de realizar una interpretación de los principios constitucionales, en función de su mandato de optimización, y lograr aplicarlos en la mayor medida de lo posible, en apego al verdadero espíritu del constituyente.

Hay que determinar que de la existencia o no de la regla legal, no depende el ideal de justicia, en el caso de ausencia de regla legal, el juez esta llamado a actuar pro activamente respecto del desarrollo de los derechos, señalemos que éste –el juez– realizará una interpretación intelectual y teleológica de los derechos tutelados por la Constitución frente al modo en que son tutelados por la regla legal, para establecer si la regla infraconstitucional abarca todo el ámbito que pretende proteger.

Ya se ha superado la idea de la existencia de una sola respuesta, para los casos que son sometidos a solución judicial, las juezas y jueces deben siempre tener claro, que los presupuestos fácticos son los que activan el peso de los principios constitucionales en el caso concreto y respecto de aquello, deben justificar mediante la argumentación jurídica el motivo de su decisión.

En este sentido la ausencia de ley no debe constituir una barrera infranqueable para la tutela de los derechos, por lo que la aplicación directa de la constitución viene a

---

<sup>55</sup> Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

convertirse en la formula más expedita para el desarrollo de los principios inertes o incompletamente desarrollados por las normas legales, además de ser la vía plena de tutela de dichos principios.

## **2.10 Existencia de una norma legal frente a la abstracción de la norma constitucional.**

Los valores constitucionales que plantean los objetivos a ser desarrollados dentro de un modelo de Estado, proponen ideales a ser alcanzados, situación que funda a los principios constitucionales, que son los garantes de la consecución de esos objetivos, a través de la garantía de los derechos de los individuos; para que éstos sean viables, deben ser desarrollados en las reglas, que darán las directrices y condiciones para su aplicación.

Si bien los principios constitucionales, en su enunciado, carecen del establecimiento de las condiciones para su aplicación, son los presupuestos de hecho que sirven para su invocación, los que ajustan su presencia en la solución de las controversias, ya que evidencian su peso en el caso concreto<sup>56</sup>.

Hay que aclarar que el catálogo de derechos constantes en las Constituciones, no agota la existencia de los derechos o señala la totalidad de aquellos; éstos pueden variar según la perspectiva desde la cual se enfoque su exigencia de aplicación, y en este sentido, conforme puede existir una norma legal que defina una sola manera de aplicar determinado derecho, no puede configurar el ámbito total de ese derecho y puede definir intrínsecamente su verdadero alcance, por el solo hecho de no estar determinado en una forma más directa en el texto constitucional.

---

<sup>56</sup> Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, Págs. 99-109

No es procedente manifestar que exista ausencia de la norma constitucional, puesto se contradiría el postulado de obligatoriedad del desarrollo de los principios constitucionales en el ejercicio interpretativo, ya que de no considerarlo así, se justificaría que la ausencia de norma legal está dada por la ausencia de una norma o principio constitucional, cuestión que no es procedente, como se lo estableció en el análisis del vacío normativo frente a la existencia de una norma constitucional, realizado en líneas precedentes.

### **2.11 Existencia de una norma legal en desarrollo de la norma constitucional.**

La norma legal tiene la función de desarrollar los principios constitucionales, pero además tiene la peculiaridad de fijar límites a la aplicación de los mismos.

Se ha planteado que la Constitución no tiene un solo intérprete, entendiéndose a la Corte Constitucional como el máximo, mas no el único, situación que sitúa a todos los administradores de justicia dentro de los facultados a realizar un ejercicio interpretativo, para develar el margen de protección de un derecho frente a un caso en concreto. Agustín Grijalva Jiménez<sup>57</sup> propone una interrogante al referir la obligatoriedad de aplicación directa de la Constitución, respecto de quienes deben interpretarla, manifestando que “¿cómo puede aplicarse directamente la Constitución sin dilucidar su sentido, es decir sin interpretarla?” concluyendo que además de la Corte Constitucional, son también todas las personas, autoridades e instituciones, incluyendo a juezas y jueces, quienes deben interpretar el texto fundamental.

---

<sup>57</sup> Agustín Grijalva, *La Nueva Constitución del Ecuador Estado Derechos e Instituciones, Interpretación Constitucional Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009, Págs. 269-286

En esta línea de ideas, no todos los límites establecidos por el legislador en la prescripción normativa son válidos, si presuponen violación a los derechos constitucionales, o en otros casos, la violación de los derechos vendrá dada por la ausencia de protección, pudiendo situar a esa ausencia en una falta de interpretación lingüística dada a los derechos en su texto, lo que deviene en la necesidad de aplicar en forma directa el principio constitucional en el cual se funda dicha regla legal, ya sea para dilucidar su sentido contrario a la Constitución, como para llenar un posible vacío, esto, para tutelar efectivamente los derechos.

Se plantea además la existencia de los denominados casos difíciles, cuya solución no puede estar dada bajo el simple ejercicio subsuntivo de la controversia en las normas preexistentes, y mas bien, necesitan ser contrastados con los hechos y las normas constitucionales para dilucidar qué principios intervienen y cuál es su peso concreto en el caso a ser decidido.

Observamos que la norma legal, para ser utilizada, a más de justificar en un primer momento, que su creación ha estado sujeta a los procedimientos establecidos por la Constitución, debe justificar su eficacia respecto de la tutela de los derechos; es decir, su simple existencia no basta, para que de su aplicación resulte un ejercicio intelectual al tutelar los derechos, debiendo tomar en cuenta siempre a la norma constitucional como un medidor de su alcance.

## CAPÍTULO III

### EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA Y EL PREVARICATO

#### **3.1 ¿La prohibición de fallar contra norma expresa es procedente dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia?**

Para Gustavo Zagrebelsky<sup>58</sup>, el Estado constitucional por primera vez en la época moderna afecta a la posición de la ley, siendo sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación a un estrato más alto de Derecho, establecido por la Constitución. El Estado constitucional no significa una continuación del Estado de derecho decimonónico, mas bien, constituye una profunda transformación que afecta incluso necesariamente, a la concepción del Derecho.

Este nuevo modelo de Estado, pretende vincular a la administración de justicia plenamente a la Constitución y a la ley, separando la distinción antes mantenida con los particulares en defensa del principio de legalidad (entendido como mecanismo de directa tutela de los derechos en la mayor medida posible, no solamente agotado en la simple aplicación de la ley); por tanto la norma legal ya no constituye la fortaleza del legislador como ente regulador de los límites absolutos de los derechos, mas bien se ve reflejada como uno de los caminos de tutela, más no el único.

Dicha vinculación no opera solamente como fuente garantizadora de derechos, sino como método correctivo para la fundamentación del propio Estado. El abuso de poder

---

<sup>58</sup> Gustavo Zagrebelsky, op. cit. Pág. 42

amparado en la norma legal, viene a disminuir su fuerza, dada la existencia del control concreto de constitucionalidad del producto legislativo (consulta de constitucionalidad).

Entonces, a la Constitución se remiten todas las demás normas del Estado, siendo ella que hace aplicable los derechos, pues hay que considerar que viene instituida como norma material de la cual se busca su garantía, siendo omnipresente, principalista, infranqueable y aplicable mediante métodos alternativos de interpretación (como la ponderación). Entendida así, se puede establecer que deben ser los jueces los guardianes de su espíritu, dado su contenido sustantivo irradiador al cual se debe acoger todo acto estatal, demarcando los límites de actuación al legislador para que no afecte la vigencia plena de los derechos fundamentales ya que es la Constitución quien ha creado esa línea infranqueable de obediencia<sup>59</sup>.

La subjetividad juega un papel determinante en la justificación de la aplicación directa de la Constitución, pues no en todos los casos se pueden resolver con la objetividad de la subsunción, al respecto “en las teorías iuspositivistas, la decisión del intérprete está latente en la disposición normativa, como una estatua en el bloque de mármol y, por tanto, la conclusión del silogismo entre premisa mayor y premisa menor se plantea como una deducción automática”<sup>60</sup>, ya que en ciertos casos justificación argumentativa en función de la tutela de derechos no solo procedería del ejercicio silogístico ya que de hacerlo se podría dejar de lado otros elementos integradores del conflicto.

La producción de la norma, si bien está a cargo de la función legislativa, en relación a la tutela de los derechos no delimita de manera definitiva el alcance de los principios

---

<sup>59</sup> Carlos, Bernal Pulido op. cit. Págs. 11-13

<sup>60</sup> Claudia Storini, op. cit. Pág. 2

constitucionales y por tal su producto, no siempre va a ser justificable y objetivo para todos los casos. La norma actúa como un reflejo del intervencionismo del Estado en las libertades y en los derechos debiendo propender a que los límites que se establezcan se funden en el mandato constitucional, es decir sea un desarrollo del espíritu del constituyente.

Respecto de estos límites en ciertos casos –en los denominados difíciles– el grado de intervencionismo impide o no garantiza de manera eficaz –en el caso concreto– determinado derecho, no puede ser aplicada dentro del ámbito de su espectro por ser incompleta (no necesariamente en forma general, solo en los casos que se demande una mayor garantía de los derechos por parte de la norma, o frente a presupuestos de hecho que obliguen a separarse del texto legal para precautelar otros derechos frente a una situación normativa concebida de una sola forma) y es ahí cuando los operadores de justicia deberán buscar en la Constitución, que además es norma abierta, la manera de amparar de mejor manera los derechos demandados.

La mencionada irradiación que la norma constitucional emite –es decir la irradiación sobre la norma– constituye un nivel amplísimo de garantía, y es en ella que se debe fundamentar la norma positiva, por tal la subsunción en todos los casos no puede determinar de manera definitiva la aplicación o inaplicación de una norma, porque el hecho de hacerlo dentro de un escenario en que no tutele frente al caso concreto lo que se debe tutelar acarrearía injusticia. Se debe tomar en cuenta que esa irradiación –la de la Constitución–, está dada por todo el texto fundamental, por lo que una norma en la que no se tutele determinado derecho frente a ciertos presupuestos fácticos hay que entender que la aplicación literal de la norma no siempre tutelas los derechos inmersos.

En un Estado Constitucional como lo establece Gustavo Zagrebelsky es propio de la Administración –refiriéndose a quien aplica la norma– y no de la Ley, individualizar el área donde debe desplegar sus efectos en el momento en que la aplica. Por tanto corresponderá también a la Administración establecer la línea de separación entre su autoridad y la libertad de los sujetos. Entonces se produce también una pérdida de la posición originaria de los particulares frente a la ley en numerosos sectores del derecho que ya no se inspiran en la premisa liberal de la autonomía como regla y del límite legislativo como excepción.<sup>61</sup>, es decir los individuos ya no solo se constituyen como simples destinatarios de la norma, más bien se establecen frente a aquella –a la norma– entendiéndola como un medio de tutela de sus derechos.

Dentro de un Estado constitucional de derechos y justicias, en donde la Constitución viene a significar la norma máxima y de obediencia inmediata, las decisiones judiciales deben ser sustentadas más allá de la utilización de la simple lógica; debiéndose analizar además todos los presupuestos fácticos que integran un problema jurídico, siempre bajo la concepción principalista de la Constitución y así poder estructurar una verdadera forma de tutela de los derechos.

En este contexto y con los antecedentes descritos en líneas anteriores, un juez por buscar una mejor tutela de los derechos y su mejor desarrollo (en los casos que la norma no describa con claridad, sea oscura, o presente anomalías, o simplemente resulte absurda su contradicción con el texto constitucional) no puede ser procesado por el delito de prevaricato por fallar en contra de norma expresa (aclarando que no en todos los casos sería justificable, es decir procedería tras verificar que sus redes argumentativas sean plausibles),

---

<sup>61</sup> Gustavo Zagrebelsky op. cit. Pág. 35

o por realizar un ejercicio de ponderación, en donde se establezca que el límite dado a un determinado derecho por la norma no es el definitivo.

Si lo que busca fundamentalmente el Estado constitucional de derechos y justicias es el resguardo de la Constitución mediante su aplicación directa, deben entonces los operadores de justicia convertirse en la sustancia clave para dicho objetivo, defendiendo su espíritu garantista y ser filtros infranqueables con el producto del legislativo. De este modo, un juez siempre estará expuesto a fallar contra norma expresa, dado su papel de protector de la Constitución y creador de derecho; en pos de garantizar todos los derechos deberá en ciertos casos –en los que la simple lógica subjuntiva no sea suficiente para la tutela que se busca– alejarse del texto de la ley mediante la argumentación, sin que esto constituya siempre un decisionismo arbitrario en sus fallos.

Por otro lado, se encuentra reconocido constitucionalmente el bloque de constitucionalidad en el artículo 417 de la Constitución de la República, en donde se plantea que todo convenio, tratado o instrumento internacional que establezca una mejor tutela de los derechos, será directamente aplicable por sobre la normativa del sistema interno, esto en beneficio de un correcto desarrollo de los principios fundamentales, además de plantear un constante diálogo entre las cortes, tribunales y jueces en general para un pleno avance en la tutela judicial efectiva a través de la jurisprudencia.

Tomemos en cuenta que estos convenios o tratados sirven de base para la aplicación de justicia dentro del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos (como es el caso de la Corte Interamericana de derechos humanos que basa su accionar en la

Convención Americana sobre Derechos Humanos), por lo que las resoluciones que de estos emanen, incluso pueden ser invocadas para la tutela interna de los derechos.

El Estado Constitucional es claro al fundamentar a la Constitución como fuente principalista de su legitimación, y por tanto el prevaricato al señalar la prohibición de fallar contra norma expresa crea una clara controversia, define fuera de foco aspectos positivistas que retrotraen a la administración de justicia a la concepción superada de hegemonía de la ley en pos de la defensa del principio de legalidad (cuestión propia del Estado liberal), por lo que la prohibición de fallar contra norma expresa no es consecuente con el escenario jurídico-Constitucional y político establecido en nuestra sociedad.

Se reitera en este estudio, tomando una posición frente al análisis hasta aquí descrito, que si bien el prevaricato es un delito doloso en donde el fallar contra norma expresa representa en el texto de la ley un perjuicio general para una de las partes incluyendo al propio Estado; éste no siempre operaría si lo que se pretende tutelar son los derechos de las personas en cumplimiento del mandato de optimización de los principios constitucionales en un caso en concreto ordenado por la propia Constitución de la República.

En este sentido se puede identificar la cuestión que no en todos los casos el juez que se aleje del texto legal lo hará por proteger derechos, insistiendo que los administradores de justicia se podrán separar de lo prescrito por la norma solo en los casos en que la relación lógica del ejercicio primario del silogismo no responda de manera correcta a la protección de los derechos exigidos de tutela, de otro modo podría configurarse la figura del error inexcusable –por ignorancia del derecho–.

Es importante mencionar que se establece una afectación de las partes tanto en el prevaricato como en el error judicial no justificable, pero hay que determinar que si bien en el primero es el juez quien con conocimiento de causa se aleja del texto legal estableciéndose una intención, no siempre lo hará con dolo ya que podría estar configurando su actuación en función de la protección de derechos en la mayor medida de lo posible. En el error judicial inexcusable el daño se lo hace por ignorancia del derecho y más aquí si se constituye una mayor irresponsabilidad porque el juez no está cumpliendo con su deber de protección de los derechos para ninguna de las dos partes.

Por otro lado siempre la interpretación de la afectación de una de las partes de un proceso será susceptible del ámbito subjetivo de quien sancione el delito de prevaricato, ya que como se ha mencionado antes existen dos posiciones dicotómicas aún latentes en nuestra realidad jurídica, por un lado la óptica legalista bajo ningún aspecto propone interpretar la norma más allá de su lógica formal o interponer barrera alguna para no aplicar la ley, frente a la obligatoriedad de desarrollar los derechos a través de la jurisprudencia en aplicación directa de los mandatos constitucionales en los casos en que la norma legal no los contenga de manera eficaz.

### **3.2 ¿Constituye el prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa un rezago del Estado legal?**

El Estado de corte positivista definía a la ley como norma de aplicación directa y al legislador como controlador de su propio producto por el mismo hecho de la primacía del principio de legalidad, se puede deducir que su fundamento se definía en la exigencia de que “el propio Estado fije y determine exactamente los causes y límites de su actividad, así

como la esfera de libertad de los ciudadanos, conforme a derecho, y se precisaba que eso no suponía en absoluto que el Estado renunciase a su poder o se redujese”<sup>62</sup>, claramente nos direcciona a una predeterminación positiva, ya que el problema radicaba en que el tenor de la ley era indiscutible y el intérprete no se molestaba en ajustar su interpretación a la Constitución, en tanto el único que marca los límites de los derechos es el legislador, plasmándolo en la norma positiva, que era de inmediata aplicación por el mismo hecho de ser irrefutable.

Así en el Estado positivista la ley era prominente frente a la actividad jurisdiccional y a los ciudadanos, entendía al principio de legalidad como la expresión de “la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte cualquiera sea su forma o fundamento”<sup>63</sup>, además que el poder político estaba dado también por la ella.

Entonces el prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa, constituye dentro de este modelo estatal un mecanismo de defensa de la ley más que un método de protección de derechos, estando adherida la seguridad jurídica de las personas como reflejo de ese apego a la regla legal, es decir, la justicia era alcanzada por el solo hecho de aplicar lo directamente instituido por la norma.

Pero si hemos dicho que el Estado constitucional de derechos y justicia afectó a la posición de la ley y la sometió a un estado de subordinación a un estrato más alto –al de la Constitución– es preciso concluir que en este nuevo modelo estatal mismo que demanda el acatamiento de la nueva norma indiscutible –la Constitución– el prevaricato en cuanto a la

---

<sup>62</sup> Gustavo Zagrebelsky, op. cit. Pág. 22

<sup>63</sup> Gustavo Zagrebelsky, op. cit. Pág. 24

prohibición de fallar contra norma expresa seguiría actuando como un esfuerzo en vano por redimir la supremacía de la ley, teniendo opuesto el mandato de aplicación directa de la constitución (que como hemos mencionado antes debe ser desarrollado en todos los casos y en mayor medida en los aquellos en que la norma es incompleta o no tutela de manera efectiva los derechos en ella contenidos)

Por tanto es posible desarrollar la crítica de que “La teoría positivista por sujetarse al tenor literal del texto y por consiguiente, al elemento psicológico, lleva a rechazar todo tipo de evaluaciones de orden teleológico que permitan al intérprete corregir el contenido de las disposiciones ampliando o limitando su portada”<sup>64</sup>.

El Estado positivista con el hecho de definir sus bases en el principio de legalidad y de aplicación indiscutida de la norma justifica la vigencia del prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa, pero el Estado Constitucional, al fundar su modelo en la primacía de la Constitución, que ordena su aplicación directa desarrollando en todos los casos sobretodo en los que existan vacíos legales, imprecisiones normativas o simplemente no se tome en consideración excepción alguna a la regla y que limiten la tutela de los derechos, no justifica del todo a la existencia del prevaricato en este accionar ya que el presupuesto de causar daño a una de las partes se vería enfrentado a la necesidad de solventar el derecho legítimo frente al caso concreto, y en tal sentido la generalidad de prohibición de fallar contra norma expresa dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, constituiría un rezago del tipo de control judicial propio del Estado legal, que lo crea es un temor judicial que impide en los casos en que se amerita alejarse del texto legal

---

<sup>64</sup> Claudia Storini, op. cit. Pág. 3

la consolidación de la tutela real de los derechos, además de desnaturalizar al principio de aplicación directa de la Constitución.

### **3.3 ¿El alejarse del texto de la norma legal constituye en todos los casos un acto de decisionismo injustificado?**

Para la determinación del grado de intervención de los jueces en la solución de controversias, es necesario tomar en cuenta el alcance que tienen los derechos irradiados por la Constitución frente a los casos en concreto. Los jueces deben garantizar a la vez la correcta aplicación de las normas legales, siempre enfocado en el pleno desarrollo de los derechos en ellas contenido como un mecanismo de control procesal en función de la tutela de los mismos.

Es útil tomar en cuenta la postura definida por Hart, en cuanto a que propone al derecho desde la norma o regla que posee permanencia, ya que el estado posee el monopolio de la justicia desde la perspectiva legal. Las normas para Hart representan un todo, se aplican o no se aplican en su totalidad, siendo la principal característica pura de aquellas y define una distinción entre derecho y moral, tomando a Kelsen desde la perspectiva metodológica de un ordenamiento jurídico. Cuando se refiere a la discreción judicial, hace referencia a la posibilidad que tienen los jueces de elegir entre diferentes cursos de acciones válidas en un determinado caso en el que no exista respuesta jurídica correcta, llamando a éstos “casos difíciles”<sup>65</sup>, dentro de los cuales plantea además existe

---

<sup>65</sup> Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1977, Págs. 146-208

más de una interpretación razonable, teniendo los jueces solo aquí discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren mas apropiada cuando la regla sea imprecisa<sup>66</sup>.

El juez al no tener otra salida, o cuando observe que el caso concreto ofrece la posibilidad de varias respuestas debe escoger adecuadamente la opción que estime adecuada en función de la consecución de la justicia. Si la decisión justa le obliga a alejarse del texto de la norma ya no estaría aplicando el derecho preestablecido y no lo hará necesariamente por causar daño a una de las partes, más bien lo hará por haber encontrado un problema o contradicción en su aplicación, en el momento en que las reglas, no le mostraron solo una orientación para resolver la controversia, obligando a que el juez deba crear una para el caso en concreto.

En este sentido, la crítica de Dworkin a la doctrina de Hart establece, que los principios funcionan de una manera diferente a las reglas y que aunque dicten resultados menos precisos que las normas, son igualmente obligatorios, y en tanto deben ser tomados en cuenta por cualquier juez o interprete en los casos en que sean pertinentes, no niega la validez de las normas jurídicas por no ajustarse a tales principios universales, pero por otro lado, también critica al positivismo por no poder explicar cómo los principios se inmiscuyen en el derecho y cómo inciden en las decisiones judiciales<sup>67</sup>.

En la relación del debate Hart-Dworkin, hecha frente a los casos difíciles, en los cuales Hart plantea la discrecionalidad del juez por no existir una respuesta correcta previa (fundamentando que las normas no brindan esa solución), argumentando que la solución no

---

<sup>66</sup> César Rodríguez, *La decisión Judicial, El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 5ta reimposición, 2005, Págs. 135-143

<sup>67</sup> César Rodríguez op. cit. Págs. 144-147

puede estar dada por el simple ejercicio silogístico al que está acostumbrado el Juez, Dworkin plantea la tesis de la respuesta correcta, manifestando que

“Un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existen varias normas que determinan sentencias distintas, porque las normas son contradictorias o porque no existe norma exactamente aplicable. Es evidente que pueda haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los principios”.<sup>68</sup>

Si bien existen casos en los que las normas legales no emiten directrices que sirvan para resolver una controversia, serán los principios fundados en la aplicación directa de la Constitución los que serán aplicables para tutelar los derechos inmiscuidos en determinado tema. Ahora, si se plantea la posibilidad de que los principios sean aplicados, se está limitando que la tutela de los derechos sea realizada con efectividad, ya que los principios por ser mandatos de optimización buscan la protección del derecho en la mayor medida de lo posible y siempre estarán inmiscuidos en todo proceso judicial, siendo los presupuestos fácticos los que resuelvan su modo y grado de intervención. Muy diferente es decir que el alejamiento del texto legal se dará en el caso que la norma legal no ofrezca solución tras un ejercicio silogístico.

Entonces se reitera que el juez frente al ideal de justicia tiene que entenderlo en concebir al derecho por principios y superar la idea de que el límite establecido por el legislador en la norma se constituye en definitivo e infranqueable decisor del contenido de

---

<sup>68</sup> A. Calsamiglia, en Prologo, Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

un derecho. Además recordar que la concepción de la Constitución como norma abierta viene establecida por el alto grado de abstracción de sus principios; éstos no pueden estar determinados en última instancia solo por la norma legal y no pueden ser afectados por la consideración de que el juez tiene que ser boca de la ley.<sup>69</sup>

Asimismo las decisiones judiciales tomadas por las juezas, jueces, tribunales o cortes deben estar fundamentadas en un ejercicio intelectual, teleológico y argumentativo, que demuestre la necesidad de la interpretación finalista en la aplicación de los derechos constitucionales frente al caso en concreto, realizando también una analogía entre los presupuestos de derecho y los de hechos presentados. Estos hechos marcan los particularismos en cada proceso y pueden ser considerados como definitorios para la adopción de la decisión final, pero siempre deben justificar la importancia de su implementación para la correcta tutela de los derechos ya que una sentencia, si bien puede ser argumentada también puede desfasar su sentido en la intransigencia de su conclusión.

En este contexto, plantear un ejemplo resulta de gran importancia, así, tendremos un caso ya no hipotético, que hace referencia a la acción de protección planteada por María Mercedes Zumba Morocho en contra del MIDUVI Cañar, mediante el cual solicita la entrega del bono para la construcción de vivienda. Fue resuelto en primera instancia por el Juzgado Noveno de lo Civil del Cañar, cantón el Tambo, el 14 de junio de 2010, a las 16h30, quien resolvió aceptar la acción de protección planteada, pero con posterioridad fue declarada sin lugar dentro del recurso de apelación planteado por el MIDUVI, sustanciado

---

<sup>69</sup> Manuel Santaella López, *Montesquieu el Legislador y el Arte de Legislar*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1995, Pág. 77

por Sala Especializada de lo Civil, Laboral y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar.

Esta persona planteó acción de protección después que el MIDUVI resolvió que para recibir el bono para la construcción de vivienda primero deberá realizar el trámite de legalización del inmueble a nombre de los menores de edad a su cuidado por lo que ella aduce que se encuentra que dentro de los grupos de atención prioritaria protegidos por las cláusulas constitucionales 35, 36, 37, 44, 45 y 46 señalando además que la situación en la que se encuentran es precaria y alarmante, por lo que su situación debe ser subsanada de inmediato, pues el déficit en bienes materiales no solo lastiman su dignidad humana y la de sus nietas sino que ponen en peligro su integridad física, psíquica y hasta sus posibilidades de supervivencia en virtud de tener 80 años de edad y ser la única persona que cuida de tres menores de edad huérfanas cuya madre adquirió mientras vivía el terreno donde se pretende edificar la vivienda.

Con el ánimo de ejecutar los principios de atención prioritaria a las ciudadanas inmersas en pobreza, así como en la necesidad de precautelar el interés superior del niño, solicitó al MIDUVI que inmediatamente proceda a otorgar vivienda digna para que los procesos burocráticos pendientes, sean subsanados con posterioridad, pues de lo contrario, al hacer prevalecer las meras formalidades administrativas que exige dicho organismo para la entrega de bono de vivienda, deviene la afectación al derecho a la vida misma. La posibilidad de cumplimiento de las formalidades burocráticas por parte de la accionante no se comparan con la de un ciudadano común, puesto que se encuentra dentro del grupo de la tercera edad, sin medios monetarios para su traslado a los centros urbanos y a cargo de menores de edad, dado el fallecimiento de sus progenitores.

Frente a estos hechos, el Juzgado Noveno de lo Civil del Cañar, cantón el Tambo, el 14 de junio de 2010, a las 16h30, consideró que:

“Pues queda entonces claro que el derecho a la vivienda constituye un derecho fundamental consagrado y garantizado por la Carta Fundamental del Estado, lo que significa que todos los habitantes del territorio ecuatoriano sin discriminación de naturaleza alguna ostenta este derecho fundamental, más aún en las circunstancias que actualmente atraviesa la compareciente y su familia, que no puede continuar, que es de la más deplorable en todos sus aspectos, por lo que se estaría contraviniendo y violentando su derecho constitucional”<sup>70</sup>

Además considera que:

“La norma citada constituye un reconocimiento al derecho del ser humano a vivir de manera decorosa y digna; mas aún la Constitución en los términos concebidos en el artículo 424, es de aplicación preferente y tiene supremacía sobre los reglamentos que dice la parte accionada en forma insistente que previamente deberá cumplir la actora; en la especie no se discute la legalidad, sino como se deja explicado en el considerando quinto de esta resolución, “la Constitucionalidad debe primar sobre la legalidad ubicando a la justicia constitucional como la primera y última instancia de la vida jurídica”. Por cierto según la copia de la escritura pública que corre a fojas 25-27 , los terrenos donde se pretende construir la casa fue adquirido a María Lucinda Zaruma Maguana por parte de la fallecida María Cecilia Zaruma Zumba hija de la accionante y madre de los nietos, instrumento público celebrado ante el Notario Primero de este cantón en fecha 9 de noviembre de 2004, lo que significa que el bien raíz forma parte del haber hereditario de los menores de edad como herencia de su madre, es decir la propiedad se ha transmitido por efectos de la sucesión. Por las situaciones expuestas el suscrito Juez Noveno de lo Civil, en uso de las atribuciones de las que me hallo investido, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara con lugar la acción de protección planteada, en consecuencia deja sin efecto el acto administrativo contenido en el oficio MIDUVI-DP-DT-CAÑAR-2010-327, de fecha 26 de mayo de 2010, suscrito por la directora, arquitecta Cecilia Ochoa Muñoz, funcionaria que deberá atender en forma urgente y como excepcional al presente caso el requerimiento del bono de la vivienda respectivo para que se materialice la construcción de la casa a favor de los menores cuyos nombres y

---

<sup>70</sup> Juzgado Noveno de lo Civil del Cañar, cantón el Tambo, sentencia de 14 de junio de 2010, a las 16h30

apellidos se dejaron indicados en la parte motiva del fallo quienes se encuentran bajo el cuidado y protección de su abuela María Mercedes Zumba Morocho<sup>71</sup>

La Sala Especializada de lo Civil, Laboral y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar resuelve el recurso de apelación planteado por la Directora del MIDUVI, en contra de la sentencia de 14 de junio de 2010 emitida por el Juez noveno de lo Civil del Cañar, cantón El Tambo, en los siguientes términos:

Consecuentemente lo que ha hecho la Directora de la Unidad Técnica del MIDUVI de la Provincia del Cañar, es exigir se cumpla con los requisitos para otorgar el bono de la vivienda; sin que con este proceder se esté violentando los derechos reconocidos en la Constitución, tampoco se los ha quebrantado, cuando se los niega en forma total o no se los reconoce en forma íntegra y con todos sus efectos, se reitera que en la especie la accionada en ningún momento ha negado el derecho constitucional que les asiste la actora; lo que está haciendo es proteger la seguridad jurídica de la que nos habla el art. 82 de la Constitución de la República, la que se fundamenta en el respeto de la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes; de no actuar así, se estaría generando un caos jurídico, fomentando la inseguridad jurídica y eso es precisamente a lo que estamos obligados las autoridades y los operadores de la justicia, a garantizar el derecho a la seguridad jurídica de todos los ciudadanos de la República. Por estas breves consideraciones, la Sala Especializada de lo Civil, Laboral y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar: “Aceptando el recurso de apelación interpuesto por la Arq. Cecilia Paz Ochoa Muñoz, Directora Provincial del MIDUVI Cañar, revoca la sentencia recurrida y subida en grado, declarando sin lugar la acción de protección interpuesta por María Mercedes Zumba Morocho.”<sup>72</sup>

Se observa que en el criterio adoptado por el juez de primera instancia, se ha apartado del ejercicio silogístico de aplicación de la norma, característica del Estado decimonónico que excluye cualquier interpretación de la norma. El administrador de justicia tenía la disposición normativa de aplicar lo constante en el artículo 21 del

---

<sup>71</sup> Juzgado Noveno de lo Civil del Cañar, sentencia citada

<sup>72</sup> Sala Especializada de lo Civil, Laboral y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar sentencia de 8 de julio de 2010

Reglamento que Norma el Sistema de Incentivos para Vivienda Rural y Urbano Marginal, que exige los requisitos mínimos para tener acceso al bono de vivienda, el cual señala:

Art. 21.- De los requisitos para la postulación.- Los ejecutores o comunidades al formular el proyecto, deberán requerir a las personas que deseen postular y optar por el bono para construir vivienda rural o urbano marginal, o para realizar la terminación o mejoramiento, que cumplan con los siguientes requisitos:

(...) b) Propiedad del terreno: Que se demostrará con uno de los siguientes documentos:

- Copia de la escritura pública del inmueble debidamente inscrita en el respectivo Registro de la Propiedad del lugar donde se va a construir o mejorar la vivienda.

- Carta de certificación catastral otorgada por la Municipalidad a nombre del postulante, certificando que se encuentra en proceso de legalización.

- En caso que el bien inmueble sea de propiedad de comunas o de organizaciones campesinas e indígenas legal y debidamente reconocidas por los órganos competentes, copia de la escritura pública debidamente inscrita, la cual deberá estar certificada por la autoridad competente.

- Declaración realizada en un formato que será entregado por el MIDUVI, en el que indique bajo juramento y las penas de perjurio determinadas en el Código Penal, que reside en el lugar por un período mínimo de tres años; y que es miembro de la comunidad, comuna u organización y que no posee vivienda.

- Promesa de compraventa legalmente otorgada ante uno de los notarios de la jurisdicción en que esté asentado el inmueble. En dicha escritura pública de manera obligatoria se incorporará una cláusula penal que dirá: “Las partes contratantes le otorgan a las obligaciones que adquieren por este documento el carácter de irrevocables, por tanto, si los promitentes vendedores no cumplieren con la presente promesa de compraventa y no concurriesen a celebrar la escritura pública de compra venta definitiva, que hoy por el presente contrato se promete, se entenderán incumplidos o moroso y por tanto, pagarán la multa de USD....., equivalente al valor total de la casa que se construya en el terreno prometido en venta. Queda por tanto entendido que el presente contrato es irrevocable para las partes, esto es que en caso de incumplimiento, el incumplido o moroso, deberá pagar la multa y cumplir el contrato”

La exigencia de los requisitos establecidos en líneas anteriores, se ve limitado por la urgencia que ameritaba la asistencia de vivienda, para garantizar los derechos de grupos vulnerables como el de tercera edad e interés superior de los niños, y cuidar sus derechos a

la salud y bienestar, mas aún cuando la Constitución exige que la administración de justicia no se vea afectada por la aplicación de formalidades, utilizado bajo la argumentación de que la constitucionalidad debe primar sobre la legalidad ubicando a la justicia constitucional como la primera y última instancia de la vida jurídica.

En segunda instancia la decisión toma como fundamento principal la protección de la seguridad jurídica, reflejada en la aplicación de las normas preestablecidas para cuidar una correcta aplicación del derecho por lo que establece la obligación de que se cumpla con los requisitos para otorgar el bono de la vivienda, situación que no violenta los derechos reconocidos en la Constitución.

La aplicación directa de la Constitución se la ha previsto para efectivizar y materializar los derechos de los individuos; en el caso señalado, en primera instancia se ha establecido que el derecho a la vivienda en las condiciones fácticas expuestas es prioritario atenderlo omitiendo la disposición expresa contenida en la ley, mientras jurídica, mientras que en el texto de la sentencia el derecho no es previsto sino mas bien es negado en apego al principio de legalidad y de aplicación indiscutida de la norma.

En este sentido retomando el inicio del proceso, cuando el MIDUVI pretende someter a la accionante a la mismas condiciones de acceso al bono de la vivienda a la que deben estar dispuestos los demás ciudadanos que no pertenecen a un grupo de atención prioritaria y que se encuentra en condición económica superior está poniendo en duda la correcta evaluación jurídica frente al caso concreto del principio de igualdad y no discriminación que constan en los artículos 11.2 y 66.4 de la Constitución, cuestión similar a la sentencia de segunda instancia.

En este caso, dentro de la exigencia al bono de la vivienda, al existir dos grupos de atención prioritaria (mayor adulto y niños niñas y adolescentes), se establece que se encuentran en una situación de desigualdad frente a los demás aspirantes del bono, por lo tanto se debe considerar darles un trato diferente, acorde a lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 2, del artículo 11 de la Constitución que establece que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

La concepción del Juez Constitucional de primera instancia, fue aplicar directamente la Constitución y desarrollar los derechos implícitos no regulados en la norma legal ya que considera que al pertenecer a grupos de atención prioritaria necesitan una medida urgente para la tutela de sus derechos, llegando incluso a fallar en contra de la norma expresa constante en el artículo 21 del Reglamento que Norma el Sistema de Incentivos para Vivienda Rural y Urbano Marginal, ya que éste exige expresamente el cumplimiento de un requisito, el ser propietario del terreno donde se edificará la vivienda demostrado a través de la entrega de una copia de la escritura pública del inmueble, debidamente inscrita en el respectivo Registro de la Propiedad.

Este contexto en el caso concreto no se llega a justificar, pero fueron los presupuestos fácticos los que hicieron que el juez se aparte del texto de la norma y demuestre mediante su argumentación que para el caso concreto su aplicación no es procedente ya que de hacerlo, constituiría un obstáculo para la atención prioritaria del derecho a la vivienda para grupos vulnerables en estado crítico de pobreza.

Aquí se demuestra que el simple ejercicio de la subsunción, si bien arroja una respuesta válida para el asunto sometido a análisis, ésta no justifica para el caso concreto una eficacia o respuesta al ideal de justicia frente a los hechos, por lo que el juez es quien está obligado a aplicar la Constitución para develar tras el análisis de los presupuestos fácticos, cuáles son los derechos que se encuentran inmersos en la controversia y en función de aquellos verificar si el texto de la norma legal logra tutelar los particularismos del caso en examen.

Es evidente que el juez de primera instancia, no analiza bajo ningún argumento la constitucionalidad de la norma –lo que advierte que no está realizando un control difuso de constitucionalidad– mas bien analiza la procedencia de su aplicación en el caso *sub judice*, frente a lo que pretende tutelar y los hechos presentados para tras un examen silogístico en primera fase y de uno finalista que le sigue estar obligado por la concepción del Estado de Derechos y Justicia social a fallar contra norma expresa en función de tutelar los derechos exigidos.

Respecto de esta actuación judicial hay que determinar que el juez de primera instancia está conciente que se está alejando del texto de la norma y que puede incurrir en delito de prevaricato, pero también está conciente de su deber de tutelar los derechos, entonces se puede concluir que en su interpretación jurídica del caso al fallar en contra de norma expresa no representa una intencionalidad de causar daño a la contraparte –en este caso al MIDUVI– pues si se afecta en cierto modo la posición de dicha entidad no se lo hace en función de una finalidad maliciosa.

Por otro lado la visión legalista de la Sala Especializada de lo Civil, Laboral y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar al resolver el recurso de apelación planteado por la Directora del MIDUVI, en contra de la sentencia de 14 de junio de 2010 emitida por el Juez noveno de lo Civil del Cañar, está encaminada al cuidado de la seguridad jurídica, enfocada a la aplicación obligatoria de la norma (artículo 21 del Reglamento que Norma el Sistema de Incentivos para Vivienda Rural y Urbano Marginal) para guardar uniformidad en la entrega del bono de la vivienda en apego a una citación de igualdad material, sin darse cuenta que tratar igual a los desiguales acarrea discriminación, mas aún cuando se ha demostrado la precariedad de las condiciones fácticas que dieron origen al planteamiento de la acción de protección. Si bien, no ha dicho que se está negando el derecho a la vivienda, en su conclusión, al permitir en el caso en concreto la exigencia de los requisitos que pueden ser subsanados con posterioridad (posesión efectiva por parte de los menores de edad herederos del terreno donde se pretende edificarse la vivienda) a personas que se encuentran en una posición jurídica diferente al de las demás y que se encuentran en situación de riesgo, equivale a no reconocer o violar un derecho, evidenciando que la Sala no ve al derecho por principios sino por reglas.

En este sentido, se debe entender que el derecho social constitucional a una vivienda digna, es un derecho de carácter prestacional que requiere la exigencia de algunos requisitos en condiciones normales, pero en el caso, se presentaron razones válidas y suficientes para solicitar que este derecho, sea prestado de manera inmediata sin la exigencia de requisito alguno, mas aún, cuando estos pueden ser cubiertos con posterioridad.

De esta manera, se entrevé que el temor judicial se ve marcado, por la existencia de la prohibición de fallar contra norma expresa, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, que a su vez obliga a la aplicación directa del texto constitucional por sobre la ley pudiendo operar en todos los casos, no solamente en los que la norma legal se encuentra ausente, o posee vacíos normativos ya que lo que se busca es desarrollar el principio como mandato de optimización.

Consecuencia de esta disparidad, entre la dicotomía existente en el sometimiento a la ley y lo ordenado como primario por la Constitución referente a la prohibición de fallar contra norma expresa, acarrea un fenómeno jurídico observado en la Corte Constitucional, ya que los jueces, para blindarse de posibles enjuiciamientos por el delito de prevaricato, suspenden la tramitación de las causas en su conocimiento, procediendo a enviar el proceso en consulta, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 428 de la Constitución, sin que en su petición, se registre una verdadera duda razonable y motivada.

Es decir los jueces en muchos de los casos al creerse comprometidos con el delito de prevaricato han decidido recurrir a este accionar para evitar incurrir en este tipo penal, provocando que en la mayoría de sus veces la aplicación directa de la constitución sea obviada por cumplir con una exigencia de la legalidad, por lo que sus consultas no versan sobre normas jurídicas como lo exige la Constitución de la República, sino más bien están encaminadas a que la Corte Constitucional le diga lo que tiene que hacer en el caso concreto.

En este sentido detener la sustanciación de los procesos judiciales, por tanta consulta absurda de constitucionalidad, podría provocar más violaciones a los derechos que

lo que se pretende tutelar a través de ella. En tal sentido no siempre que los administradores de justicia se separen del texto legal incurren en una actuación maliciosa, si lo que buscan tutelar es los derechos exigidos frente a los hechos que hacen único al caso concreto.

Por otro lado y como se ha indicado en los capítulos anteriores, la Constitución en cuanto a su aplicación directa no ha establecido límites y mas bien, al plantear sus mandatos en forma abstracta y abierta propone que los derechos constitucionales sean alcanzados bajo toda circunstancia tomando muy en cuenta los hechos y particularismos de los casos. Resalta el entendimiento del derecho por principios al plantearlos como mandatos de optimización respecto de lo cual, se puede concluir que para hacer real esa aspiración se debe desentrañar el contenido de sus mandatos, por lo que es viable la concepción de una Constitución de alcance ilimitado, porque incluso en los casos donde se pueda ver un choque de principios o derechos, para resolverlos se va a precautelar la tutela de uno de ellos, sin que esto signifique que respecto del otro, la Constitución quede inoperante, pero que en virtud de su importancia en el caso concreto sea necesaria su intervención para satisfacer el bien mayor.

La Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 001-13-SCN-CC estableció reglas a cumplirse para la procedencia de consultas constitucionales enviadas por las juezas y jueces en virtud de la atribución conferida por el artículo 428 de la Constitución de la República, en donde se ha señalado además que: “en el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde sólo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez”,

Frente a esto es necesario aclarar que un juez que se aleja del texto legal, no necesariamente va a evaluar la contraposición de la norma legal con el texto de la Constitución, sino más bien va a evaluar los hechos presentados frente al nivel de tutela de la regla infraconstitucional para establecer su eficacia frente al caso concreto, llegando a inaplicarla, no por el hecho de ser inconstitucional, sino más bien por el hecho de ser incompleta o poseer un vacío legal frente a la obligatoriedad de desarrollar los principios constitucionales en su texto.

### **3.4 ¿Se ve la aplicación directa de la Constitución afectada por la sentencia 0001-13-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador?**

La Corte Constitucional, en la sentencia 0001-13-SCN-CC correspondiente al caso 0535-12-CN, dejó establecido acorde al modelo constitucional de derechos y justicia social que adopto el Estado ecuatoriano y en virtud de la existencia de un órgano extra poder y apolítico como es la Corte Constitucional que:

“En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde sólo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea ésta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez no puede inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte”.

En lo manifestado, consta acertadamente la clarificación de la concepción de control concentrado de constitucionalidad de las normas por parte de un único organismo “la Corte Constitucional”, pero es respecto del presupuesto que señala, que bajo ningún concepto pese a la certeza de inconstitucionalidad de una norma los jueces pueden inaplicarla, que existe al parecer una disyuntiva.

Se puede concluir prima facie ¿qué sucede en los casos en que la atención de los derechos constitucionales es prioritaria y urgente?, donde el elevar la consulta a la Corte Constitucional constituiría un retraso sustancial en la asistencia de dichos derechos.

No siempre el inaplicar una norma en pos de tutelar los derechos esta direccionada por la consideración de invalidez de la norma, ésta se estaría dejando de aplicar no en virtud de realizar un control difuso de constitucionalidad, sino mas bien, en virtud de la tutela de los derechos de los individuos como pasaremos a explicarlo a continuación.

En los casos referidos en este estudio, se observa una temática diferente en el trato que se le da a los derechos constitucionales. En el descrito en el primer capítulo, relacionado a la asistencia a la persona discapacitada de la tercera edad y jubilada, se concluye que se lo pudo dar efectivamente, en virtud de una asistencia urgente que era necesaria, mas no se lo dio por cumplir con el mandato de la Ley.

En el caso que los jueces provinciales hubiesen fallado a favor de la asistencia a la persona necesitada, la Corte Constitucional entendería respecto de su sentencia 0001-13-SCN-CC, como juez progresista que cuida de sus precedentes, a aquel que al encontrarse en la disyuntiva de aplicar el proceso administrativo establecido por la Ley, o la disposición

constitucional de solventar dicho daño a través de la aplicación directa de la Constitución, envíe en consulta, la norma correspondiente que dicte el inicio del trámite administrativo.

En tal circunstancia, es fácil deducir que dicha norma no afecta a la Constitución por cuanto coexiste plenamente con su texto, ya que regula una rama del derecho procesal, para esto, debió transcurrir algún tiempo, en el cual la asistencia de las necesidades de la persona jubilada, discapacitada y de la tercera edad no ha sido subsanada. Lo correcto es que, si el juez concedor del derecho, observa que existe una opción más plausible para cuidar de él no aplique lo dispuesto por la normativa legal y tutele en aplicación directa de la Constitución los derechos puestos a su decisión, sin que esto devenga en un análisis de valoración constitucional de la norma ni un control difuso de constitucionalidad.

En el caso referido donde se reclama la asistencia del bono para la construcción de vivienda que resguarde a dos grupos de asistencia prioritaria como es el de los niños y adultos mayores, los jueces provinciales que si tutelaron el acceso a dicho bono sin aplicar lo que el texto normativo legal establece para su procedencia, en relación a la sentencia de la Corte Constitucional referida en líneas anteriores, tendrían que haber enviado en consulta al órgano de Control Constitucional, en virtud de que la norma que regula el acceso al bono de vivienda no toma en consideración a los grupos de asistencia prioritaria razón, por la cual afecta el texto fundamental.

De dar en este sentido las cosas, los jueces hubiesen acarreado, a más de la dilación procesal, con una grave falta al papel que el juez constitucional esta llamado a cumplir, en el caso señalado, no por haber dejado de aplicar la norma que regula la procedencia de dicho bono, se realizó un control difuso, lo que se hizo es aplicar directamente los designios

constitucionales. que tutelan los derechos de los grupos de atención prioritaria, ya que a más de hacerse una interpretación conforme al texto constitucional, lo que se hizo es omitir requisitos establecidos en la norma legal, propios para la procedencia de dicho bono, fallando contra lo dispuesto en la regla infraconstitucional.

En este sentido hay que determinar que, el fallar contra norma expresa en los procesos en que una norma no proteja efectivamente un derecho, no constituye necesariamente la implementación de un control difuso en el Ecuador ya que el juez no está haciendo una relación de inconstitucional de una norma legal frente a la Constitución, responde más bien a una manera de alcanzar esa tutela efectiva constitucionalmente ordenada, el juez no está declarando la invalidez de una norma, solo está buscando un mecanismo más eficaz para hacer que la prescripción normativa que desarrolla principios constitucionales, alcance una verdadera eficacia jurídica acorde al modelo de Estado y escenario constitucional vigente.

Si bien, la sentencia 0001-13-SCN-CC establece normas para la procedencia de las Consultas de Constitucionalidad enviadas por los jueces, también acrecienta el temor judicial respecto de que en aplicación del principio de aplicación directa de la Constitución se llegue a fallar contra norma expresa, por considerarlo como una actividad de control constitucional normativo.

Se está dejando una mala referencia respecto del principio de aplicación directa de la Constitución, puesto que en muchos casos para tutelar de manera correcta los derechos constitucionales, los jueces tendrán que apartarse del texto legal, sin que entren en un análisis de validez o invalidez de la norma, sino más bien se enfoquen en un juicio de

eficacia. Pero si esto se considera control difuso de constitucionalidad bajo el precedente constitucional, claramente también se está limitando al principio de aplicación directa de la Constitución.

## CONCLUSIONES

- Las distintas adaptaciones que se han dado en el Ecuador para la creación de su sistema jurídico, han sido generadas por los trasplantes jurídicos, vistos solo desde un punto de vista pragmático y en busca de soluciones a problemas concretos, sin que exista un proceso valorativo (análisis de valores, principios e intereses políticos que lo fundamenta) o contextual (parte de la base de la relación entre derecho y sociedad), lo que ha generado que algunas normas vigentes, como la prohibición de fallar contra norma expresa, se vuelva parcialmente aplicables en los casos en que los jueces en busca de una mejor tutela de los derechos, a más de realizar una interpretación de la ley acorde a la Constitución, deban ir más allá de lo que ésta disponga, en contraste de la realidad determinada por el modelo de Estado constitucional de derechos y justicias y Justicia Social.
- Aunque el prevaricato lesiona generalmente intereses de los particulares, es el daño que experimenta la administración, el que prevalece para establecer la objetividad jurídica de este hecho, por lo que se debería también considerar, que la concepción de fallar contra norma expresa dentro del Estado constitucional de derechos y justicias y Justicia Social, en los casos en que el aplicar directamente la Constitución obligue a hacerlo, no constituye delito de prevaricato, sino más bien una tutela extensiva de los derechos constitucionales, que no se encuentren desarrollados en la normativa legal, debiendo demostrarse la justificación para la aplicación directa, a través de una carga argumentativa alta.

- La institución del prevaricato es sustento de la legitimación del Estado de corte positivista en donde el legislador es el único intérprete de la constitución, concepción que aún se mantiene inmutable en el Código Orgánico Integral Penal, lo cual constituye un obstáculo para el afianzamiento eficaz de la justicia constitucional, por generar un temor judicial en cuanto a alejarse del texto de la norma legal para tutelar derechos constitucionales.
- La Constitución, da al principio de aplicación directa, un sentido de obligatoriedad respecto de los derechos reconocidos por ella y de los contenidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, correspondiendo a la no alegación de falta de ley que los desarrolle, propendiendo su máxima efectivización.
- La aplicación directa de la Constitución dentro del nuevo escenario constitucional, constituye una garantía a la debida aplicación normativa, esto en pos de evitar la restricción del contenido de los derechos, obligando a las juezas, jueces, a sobreponer y aplicar los preceptos constitucionales por sobre la normativa del ordenamiento jurídico.
- Dentro del actual Estado constitucional de derechos y justicia y Justicia Social, el prevaricato establecido en los términos de la prohibición de fallar contra norma expresa, constituye un rezago del Estado de corte legal, que lo único que puede crear en los administradores de justicia es un temor judicial, que impide la tutela real de los derechos.

## RECOMENDACIONES

- Es necesario el planteamiento en el activismo judicial de la concepción de la lectura integral de la Constitución para desvelar el verdadero alcance de los derechos constitucionales desarrollados en la norma legal, ya que a los principios deben entenderse como mandatos de optimización.
- Los administradores de justicia deben primordialmente analizar todos los presupuestos fácticos que integren un problema jurídico, siempre bajo la concepción principalista de la constitución y así poder estructurar una verdadera forma de tutela de los derechos demandados.
- Dado que la acepción de malicia y arbitrariedad en el delito de prevaricato es subjetiva de acuerdo al criterio de quien la interprete, es necesario que la Corte Constitucional, a través de su atribución de creación Jurisprudencia Vinculante, defina cual es el alcance que tienen los jueces constitucionales en procesos de garantías jurisdiccionales, respecto de fallar contra norma expresa en virtud de la tutela de los derechos constitucionales.
- La Corte Constitucional, debe regular a través de jurisprudencia vinculante aspectos relacionados a grupos de atención prioritaria, en materia de salud, alimentación, vivienda, educación, enfermedades catastróficas, para que los jueces constitucionales en el caso que requieran solventar sus necesidades en manera amplia desarrollando

derechos implícitos en las normas legales que incluso obliguen a fallar contra ella, no sean juzgados por prevaricato.

- Se debería regular la disposición del Código Orgánico Integral Penal respecto del delito de prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa, ya que frente al principio de aplicación directa de la Constitución, existirán casos en que en pos de tutelar los derechos constitucionales los administradores de justicia se alejen del texto legal.
- Se recomienda a los operadores de justicia utilizar los métodos no tradicionales para la solución de las controversias sometidas a su decisión, deben entender que el uso de la simple lógica judicial en un ejercicio de subsunción está superado, puesto que si bien la Corte Constitucional es el máximo intérprete de la ley fundamental no es la única obligada a hacerlo, debiendo además integrar al problema jurídico basándose en presupuestos fácticos que lo integran, es decir tener en cuenta primero, la interpretación de las reglas legales conforme a la Constitución.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y Control de Poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999
- Belloso Martín, Nuria, *El Neoconstitucionalismo a Debate: Entre la Principiología y la Arbitrariedad*, Curitiba, Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraná, 2014
- Bernal Pulido, Carlos, *El Neoconstitucionalismo a Debate*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006
- Andrade, Berizonce, Roberto, *La Nulidad en el Proceso*, La Plata, Platense, 1967
- Bernal Pulido, Carlos, *El Derechos de los Derechos*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2005
- Balaguer Callejon, María, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997
- Capella, Juan Ramón, *Elementos de Análisis Jurídico*, Madrid, Trotta, 2000
- Carrillo De La Rosa, Yezid, *El Concepto y la Validez del Derecho en la Teoría Jurídica y el Neo- Constitucionalismo Proyecto de investigación El problema de la validez y del Actual Sistema de Fuentes en el Derecho Colombiano*, Cartagena, Universidad Libre Sede Cartagena, 2012
- Dworkin, Ronald, *Los Derechos En Serio*, Barcelona, Ariel, 2002
- Gozaíni, Osvaldo, *La Función Social del Juez*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2012
- Grijalva, Agustín, *La Nueva Constitución del Ecuador Estado Derechos e Instituciones, Interpretación Constitucional Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional*, Quito,

- Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009
- Guastini, Riccardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara, 2010.
- López Medina, Diego, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis, 2008.
- Monrroy Cabra, Marco, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002
- Mosset Iturralde, José, *El Error Judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002
- Corte Constitucional del Ecuador, *Nuevo Orden Jurídico y Constitucional para el Ecuador del siglo XXI*, Quito, 2010
- Oyarte, Rafael, *Curso de Derecho Constitucional Tomo I Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente y Derechos Políticos*, Quito, Andrade y Asociados, 2007
- Pérez Luño, Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2002
- Pérez Luño, Enrique, *Teoría del Derecho, Una Concepción de la Experiencia Jurídica*, Madrid, Tecnos, 2002
- Pineda Argueta, Hugo, *La Potestad Administrativa Sancionadora Ejercida sobre los Jueces*, San Salvador, Universidad de El Salvador, 2012
- Podetti, Ramiro, *Tratado de los Actos Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1995
- Polaina Navarrete, Miguel, *Los Elementos Subjetivos del Injusto en el Código Penal Español*, Sevilla, 1972

Prieto Sanchís, Luís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, Segunda Edición, 2009

Prieto Sanchís, Luís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005

Ramón, Ferrer Barquero, *El Delito de Prevaricación Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002

Rubio Llorente, Francisco, *La Constitución como Fuente del Derecho*, Bogotá, CEFD, 2002

Santaella López, Manuel, *Montesquieu el Legislador y el Arte de Legislar*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1995

Sarazá Jimena, Rafael, *La Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011

Sosa Wagner, Francisco, *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI, Tomo I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000

Storini, Claudia, *¿Sobre quien reposa la Tortuga? A Vuelta con los Límites de la Interpretación Constitucional, Perspectivas Constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, Octava Edición, 2008

### **Sentencia Constitucional**

Corte Constitucional del Ecuador sentencia 0001-13-SCN-CC

### **Sentencias de la justicia ordinaria**

Juzgado Noveno de lo Civil del Cañar, cantón el Tambo, sentencia de 14 de junio de 2010, a las 16h30

Sala Especializada de lo Civil, Laboral y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, sentencia de 8 de julio de 2010

Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, sentencia de 14 de mayo de 2013

### **Fuentes normativas**

Código Penal Ecuatoriano

Código Orgánico Integral Penal

Constitución de la República del Ecuador

### **Páginas web**

Código Penal de 1837

[http://books.google.com.ec/books?id=bG8VAAAAYAAJ&hl=es&source=gs\\_navlinks](http://books.google.com.ec/books?id=bG8VAAAAYAAJ&hl=es&source=gs_navlinks)

José García Falconí, El Error Inexcusable en el Ordenamiento Jurídico Nacional e Internacional,

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2013/01/16/el-error-inexcusable-en-el-ordenamiento-juridico-nacional-e-internacional>

Ricardo Guastini, Derechos Implícitos, Universidad de Génova Italia, traducción Alí Lozada, Universidad de Alicante , España

<http://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-ricardo-guastini.pdf>

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Sobre Principios y Reglas, Alicante, Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, 1991, Págs. 101-118,

[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10\\_04.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf)